



30 ANOS DA
CONSTITUIÇÃO
DA REPÚBLICA
FEDERATIVA
DO BRASIL

VIRTUDES,
OBSTÁCULOS
E ALTERNATIVAS

COORDENADORES

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
LUIS ANTONIO FLORA | NEY PRADO

2018

CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO
DA FECOMERCIO-SP
ACADEMIA INTERNACIONAL
DE DIREITO E ECONOMIA

AUTORES

IVES GANDRA MARTINS
LUÍS ROBERTO BARROSO
J. BERNARDO CABRAL
NEY PRADO
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO
ANDRÉ RAMOS TAVARES
IVETTE SANISE FERREIRA
MARIA GARCIA
ADILSON ABREU DALLARI
SERGIO FERRAZ
DIRCÊO TORRECILLAS RAMOS
KIYOSHI HARADA
IGOR MAULER SANTIAGO
GERALDO AFFONSO MUZZI
AGOSTINHO T. TAVOLARO
SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES
MARIA ODETE DUQUE BERTASI
ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS
MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES
FERNANDO PEREIRA
PAULO ADIB CASSEB
FERNANDO PASSOS
ANDRÉ L. COSTA-CORRÊA
ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL
MARCIA REGINA APPROBATO MACHADO MELARE
GEORGE MELÃO
DIRCEU JOSÉ VIEIRA CHRYSOSTOMO
CAIO CASTAGINE MARINHO
OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA
FAISSAL YUNES JÚNIOR
ACACIO MIRANDA S. FILHO
ANDRÉ FELIX RICOTTA DE OLIVEIRA
MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO
MARIANA PASSOS BERALDO

30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

VIRTUDES, OBSTÁCULOS E ALTERNATIVAS

COORDENADORES

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
LUIS ANTONIO FLORA | NEY PRADO

2018

CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO
DA FECOMERCIO-SP
ACADEMIA INTERNACIONAL
DE DIREITO E ECONOMIA

BREVE APRESENTAÇÃO

O CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO TEM, NO CURSO DOS ÚLTIMOS ANOS, PUBLICADO inúmeros livros sobre temas relevantes, que, normalmente, servem de alicerce para os debates nos congressos que organiza, anualmente, com a Academia Internacional de Direito e Economia (Aide).

Assim, já publicou, entre outros, *Os princípios constitucionais relevantes; O sistema tributário do Brasil; A modernização do Poder Judiciário; Parlamentarismo: utopia ou realidade?* e *50 anos da eficácia do Código Tributário Nacional*, além de artigos em revistas especializadas e jornais, lembrando-se que encampou o anteprojeto de Código Comercial, de seu Conselheiro Fábio de Ulhôa Coelho, em tramitação no Congresso Nacional.

Neste ano, comemoram-se os 30 primeiros anos da sétima Constituição brasileira.

Tendo o Conselho sido criado em 1989, primeiro ano da vigência do novo Texto Supremo e, desde a sua fundação, com apenas 15 conselheiros, cuidado da adequação doutrinária dos princípios que passaram a conformar o Estado democrático de direito do Brasil, entendeu por bem veicular o presente livro com estudos de seus conselheiros sobre variada gama de temas constitucionais albergados pela Carta da República.

Entre os autores deste novo livro, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e eu estamos, desde a fundação, a compor o Conselho Superior de Direito da FecomercioSP, o qual se transformou em polo permanente de debates sobre temas que, por sua complexidade, necessitam de explicitações e reflexão acadêmica para sua implementação. Advogados, magistrados, professores universitários, autoridades dos três Poderes, membros do Ministério Público, delegados de polícia, no correr destes últimos 29 anos têm se debruçado nesta meditação a respeito do Direito presente, anterior e comparado, para ofertar aquela que lhes parece a melhor interpretação para a matéria.

É de se lembrar que o Conselho também tem colaborado, intensamente, com os poderes constituídos em proposições de *lege ferenda*.

O presente livro escrito por seus conselheiros oferece, pois, aos estudiosos do Direito Constitucional e aos operadores do Direito em geral, uma valiosa contribuição sobre as vertentes da Lei Suprema no País, o que possibilitará estudos, pesquisas e sinalização de rumos futuros para esse ramo jurídico.

Bem haja, a nova publicação!

Ives Gandra da Silva Martins

PRESIDENTE DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP

SUMÁRIO

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS 30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO E O PROTAGONISMO DA SUPREMA CORTE	8
LUÍS ROBERTO BARROSO TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO: A REPÚBLICA QUE AINDA NÃO FOI	26
J. BERNARDO CABRAL 30 ANOS DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	54
NEY PRADO CONSTITUCIONALISMO UTÓPICO	66
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO A DEGENERAÇÃO DO SISTEMA POLÍTICO	78
ANDRÉ RAMOS TAVARES O COMBATE À OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO SOCIAL BRASILEIRO EM 30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO CIDADÃ	98
IVETTE SENISE FERREIRA A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA	128
MARIA GARCIA TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A QUESTÃO INDÍGENA	146
ADILSON ABREU DALLARI SÉRGIO FERRAZ AUTONOMIA E RESPONSABILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO	174
DIRCÊO TORRECILLAS RAMOS ASPECTOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL MILITAR	194
KIYOSHI HARADA 30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO FEDERAL	226
IGOR MAULER SANTIAGO TRIBUTAÇÃO E LIVRE CONCORRÊNCIA: ALCANCE DO ART. 146-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI COMPLEMENTAR DESTINADOS A REGULAMENTÁ-LO	238
GERALDO AFFONSO MUZZI AGOSTINHO T. TAVOLARO A CONSTITUIÇÃO DE 5 DE OUTUBRO DE 1988 BRASIL NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS: NACIONALIDADE, VOTO OBRIGATÓRIO E PASSAPORTE	276
SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO E OS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	290
MARIA ODETE DUQUE BERTASI CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENFOQUE CONSTITUCIONAL DA LEI DE ARBITRAGEM	316

ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS BREVES REFLEXÕES FILOSÓFICAS SOBRE OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DENOMINADA “CIDADÃ”	332
---	------------

MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 DIREITO TRIBUTÁRIO REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E SÚMULA VINCULANTE NA INTERPRETAÇÃO DO STF	346
--	------------

FERNANDO PEREIRA PAULO ADIB CASSEB JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL - EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL	370
--	------------

FERNANDO PASSOS O REGIME JURÍDICO DA LIVRE-INICIATIVA ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL	382
---	------------

ANDRÉ L. COSTA-CORRÊA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E LEGITIMIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE O MODELO DE ESCOLHA DOS REPRESENTANTES PARLAMENTARES NO BRASIL	404
---	------------

ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E ALGUNS DESAFIOS AO AVANÇO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA	440
--	------------

MÁRCIA REGINA APPROBATO MACHADO MELARE DEFESA DO ESTADO E GARANTIA DOS DIREITOS DO CIDADÃO EM TEMPOS DE CRISE: OS DESAFIOS DOS ADVOGADOS E DE SUA ENTIDADE DE CLASSE	456
--	------------

GEORGE MELÃO EFEITOS DA CONSTITUIÇÃO NA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	464
--	------------

DIRCEU JOSÉ VIEIRA CHRYSOSTOMO CAIO CASTAGINE MARINHO OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA AÇÃO DIRETA INTERVENTIVA: SUBSIDIARIEDADE COMO REQUISITO PARA A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO	478
---	------------

FAISSAL YUNES JÚNIOR A CONSTITUIÇÃO DE 1988, A SEGURANÇA JURÍDICA E RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	504
---	------------

ACACIO MIRANDA S. FILHO ANDRÉ FELIX RICOTTA DE OLIVEIRA DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DOS PREFEITOS MUNICIPAIS	518
---	------------

MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA DE EXCULPAÇÃO SUPRALEGAL	538
---	------------

MARIANA PASSOS BERALDO POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS E DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS	556
---	------------

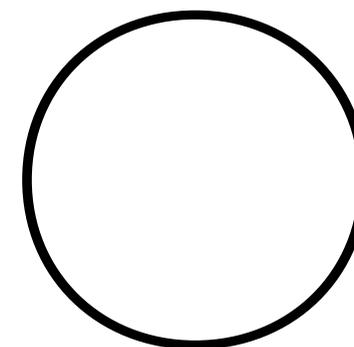


IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

30 ANOS DE
CONSTITUIÇÃO E O
PROTAGONISMO DA
SUPREMA CORTE

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

PROFESSOR EMÉRITO DAS UNIVERSIDADES MACKENZIE, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, DO CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, DAS ESCOLAS DE COMANDO E ESTADO-MAIOR DO EXÉRCITO (ECEME), SUPERIOR DE GUERRA (ESG) E DA MAGISTRATURA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 1ª REGIÃO; PROFESSOR HONORÁRIO DAS UNIVERSIDADES AUSTRAL (ARGENTINA), SAN MARTIN DE PORRES (PERU) E VASILI GOLDIS (ROMÊNIA); DOUTOR HONORIS CAUSA DAS UNIVERSIDADES DE CRAIOVA (ROMÊNIA) E DA PUC-PARANÁ E PUC-RS, E CATEDRÁTICO DA UNIVERSIDADE DO MINHO (PORTUGAL); PRESIDENTE DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP; FUNDADOR E PRESIDENTE HONORÁRIO DO CENTRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA (CEU/INSTITUTO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS - IICS).



O CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP FOI FUNDADO EM 1989. Poucos meses após a promulgação da Constituição de 1988. Algum tempo antes, foi criado o Conselho de Sociologia e Política da Instituição, ainda durante os trabalhos constituintes.

A primeira palestra, no recém-fundado conselho, foi minha, discutindo o anteprojeto da Ordem Econômica, que elaborara para o senador Bernardo Cabral, relator da Constituinte, a seu pedido. Deu-se em 1987.

Daquela reunião no Conselho de Sociologia e Política, surgiu a ideia de termos um Conselho Superior de Direito, apenas para discutir as questões jurídicas, que certamente a nova Lei Suprema iria gerar.

À época já, com Celso Bastos, estávamos principiando a comentar o texto constitucional. O primeiro volume para a Saraiva saiu ainda em 1988, cuidando apenas dos artigos 1º a 4º, mas abordando aspectos relacionados ao pré-constitucionalismo, ou seja, a história da evolução do Estado, desde a origem dos povos primitivos até a atualidade – fui eu o responsável por tal história – e aos fundamentos do Constitucionalismo e do Estado moderno, de responsabilidade de Celso.

Celso foi um dos primeiros integrantes do Conselho Superior de Direito.

De lá para cá, mensalmente tem o Conselho Superior de Direito se reunido com relevantes debates e decisiva colaboração com os Poderes, não só na apresentação de anteprojeto de emendas constitucionais, de códigos, de legislações específicas sobre determinados ramos do Direito, com ampla discussão a respeito da jurisprudência e da doutrina que foi sendo conformada nestes 30 anos, nos quais o texto primitivo recebeu 99 emendas no processo ordinário e seis emendas no processo revisional de 1993.

Nos últimos tempos, temos nos detido principalmente na atuação do Supremo Tribunal Federal, que, na opinião da maioria do Conselho, está, constantemente, invadindo a competência de outros Poderes, num protagonismo individual excessivo

de cada um de seus eminentes ministros, e pela intervenção direta nos processos político e legislativo. Tem o conselho – alguns conselheiros foram ministros daquela Corte – entendido que tal ativismo judicial é o grande elemento de insegurança jurídica e de instabilidade institucional porque passa o País.

Nas críticas que conselheiros e eu mesmo temos feito a tal excessiva atuação, sempre realçamos, todos os conselheiros, sem exceção, a qualidade moral e o profundo conhecimento jurídico dos 11 magistrados do sodalício. Trata-se, pois, de crítica construtiva – muitos dos conselheiros são mais velhos do que o mais velho dos ministros –, feita também na esperança de que volte a ser o Supremo Tribunal Federal, como era no passado, antes da era dos presidentes Lula e Dilma, o “guardião da Constituição”. São brilhantes juristas que, se voltarem a ser o que eram seus antecessores, darão o que, no passado, sempre o Pretório Excelso ofertou, ou seja, estabilidade às instituições.

Por essa razão, um breve estudo para o livro que o Conselho Superior de Direito está editando sobre os 30 anos da Constituição versará sobre a história daqueles dois anos e o ativismo judicial, muitas vezes denominado, eufemisticamente, de “consequencialismo” ou “neoconstitucionalismo”.

Neste artigo, portanto, reiterarei ideias que repetidas vezes expus nas sessões do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP.

Há uma semelhança considerável em expressões utilizadas para justificar um ativismo judicial além das previsões constitucionais, com invasão de competências em áreas vedadas para que a harmonia e independência dos Poderes seja o alicerce do Estado Democrático de Direito.

Assim é que o “consequencialismo jurídico”, o “neoconstitucionalismo”, a “judicialização da política” ou a “politização da Justiça” não poucas vezes se confundem, todas essas expressões sendo aplicáveis, em maior ou menor intensidade, ao ativismo judicial além das permissões da Lei Suprema. É de se lembrar que as limitações montesquianas aos três Poderes foram enunciadas para que o poder controlasse o poder, em face da inconfiabilidade do homem no poder.

Por consequencialismo, entende-se a adaptação das decisões às suas consequências na realidade para as quais são destinadas com flexibilização do entendimento teleológico das normas, na busca de uma justiça transcendente.

Helena Taveira Torres, lembrando a lição anglo-saxônica, ensina:

“O consequencialismo judicial:

A doutrina anglo-saxônica da ‘argumentação consequencialista’ (consequentialist argument), que se caracteriza por um modelo fundado no dirigismo da decisão segundo critérios baseados nas consequências práticas externas ao sistema jurídico, como justificativa para valoração dos fatos e normas aplicáveis, intensificou-se nos últimos tempos, tanto nos estudos quanto nas próprias decisões do STF.

Os casos difíceis, de trama complexa ou de colisões de princípios, a variabilidade das decisões judiciais sobre uma mesma matéria, a progressiva opacidade do ordenamento, a falta de regras claras e objetivas ou contradições administrativas atentam contra a desejável racionalização do ordenamento, com abertura para o consequencialismo, como forma de garantir julgamentos pautados pela razoabilidade, sopesamentos e maior aderência e coerência com a realidade social” (“Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial”, Consultor Jurídico, 18 de julho de 2012, 14h52).

Maurício José Machado Pirozi, por outro lado, esclarece:

“O consequencialismo, como já se pode notar, é aquele estilo de julgamento do juiz que reflete sobre as consequências metajurídicas, indo além do processo e adentrando no impacto social e econômico de suas decisões. Não é que o juiz possa julgar fora da lei, mas dentro de uma margem de abertura que a própria lei confere. Ao juiz torna-se permitido graduar as determinações, considerando as peculiaridades do caso concreto e os efeitos sociais e econômicos da sentença. Assim, nada mais faz do que decidir conforme as exigências do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).” (Consequencialismo judicial – Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças, Jurispr. Mineira, BH, s. 59 a n.º 187, págs 19-33, out/dez. 2008).

Mariana Pargendler e Bruno Meyerhof Salama, por fim, informam:

“O juiz tem o imperativo de decidir o caso concreto. Ele deve agir com prudência e deve sopesar os valores envolvidos. E, de mais a mais, o juiz não está de modo algum livre para substituir as ideais da comunidade pelas suas próprias. Por isso, no contexto de Estado atual, ao interpretar e aplicar a lei, é necessário sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite – daí o input do pensar científico, mas isto não é tudo. É preciso atentar também para a importância de se defender de valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a relativa separação de Poderes. O decisor é, assim, sempre e inevitavelmente, um artista, jamais um cientista. E a doutrina não científica continuará sendo, por muito tempo, e talvez até o fim dos tempos, uma ferramenta das mais convenientes para este decisor. Seu referencial não é a verdade, mas, sim, a clareza, a persuasão, a significância e a aplicabilidade” (“Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, págs. 95-144, jan. 2013. ISSN 2238-5177 - <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8901>).

O neoconstitucionalismo trilha linha semelhante ao admitir uma relativização do texto a ser examinado pelo Judiciário com considerável margem para a busca da justiça dentro desse quadro alargado da hermenêutica.

Tanto o consequencialismo quanto o neoconstitucionalismo geram uma politização do Judiciário que, não poucas vezes, invade competências próprias de ou-

tros Poderes, com a judicialização da política, levando as correntes minoritárias a buscar no Judiciário forma de suprir a sua incapacidade de fazer prevalecer suas opiniões ou ideologias. Quanto mais o Judiciário age, politicamente, tanto mais os políticos buscam o Judiciário para utilizá-lo como instrumento contra suas derrotas no Legislativo ou Executivo.

Pessoalmente, entendo que a Constituição de 1988 não albergou nenhuma dessas formas de ação do Poder Judiciário, como de resto em artigos tenho procurado demonstrar, embora reconhecendo que com limitado êxito.

Qual é a razão? A Constituição de 1988 foi fruto de uma intensa discussão entre a sociedade e seus representantes eleitos para elaborá-la, segundo a vontade popular, em face da recém-saída de um Estado de exceção, caracterizado pelo governo militar.

Quando os guerrilheiros treinados, muitos deles em Cuba, fracassaram, a redemocratização do País só foi obtida, a meu ver, pela melhor das armas, que é a palavra e a melhor das munições, que são as ideias.

Foi graças a Raimundo Faoro e à OAB, que, depois de intensas negociações, se conseguiu aprovar, em 1979, a lei de anistia para os antigos guerrilheiros, trazendo-os, novamente, ao cenário político e resgatando sua imagem para a participação no debate que se colocou, desde o início da década de 1980, com vistas à volta da plena democracia ao País¹.

Fui conselheiro da OAB-Seccional de São Paulo, à época, durante seis anos (1979 a 1984), vice-presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo e seu presidente – sou o decano do colégio de ex-presidentes do IASP – de 1985 a 1986, sobre ser professor universitário desde a década de 1960, quando, com outros colegas, lutamos pelo restabelecimento da democracia.

Estou convencido que esta volta, sem sangue e sem o “viés” dos guerrilheiros – que pretenderam substituir um regime de exceção militar por uma ditadura fidelista –, deu-se, fundamentalmente, pela ação dos advogados, pois na década de 1970 eram os pulmões da sociedade e os únicos que lutavam abertamente, nos anos de chumbo, contra o regime instalado, nada obstante a censura nos veículos dos meios de comunicação².

Vencida a eleição para presidente por Tancredo Neves em 1985 sobre o candidato do sistema, Paulo Maluf, que terminou não tomando posse, o presidente Sarney que o substituiu decidiu, por pressões dos partidos, convocar Assembleia Nacional Constituinte, em 1986, para a elaboração de uma nova Constituição, abandonando a tentativa anterior, ao criar uma “Comissão de Notáveis”, para redigir o Texto Supremo, sob a presidência de Afonso Arinos³.

Em verdade, fazia-se necessário, a meu ver, um novo texto supremo. O movimento liderado pelos advogados, que desembocou na redemocratização brasileira, não teve reação dos quartéis, pois estava no poder uma nova geração de militares, convencida de que seu tempo à frente do País não poderia continuar. Apesar de, no período de seu governo, ter havido incomensuravelmente menos

corrupção – foram pouquíssimos os escândalos, se comparado com aqueles desventrados, principalmente nos anos de 2003 a 2016 –, estavam os militares também absolutamente convencidos de que só a democracia recuperaria o País para os novos tempos, principalmente se levando em consideração que o mundo avançava, ao libertar-se de regimes ditatoriais, principalmente de esquerda, após a queda do muro de Berlim em 1989⁴.

Foi neste ambiente que o Ministro Moreira Alves, presidente do STF, instaurou os trabalhos constituintes em 1987, tendo os deputados e senadores, durante aproximadamente três meses, dedicado-se a ouvir apenas especialistas, para aprender o que seria melhor para o País e o que deveria constar ou não de um texto constitucional.

O certo é que esse debate permanente entre constituintes e sociedade atrasou consideravelmente a promulgação da Constituição, principalmente após os trabalhos das 24 Subcomissões (três para cada uma das oito Comissões) terem sido realizados sem contatos entre elas, com o que a tarefa da Comissão de Sistematização se tornou mais difícil, e a tentativa de conciliação, mais complicada.

Lembro-me que as comissões VII e VIII tiveram uma concentração de constituintes denominados da “direita”, na VII (ordem econômica), e uma densa participação dos constituintes denominados da “esquerda”, na Comissão VIII (ordem social), levando à adoção de uma Constituição favorável a uma economia de mercado e de escala, com princípios novos (livre concorrência, não planejamento estatal para o segmento privado na ordem econômica), e um Estado interventor na ordem social, com princípios que até hoje nem sempre têm sido de fácil conciliação⁵.

Houve uma tentativa, na Comissão de Sistematização, de se reescrever a Constituição elaborada pelas 24 subcomissões, mas o constituinte Roberto Cardoso Alves derrubou a iniciativa, com a formação do grupo “Centrão”, em permanente colaboração com o presidente da Constituinte, senador Ulisses Guimarães, e com o espírito conciliador de Bernardo Cabral, seu relator.

No dia 10 de novembro de 1987, na comemoração dos 50 anos da Constituinte de 1937, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos e eu fomos convidados para tratar, no jornal *O Estado de S. Paulo*, a comparação entre a denominada “Polaca” e os novos trabalhos constituintes. À época, havia forte movimento para que a Comissão de Sistematização tivesse a última palavra para definir o texto constitucional, muito embora contasse apenas com 20% dos constituintes, podendo, os outros 80%, apresentar emendas no Plenário que teriam de ter quórum especial para derrubar o texto dela originado⁶.

Criticamos a ideia, e meu amigo (então senador) Fernando Henrique Cardoso, no dia seguinte, no programa *Roda Viva*, chamou-nos de “terroristas do Direito Constitucional”, pois entendia que estávamos querendo derrubar o texto da Comissão de Sistematização, quando, na verdade, defendíamos que os outros 80% dos constituintes teriam direito de também votar com o mesmo peso e valor que tinham aqueles da referida comissão.

O resultado dessa longa discussão na tramitação dos trabalhos da Constituinte decorreu, a meu ver, do fato de não se ter pensado em dar às 24 subcomissões originárias um “guia de conexão”, ou seja, um patamar inicial para trabalho. Com isso, cada grupo elaborou seu projeto, na certeza de que a Comissão de Sistematização eliminaria as arestas. Esta, ao perceber a impossibilidade de conseguir esse intento, partiu para um trabalho em alguns pontos desconectado daquele elaborado pelas comissões, o que originou o grupo “Centrão”, que, em grande parte, resgatou o trabalho original das 24 subcomissões⁷.

O impasse maior se deu na escolha do sistema de governo, pois todo o esforço constituinte foi voltado a instituir o mais moderno dos sistemas, que é o parlamentar. No plenário, derrubou-se o sistema parlamentar e se adotou o presidencial, com a proposta do artigo 2º do ADCT de um plebiscito para a escolha de um ou outro, em cinco anos⁸. Em 5 de outubro de 1988, promulgou-se o texto definitivo.

Organizei, alguns dias antes de sua promulgação, pela Academia Internacional de Direito e Economia – à época, presidida por mim –, pela Fundação Dom Cabral e pela Fecomercio de Minas Gerais, um congresso em que, durante três dias, em painéis simultâneos, debateu o texto, debate este que, de rigor, conformou os primeiros comentários à Lei Suprema editados pela Forense Universitária⁹.

Um exame mais detido do texto constitucional demonstra que a Lei Superior brasileira tem claros e escuros, princípios constitucionais relevantes, normas e regras sem densidade constitucional, excessiva generalização, adiposidade desnecessária e um longo elenco de disposições que se pretendia fossem de aplicação imediata, embora de difícil implantação¹⁰.

Dois pontos, todavia, tornaram-se importantes, no novo texto da Carta da República: o equilíbrio entre os Poderes, desejado pelo Constituinte, e a inserção de um elenco apreciável de garantias e direitos individuais. Esses pontos passaram a balizar o comportamento dos Poderes a partir de 1988.

Em 1991, já se percebia que o Brasil criara, no texto Supremo, uma federação maior que o PIB, que, aliás, eu denunciara pessoalmente, em uma série de artigos para a imprensa, desde a promulgação da Carta Magna¹¹.

Escrevi, então, em *O Estado de S. Paulo* (“O custo político da Federação”), mostrando que tínhamos que reduzir tal peso na revisão de 1993. O deputado Ulisses Guimarães ligou-me, no mesmo dia da publicação, ainda pela manhã, dizendo-me que tinha razão nesse ponto, embora defendesse, como de resto concordei, que o equilíbrio entre os Poderes e os direitos individuais foram uma grande conquista da Constituição de 1988.

Disse-me ele, então, que, se eleito presidente da revisão, pretendia constituir uma comissão de juristas indicados por todos os partidos políticos, que elaboraria um texto para ser apresentado ao Congresso revisional, objetivando rápida aprovação e que, a partir dessa revisão, haveria uma redução da excessiva adiposidade do texto de 1988.

Sua morte antes dos cinco anos afastou tal possibilidade, não tendo o deputado Nelson Jobim conseguido, nas seis emendas revisionais discutidas exclusivamente no Congresso, corrigir os defeitos maiores da Carta da República¹².

Fato curioso ocorreu, todavia, com a Argentina. O chefe do “Parquet” daquele país, no governo Menem, veio a São Paulo para conhecer Celso e a mim, pois tinham sido publicados nossos primeiros comentários da Constituição brasileira. Chegamos a fazer um programa de TV (Rede Vida, *Caminhos do Direito e da Economia*), os três.

Contou-nos que o presidente Menem queria alterar a Lei Suprema argentina, que datava do Século 19, após uma intentona militar, por ele abafada.

Comentei com ele a solução que o deputado Ulisses Guimarães pretendia adotar para a revisão de 1993, no Brasil¹³.

Levou a Menem a ideia de Ulisses e a Constituição argentina, após a criação da comissão de juristas de todos os partidos que elaborou o texto, foi aprovada em poucas semanas, com apenas 129 artigos e 17 disposições transitórias.

O certo, em relação à Constituição brasileira, é que todas as tentativas de correção, seja para soluções imediatistas de governo, seja para adaptação do texto às necessidades de integração do País ao cenário internacional, tem sido meros remendos constitucionais que a transformaram numa colcha de retalhos, com mais de uma centena de emendas entre as de processos ordinário e revisional.

E o texto coalhado de emendas terminou perdendo sua integralidade, com sérias dificuldades para os tribunais interpretarem-na, em alguns dispositivos, como a submissão a um tribunal internacional penal de questões (art. 5º § 4º) que, pelo inciso XXXV, devem necessariamente ser submetidas, desde que o desejo o acusado, à Justiça Brasileira, por ser o inciso XXXV do art. 5º da CF cláusula pétrea e anterior¹⁴.

Há, todavia, no texto constitucional, a manutenção, nestes 30 anos, dos dois elementos essenciais retroexaminados, quais sejam, o equilíbrio entre os Poderes e os direitos individuais.

Segundo a Constituição, os de Poderes da República são harmônicos e independentes (artigo 2º) entre si; o Supremo não pode invadir competências legislativas (art. 103, § 2º); o legislativo pode não obedecer decisões da Suprema Corte que invadam sua competência (art. 49, inc. XI); se houver conflito entre Poderes e um deles apelar às Forças Armadas, poderá demandar que reponham a lei e a ordem – nunca rompê-las – (art. 142); se o conflito for com o Executivo Federal, o presidente da República, como parte no conflito, não poderá assumir o comando das Forças Armadas, mas só seus comandantes; as cláusulas pétreas devem ser respeitadas pelo Legislativo, que nem por emendas constitucionais pode revogá-las, assim como pelo Poder Judiciário que não pode reduzi-las, de tal maneira que todo um sistema de freios e contrafreios foi criado para que os Poderes sejam efetivamente harmônicos e independentes entre si (6º § 4º)¹⁵.

Ocorreu, todavia, que desde 2003 – quando, num único mês, três ministros que marcaram história na Suprema Corte se aposentaram (Moreira Alves, Sydney Sanches e Ilmar Galvão) – a Suprema Corte perdeu aquela característica de um colegia-

do, com a função maior de ser guardião da Constituição e a função decorrencial de dar estabilidade às instituições.

Nada obstante a qualidade indiscutível de todos os seus integrantes, o protagonismo individual que assumiram passou a permear muitas decisões, promovendo o avanço da insegurança jurídica, sempre que a competência de atribuições de outros Poderes são invadidos. Com isso, a comunidade jurídica se encontra permanentemente em suspenso, temerosa de que, em algum momento, tal invasão venha a deflagrar um conflito que resulte no acionamento dos freios e contrafreios expostos no texto Supremo¹⁶.

Acresce-se que o Ministério Público – que não é Poder –, nada obstante o nível e qualidade de seus membros, tem, muitas vezes, envergado vestes próprias de um Poder, gerando, também, instabilidade, visto que o MP é apenas uma função essencial à administração da Justiça, como o é a advocacia.

À evidência, manter quadros institucionais em que os representantes dos três Poderes, em vez de agirem com harmonia e independência entre si, invadem competências uns dos outros, deixa desprotegidos os direitos individuais, que deveriam ser assegurados na tríplice função montesquiana de respeito entre os três Poderes. Ficam tais direitos e garantias, repetidas vezes, tismados, principalmente o direito de defesa, cada vez mais atingido, num Estado democrático de direito, que deveria nele ter o alicerce maior da democracia¹⁷.

É de se lembrar que o artigo 1º da CF declara que o Brasil é um Estado democrático de direito, e o 2º, que os Poderes são harmônicos e independentes. São os dois primeiros artigos que balizam os outros 248 artigos da Lei Suprema, mais os 114 das disposições transitórias.

Uma democracia só é plena, se cada Poder, no âmbito de suas atribuições, cumprir sua missão, com pleno respeito às competências alheias, colaborando com a sociedade na construção de uma nação poderosa e estável institucionalmente.

E, na minha opinião, o consequencialismo jurídico não foi albergado pela nossa Lei Suprema.

NOTAS

1

A Lei de anistia, Lei Ordinária, teve o n.º 6.683/1979, de 28/8/1979.

Está o caput do artigo 8º do ADCT assim disposto: “Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo n.º 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo *Decreto-Lei n.º 864, de 12 de setembro de 1969*, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.”

2

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao analisar a origem da Lei Suprema de 1988, escreveu:

“O primeiro deles é o caráter compósito do texto, que encerra princípios e regras divergentes entre si, quando não contraditórios. Isso decorreu, sem dúvida, de um fator político: a ausência de uma maioria ideologicamente convicta a respeito de pontos fundamentais, mormente no tocante à ordem econômica e social. Havia na Constituinte, de um lado, um hábil grupo, lutador e tenaz, disposto a infletir o texto para a esquerda, abrindo caminho para o socialismo. Tal grupo, entretanto, não compreendia mais do que quinze por cento dos constituintes. De outro, existia um núcleo de cerca de cem constituintes, pouco menos

de vinte por cento da Assembleia, disposto a preservar o capitalismo, a propriedade privada, especialmente da terra, os valores tradicionais. A grande maioria, porém, cerca de dois terços da Constituinte, definia-se caso a caso, sem maior preocupação de coerência. E preferia, cada vez que uma questão se radicalizava, um acordo que, pelo menos aparentemente, contentasse a gregos e troianos. Tais acordos, realizados não raro sob a pressão dos lobbies (CUT, CGT, Contag, UDR, CNI e uma infinidade de outros, discretos e eficientes), são responsáveis pelas normas ambíguas com que tropeça o intérprete em questões fundamentais” (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*, volume 1, ed. Saraiva, 2000, São Paulo, pág. 1).

3

A Emenda Constitucional n.º 26/85 tem a seguinte redação, nos seus três primeiros artigos:

“**Emenda Constitucional n.º 26** Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências. **As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal**, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional: Art. 1º Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Art. 2º. O presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu presidente. Art. 3º. A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte”.

4

Bernardo Cabral, relator da Constituinte, escreveu para livro por Rezek, e por mim coordenado, que: “Há 20 anos, após um longo e amadurecido processo de meditação sobre os mais lídimos anseios nacionais e na sequência de mais de ano e meio de estudos e discussões, era promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil. Aquele que leia o seu texto, sem paixão e preconceito, verificará que não se pode debitar a ela todos os equívocos – como fazem uns poucos. Isso porque é esquecer o instante histórico da sua elaboração, quando participaram da sua futura políticos cassados, guerrilheiros, banidos, revanchistas etc., os quais, sem dúvida, contribuíram para o seu detalhismo condenável, como se vê nas relações de trabalho e o papel do Estado na economia. Sem contar, à época, com a chamada ‘dicotomia’ entre os regimes capitalista e comunista.

O que cabe colocar em relevo é que a doutrina consiste em ver a Constituição como lei fundamental, em que se resguardam acima e à margem das lutas de grupos e tendências, alguns princípios básicos, que, uma vez incorporados ao seu texto, tomam-se indiscutíveis de novo acordo e nova decisão. Como não é todos os dias que uma comunidade política adota um novo sistema constitucional ou assume um novo destino, cumpre extrair da Constituição tudo o que permite a sua virtualidade, em vez de, a todo instante, modificar-lhe o texto, a reboque de interesses meramente circunstanciais” (*Constituição Federal – avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro – 20 anos – edição comemorativa*, Ed. Centro de Extensão Universitária e Ed. RT, São Paulo, 2008, última capa).

5

O artigo 170 da CF tem a seguinte dicção: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I. soberania nacional;
- II. propriedade privada;
- III. função social da propriedade;
- IV. livre concorrência;
- V. defesa do consumidor;
- VI. defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (*Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 42, de 19.12.2003*)
- VII. redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII. busca do pleno emprego;
- IX. tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasilei-

ras e que tenham sua sede e administração no País. (*Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 6, de 1995*)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

6

A Constituição Brasileira de 1937 (10/11/37), redigida por Francisco Campos, apelidado de *Chico Ciência*, mereceu jocoso comentário à época:

“Quando as luzes de *Chico Ciência* acendem, provocam curto-circuito em todos os fusíveis da democracia”.

7

Manoel Gonçalves Ferreira Filho critica essa falta de um anteprojeto:

“Outro elemento contribuiu para o caráter cômico da Constituição. Foi a ausência de um anteprojeto que servisse de fio condutor para os trabalhos. Houve, é certo, os estudos promovidos pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, que resultaram no chamado ‘anteprojeto dos notáveis’ (v. meu livro, *O anteprojeto dos notáveis*, São Paulo, Saraiva, 1987).

Este pesou nos trabalhos da Constituinte. Entretanto, a ele já faltava coerência interna, não sendo mais do que um agregado mal alinhavado de propostas. Com efeito, a referida comissão, constituída por critérios essencialmente políticos, quase que somente de figuras vinculadas à Nova República, com um número extremamente grande de leigos em matéria jurídica, procurou antes somar as propostas que recebeu, mal levando a cabo uma triagem superficial. Ademais, o seu trabalho foi recebido pelo então presidente Sarney como uma ‘su-

gestão’, motivo por que não chegou oficialmente à Constituinte” (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*, volume I, ob. cit., págs. 1-2).

8

O artigo 2º do ADCT tinha a seguinte dicção:

“Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País (*Vide emenda Constitucional n.º 2, de 1992*).

§ 1º Será assegurada gratuidade na livre divulgação dessas formas e sistemas, através dos meios de comunicação de massa cessionários de serviço público.

§ 2º O Tribunal Superior Eleitoral, promulgada a Constituição, expedirá as normas regulamentadoras deste artigo”.

Coordenei livro recente sob o título *Parlamentarismo: realidade ou utopia?*, com a colaboração dos seguintes autores: Ives Gandra Martins da Silva Martins, J. Bernardo Cabral, Ney Prado, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, Sergio Ferraz, Dircêo Torrecillas Ramos, Maria Garcia, Francisco Pedro Jucá, Paulo Adib Casseb, Edvaldo Brito, Kiyoshi Harada, Marilene Talarico Martins Rodrigues, João Bosco Coelho Pasin, Hécio de Abreu Dallari Júnior, Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, Edison Carlos Fernandes, José de Ávila Cruz, Carmen Silvia Válio de Araujo Martins, André L. Costa-Corrêa, Acácio Vaz de Lima Filho, Antonio Penteadó Mendonça, Agostinho Toffoli Tavelaro, Antônio Márcio da Cunha Guimarães, Arianna Stagni Guimarães, George Melão, Victor José Faccioni, Cassio Mesquita Barros e Luiz Gonzaga Bertelli (Ed. FecomercioSP).

9

O livro, intitulado *A Constituição brasileira 1988 – interpretações* (2ª. ed. Acad. Int. de Direito e Economia, Fundação Dom Cabral e Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1990), por mim coordenado e com as colaborações dos seguintes autores: Aires F. Barreto, Alcides J. Costa, Amaury M. Nascimento, Américo M. Lacombe, Antonio de Pádua Ribeiro, Caio Tácito, Carlos Mario da S.Velloso, Cassio de Mesquita Barros Jr., Celso S. Ribeiro Bastos, Diogo de Figueiredo M. Neto, Divaldo Suruagy, Edvaldo Brito, Geraldo Vidigal, Gilberto de Ulhôa Canto, Hamilton Dias de Souza, Ives Gandra Martins, José Alfredo Baracho, José Carlos Moreira Alves, José Cretella Jr., José de Castro Bigi, José Francisco Rezek, José Paulo Sepulveda Pertence, Manoel Gonçalves F. Filho, Marco Aurélio Greco, Michel Temer, Ney Prado, Octavio Bueno Magano, Oscar Dias Corrêa, Raul Machado Horta, Roberto Rosas, Sydney Sanches e Walter Costa Porto, constituiu-se em transcrições das palestras.

10

O artigo 242 é prova inequívoca deste inchaço constitucional:

“Art. 242. O princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.

§ 1º O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.

§ 2º O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal” [grifos meus].

11

Na conferência de Minas Gerais, em 1988, já previra, todavia, tal realidade:

“Eu estou, pois, convencido – e reconheço que a tese pode até parecer agressiva – de que a Federação brasileira, para não gerar esse custo que as federações europeias, ou a americana, ou a australiana, ou a canadense, ou a alemã não têm, precisaria ter Estados com densidade própria de sobrevivência. E aqueles Estados que não tivessem densidade deveriam ser territórios federais, para que o ônus de sua manutenção não caísse sobre a comunidade por inteiro. Esse é também o pensamento de Alcides Jorge Costa. Reconheço que a tese é muito ousada e dificilmente implantável politicamente. Por isso, estou convencido de que esse custo político dificulta sobremaneira que o Estado possa diminuir seu tamanho. E quando, em todo o mundo, se pretende reduzir o tamanho do Estado para dar condições ao cidadão de evolução, o Brasil passa a aumentar a dimensão do poder e do governo, fazendo com que o cidadão tenha, para suportá-lo, de passar a recolher mais tributos e encaminhar mais recursos para esse novo minotauro nacional” (*A Constituição brasileira 1988 – interpretações*, obra citada, pág. 7).

12

Enquanto a Constituição americana tem sete artigos e 27 emendas em 231 anos, a brasileira, com 30 anos, tem 105 emendas (99 do processo ordinário e seis do processo revisor).

13

Escrevi:

“À época, seu procurador-geral, Dr. Garcia Lema, esteve algumas vezes em meu escritório para discutir a experiência brasileira, tendo inclusive participado de um programa de televisão comigo e Celso Bastos, organizado pela Academia Internacional de Direito e Economia, denominado “Caminhos do Direito e da Economia”. Sua ideia de discussão prévia de um texto com todos os partidos foi levada ao governo Menem e adotada. Isso impediu que o texto fosse elaborado exclusivamente pelos partidos, possibilitando que decorresse de um consenso dessas agremiações políticas, à luz da reflexão de juristas de cada uma, que participaram da elaboração de um anteprojeto. Nas discussões constantes que tivemos à época, Celso e eu já tínhamos publicado grande parte dos nossos Comentários à Lei Suprema brasileira, o que viemos a completar, em 15 volumes, pela Saraiva, em 1998. Estimulamos, pois, a adoção do modelo de tramitação do anteprojeto que Garcia Lema sugerira ao presidente da Argentina. A nosso ver, tal discussão prévia permitiu a rápida aprovação pelos parlamentares de um texto de 129 artigos apenas e 17 disposições transitórias, sendo técnica e juridicamente inatacável. O Dr. Garcia Lema publicou, após a aprovação, um pequeno livro em que conta o que foi o processo de elaboração da referida Constituição” (“I Encontro de Juristas da América Latina e do Caribe”, volume VI, *Reflexões*, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 2010, pág. 116).

14

Os dois dispositivos têm a seguinte dicção:

“Art. 5.....

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

.....

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (*Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004*)”.

15

Os artigos 2º, 103 § 2º, 49, inciso XII, caput do 142, 60 § 4º tem a seguinte dicção:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário;

Art. 103

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Art. 49 É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

.....

XI. zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

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

Art. 60

...

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I. Forma federativa de Estado;
- II. O voto direto, secreto, universal e periódico;
- III. A separação dos Poderes;
- IV. Os direitos e garantias individuais”

16

Escrevi:

“A segunda grande missão das Forças Armadas é a garantia que ofertam aos poderes constitucionais, o que vale dizer, se o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, quem garante os poderes constituídos são as Forças Armadas. Quando Néelson Hungria, desconsolado, no golpe de Estado que derrubou Café Filho, disse que o Supremo Tribunal Federal era um arsenal de livros, e não de tanques — e, por isso, nada podia fazer para garantir o governo, podendo apenas mostrar uma realidade, qual seja, a de que sem a garantia das Forças Armadas não há poderes constituídos —, definiu os verdadeiros papéis das duas instituições.

Por fim, cabe às Forças Armadas assegurar a lei e a ordem sempre que, por iniciativa de qualquer dos poderes constituídos, ou seja, por iniciativa dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, forem chamadas a intervir.

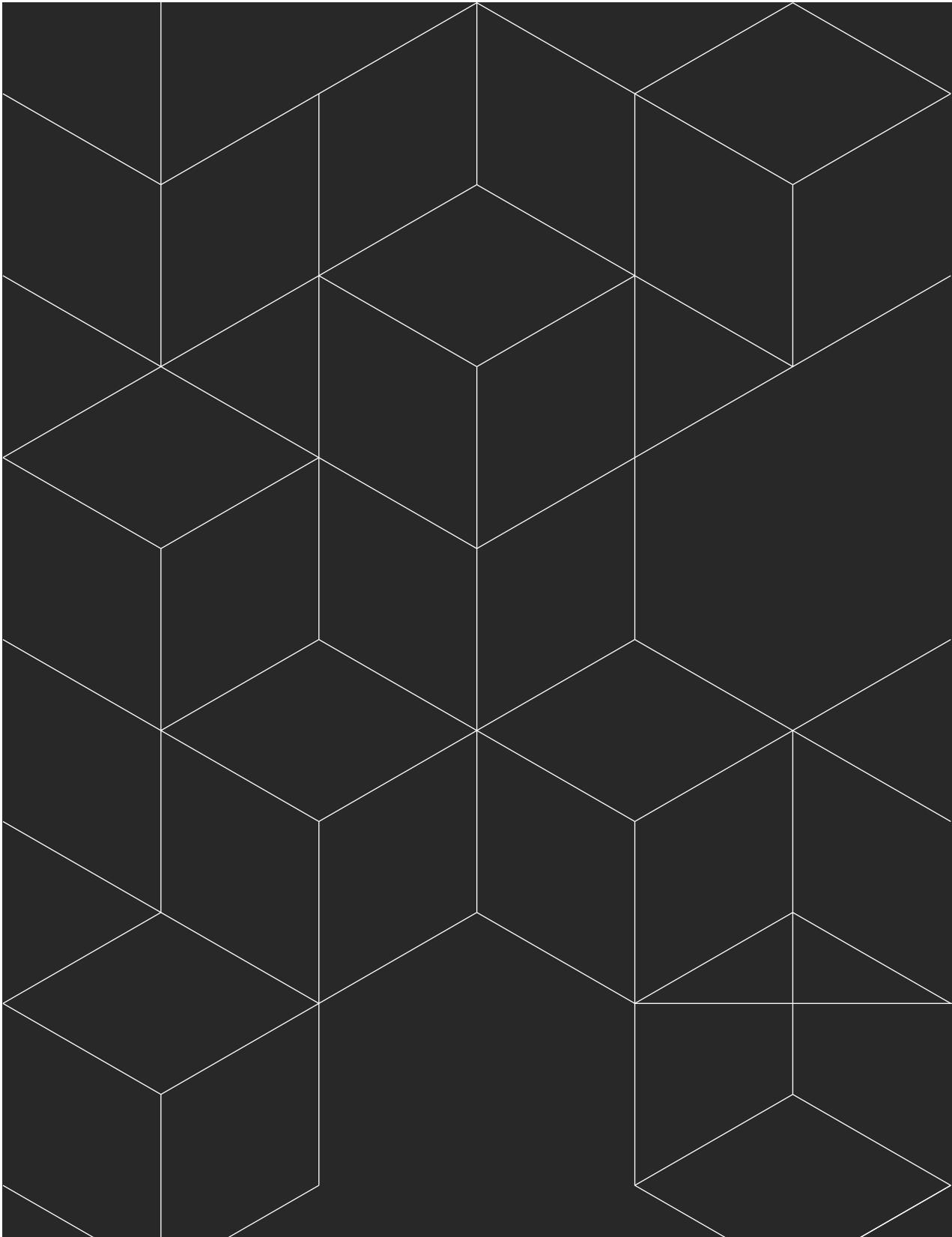
Nesse caso, as Forças Armadas são convocadas para garantir a lei e a ordem, e não para rompê-las, já que o risco de ruptura provém da ação de pessoas ou entidades preocupadas em desestabilizar o Estado” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 5º volume, Ed. Saraiva, págs. 166-167).

17

Prova inequívoca é a equivocada leitura do art.

5º, inciso LVII, da Lei Suprema, assim redigido:

“LVII. ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; ...”, em que o cidadão passa a ser considerado culpado depois da decisão de 2ª instância.



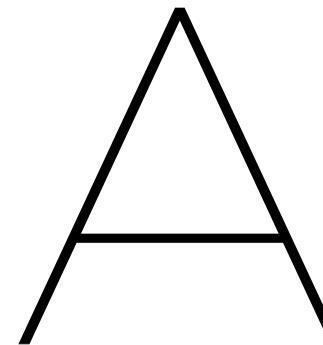
LUÍS ROBERTO BARROSO

TRINTA ANOS DA
CONSTITUIÇÃO:
A REPÚBLICA QUE
AINDA NÃO FOI

LUÍS ROBERTO BARROSO

PROFESSOR TITULAR DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ). MESTRE PELA YALE LAW SCHOOL. DOUTOR E LIVRE-DOCENTE PELA UERJ. MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

I. INTRODUÇÃO



A CHEGADA DE UMA CONSTITUIÇÃO À SUA TERCEIRA DÉCADA, NA AMÉRICA LATINA, é um evento digno de comemoração efusiva. Sobretudo se ela, apesar de muitos percalços, tiver conseguido ser uma Carta verdadeiramente normativa, derrotando o passado de textos puramente semânticos ou nominais¹. É certo que houve chuvas, trovoadas e tempestades. É inevitável em uma vida completa. No momento em que escrevo estas linhas, aliás, o céu continua bem escuro. A fotografia do quadro atual é devastadora. Entretanto, como se pretenderá demonstrar ao longo do presente ensaio, o filme da democracia brasileira é bom. Temos andado, no geral, na direção certa, embora certamente não na velocidade desejada. É sempre bom lembrar: a história é um caminho que se escolhe, e não um destino que se cumpre. Ao longo dos anos, a Constituição tem sido uma boa bússola. Sobre o desencanto de uma República que ainda não foi, precisamos que ela nos oriente em um novo começo.

I.1. A COMEMORAÇÃO DOS DEZ ANOS

Quando a Constituição completou a sua primeira década, escrevi um artigo intitulado “Dez anos da Constituição de 1988: foi bom para você também?”. Logo ao início do artigo, eu voltava o relógio no tempo para 20 anos antes, ao ano de 1978, quando começara o movimento pela convocação de uma Assembleia Constituinte. Escrevi, então:

“O País ainda se recuperava do trauma do fechamento do Congresso Nacional para outorga do Pacote de Abril, conjunto de reformas políticas que eliminavam quaisquer riscos de acesso da oposição a alguma fatia de poder. Os atos institucionais que davam poderes ditatoriais ao presidente da República continuavam em vigor. O bipartidarismo artificial, a cassação de mandatos parlamentares e casuísmos eleitorais diversos falseavam a repre-

sentação política. A imprensa ainda enfrentava a censura. Havia presos políticos nos quartéis e brasileiros exilados pelo mundo afora”².

Em seguida, o texto dava um salto no tempo para o ano de 1998, ocasião da celebração dos dez anos, quando, então, anotei:

“Mova-se o relógio, agora, de volta para o presente. Estamos no fim do ano de 1998. Refazendo-se da longa trajetória, o intrépido viajante intertemporal contempla a paisagem que o cerca, enebriado pelo marcante contraste com a aridez que deixara para trás: a Constituição vige com supremacia, há liberdade partidária, eleições livres em todos os níveis, liberdade de imprensa e uma sociedade politicamente reconciliada.

(...) [É] inegável: sem embargo das dificuldades, dos avanços e dos recuos, das tristezas e decepções do caminho, a história que se vai aqui contar é uma história de sucesso. Um grande sucesso.

Sorria. Você está em uma democracia”³.

O tom moderadamente otimista, sem ignorar os múltiplos obstáculos e dificuldades, marcou, ao longo do tempo, minha percepção da Constituição e do avanço institucional brasileiro.

1.2. A COMEMORAÇÃO DOS 20 ANOS

Por ocasião do vigésimo aniversário da Constituição, voltei ao tema, escrevendo um longo artigo denominado “Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos”. Na abertura do texto, consignei:

“Percorremos um longo caminho. Duzentos anos separam a vinda da família real para o Brasil e a comemoração do vigésimo aniversário da Constituição de 1988. Nesse intervalo, a colônia exótica e semiabandonada tornou-se uma das dez maiores economias do mundo. O Império de viés autoritário, fundado em uma Carta outorgada, converteu-se em um Estado constitucional democrático e estável, com alternância de poder e absorção institucional das crises políticas. (...) A Constituição de 1988 representa o ponto culminante dessa trajetória, catalizando o esforço de inúmeras gerações de brasileiros contra o autoritarismo, a exclusão social e o patrimonialismo⁴, estigmas da formação nacional⁵. Nem tudo foram flores, mas há muitas razões para celebrá-la”⁶.

Após análise detida das instituições e dos governos que se sucederam no período, assinala na conclusão:

“O modelo vencedor chegou ao Brasil com atraso, mas não tarde demais, às vésperas da virada do milênio. Os últimos 20 anos representam não a vitória de uma Constituição específica, concreta, mas de uma ideia, de uma atitude diante da vida. O constitucionalismo democrático, que se consolidou entre nós, traduz não apenas um modo de ver o Estado e o Direito, mas de desejar o mundo em busca de um tempo de justiça, fraternidade e delicadeza. Com as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito. E vivido as contradições inevitáveis da procura do equilíbrio entre o mercado e a política, entre o privado e o público, entre os interesses individuais e o bem coletivo. Nos 200 anos que separam a chegada da família real e o vigésimo aniversário da Constituição de 1988, passou-se uma eternidade”⁷.

O futuro parecia ter chegado, com atraso, mas não tarde demais, no fim da primeira década dos anos 2000. Em sua edição de 12 de novembro de 2009, a revista *The Economist*, uma das mais influentes do mundo, estampou na capa uma foto do Cristo Redentor se elevando como um foguete sob o título “Brazil takes off” (“O Brasil decola”). Tendo escapado da crise de 2007 com poucas escoriações, o País voltara a crescer a taxas anuais superiores a 5%. Exibindo prestígio internacional, havia sido escolhido para sediar a Copa do Mundo de 2014, as Olimpíadas de 2016 e pleiteava uma vaga no Conselho de Segurança das Nações Unidas. Investimentos internacionais abundavam e o preço das commodities bombava.

O foguete, porém, aparentemente não conseguiu sair da atmosfera e se libertar da gravidade das muitas forças do atraso. Quatro anos depois, a mesma *The Economist*, em sua edição de 28 de setembro de 2013, foi portadora das más notícias. Na nova capa, o Cristo Redentor dava um *looping* e descia em queda livre. A aterrissagem não seria suave. O ciclo de prosperidade parecia ter chegado ao fim. Na sequência, veio o impeachment, que foi um trauma para o País. Uma vez mais, fomos do ufanismo à depressão. Não foi pequeno o tombo.

Apesar do desalento, procurei demonstrar, à época, que embora o futuro não tivesse chegado, como se supôs, ele continuava à espera. Em palestra na Universidade de Oxford, assim me manifestei para uma plateia que tinha muitos mestrandos e doutorandos brasileiros:

“E devo dizer, por implausível que possa parecer nessa hora, que avisto um horizonte promissor. Assim que começarmos a andar na direção certa, a confiança voltará, e as perspectivas continuam favoráveis. Há múltiplos lados para onde crescer: estradas, aeroportos, portos, ferrovias, saneamento, habitação popular – não faltam demandas. Em outro front, precisamos investir em educação, pesquisas científica e tecnológica, incentivar a inovação, fazer parcerias com grandes centros. E, ainda, na lista dos problemas crônicos, precisamos de reforma política, reforma da previdência, reforma tributária. Há muito por fazer e muitas razões para ser moderadamente otimista”⁸.

Parece que foi logo ali, na esquina do tempo, que tudo começou. Mas lá se vão três décadas.

1.3. A CONSTITUIÇÃO DE 30 ANOS

O título do presente tópico se baseia no livro do escritor francês Honoré de Balzac, escrito entre 1829 e 1842, chamado *A mulher de trinta anos* (“La femme de trente ans”). A obra ficou célebre menos pela qualidade literária – não é considerada um dos pontos altos da produção literária do autor –, mas por ter consagrado o termo “balzaquiana” para se referir às mulheres na casa dos 30. O enredo conta a história de uma jovem que viveu um casamento infeliz por muitos anos, só vindo a encontrar o verdadeiro amor depois dos 30. A narrativa valoriza a idade mais avançada – em uma época em que as protagonistas mal haviam chegado aos 20 anos –, enfatizando a maturidade em lugar do romantismo e a capacidade de se reinventar após sofrimentos diversos. Até aqui, o livro parecia oferecer uma boa alegoria para o momento brasileiro. Mas, na verdade, não é. Quem ler a história até o fim verá que ela acumula tristeza, tragédia e melancolia. Não há de ser o nosso caso nem o nosso destino.

Sem fechar os olhos às vicissitudes desses últimos 30 anos, o texto que se segue procura lançar um olhar crítico, positivo e construtivo sobre esse período da vida institucional brasileira. Após uma breve nota pessoal, destaco os pontos altos e os desencontros dessas últimas décadas, concluindo com uma reflexão sobre o momento atual. Pessoalmente, devo dizer que minhas expectativas continuam elevadas, inspiradas por uma passagem antológica atribuída a Michelangelo, que me anima nos momentos difíceis:

*“O maior perigo, para a maioria de nós
não é que o alvo seja muito alto
E não se consiga alcançá-lo.
É que ele seja muito baixo
E a gente consiga”⁹.*

II. MINHA RELAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO

Minha relação com a Constituição de 1988 e com o Direito Constitucional é antiga, constante e fiel. Começou em 1978, quando eu estava no terceiro ano da Faculdade de Direito, e compareci a um ato público na Cinelândia, no Rio de Janeiro. Era a deflagração do movimento pela convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte *livre e soberana*, como exigiam as palavras de ordem da

época. Não havia mais do que 200 pessoas na manifestação. Quase ninguém interrompera a sua rotina para aderir a uma reivindicação tão distante e abstrata. O futuro não parecia promissor.

Ainda assim, jamais me distanciei do rumo que ali se delineou. Desde então, tenho me dedicado ao Direito Constitucional, sem seguir inteiramente o conselho do meu pai, que me dizia: “Estude processo civil”. Aos poucos, fui acumulando informações e lendo os autores da época: Afonso Arinos de Mello Franco, Paulino Jacques, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Pinto Ferreira¹⁰. Logo à frente, vieram os portugueses na onda da redemocratização de Portugal: J.J. Gomes Canotilho e Jorge Miranda. Apesar da excelência de muita coisa que li, queria fazer algo diferente daquele Direito Constitucional que era essencialmente descritivo das instituições políticas – entremeado de reflexões históricas e sociológicas –, sem muita preocupação com a concretização dos mandamentos constitucionais. Vaguei algum tempo pelo deserto, até que um dia encontrei o meu caminho.

Após ter lido alguns textos seminais de José Afonso da Silva, Konrad Hesse, Celso Antonio Bandeira de Mello, Vezio Crisafulli, bem como Bernard Schwartz e outros americanos, descobri o que me pareceu ser a demanda mais premente do Direito Constitucional brasileiro naquela quadra histórica: o casamento com o processo civil. E, assim, de certa forma, pude seguir o conselho de meu pai. Para isso, foi de grande valia ter sido aluno de José Carlos Barbosa Moreira, um dos maiores juristas e processualistas que o País já teve, com quem aprendi muito. Passei então a refletir e a escrever sobre a concretização da Constituição perante o Poder Judiciário, defendendo a sindicabilidade judicial das normas constitucionais, inclusive, e sobretudo, as que consagravam direitos fundamentais. Isso pode parecer óbvio nos dias de hoje, mas a ideia de que a Constituição era um documento jurídico, dotado de aplicabilidade direta e imediata, era revolucionária naqueles dias e enfrentava grande resistência. Muita gente olhava de banda para a novidade.

Meus primeiros trabalhos acadêmicos de maior expressão foram sobre a efetividade das normas constitucionais, isto é, os limites e as possibilidades de concretização da Constituição¹¹. Por quase uma década, me dediquei ao tema, viajando pelo País em eventos acadêmicos e congressos, pregando esse novo paradigma e tentando conquistar corações e mentes. Consolidada a ideia de normatividade e de cumprimento efetivo da Constituição, dediquei os anos seguintes ao estudo da interpretação constitucional, que passou a exigir uma dogmática mais sofisticada nesse novo cenário de aplicação ampla, em que ocorriam colisões de direitos, necessidade de ponderação e de resgate da argumentação jurídica¹². Na sequência histórica, participei do processo de reaproximação do Direito Constitucional com a filosofia moral, o desenvolvimento de uma cultura pós-positivista e da leitura de todo o ordenamento jurídico à luz dos valores e princípios constitucionais¹³. O Judiciário se tornava um ator decisivo na realização dos direitos fundamentais. Surgia um novo Direito Constitucional¹⁴.

A efetividade da Constituição – *i.e.*, sua concretização perante os tribunais – avançou tanto que, ultimamente, tenho feito reflexões sobre os riscos da judiciali-

zação excessiva em determinadas áreas¹⁵. A esse propósito, judicialização e ativismo judicial se tornaram debates imprescindíveis na atualidade brasileira¹⁶. E, nos últimos tempos, tenho me dedicado ao estudo dos papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais, que divido em contramajoritário, representativo e iluminista.¹⁷ Esse foi o tema do meu debate recente na Faculdade de Direito de Harvard, com o professor Mark Tushnet¹⁸, e é o objeto do artigo que será publicado proximamente pelo *American Journal of Constitutional Law*, na versão em inglês, e pela revista *Direito e Práxis*, na versão em português¹⁹.

Simultaneamente à minha carreira acadêmica, tive uma atuação relativamente intensa como advogado na área. Era um tempo em que os advogados nem tinham Constituição no escritório. Os civilistas usavam o Código Civil e o Código de Processo Civil. Os criminalistas, o Código Penal e o Código de Processo Penal. Os advogados trabalhistas utilizavam a CLT. O Direito Societário começava a se desenvolver após a promulgação da Lei das Sociedades por Ações. Pois bem: em um dos meus primeiros casos, comecei a trabalhar com a Constituição. Postulei a anulação de um ato administrativo do diretor do Observatório Nacional, que criara obstáculo à pesquisa de seu principal astrônomo com entraves burocráticos. Invoquei o art. 179, parágrafo único da Constituição de 1967-69, que previa que “O Poder Público incentivará a pesquisa e o ensino científico e tecnológico”. Sustentei, então, que normas conhecidas como “programáticas”, como esta, não permitiam que se exigisse um comportamento positivo. Entretanto, serviam como fundamento para se exigir uma abstenção, isto é, que o Poder Público não “embaraçasse” a pesquisa. Deu certo e foi feito um acordo. Começava ali um novo ramo de atividade jurídica, que era o do advogado constitucionalista.

Com o tempo, a vida me propiciou testar muitas das ideias que havia desenvolvido academicamente em ações perante os tribunais, inclusive o STF. Entre os casos de mais visibilidade, estiveram, por exemplo, **I.** o direito de as mulheres interromperem a gestação no caso de gravidez de um feto anencefálico e, consequentemente, inviável; **II.** a proibição do nepotismo no Poder Judiciário (depois estendida aos três Poderes); **III.** a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais; e **IV.** a defesa das pesquisas com células-tronco embrionárias. Todos eles envolviam a aplicação direta e criativa da Constituição. E, mais à frente, já como ministro do STF, segui fiel às minhas ideias em decisões envolvendo ações afirmativas para negros, direitos das mulheres, homossexuais e transgêneros, liberdade de expressão, restrição ao foro privilegiado e direito à interrupção da gestação no primeiro trimestre, para citar algumas.

E assim se passaram os anos. Presto esse breve depoimento na primeira pessoa porque a minha vida acadêmica, de advogado e, agora, de juiz constitucional se desenvolveu em conexão profunda com a Constituição. Uma convivência intensa, que me trouxe realizações intelectuais, proveitos materiais e algumas frustrações. Poucas, felizmente. Mesmo assim, 30 anos representam uma data emblemática e constituem um bom marco para discutir a relação. Uma “DR” básica. Aqui vai ela.

III. ALGUNS PONTOS ALTOS

III.1. ESTABILIDADE INSTITUCIONAL

Desde o fim do regime militar e, sobretudo, tendo como marco histórico a Constituição de 1988, o Brasil vive o mais longo período de estabilidade institucional de sua história. E não foram tempos banais. Ao longo desse período, o País conviveu com a persistência da hiperinflação (de 1985 a 1994), com sucessivos planos econômicos que não deram certo – Cruzado I e II (1986), Bresser (1987), Collor I (1990) e Collor II (1991) – e com escândalos em série, que incluem Anões do Orçamento, Mensalão, Operação Lava Jato e duas denúncias criminais contra o presidente em exercício, para citar os de maior visibilidade. A tudo isso se soma o trauma de dois processos de impeachment de presidentes da República eleitos pelo voto popular: o de Fernando de Collor de Mello, em 1992, com adesão majoritária da sociedade; e o de Dilma Rousseff, em 2016, que produziu um ressentimento político sem precedente na história do Brasil.

Todas essas crises foram enfrentadas dentro do quadro da legalidade constitucional²⁰. É impossível exagerar a importância desse fato, que significa a superação de muitos ciclos de atraso. O Brasil sempre fora o país do golpe de Estado, da quartelada, das mudanças autoritárias das regras do jogo. Desde que Floriano Peixoto deixou de convocar eleições presidenciais, ao suceder Deodoro da Fonseca, até a Emenda Constitucional n.º 1/1969, quando os ministros militares impediram a posse do vice-presidente Pedro Aleixo, o golpismo foi uma maldição da República. Pois tudo isso é passado. Na sucessão de crises recentes, o STF evitou mudanças casuísticas nas regras do impeachment, embora, lamentavelmente, em momentos subsequentes, tenha sido casuístico em outros pontos da sua própria jurisprudência. Já as Forças Armadas têm mantido o comportamento exemplar que adotaram desde a redemocratização do País. Em suma: 30 anos de estabilidade institucional, apesar de tudo. Nessa matéria, só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

III.2. ESTABILIDADE MONETÁRIA

Todas as pessoas no Brasil que têm 40 anos ou mais viveram uma parte de sua vida adulta dentro de um contexto econômico de hiperinflação. A memória da inflação é um registro aterrador. Os preços oscilavam diariamente, quem tinha capital o mantinha aplicado no *overnight*, e quem vivia de salário o via se desvalorizar a cada hora. Generalizou-se o uso da *correção monetária* – reajuste periódico de preços, créditos e obrigações de acordo com determinado índice –, que realimentava drasticamente o processo inflacionário²¹. Até hoje, um percentual relevante das ações que tramitam perante a Justiça brasileira está relacionado a disputas acerca da correção monetária e de diferentes planos econômicos que interferiram com sua aplicação. Pois bem: com o Plano Real, implantado a partir de 1º de julho de 1994, quando Fernando Henrique Cardoso era ministro da Fazenda, a inflação foi finalmente domesticada, tendo início uma fase de estabilidade monetária, com desindexação da economia e busca de equilíbrio fiscal.

Este é outro marco histórico cuja importância é impossível de se exagerar. Para que se tenha uma ideia do tamanho do problema, a inflação acumulada no ano de 1994, até o início da circulação da nova moeda, o real, que se deu em 1º de julho, era de 763,12%. Nos 12 meses anteriores, fora de 5.153,5%. A inflação, como se sabe, é particularmente perversa com os pobres, por não terem como se proteger da perda do poder aquisitivo da moeda. Como consequência, ela agravava o abismo de desigualdade do País. Em uma década de democracia e de poder civil, iniciado em 1985, o Brasil consolidou a vitória sobre a ditadura e sobre a inflação. Em desdobramento da estabilidade monetária, entrou na agenda da sociedade a percepção da importância da responsabilidade fiscal. Embora não seja uma batalha totalmente ganha, aos poucos, foi se consolidando a crença de que se trata de uma premissa das economias saudáveis. Responsabilidade fiscal não tem ideologia, não é de direita ou de esquerda. A não observância da regra básica de não se gastar mais do que se arrecada traz como consequências o aumento de juros ou a volta da inflação, disfunções que penalizam drasticamente as pessoas mais pobres.

III.3. INCLUSÃO SOCIAL

A pobreza e a desigualdade extrema são marcas indelévels da formação social brasileira. Apesar de subsistirem indicadores ainda muito insatisfatórios, os avanços obtidos desde a redemocratização são muito significativos. De acordo com o Ipea, de 1985 a 2012, em torno de 24,5 milhões de pessoas saíram da pobreza, e mais 13,5 milhões não estão mais em condições de pobreza extrema. Ainda segundo o Ipea, em 2012, havia cerca de 30 milhões de pessoas pobres no Brasil (15,93% da população), das quais aproximadamente 10 milhões em situação de

extrema pobreza (5,29% da população). Infelizmente, a crise econômica dos últimos anos impactou de forma negativa esses números. Entre 2014 e 2015, o desemprego e a queda de renda levaram de volta à pobreza 4,1 milhões de brasileiros, dos quais 1,4 milhão está em pobreza extrema²². A reversão de expectativas é, evidentemente, dramática, mas não elimina o saldo extremamente positivo obtido ao longo de muitos anos. E com a retomada do crescimento econômico no ano de 2018, espera-se a recuperação desses indicadores sociais.

Merece registro, também, o programa Bolsa Família, implantado a partir do início do governo Lula, em 2003, que unificou e ampliou diversos programas sociais existentes²³. Conforme dados divulgados em 2014, retratando uma década de funcionamento, o programa atendia aproximadamente 13,8 milhões de famílias, o equivalente a 50 milhões de pessoas, quase um quarto da população brasileira. No início de 2018, os números eram essencialmente os mesmos. Apesar de enfrentar críticas e problemas administrativos, o Bolsa Família recebeu apoio de diversos organismos das Nações Unidas.

Nas últimas três décadas, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do Brasil, medido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), foi o que mais cresceu entre os países da América Latina e do Caribe. Nessas três décadas, os brasileiros ganharam 11,2 anos de expectativa de vida e viram a renda aumentar em 55,9%. Na educação, a expectativa de estudo para uma criança que entra para o ensino em idade escolar cresceu 53,5% (5,3 anos). Segundo dados do IBGE/PNAD, 98,4% das crianças em idade compatível com o ensino fundamental (6 a 14 anos) estão na escola. Os avanços, portanto, são notáveis. No entanto, alguns dados ainda são muito ruins: o analfabetismo atinge ainda 13 milhões de pessoas a partir de 15 anos (8,5% da população) e o analfabetismo funcional (pessoas com menos de quatro anos de estudo) alcança 17,8% da população.

Também aqui, infelizmente, o impacto da crise econômica dos últimos anos trouxe estagnação. De acordo com os dados do Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH) do Pnud, divulgado em 2017 com base em informações de 2015, o IDH brasileiro, pela primeira vez desde 2004, deixou de apresentar crescimento. Na verdade, houve pequenos avanços em termos de expectativa de vida e escolaridade, mas decréscimo na renda per capita. Também no tocante à desigualdade, houve avanços expressivos, mas este continua a ser um estigma nacional, como atesta o Coeficiente de Gini, que mede a desigualdade de renda. Somos o décimo país mais desigual do mundo²⁴. O Brasil ostenta uma incômoda 79ª posição em matéria de justa distribuição de riqueza. Em suma: apesar de algum retrocesso recente, o balanço da inclusão social no Brasil nos últimos 30 anos é extremamente positivo e merece ser celebrado.

IV. O DESTAQUE MAIOR: O AVANÇO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma Constituição tem dois propósitos principais: **I.** organizar e limitar o exercício do poder político, assegurando o governo da maioria e estabelecendo as regras do jogo democrático; e **II.** definir os direitos fundamentais do povo, instituindo mecanismos para a sua proteção. Os dois grandes papéis das supremas cortes e dos tribunais constitucionais são, precisamente, assegurar o respeito às regras da democracia e proteger os direitos fundamentais. Esse foi um dos domínios em que a Constituição e o STF se saíram particularmente bem nos últimos 30 anos.

Esse tópico destaca os direitos fundamentais, que correspondem aos direitos humanos incorporados aos ordenamentos jurídicos internos. Direitos humanos são uma combinação de conquistas históricas, valores morais e razão pública, fundados na dignidade humana, que visam às proteções da vida, da liberdade, da igualdade e da justiça. E (por que não?) também a busca da felicidade. Embora tenham uma dimensão jusnaturalista, eles são normalmente incorporados aos ordenamentos jurídicos domésticos²⁵, sendo rebatizados como direitos fundamentais. Significam a positivação pelo Estado dos direitos morais de cada indivíduo. Uma reserva mínima de justiça a ser assegurada a todas as pessoas²⁶.

Veja-se, em enunciação esquemática, alguns marcos da jurisprudência do STF nessa área:

Liberdade individual: **I.** proibição da prisão por dívida no caso de depositário infiel, reconhecendo a eficácia e prevalência do Pacto de San Jose da Costa Rica em relação ao Direito interno; **II.** declaração da inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime, em caso de delitos associados a drogas; e **III.** o tribunal sinaliza com a descriminalização da posse de drogas (ou ao menos maconha) para consumo pessoal.

Moralidade administrativa (direito à boa governança): **I.** proibição do nepotismo; **II.** inconstitucionalidade do modelo de financiamento eleitoral por empresas sem restrições mínimas que preservassem a decência política e evitasse a corrupção; **III.** validação ampla da Lei da Ficha Limpa.

Direito à saúde: determinação de fornecimento gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da aids em pacientes sem recursos financeiros.

Direito à educação: direito à educação infantil, aí inclusos o atendimento em creche e o acesso à pré-escola. Dever do Poder Público de dar efetividade a esse direito.

Direitos políticos: proibição de livre mudança de partido após a eleição para cargo proporcional, sob pena de perda do mandato, por violação ao princípio democrático.

Direitos dos trabalhadores públicos: regulamentação, por via de mandado de injunção, do direito de greve dos servidores e trabalhadores do serviço público.

Direito dos deficientes físicos: direito de passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual a pessoas com deficiência, comprovadamente carentes.

PROTEÇÃO DAS MINORIAS

Judeus: a liberdade de expressão não inclui manifestações de racismo, aí incluso o antissemitismo.

Negros: **I.** validação de ações afirmativas em favor de negros, pardos e índios para ingresso na universidade **II.** no acesso a cargos públicos e **III.** proteção aos quilombolas.

Comunidade LGBT: equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais e direito ao casamento civil.

Comunidades indígenas: demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol em área contínua.

Transgêneros: direito à alteração do nome social, com ou sem cirurgia de redesignação de sexo.

Liberdade de pesquisa científica: declaração da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias.

Liberdade de expressão: inconstitucionalidade da exigência de autorização prévia da pessoa retratada ou de seus familiares para a divulgação de obras biográficas.

Direito das mulheres: **I.** direito à antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico; **II.** constitucionalidade da Lei Maria da Penha, que reprime a violência doméstica contra a mulher; **III.** direito à interrupção da gestação até o terceiro mês de gestação (decisão da 1ª Turma).

Ética animal: proibição da submissão de animais a tratamento cruel, como nos casos de **I.** briga de galo, **II.** farra do boi e **III.** vaquejada.

Por evidente, nenhum tribunal do mundo acerta todas. Até porque a verdade não tem dono e há diferentes pontos de observação da vida. Pessoalmente, incluiria em qualquer futura antologia de equívocos jurídicos julgados como o que **I.** deu per-

missão para o ensino religioso confessional em escolas públicas (*i.e.*, autorizou a doutrinação religiosa no espaço público), **II.** a declaração de inconstitucionalidade da cláusula de barreira (dando causa à multiplicação descontrolada de partidos de aluguel) e **III.** a manutenção do monopólio (privilégio) postal da Empresa de Correios e Telégrafos (na era da internet!). Sem mencionar sustos como a defesa da distribuição compulsória de fosfoetanolamina (a “pílula do câncer”), sem pesquisa clínica ou registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que teve medida cautelar deferida e quatro votos a favor.

Contudo, também aqui, o saldo dos últimos 30 anos é extremamente positivo. Poucos países do mundo têm um número tão expressivo de decisões progressistas e civilizatórias em tema de direitos fundamentais.

V. OS PONTOS FRACOS DESSES 30 ANOS

O SISTEMA POLÍTICO

Há exatos dez anos, em meu texto sobre os 20 anos da Constituição, abri um tópico específico para “as coisas que ficaram por fazer”. Estampando a evidência, consignei, a propósito da reforma do sistema político:

“Nos 20 anos de sua vigência, o ponto baixo do modelo constitucional brasileiro e dos sucessivos governos democráticos foi a falta de disposição ou de capacidade para reformular o sistema político. No conjunto de desacertos das últimas duas décadas, a política passou a ser um fim em si mesma, um mundo à parte, desconectado da sociedade, visto ora com indiferença, ora com desconfiança. As repetidas crises produzidas pelas disfunções do financiamento eleitoral, pelas relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e pelo exercício de cargos públicos para benefício próprio têm trazido, ao longo dos anos, uma onda de ceticismo que abate a cidadania e compromete sua capacidade de indignação e de reação. A verdade, contudo, é que não há Estado democrático sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem parlamento atuante e investido de credibilidade. É preciso, portanto, reconstruir o conteúdo e a imagem dos partidos e do Congresso, assim como exaltar a dignidade da política. O sistema político brasileiro, por vicissitudes diversas, tem desempenhado um papel oposto ao que lhe cabe: exacerba os defeitos e não deixa florescer as virtudes”.

Pouca coisa mudou de lá para cá. Todas as pessoas trazem em si o bem e o mal. O processo civilizatório existe para potencializar o bem e reprimir o mal. O sistema político brasileiro faz exatamente o contrário. O sistema político envolve o sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo), o sistema eleitoral

(proporcional, majoritário ou misto) e o sistema partidário (regras que regem a criação e o funcionamento dos partidos políticos). Temos problemas nos três. A grande dificuldade, nessa matéria, é que as reformas de que o País precisa dependem, para serem feitas democraticamente, como se impõe, da deliberação de pessoas cujos interesses são afetados pelas mudanças necessárias.

Como sistema de governo, eu proponho a atenuação do hiperpresidencialismo brasileiro com um modelo semipresidencialista, inspirado pelo que existe na França e em Portugal. Na minha proposta, o presidente da República seria eleito por voto direto e conservaria competência importantes, mas limitadas – como a condução da política internacional, a indicação de embaixadores e de ministros de tribunais superiores e a nomeação dos comandantes militares –, inclusive a de nomear o primeiro-ministro, que, todavia, dependeria de aprovação do Congresso. Já ao primeiro-ministro caberia a condução do dia a dia da política, sujeito às turbulências próprias da função. Em caso de perda de sustentação política, poderia ser substituído pela vontade majoritária do Congresso, sem que isso importasse quebra da legalidade constitucional. Defendo essa ideia desde a proposta de reforma política que escrevi e publiquei em 2006. E penso que, se essa fórmula estivesse em vigor, teríamos evitado o trauma do impeachment recente.

Mas não é o sistema de governo que está no centro das discussões atuais, mas o sistema eleitoral e o sistema partidário. A eles são dedicados os parágrafos que se seguem. Todos perdem com a persistência de um modelo que produziu um perigoso descolamento entre a classe política e a sociedade civil. A reforma política de que o Brasil precisa deverá ser capaz de atender a três objetivos: **I.** baratear o custo das eleições; **II.** aumentar a representatividade democrática dos eleitos; e **III.** facilitar a governabilidade.

No tocante à necessidade de *barateamento*, a demonstração é singela e se socorre de pura aritmética. Em valores calculados parcimoniosamente, um deputado federal precisa gastar, para ter chance de se eleger, entre R\$ 5 milhões e R\$ 10 milhões²⁷. Ao longo de quatro anos de mandato, o máximo que conseguirá arrecadar, a título de subsídios, em valores líquidos, será R\$ 1,1 milhão²⁸. Não é difícil intuir que a diferença terá de ser buscada em algum lugar. Aí está uma das grandes fontes de corrupção no País. No tocante à necessidade de *incrementar a representatividade* dos parlamentares, tampouco é difícil ilustrar a disfunção existente. O sistema eleitoral, relativamente à eleição para a Câmara dos Deputados, é o proporcional em lista aberta. Nesse sistema, o eleitor vota em quem ele quer, mas elege quem ele não sabe, porque o voto vai, em última análise, para o partido. Os mais votados do partido obtêm as vagas, de acordo com o número de vezes que o partido preencher o quociente eleitoral. Na prática, menos de 10% dos deputados são eleitos com votação própria; mais de 90% são eleitos pela transferência de votos feita pelo partido. Tem-se, assim, uma fórmula em que o eleitor não sabe exatamente quem elegeu e o candidato não sabe exatamente a quem prestar contas. Não tem como funcionar.

Por fim, no tocante à *governabilidade*, o fato é que o sistema partidário impõe ao Executivo práticas reiteradas de fisiologismo e favorecimentos. As regras em vigor fomentam a multiplicação de partidos e a criação de legendas de aluguel. Disso resulta uma legião de agremiações irrelevantes para a sociedade, mas com atuação no Congresso, que vivem da apropriação privada do Fundo Partidário por seus dirigentes e da venda do tempo de televisão. Vale dizer: trata-se da institucionalização da desonestidade. Repleta de incentivos errados, a política deixa de ser a disputa pela melhor forma de realizar o interesse público e o bem comum e passa a ser um negócio privado. A denominada “janela partidária”, criada pelo Congresso Nacional por emenda à Constituição – permissão, por 30 dias, da troca de partido sem perda do mandato –, gerou o que a imprensa e os próprios parlamentares denominaram de “leilão de deputados”²⁹. A própria expressão já denota a desmoralização do modelo.

A reforma precisa conciliar muitos interesses legítimos e encontrar um caminho do meio, com concessões recíprocas e consensos possíveis. Uma ideia que tem amplo curso é a adoção de um sistema distrital misto, inspirado no alemão, em que metade das cadeiras da Câmara seria preenchida por voto distrital, e a outra metade, pelo voto no partido. O eleitor, assim, teria direito a dois votos: o primeiro para a escolha do representante do seu distrito, no qual cada partido lançaria um candidato, sendo os distritos demarcados em função de quantitativos populacionais. O segundo voto seria no partido. O voto seria em lista, mas o eleitor teria a faculdade de mudar a ordem de preferência dos candidatos. O candidato que obtivesse individualmente o quociente eleitoral furaria a lista. Ao fim do pleito, faz-se o ajuste necessário para preservar a proporcionalidade entre votação e número de cadeiras.

No tocante ao sistema partidário, a Emenda Constitucional n.º 97, de 4.10.2017, instituiu cláusula de desempenho eleitoral para acesso dos partidos ao Fundo Partidário e ao tempo de rádio e TV³⁰ e proibiu coligações partidárias em eleições proporcionais a partir de 2020. A possibilidade de coligações e a ausência de cláusula de barreira contribuem para manter vivas legendas vazias de representatividade e conteúdo programático, produzindo uma fragmentação no Legislativo, que acaba exigindo o “toma lá, dá cá” do fisiologismo.

Quanto ao financiamento eleitoral, o melhor modelo é o misto, que combina financiamento público, via propaganda eleitoral gratuita e fundo partidário, como já temos hoje, e financiamento privado, mas só por pessoas físicas e com limite máximo de contribuição. O modelo anterior que tínhamos, de financiamento por empresas, era contrário à moralidade administrativa e à decência política porque:

- a. uma empresa podia tomar dinheiro emprestado no BNDES e utilizar para financiar os candidatos da sua escolha, isto é, usava o dinheiro que era de todos para bancar seus interesses privados;

- b. uma empresa podia financiar, por exemplo, os três candidatos que tinham chance de vitória. Naturalmente, financia-se candidatos concorrentes, não está exercendo direito político, para quem acha que empresa tem direito político – quando isso ocorre –, ou a empresa foi achacada ou está comprando favores futuros. Qualquer uma das duas opções é péssima;
- c. uma empresa podia fazer doação de campanha e depois ser contratada pelo governo que ajudou a eleger. E, aí, o favor privado, que foi a doação de campanha, é pago com dinheiro público, que é o contrato com a administração.

A Reforma Política é uma agenda inacabada no Brasil. Tal como no combate à inflação, em outras épocas, temos andado em círculos e feito opções equivocadas, tanto legislativa quanto jurisprudencialmente, aprofundando e realimentando problemas. O País precisa de um “Plano Real” para a política.

A CORRUPÇÃO SISTÊMICA

É impossível não identificar as dificuldades em superar a corrupção sistêmica como um dos pontos baixos desses últimos 30 anos. O fenômeno vem em processo acumulativo desde muito longe e se disseminou, nos últimos tempos, em níveis espantosos e endêmicos. Não foram falhas pontuais, individuais. Foi um fenômeno generalizado, sistêmico e plural, que envolveu empresas estatais, empresas privadas, agentes públicos, agentes privados, partidos políticos e membros do Executivo e do Legislativo. Havia esquemas profissionais de arrecadação e distribuição de dinheiros desviados mediante superfaturamento e outros esquemas. Tornou-se o modo natural de se fazerem negócios e de se fazer política no País. A corrupção é fruto de um pacto oligárquico celebrado entre boa parte da classe política, do empresariado e da burocracia estatal para saque do Estado brasileiro.

A fotografia do momento atual é devastadora: a. o presidente da República foi denunciado duas vezes, por corrupção passiva e obstrução de justiça, e é investigado em dois outros inquéritos; b. um ex-presidente da República teve a condenação por corrupção passiva confirmada em segundo grau de jurisdição; c. outro ex-presidente da República foi denunciado criminalmente por corrupção passiva; d. dois ex-chefes da Casa Civil foram condenados criminalmente, um por corrupção ativa e outro por corrupção passiva; e. o ex-ministro da Secretaria de Governo da Presidência da República está preso, tendo sido encontrados em apartamento supostamente seus R\$ 51 milhões; f. dois ex-presidentes da Câmara dos Deputados estão presos, um deles já condenado por corrupção passiva, lavagem de dinheiro e evasão de divisas; g. um presidente anterior da Câmara dos Deputados foi condenado por peculato e cumpriu pena; h. mais de um ex-governador de Estado está preso sob acusações de corrupção passiva e outros crimes; i. todos os conselheiros (menos

um) de um Tribunal de Contas estadual foram presos por corrupção passiva; j. um senador, ex-candidato a Presidência da República, foi denunciado por corrupção passiva.

Alguém poderia supor que há uma conspiração geral contra tudo e contra todos! O problema com essa versão são os *fatos*: os áudios, os vídeos, as malas de dinheiro, os apartamentos repletos, assim como as provas que saltam de cada compartimento que se abra. É impossível não sentir vergonha pelo que aconteceu no Brasil. Por outro lado, poucos países no mundo tiveram a coragem de abrir as suas entranhas e enfrentar o mal atávico da corrupção com a determinação que boa parte da sociedade brasileira (e uma parte do Poder Judiciário) tem demonstrado. Para isso, têm contribuído as mudanças de atitude das pessoas e das instituições, assim como alterações na legislação e na jurisprudência. Há uma imensa demanda por integridade, idealismo e patriotismo na sociedade brasileira, e esta é a energia que muda paradigmas e empurra a história.

Como seria de se esperar, o enfrentamento à corrupção tem encontrado resistências diversas, ostensivas e dissimuladas. A nova ordem que se está pretendendo criar atingiu pessoas que sempre se imaginaram imunes e impunes. Para combatê-la, uma enorme *Operação Abafa* foi deflagrada em várias frentes. Entre os representantes da velha ordem, há duas categorias bem visíveis: I. a dos que não querem ser punidos pelos malfeitos cometidos ao longo de muitos anos; e II. um lote pior, que é o dos que não querem ficar honestos nem daqui para frente. Gente que tem aliados em toda parte: nos altos escalões, nos Poderes da República, na imprensa e até onde menos seria de se esperar. Mesmo no Judiciário, ainda subsiste, em alguns espaços, a mentalidade de que rico não pode ser preso, não importa se corrupto, estuprador ou estelionatário. Parte da elite brasileira milita no tropicalismo equívoco de que corrupção ruim é a dos outros, mas não a dos que frequentam os mesmos salões que ela. Infelizmente, somos um país em que alguns ainda cultivam corruptos de estimação. Mas há um sentimento republicano e igualitário crescente, capaz de vencer essa triste realidade.

Naturalmente, é preciso tomar cuidado para evitar a criminalização da política. Em uma democracia, política é gênero de primeira necessidade. Seria um equívoco pretender demonizá-la e, mais ainda, criminalizá-la. A vida política nem sempre tem a racionalidade e a linearidade que uma certa ânsia por avanços sociais e civilizatórios exige. O mundo e o Brasil viveram experiências históricas devastadoras com tentativas de governar sem política com a ajuda de militares, tecnocratas e da polícia política. Todavia, assim como não se deve criminalizar a política, não se deve politizar o crime. Não há delito por opiniões, palavras e votos. Nessas matérias, a imunidade é plena. No entanto, o parlamentar que vende dispositivos em medidas provisórias, cobra participação em desonerações tributárias ou canaliza emendas orçamentárias para instituições fantasmas (e embolsa o dinheiro), comete um crime mesmo. Não há como glamorizar a desonestidade.

A corrupção tem custos elevados para o País. De acordo com a Transparência Internacional, em 2016, o Brasil foi o 96º colocado no *ranking* sobre percepção da corrupção no mundo, entre 168 países analisados. Em 2015, havíamos ocupado o 79º lugar. Em 2014, o 69º. Ou seja: pioramos³¹. Estatísticas como essas comprometem a imagem nacional, o nível de investimento, a credibilidade das instituições e, em escala sutil e imensurável, a autoestima das pessoas. A corrupção acarreta custos financeiros, sociais e morais.

No tocante aos custos financeiros, apesar das dificuldades de levantamento de dados – subornos e propinas geralmente não vêm a público –, noticiou-se que, apenas na Petrobras e empresas estatais investigadas na Operação Lava Jato, os pagamentos de propina chegaram a R\$ 20 bilhões. Levantamento feito pela Federação das Indústrias de São Paulo (Fiesp) projeta que até 2,3% do PIB são perdidos a cada ano com práticas corruptas, o que chegaria a R\$ 100 bilhões por ano. Os custos sociais também são elevadíssimos. Como intuitivo, a corrupção é regressiva, pois só circula nas altas esferas e ali se encontram os seus grandes beneficiários. No entanto, e muito mais grave, ela compromete a qualidade dos serviços públicos, em áreas de grande relevância como saúde, educação, segurança pública, estradas, transporte urbano etc. Em 2015 e 2016, ecoando escândalos de corrupção, o PIB brasileiro caiu 7,2%³².

O pior custo, todavia, é provavelmente o custo moral, com a criação de uma cultura de desonestidade e esperteza, que contamina as pessoas ou espalha letargia. O modo de fazer política e de fazer negócios no Brasil passou a funcionar mais ou menos assim: I. o agente político relevante indica o dirigente do órgão ou da empresa estatal, com metas de desvio de dinheiro; II. o dirigente indicado fraudava a licitação para contratar empresa que seja parte no esquema; III. a empresa contratada superfatura o contrato para gerar o excedente do dinheiro que vai ser destinado ao agente político que fez a indicação ao partido e aos correligionários. Note-se bem: este não foi um esquema isolado! Esse é o modelo padrão. A ele se somam a cobrança de propinas em empréstimos públicos, a venda de dispositivos em medidas provisórias, leis ou decretos; e os achaques em comissões parlamentares de inquérito, para citar alguns exemplos mais visíveis. Nesse ambiente, faz pouca diferença saber se o dinheiro vai para a campanha, para o bolso ou um pouco para cada um. Porque o problema maior não é para onde o dinheiro vai, mas de onde ele vem: de uma cultura de desonestidade que foi naturalizada e passou a ser a regra geral.

A cidadania, no Brasil, vive um momento de tristeza e de angústia. Uma fotografia do momento atual pode dar a impressão de que o crime compensa e o mal venceu. Mas seria uma imagem enganosa. O País já mudou e nada será como antes. A imensa demanda por integridade, idealismo e patriotismo que hoje existe na sociedade brasileira é uma realidade inescapável. Uma semente foi plantada. O trem já saiu da estação. Há muitas imagens para ilustrar a refundação nacional sobre novas bases, tanto na ética pública quanto na ética privada. É preciso empurrar a história, mas ter a humildade de reconhecer que ela tem o seu próprio tempo. E não desistir antes de

cumprida a missão. Li recentemente em um cartaz uma frase cuja autoria é disputada, mas que é uma boa alegoria para traduzir o espírito dessa hora: “*Viver não é esperar a tempestade passar. Viver é aprender a dançar na chuva*”. E seguir em frente.

VI. CONCLUSÃO

A seguir, algumas reflexões e proposições acerca deste momento em que a Constituição brasileira chega a uma idade mais madura, em um país com o ciclo de desenvolvimento econômico, social e civilizatório ainda incompleto. Ideias que aproveitem a experiência acumulada e que ajudem a retificar as escolhas que nos mantêm como um país de renda média com o futuro constantemente adiado.

1. Apesar de muitos avanços e conquistas que merecem ser comemorados, ainda não fomos capazes de enfrentar algumas das causas importantes do atraso, da pobreza e da corrupção. Entre elas, se inclui I. um Estado que é grande demais – maior do que a sociedade pode e deseja sustentar –, extremamente ineficiente e apropriado privadamente; e II. um sistema político viciado, com incentivos equivocados, que extrai o pior das pessoas. Sem equacionarmos algumas das causas estruturais dos nossos problemas, eles se renovarão e se perpetuarão. A mera repressão criminal, ainda que fosse altamente eficaz (e está longe de ser), jamais poderá ser vista como o melhor caminho para a transformação. É preciso desarmar os mecanismos que estimulam os comportamentos desviantes.
2. A referência ao tamanho do Estado não tem por alvo programas e redes de proteção social, a despeito dos problemas de gestão. A crítica se volta contra estruturas onerosas, que transferem renda dos mais pobres para os mais ricos – como o sistema de previdência e o sistema tributário, por exemplo –, assim como o excesso de cargos em comissão, o clientelismo e a distribuição discricionária e seletiva de benesses. A tudo se soma uma cultura cartorial e burocrática, sem controles mínimos de desempenho e de resultados das políticas públicas adotadas.
3. Algumas ideias desenvolvidas e demonstradas por Daron Acemoglu e James A. Robinson, em um livro notável intitulado *Why Nations Fail*, ajudam a compreender as razões que levam os países à pobreza e à prosperidade. Segundo os autores, essas razões não estão – ao menos na sua parcela mais relevante – na geografia, na cultura ou na ignorância do que seja a coisa certa a se fazer. Estão, sobretudo, na existência ou não de instituições econômicas e políticas verdadeiramente inclusivas, capazes de dar a todos segurança, igualdade de oportunidades e confiança para inovar e investir. A análise e os diagnósticos desses dois autores estão refletidos nessas considerações finais.

4. Países que se tornaram prósperos são aqueles que conseguiram, progressivamente, distribuir de maneira adequada direitos políticos e oportunidades econômicas com um Estado transparente e responsivo aos cidadãos. Países que se atrasaram na história foram os conduzidos por elites extrativistas, que controlam um Estado apropriado privadamente, que distribui para poucos os frutos do progresso econômico limitado que produzem. Os mecanismos para tanto incluem monopólios, concessões, empresas estatais e profusão de cargos públicos. A comparação que Acemoglu e Robinson fazem entre a experiência histórica da Inglaterra – com a quebra do Absolutismo e a abertura econômica no século 17 – e da Espanha, que seguiu trajetória exatamente inversa, ilustra o argumento de maneira emblemática.
5. Elites extrativistas e autorreferentes organizam a sociedade para o seu próprio benefício, às expensas da massa da população. Ao procederem assim, não criam um país em que as pessoas se sintam efetivamente livres e iguais. Sem terem o nível de respeito e incentivos adequados, os cidadãos desenvolvem uma relação de desconfiança com o Estado e se tornam menos seguros, menos solidários e menos ousados. Ou seja: não desenvolvem a plenitude do seu talento, ambição e inventividade.
6. Nesse contexto, a sociedade e seus empreendedores não são capazes de promover a destruição criativa da ordem vigente, substituindo-a com criatividade, inovações e avanços sociais. A estagnação se torna inevitável. A consequência de instituições econômicas e políticas extrativistas é a impossibilidade do desenvolvimento verdadeiramente sustentável. Pode haver ciclos de crescimento, mas ele será sempre limitados e seus frutos apropriados por poucos. Triste como possa parecer, a narrativa referida não se distancia de modo significativo da realidade brasileira.
7. A parte boa dessa história é que conjunturas críticas podem liberar a energia capaz de produzir grandes mudanças institucionais. Conjunturas críticas envolvem um conjunto de eventos relevantes que abalam os equilíbrios político e econômico da sociedade. É inegável que o Brasil vive um desses momentos, decorrente das tempestades ética, política e econômica que se abateram sobre o País nos últimos anos. É possível – apenas possível – que estejamos vivendo um momento de refundação, um novo começo.
8. Desenvolveu-se na sociedade, nos últimos tempos, um grau sem precedente de conscientização em relação à corrupção sistêmica, à deficiência nos serviços públicos, à péssima governança e à má distribuição de riqueza, poder e bem-estar. Não é fora de propósito imaginar que essa possa ser a energia transformadora de instituições extrativistas em instituições inclusivas. Aos 30 anos de democracia, temos uma chance de nos repensarmos e nos reinventarmos como nação, com uma revolução pacífica capaz de elevar a ética pública e a ética privada. Não é uma tarefa fácil, mas pode ser um bom projeto para quem não tenha optado por ir embora.

Recentemente, ao me saudar em um evento acadêmico, um jovem dirigente estudantil me disse: “Eu não quero viver em outro país. Eu quero viver em outro Brasil”. Pareceu-me uma boa ideia.

NOTAS

1

Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, 1965, págs. 217 e s. A Constituição *normativa* é a que domina efetivamente o processo político. A Constituição *semântica* é mera formalização da situação de poder político existente, para o exclusivo benefício dos detentores do poder de fato. A Constituição *nominal* não controla efetivamente o processo político, mas desempenha um caráter educativo e prospectivo.

2

Luís Roberto Barroso, “Dez anos da Constituição de 1988: foi bom para você também?”, *in: Revista de Direito Administrativo* 214:1, 1988, pág. 1. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263>, acesso em 24.4.2018.

3

Luís Roberto Barroso, “Dez anos da Constituição de 1988: foi bom para você também?”, *in: Revista de Direito Administrativo* 214:1, 1988, pág. 2.

4

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

5

Para uma densa análise da formação nacional, das origens portuguesas até a era Vargas, v. Raymundo Faoro, *Os donos do poder*, 2001 (1ª ed., 1957). Embora sob perspectivas diferentes, são igualmente considerados marcos para a compreensão do Brasil: Gilberto Freyre, *Casa grande e senzala* (1ª ed., 1933); Sérgio Buarque de Holanda,

Raízes do Brasil (1ª ed., 1936); e Caio Prado Júnior, *Formação do Brasil contemporâneo* (1ª ed., 1942). Sobre a importância dessas três últimas obras, v. Antonio Candido, “O significado de raízes do Brasil”, *in: Silvano Santiago (coord.), Intérpretes do Brasil*, 2002. Para uma anotação sobre a obra de Raymundo Faoro e de Sérgio Buarque de Holanda, que considera representantes de correntes opostas, v. Fernando Henrique Cardoso, *A arte da política: a história que vivi*, 2006, págs. 55-6, em que também averbou: “Ancorado na tradição ibérica, o patrimonialismo transposto para as terras americanas confunde família e ordem pública, interesse privado e Estado”.

6

Luís Roberto Barroso, “Vinte anos da Constituição de 1988: o Estado a que chegamos”, *in: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, janeiro/julho 2008, pág. 185. Disponível em <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/699>, acesso em 24.4.2108.

7

Luís Roberto Barroso, “Vinte anos da Constituição de 1988: o Estado a que chegamos”, *in: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, janeiro/julho 2008, pág. 225. Disponível em <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/699>, acesso em 24.4.2108.

8

Luís Roberto Barroso, “O legado de trinta anos de democracia, a crise atual e os desafios pela frente” (“Brasil: o caminho longo e sinuoso”). Texto-base de palestra proferida na Universidade de Oxford em 18.6.2016. Disponível em <http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Trinta-anos-de-democracia-a-crise-atual-e-os-desafios-pela-frente1.pdf>, acesso em 24.4.2016.

9

A frase é generalizadamente atribuída a Michelangelo Buonarroti por mais de um autor e em sítios diversos. Todos sem remissão à fonte. Não há, portanto, certeza da autoria. Na *Wikipédia* americana, consta a seguinte observação: “Attributed without citation in Ken Robinson, *The Element* (2009), p. 260. Widely attributed to Michelangelo since the late 1990s, this adage has not been found before 1980 when it appeared without attribution in E. C. McKenzie, Mac’s giant book of quips & quotes”.

10

José Afonso da Silva e Paulo Bonavides, dois dos maiores de todos os tempos, só entraram no meu radar um pouco mais adiante.

11

V. Luís Roberto Barroso, “A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?”, in: *Anais do XIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Teses*. Brasília, 1987, págs. 354 e s.; “A efetividade das normas constitucionais revisitada”, in: *Revista de Direito Administrativo* 197:30, 1994; e *O direito constitucional e a efetividade de suas normas* (a 1ª edição é de 1990).

12

V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição* (a 1ª edição é de 1996).

13

Luís Roberto Barroso, “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro”, in: *Revista de Direito Administrativo* 225:5, 2001. Nesse processo, teve papel importante Ricardo Lobo Torres, meu colega no programa de pós-graduação em Direito Público da Uerj, autor de obras importantes como *Teoria dos direitos fundamentais* (org.), 1999, e *O direito ao mínimo existencial*, 2009.

14

Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, in: *Revista de Direito Administrativo* 240:1, 2005.

15

Luís Roberto Barroso, “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, in: *Interesse Público* 46:31, 2007. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

16

Luís Roberto Barroso, “Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo”, in: *Revista da Faculdade de Direito – Uerj* 21:1, 2012.

17

Luís Roberto Barroso, “Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas”, in: *Direito e Práxis, ahead of print*, 2017.

18

The roles of Supreme Courts, 2017. Disponível em <https://luísrobertobarroso.com.br/2017/11/25/em-harvard-com-mark-tushnet/>.

19

Luís Roberto Barroso, “Counter-Majoritarian, Representative and Enlightened: The Roles of Constitutional Courts in Democracies”. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3096203>; e tb. “Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias”. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>.

20

É certo que partidários da presidente Dilma Rousseff e outros observadores caracterizam como “golpe” a sua destituição, mediante procedimento de impeachment em 2016. Do ponto de vista jurídico-constitucional, foi observada a Constituição e o rito estabelecido pelo próprio STF. Do ponto de vista político, porém, a ausência de comportamento moralmente reprovável por parte da presidente afastada sempre dará margem a uma leitura severamente crítica do episódio. Sua queda se deu, em verdade, por perda de sustentação política, em processo semelhante à moção de desconfiança dos sistemas parlamentaristas, em um país presidencialista.

21

Um herói anônimo do combate à correção monetária foi o jurista carioca Letácio Jansen, que escreveu diversos trabalhos sobre o tema, entre eles *Crítica da doutrina da correção monetária* (1983) e, mais recentemente, *Contra a correção monetária* (2017).

22

“Crise levou 1,4 milhão de brasileiros para a pobreza extrema, diz Ipea”, in: *Carta Capital*, 16.8.2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/crise-levou-1-4-milhao-de-brasileiros-para-a-pobreza-extrema-diz-ipea>. Acesso em 28.3.2018.

23

Trata-se de um programa de transferência condicionada de renda, em que as condicionantes são: crianças devem estar matriculadas nas escolas e terem frequência de, no mínimo, 85%; mulheres grávidas devem estar em dia com os exames pré-natal; crianças devem estar com as carteiras de vacinação igualmente atualizadas.

24

Marcello Corrêa, “Brasil é o 10º país mais desigual do mundo”, in: *O Globo*, 21.3.2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/brasil-o-10-pais-mais-desigual-do-mundo-21094828>. Acesso em: 28.3.2018.

25

Bobbio, Matteucci e Pasquino, *Dicionário de política*, 1986, pág. 659: “Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo”.

26

Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia*, 2005, pág. 76.

27

<http://www.otempo.com.br/capa/pol%C3%A9tica/eleger-se-deputado-federal-pode-custar-até-r-5-milhões-1734350>. Estes números se referem à campanha de 2014. Outro levantamento, também referente à campanha de 2014, refere-se a R\$ 6,4 milhões, em média, por candidato. https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2014/08/02/interna_politica,554453/gasto-para-eleger-um-deputado-federal-alcanca-r-6-4-milhoes.shtml. Com relação à campanha de 2018, R\$ 10 milhões como custo de uma campanha na eleição proporcional é uma estimativa próxima da realidade.

28

O teto de remuneração no serviço público é representado pelo subsídio de ministro do STF, que percebem em torno de R\$ 23 mil líquidos. Multiplicando-se esse valor pelos 48 meses de mandato, chega-se ao número referido no texto.

29

Catarina Alencastro, “Janela partidária: fundo público eleitoral financia leilão de deputados”. *O Globo*, 15.3.2018. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/janela-partidaria-fundo-publico-eleitoral-financia-leilao-de-deputados-22490956>. Acesso em 1º.4.2018.

30

A emenda deu nova redação ao art. 17, § 3º da Constituição, que passou a ter a seguinte redação: “§ 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: I – obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos 1/3 (um terço) das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou II – tiverem eleito pelo menos 15 (quinze) deputados federais distribuídos em pelo menos 1/3 (um terço) das unidades da Federação”. Essa regra, todavia, só valerá a partir de 2030, sendo implantada gradualmente. Na legislatura seguinte às eleições de 2018, valerá o seguinte: “Terão acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão os partidos políticos que: I. na legislatura seguinte às eleições de 2018: a. obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos 1/3 (um terço) das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou b. tiverem eleito pelo menos nove deputados federais distribuídos em pelo menos 1/3 (um terço) das unidades da Federação”.

31

É certo que uma percepção da corrupção nem sempre corresponde ao seu aumento efetivo. À medida que ela passa a ser exposta e combatida, essa percepção pode aumentar, sem que haja incremento na sua manifestação concreta.

32

Alessandra Saraiva e Robson Salle, “PIB do Brasil cai 7,2%, pior recessão desde 1948”. *Valor Econômico*, 7.3.2017.



J. BERNARDO CABRAL

30 ANOS
DO SISTEMA
TRIBUTÁRIO NA
CONSTITUIÇÃO
FEDERAL

J. BERNARDO CABRAL

ADVOGADO (DESDE 1955). MEMBRO DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (DESDE 1972). PRESIDENTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (1981/1983). MEMBRO EFETIVO DA ACADEMIA AMAZONENSE DE LETRAS (09.01.1983). RELATOR-GERAL DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE (1987/1988). BENEMÉRITO DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (03/07/1985). PRESIDENTE DA COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES DA CÂMARA DOS DEPUTADOS (1989). MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA (15.03.90 A 09.10.90). SENADOR (1995/2002). PRESIDENTE DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA DO SENADO FEDERAL (1997/1998 E 2001/2002). CONSULTOR DA PRESIDÊNCIA DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO (DESDE FEVEREIRO DE 2003). DOUTOR HONORIS CAUSA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UNI-

RIO (20.05.2005). DOUTOR HONORIS CAUSA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS - UFAM - (MARÇO/2009). MEMBRO EFETIVO DA ACADEMIA INTERNACIONAL DE DIREITO E ECONOMIA (MAIO/2010). DOUTOR HONORIS CAUSA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE FILOSOFIA (MARÇO/2012). BENEMÉRITO DA ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DO RIO DE JANEIRO (28/03/2012). MEMBRO EFETIVO DA ACADEMIA CARIOCA DE LETRAS (24.06.2013). MEMBRO EFETIVO DA ACADEMIA LUSO-BRASILEIRA DE LETRAS (15/06/2015). MEMBRO EFETIVO DA ACADEMIA DE LETRAS DO BRASIL (10/08/2015). MEMBRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ESCRITORES (AGOSTO DE 2015). MEDALHA "TEIXEIRA DE FREITAS", INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (A MAIS ALTA CONDECORAÇÃO) (16/09/2015). MEMBRO TITULAR DO PEN CLUBE DO BRASIL (NOVEMBRO DE 2016)

ILUSTRES COLEGAS. RECEBI, COM MUITA SATISFAÇÃO, O CONVITE PARA PARTICIPAR do seminário “30 anos do Sistema Tributário na Constituição Federal”, abordando o tema “A gênese do sistema tributário da Constituição de 1988”. De pronto, entendi que o convite se prendia ao fato de ter sido eu o relator geral da Constituição de 1988 e, portanto, com a possibilidade de tecer comentário sob a história do tema, uma vez que não sou especialista em matéria tributária.

HISTÓRICO

Dentre as Comissões Temáticas e a Comissão de Sistematização, quero deter-me apenas na Comissão de Orçamento, Sistema Financeiro e Tributos e a respectiva Subcomissão de Tributos. Assim, passo a discorrer sobre o sistema tributário na Constituinte.

Ao longo de duas semanas, foram ouvidos diversos constituintes, vinculados à comissão temática e vários especialistas, dos quais destaco o nome do professor Ives Gandra da Silva Martins, um dos mais festejados tributaristas brasileiros, de renome internacional.

A eles foram entregues dois anteprojetos preparados pelo Ipea, da Secretaria do Planejamento, e outro encaminhado pelo próprio professor Ives, em nome do Iasp e da ABDF. Deles resultaram o primeiro anteprojeto da subcomissão, em estudo convergente, sendo que o trazido pelo professor Ives era mais no campo jurídico, e o do Ipea, no econômico, mas, sem dúvida alguma, considerado o mais bem trabalhado, tecnicamente, por aquela comissão.

Acontece que, lamentavelmente, no âmbito da Comissão de Tributos, Orçamento e Finanças, na própria Comissão de Sistematização e, por fim, no Plenário, aquele elogiável trabalho, de maneira gradativa, foi sofrendo deformações, até à forma definitiva que se vê na nossa Constituição.

As críticas ouvidas, dentre outras, ao longo dos seus quase 30 anos, são que a Constituição de 1988 elevou “consideravelmente o nível de carga tributária para o cidadão, pela criação de novas formas de imposição”, assim como a “transferência acentuada de receitas e não de atribuições”.

Valho-me, agora – por não ser especialista em matéria tributária, como registrei ao começo desta singela apresentação – de um trabalho de autoria do professor doutor IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, intitulado *O sistema tributário brasileiro, uma análise crítica*, a partir das páginas 9 a 18, com o título “O sistema atual”, que passa a figurar como parte integrante desta narrativa.

O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

O SISTEMA ATUAL

Em 1988, a Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro, confirmou de vez uma ordem tributária – dividida em seis partes: cinco no sistema tributário propriamente dito (artigos 145 a 156) e uma na ordem social (artigo 195) – com princípios gerais (145 a 149), limitações constitucionais ao poder de tributar (artigos 150/152), impostos federais (153 e 154), estaduais (155), municipais (156) e contribuições sociais (195).

O capítulo do sistema tributário, por sua vez, foi dividido em cinco partes, a primeira delas dedicada aos princípios gerais que, de rigor, são três: o princípio das espécies tributárias, conformadas em cinco tipos diferentes (impostos, taxas, contribuição de melhoria, contribuições sociais e empréstimos compulsórios); o princípio da lei complementar; e o princípio da capacidade contributiva.

Esses dois últimos objetivam proteger o contribuinte contra o Poder Público. O primeiro determina que as normas gerais, os conflitos de competência entre os poderes tributantes e as limitações constitucionais do poder de tributar sejam formatados por lei complementar, que passa a ter caráter de lei nacional. O artigo 146 da CF/88 foi acrescido de novas disposições pela E.C. n.º 42/03.

O princípio da capacidade contributiva exige que a imposição tributária respeite a capacidade econômica dos contribuintes, sendo, os impostos, pessoais ou reais (diretos ou indiretos). Veda o efeito de confisco bem como a tributação sobre os ganhos daqueles que apenas auferem o mínimo para sua sobrevivência e de seus familiares, não possuindo capacidade econômica suficiente para arcar com a carga tributária.

A seção segunda do capítulo do sistema faz menção às limitações constitucionais ao poder de tributar, assegurando oito princípios básicos, a saber: da legalidade, da equivalência, da irretroatividade, da anterioridade, da não limitação de tráfico, da não confiscatoriedade, das imunidades fiscais e a chamada “substituição tributária para frente”, cuja inclusão no tópico das limitações ao poder de tributar constitui uma flagrante impropriedade, já que, consistindo em antecipação do fato gerador ainda não ocorrido, não representa uma limitação, mas alargamento do poder impositivo.

Tais princípios já estão, em parte, explicitados pelo Código Tributário Nacional, que ainda vige, no que diz respeito às normas gerais.

As três últimas partes do capítulo são dedicadas aos impostos federais, estaduais e municipais.

Pelo texto original, passou, a União, a ter competência impositiva sobre sete impostos (importação, exportação, renda, propriedade territorial rural, operações financeiras, produtos industrializados e grandes fortunas).

Com a EC n.º 3, foi acrescido o IPMF (imposto provisório sobre operações financeiras), de vida curta, pois, por força das ECs n.º 12, n.º 21 e n.º 42, logo foi substituído por uma Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), destinada à assistência social e à Previdência, mas extinta em 31/12/07.

A União voltou, portanto, a possuir competência para instituir e regular sete impostos, lembrando, todavia, que repassa quase metade da arrecadação concorrente ao IPI e ao imposto de renda para Estados e municípios, jamais tendo chegado a instituir o imposto sobre grandes fortunas.

A Emenda n.º 33/01 alterou, em parte, o perfil das contribuições, com notável desfiguração desta que é uma quinta espécie tributária, visto que os empréstimos compulsórios precedem-na topograficamente no texto constitucional.

Os Estados receberam, em 1988, competência para instituir e legislar sobre quatro impostos (transmissões imobiliárias não onerosas, operações relativas à circulação de mercadorias, adicional de imposto de renda e veículos automotores). A EC n.º 3/93 retirou-lhes o adicional do imposto de renda, remanescendo, hoje, apenas três impostos e as transferências que recebe da União.

Aos municípios cabiam, originalmente, também, quatro impostos (sobre serviços, predial e territorial urbano, vendas a varejo e transmissões imobiliárias onerosas). A EC n.º 3 retirou-lhes o imposto sobre vendas a varejo, estando, hoje, com três impostos, além das transferências de Estados e União.

DAS CRÍTICAS AO SISTEMA

Tão logo promulgada a Lei Suprema, já começaram as críticas, não à parte principiológica, mas à dos tributos em espécie. Diversos projetos foram apresentados pelos governos Collor, Itamar, FHC, Lula e Dilma, mas nenhum deles logrou êxito.

Atribuo esses fracassos ao fato de tais projetos trazerem conformações globais do sistema, gerando uma “cadeia de anticorpos”, no Parlamento, contrária à sua aprovação, visto que os grupos de parlamentares opositores se apoiavam e se revezavam no torpedeamento dessas reformas.

De qualquer modo, os principais problemas então detectados disseram respeito ao princípio da não cumulatividade, complexidade fiscal, guerra fiscal entre Estados e municípios (ICMS e ISS) e superposição de incidências (IPI, ICMS, ISS, Cofins, PIS e Cides), além de outros de menor magnitude.

A Emenda Constitucional n.º 42/03 foi mais um remendo que a Constituição recebeu do Congresso Nacional, com poderes constituintes derivados, que hoje conformam permanente “contribuição de pioria” ao texto aprovado em 1988.

Sua origem reside no PEC 41/03, que sofreu alterações profundas, desde sua apresentação e discussão na Câmara e no Senado, com algumas amputações necessárias (progressividade do imposto sobre operações não onerosas e imposto sobre transmissão imobiliária onerosa) e alterações de ocasião, tendo sido reduzido, de rigor, à prorrogação da CPMF e à desvinculação da receita da União, assim como transferência de parte da Cide para Estados e municípios, além da inserção de alguns dispositivos “explicitadores” do que já existia no texto constitucional. Prorrogou-se, por outro lado, a discussão do grande desafio, que é equacionar os problemas provocados pelo ICMS.

Aliás, tenho para mim que o maior problema reside na guerra fiscal entre os Estados. Um imposto de vocação nacional, como é o caso do ICMS, não poderia ter sido regionalizado, como foi, desde o antigo IVC, eis que, pelo princípio da não cumulatividade, incentivos dados em um Estado terminam refletindo, nas operações interestaduais, em outros. Em consequência, o Estado que os concede oferta melhores condições de competitividade às empresas estabelecidas em seu território, em detrimento das que se encontram sediadas em outros Estados.

Imagine-se uma empresa que não pague ICMS em sua unidade federativa, mas gere direito a crédito no outro. O ICMS incidente sobre o produto será apenas aquele do acréscimo cobrado pelo outro Estado, com o que seus produtos ficarão mais baratos do que os produzidos na unidade não incentivada.

Propus, em audiência pública no Congresso Nacional, para terminar de vez com a guerra fiscal de ICMS, a introdução de apenas dois dispositivos: uma alíquota única para todo o Brasil, com o que se evitaria o “turismo de notas fiscais”; e a proibição absoluta de incentivos fiscais no âmbito do ICMS, o que eliminaria

a descompetitividade empresarial, por força da concessão de incentivos em um Estado, sem correspondência em outro. Como os Estados não desejavam acabar com a guerra fiscal, a proposta foi rejeitada.

Outra dificuldade é a acumulação de incidências. A União Europeia adota um único tributo circulatório sobre bens e serviços para todos os Estados que a compõem, ou seja, o IVA (Imposto sobre o Valor Agregado).

No Brasil, temos sobre a circulação de bens e serviços a incidência de variados tributos (IPI, ICMS, ISS, Cofins, PIS, Cides), além dos impostos regulatórios de importação e exportação.

Uma simplificação nesse sentido seria interessante. Talvez a criação de um IVA nacional pertencente à Federação, com a incorporação de IPI, ICMS e ISS – como propus ao tempo da revisão constitucional de 1993 – e partilhado entre União, Estados e municípios pudesse ser a solução.

Alemanha e Portugal têm no IVA, no imposto de renda e no tributo das corporações mais de 90% de sua receita. Nada justifica no Brasil tal complexidade, com 12 impostos, no sistema, com esferas de tributação autônomas (União, Estados e municípios) e, muitas vezes, superposição de incidências, como em IPI, ICMS, Cofins e PIS – estes últimos, tributos incidentes também sobre operações sujeitas ao ISS.

Desoneração da folha de pagamentos é, além disso, um outro caminho relevante, visto que o Brasil, em encargos sociais, bate todos os emergentes e a maior parte dos países desenvolvidos.

Não é possível concorrer com China, Rússia ou Índia, onde os encargos sociais e a carga tributária são quase a metade dos do Brasil, se considerarmos a média dos três países em conjunto (visto que é maior na Rússia e menor na China e na Índia).

O sistema, portanto, é caótico, principalmente à luz das sucessivas emendas constitucionais, que o maltrataram, com superposições de incidências e elevado nível de complexidade. Gera um custo fantástico de administração para contribuintes e para os diversos erários, facilitando a sonegação dolosa e impondo, para muitos setores, a inadimplência “sobrevivencial”, como forma de evitar a falência.

Sendo assim, descomplicar a legislação e simplificar o sistema é fundamental para que não se perca tanto tempo para cumprir obrigações tributárias.

A REFORMA POSSÍVEL

A meu modo de ver, a alteração da Constituição não deve ser feita nas duas primeiras seções da Lei Maior (artigos 145 a 152 – normas gerais e limitações constitucionais ao poder de tributar), por serem a melhor parte do sistema e que, em tese, visam a garantir o pagador de tributos contra a voracidade fiscal de um Estado mastodôntico.

A reforma deve ser feita nas outras três seções (artigos 153 a 156) e no capítulo das contribuições (artigo 195 e seguintes).

É preciso simplificar o sistema. Em 1990, propus a adoção de um sistema nesse sentido: os impostos ficariam na competência da Federação, que partilharia entre União, Estados, Distrito Federal e municípios a receita dos impostos sobre renda, patrimônio imobiliário, circulação de bens e serviços e sobre o comércio exterior. Haveria, por outro lado, uma única contribuição social.

Tal ideia, encampada pela Comissão Arioswaldo, no governo Collor, não chegou a ser levada ao Congresso.

A União Europeia, pela esmagadora maioria dos países que a compõem, conta com um único imposto sobre circulação de bens e serviços (IVA – Imposto sobre o Valor Agregado). Nós temos, sobre essa circulação, o IPI (União), o ICMS (Estados), o ISS (municípios), PIS (União)-Cofins (União) e Cides (União). A irracionalidade é de tal ordem, que o contribuinte é obrigado a estudar em torno de seis legislações diversas para atender ao regime próprio de cada um, a fim de cumprir suas obrigações tributárias.

Não sem razão, em levantamento de alguns anos atrás, o Banco Mundial e a Coopers, analisando o número de horas que, em média, o empresariado de cada um de 175 países pesquisados dedicava ao cumprimento de suas obrigações tributárias por ano, verificou que o Brasil, de longe, era aquele que mais exigências burocráticas impunha, com uma média de 2,6 mil horas anuais contra aproximadamente cem na Alemanha, pouco mais de 300 nos Estados Unidos e uma média pouco superior a 500 na América Latina.

Tal custo, que obriga as pessoas jurídicas a fazer um trabalho burocrático não remunerado, que deveria ser da responsabilidade do Poder Público, demonstra, por si só, a irracionalidade do sistema brasileiro.

Uma simplificação de legislação ordinária para tais tributos se impõe, mas, como a legislação pátria constitui uma colcha de retalhos, em função da gula permanente do “Molock burocrático” – que, tal qual um viciado em drogas, necessita de doses cada vez maiores de entorpecentes –, todas as propostas nesse sentido têm sido fulminadas. Ao contrário, a legislação tem sido adaptada a cada aumento do nível de impostos, com uma completa desfiguração do sistema e da própria natureza jurídica do tributo.

E, à evidência, quanto mais complicada for a legislação, mais gera sonegação e corrupção, ingredientes que vicejam em todos os sistemas complexos e irracionais, como é o brasileiro.

Entretanto, uma reforma tributária simplificadora se faz necessária, em nível de legislação ordinária, para tornar inteligível o sistema, não necessitando de gênios de exegese fiscal para que possa ser aplicado com um mínimo de risco para o sofrido pagador de tributos brasileiro.

Independentemente da simplificação, há também a necessidade de balizar definitivamente a legislação do ICMS e do ISS, geradora de guerra fiscal entre Estados e municípios.

Ora, quase todos os municípios cobram duas vezes o tributo das empresas, ou seja, cobram das que estão sediadas em seu território e daquelas que prestam serviços em seus burgos. Uma regulação clara é necessária para evitar tal situação.

Todos os projetos de reforma tributária sempre estancaram na questão do ICMS tributo de vocação nacional, regionalizado no Brasil, ao contrário do IVA, adotado por outras federações, com competência outorgada ao poder central.

A própria comissão denominada “dos Notáveis”, criada pelo Senado com a participação de 12 especialistas, a saber: Nelson Jobim (presidente), Everardo Maciel (relator), Bernard Appy, Fernando Rezende, João Paulo dos Reis Velloso, Luís Roberto Barroso, Manoel Felipe Rêgo Brandão, Marco Aurélio Marrafon, Michal Gartenkraut, Paulo Barros Carvalho, Sergio Roberto Rios do Prado e minha, a qual apresentou, após seis meses de trabalhos, àquela Casa Legislativa, 12 anteprojeto de emendas constitucionais, leis complementares, resoluções do Senado, leis ordinárias – teve todo o esforço *pro bono* arquivado, pois nenhuma das propostas foi levada à discussão, em qualquer de suas comissões ou no plenário.

A tentativa do governo, com a Medida Provisória N.º 599 e um anteprojeto de lei complementar para regular incentivos regionais no ICMS, foi desfigurada, com esgotamento do prazo da MP e paralisação do projeto de lei complementar, por proposta de substituição – o pior projeto tributário que já li nos meus 56 anos de advocacia tributária –, apresentada pelo senador Delcídio.

Tínhamos sugerido, em nossa proposta, alíquota única de 4% para as operações interestaduais, a ser alcançada em até oito anos, com redução anual dos percentuais de 12% e 7% vigentes hoje, parte dela apresentada pelo governo federal, que, todavia, não foi aceita pelo Congresso.

Estamos, pois, na estaca zero da Reforma Tributária e da solução da guerra fiscal, restando ao Supremo Tribunal Federal discutir a proposta de súmula vinculante, elaborada pelo ministro Gilmar Mendes, com a seguinte dicção:

“PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE N.º 69

Proposta de verbete: qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do Confaz, é inconstitucional”.

Ora, o ICMS, convém repetir, é um imposto de vocação nacional entregue à competência impositiva dos Estados. É opção equivocada e rara, no mundo, para um tributo de circulação de mercadorias e serviços. Significa dizer que se trata de tributo que deveria ser, no sistema brasileiro, um tributo federal ou centralizado, como ocorre na esmagadora maioria dos países que adotam a técnica do valor agregado.

Quando um Estado dá um incentivo fiscal de ICMS, seu produto, enviado para um outro Estado que não tem incentivo fiscal, fica mais competitivo. Daí a necessidade de os Estados, por unanimidade, aprovarem tais estímulos, como determina a Lei Complementar n.º 24/75.

A esmagadora maioria dos Estados tem “estuprado” a Constituição, instituindo ilegalmente incentivos fiscais, criando a denominada “guerra fiscal”, em que passam a prejudicar as empresas de outros Estados pela agressão que fazem ao texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal atalhou tal maculador procedimento dos governos, que não respeitam a Lei Maior, sem êxito, pois os Estados que pisotearam a Lei Suprema continuam a violentá-la, malgrado as decisões do Pretório Excelso.

Quando participei da “Comissão dos Notáveis” – a denominação sempre nos causou desconforto –, composta de 13 especialistas para repensar o pacto federativo, apresentamos solução para que os incentivos pudessem ser autorizados, a saber:

1. Não serem dados por mais de oito anos;
2. Só Estados que tivessem renda *per capita* média inferior à média da renda *per capita* nacional poderiam outorgá-los;
3. Haveria sempre uma alíquota mínima de 4% na sua concessão;
4. Só poderiam ser dados às indústrias desse Estado.

Infelizmente, o nosso projeto dorme, serenamente, numa das gavetas de algum gabinete no Senado Federal. O trabalho que realizamos *pro bono* foi também um trabalho inútil, embora nenhum dos parlamentares tivesse a mesma qualificação técnica, excetuando a minha pessoa, dos outros 12 membros da comissão.

É interessante observar que Rubens Gomes de Souza, idealizador na regionalização do ICMS, mediante a adoção do princípio da cumulatividade, estava convencido de que a incipiente guerra fiscal do IVC (Imposto sobre Vendas e Consignações) – imposto que, apesar de cumulativo, não era imune à guerra entre os fiscos estaduais, mas em dimensão incomensuravelmente menor que a atual – seria encerrada com a adoção do ICM, à semelhança do IVA europeu (Imposto sobre o Valor Agregado). Rubens era um fantástico humanista e um tributarista excepcionalmente dedicado. Mas, como se percebe, até os gênios erram.

Outro problema a ser enfrentado é o das contribuições sociais, que também precisam ser simplificadas, tanto aquelas no interesse das categorias como as

de intervenção no domínio econômico, para que não sejam multiplicadas de acordo com as “desnecessidades” crescentes do erário.

O imposto sobre a renda poderia se tornar menos complexo com a incorporação de contribuição social sobre o lucro ao próprio imposto.

No Movimento Bem Eficiente, fundado por Carlos Schneider, Paulo Rabello de Castro e por mim, propusemos um modelo que, se adotado, sem queda imediata da arrecadação, mas com notável simplificação do sistema, facilitaria a redução gradual da carga até chegar a 30% do PIB. A matéria, estudada exaustivamente por empresários, políticos e técnicos na área, ainda carece de parlamentares capazes de levá-la à discussão no Congresso Nacional.

Por fim, a aprovação de um Código de Defesa do Contribuinte, como existe em diversos países, em nível nacional, facilitaria a eliminação dos crimes de concussão e as arbitrariedades constantes do Fisco contra o contribuinte, mais preocupado em arrecadar, o legal e o ilegal, do que em orientar o cidadão.

CONCLUSÃO

Aquele que leia, sem paixão e preconceito, o texto da Constituição de 1988 poderá, descontados os naturais problemas de qualquer obra humana – como os que aqui coloquei em relevo – asseverar que se trata, sem dúvida, de diploma exemplar, profundamente renovador, à altura dos melhores que o constitucionalismo tem produzido, razão pela qual alguns especialistas a consideram a melhor das Constituições brasileiras e afirmam que ela ajudou a consolidar a democracia.

Destarte, deleitar-se à Constituição todos os equívocos, como salientam alguns apressados, é esquecer o instante histórico em que foi elaborada, quando participaram da feitura políticos cassados, guerrilheiros, banidos, revanchistas etc., os quais, sem dúvida, contribuíram para o detalhismo condenável, como se acabou de registrar no papel do Estado na economia. Sem contar, à época, com a chamada “dicotomia” entre os regimes capitalista e comunista, e a existência do Muro de Berlim.

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

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

E eu acrescento. “Ela está completando quase 30 anos de existência”.

Brasília, 16 de maio de 2018.



NEY PRADO

CONSTITUCIONALISMO
UTÓPICO

NEY PRADO

PRÉSIDENTE DA ACADEMIA INTERNACIONAL
DE DIREITO E ECONOMIA, DESEMBARGADOR
FEDERAL DO TRABALHO APOSENTADO.

E

ETIMOLOGICAMENTE, “UTOPIA DERIVA DE *OU + TOPOS*, QUE SIGNIFICA LUGAR NENHUM, lugar que não existe em parte alguma e, mais estritamente, o tipo de sociedade que não se estabeleceu em nenhum lugar”¹.

Foi inicialmente título de uma obra célebre, escrita por Thomas More, que descreve a sociedade perfeita e o governo ideal.

Atualmente, a palavra serve para designar um sonho de perfeição social impossível de se atingir, uma concepção imaginária e irrealizável de organizações política, econômica e social.

Embora haja uma grande multiplicidade de abordagens do termo “utopia”, os autores parecem concordar que sua definição não será encontrada pela filologia.

O conceito mais célebre é o de Karl Mannheim, quando diz que “um estado de espírito é utópico quando está em incongruência com o estado de realidade dentro do qual ocorre”².

Outros procuram na utopia um referencial futuro, realizável, portanto, em certas condições. Nesse sentido, a sociedade poderia ser condicionada a trilhar um caminho que levasse à utopia. Na ideia se sente o germe da *ideologia*: “A vida caminha para a utopia” está na epígrafe de Nicolau Berdiaef, que Aldous Huxley celebrou no seu *Brave New World* (1932).

Essa segunda posição é, entretanto, firmemente refutada por Giovanni Sartori porque, despojando a palavra “utopia” de sua conotação original de irrealizável, ficaria o vocabulário político privado de um termo para indicar o politicamente impossível.

Uma Constituição será utópica em qualquer dos dois sentidos: quando se divorcia totalmente da realidade, não tendo condições práticas de reger as vidas política, econômica e social da nação a que se refere, ou quando pretenda

projetar uma sociedade de valores ideologizados como objetivos para uma evolução orientada.

Mas, em ambos os casos, a utopia é indesejável: no primeiro porque inócua, e no segundo, porque desumana.

A utopia irrealizável, longe de se apresentar como um ideal, como um princípio a ser perseguido, mesmo sem que seja possível alcançá-lo, é uma fábrica de expectativas e, portanto, de frustrações, desservindo a sociedade. Os valores, sim, podem servir de guia, não as projeções utópicas que sobre eles se constroem.

Por outro lado, a utopia, como meta de transformação social, é uma forma de autoritarismo: quem afirma que determinado projeto será bom no futuro, amanhã ou agora, para que seja imposto a gerações, como uma espécie de “programa constitucional”?

Por ambos os motivos, o utópico pode caber na especulação filosófica, na inventiva literária e na imaginação artística, em geral, mas deve ser evitado na ciência, notadamente na ciência política e na ciência do Direito.

Uma Constituição, como de resto todo o ordenado jurídico (mas ela, de maneira especial), deve buscar a conciliação entre o sistema tendencialmente estático de suas normas originárias e a dinâmica das forças sociais.

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

A Constituição sintética, portanto, não se impõe aos fatos sociais. Há uma adaptação permanente. A analítica, diferentemente, procura condicionar e reger os fatos sociais. A adaptação deve ser da sociedade ao texto.

A sintética é, por isso, mais duradoura, enquanto a analítica é mais vulnerável às crises políticas. Escolher entre uma e outra técnica, entretanto, é um problema de doutrina juspolítica.

Há, todavia, outro tipo de Constituição, rotulado de “dirigente”, que, à primeira vista, estaria configurado como modalidade analítica. Mas ao refugir da matéria propriamente constitucional e descer às explicações reservadas à legislação ordinária, o que realmente esse modelo pretende é produzir mudanças radicais na sociedade, principalmente nos campos econômico e social, com viés socializante e força vinculante em relação aos legisladores e governantes futuros.

Um dos inúmeros problemas das Constituições dirigentes é o de não distinguirem entre “garantias não onerosas” e “garantias onerosas”. “Pode haver ampla generosidade no tocante às primeiras – liberdades de voto, de opinião, de associação e de locomoção e direito à vida e processo judicial. São proteções essencialmente negativas, a saber, são vedadas as leis que restringem

o exercício das liberdades humanas. Ao datá-las, ninguém está usando aquilo que John Randolph, estadista americano, descrevia como o mais delicioso dos privilégios, “o direito de despender o dinheiro alheio”. A coisa é diferente quando se trata de “garantias onerosas”, como salários, aposentadorias, educação, saúde e meio ambiente. Essas garantias devem ser objeto de regulação infraconstitucional, porque é necessário medir os custos e especificar quem vai pagar a conta. Os financiadores e os beneficiários podem variar no curso do tempo, e cabe aos partidos políticos, em seus programas, demonstrar à sociedade que a relação entre custo e benefício é favorável e, assim, credenciar-se para o exercício do poder. Inserir-las no texto constitucional é torná-lo inexecutável ou irrelevante³.

Poder-se-ia argumentar que as garantias onerosas propostas são de cunho meramente programático, e que muitas delas costumam vir inseridas em algumas Constituições, tanto brasileiras como estrangeiras. Acontece, no entanto, que o utopista vai muito além do esperado. Por um passe de mágica, pela crença desmedida no poder das fórmulas escritas, decreta que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Mas, afinal, que razões poderiam explicar o utopismo?

Em que pese à dificuldade de se elaborar uma única classificação para os diversos tipos de utopia, a razão básica para justificar esse fenômeno reside na mentalidade racionalista e na visão cultural idealística, da qual as elites, mesmo as mais intelectualizadas, ainda não se desvencilharam.

De fato, essa tendência de não distinguir bem a ordem do “dever ser” da do “ser” chega até a instituir, no comum, uma inversão ou uma distorção no processo no entendimento do mundo. Evitam-se auscultar os fatos, a realidade e seu caráter íntimo, dinâmico ou profundo. Em vez disso, segue-se muitas vezes a atitude de projetar sobre essa mesma realidade os conceitos *a priori* sobre como deveria ser o mundo. Ou melhor, como se desejaria que fosse, partindo de certos esquemas mentais ou de certos acervos de valores, projetados, assim, sobre um mundo que não se conhece e até que se desdenha de conhecer.

“Adota-se aqui o vício psicológico central, advertido por Jung, de projetar no não eu o nosso próprio eu. Isto é, de não sentir o mundo ou a vida como são, porém, antes como um produto de nossa própria concepção abstrata. Em outras palavras, deixa-se de auscultar a vida como se apresenta e, em lugar disso, erigem-se concepções teóricas do mundo. Como este, obviamente, comporta-se de maneira diversa, temos sempre a tendência de ficar perplexos”⁴.

A utopia resulta, assim, da teimosa postura racionalista que sempre tem insistido em tentar mudar a realidade pela norma – na lição de Sartori, “uma atitude irrealista acompanha o racionalismo”⁵.

O traço mais distintivo dessa mentalidade é a crença no poder das fórmulas escritas. “Para esses sonhadores, pôr em letra de forma uma ideia é, de si mesmo, realizá-la. Escrever no papel uma Constituição é fazê-la, para logo, cousa viva e

atuante: as palavras têm o poder mágico de dar realidade e corpo às ideias por ela representadas”⁶.

Para os que assim pensam, as palavras substituem os fatos, o sonho substitui a realidade. O espírito racional parte da suposição de que é possível condicionar a realidade à norma, enquanto o espírito empírico (ou realista, no caso) quer condicionar a norma à realidade.

Na visão racional, na formulação de soluções normativas para disciplinar a realidade, passam a proliferar as “normas programáticas”, em oposição àquelas testadas pela experiência, que são as “normas pragmáticas”.

Essa distinção foi evidenciada por Sartori, no estudo da hipótese da democracia, para extremar o tipo anglo-saxônico da democracia do tipo francês.

A democracia, tal como fruto da evolução inglesa, é um exercício de pragmatismo político, um “produto histórico” que se institui e se mantém com assento na realidade. A cultura, *lato sensu*, é a condição dessa democracia.

Por outro lado, a democracia, tal como fruto de revolução francesa, é um exercício de racionalismo político, um produto intelectual, que se institui e se mantém com assento em fórmulas e formas idealizadas. A norma, no caso, é a condição dessa democracia⁷.

Os legisladores de mentalidade utópica, por considerarem a ideia a essência da realidade, subordinam o pensamento e a forma de proceder a um ideal. Por isso, não conseguem se liberar da noção de democracia senão como um ideal abstrato. Confundem fins democráticos com a própria democracia, ou seja, a mitologia da democracia com sua existência real. Exatamente como os perfeccionistas sonhadores gostam: algo pronto, acabado, imaginário, no qual tudo parece simples e coordenado, uniforme, justo e racional.

A democracia, enquanto ideia, não é um fato, mas apenas um conceito. A evidência histórica nos ensina que o verdadeiro modelo de democracia é o possível, aquele usado para uma sociedade real, conflituosa, desigual, constituída de homens imperfeitos, e não de deuses. Sua implantação e seu florescimento, em quaisquer das suas adjetivações, não é apenas uma questão de vontade ou determinação pessoal. Em sendo um produto histórico, a democracia só se torna possível na medida em que existam, principalmente, as condições e os pré-requisitos objetivos para o seu bom funcionamento.

O sonho é um atributo do homem, e nada há nele de negativo. Ao contrário, inspira e eleva o seu comportamento. Nesse sentido, a utopia se assimila ao sonho, e sua formulação pode ser inspiradora e motivadora.

Há um tipo de utopia, no entanto, que nos transporta e nos lança a um mundo imaginário, totalmente distanciado da realidade, que utilizamos como modelo para transformar a sociedade.

Do fascínio da primeira aproximação, a utopia passa ao tormento da sua realização. No fundo, é o desejo de justiça imanente ao homem que o força a realizar o impossível, até mesmo consciente de que, no processo, sacrificará

outros valores e, afinal, para nada lograr, senão piorar, ainda mais, o mundo em que vivemos.

É exatamente essa utopia negativa que preocupa. “O erro destes espíritos teorizadores, ou antes, a ilusão deles, está na convicção, em que todos eles vivem, de que uma reforma política só é possível por meios políticos. Eles não concebem que haja outros meios capazes de modificar as condições da vida política de uma sociedade, senão a modificação das suas instituições de direito público. Os idealistas românticos, os racionalistas, os metafísicos desdenham as leis do desenvolvimento social, fazem das sociedades simples matéria plástica que eles presumem facilmente modelável à feição de sua vontade, segundo os módulos engenhados por sua imaginação”⁸.

Na verdade, as grandes reformas, as reformas profundas, de caráter social, antes que legal, só sobrevivem no exercício de um regime democrático como produto da *vivência* constitucional, e não apenas da letra constitucional, daí o equívoco dos utópicos.

Não percebem que o problema de quaisquer organizações política, econômica e social é muito mais complexo do que parece àqueles que pensam em poder resolvê-lo com simples reformas constitucionais. “A norma facilita ou dificulta o progresso, mas não o gera materialmente. A materialização do progresso pertence à ordem dos fatos, não à dos preceitos”⁹. Na verdade, uma Constituição não resolve problemas, apenas aponta diretrizes.

Pode-se afirmar que “hoje, nenhum constitucionalista, por mais ardente juspositivista que possa ser, afirmaria que uma Constituição por si própria tem condições de conformar a realidade que a ela não se adapte. Uma Constituição, qualquer Constituição, leva a pior: o poder, antes de concentrar-se na lei, está nos fatos sociais, antes de estar no Estado, está na sociedade”¹⁰.

Em conclusão, a avaliação crítica de uma Constituição marcada pelo utopismo nos leva, fatalmente, a duas conclusões: ao *perigo* de se tornar fonte permanente de crises e ao perigo, ainda maior, de pôr em risco a estabilidade política e a democracia.

A essa altura, o atual texto constitucional brasileiro já recebeu abundantes apreciações e avaliações críticas de vários segmentos da sociedade, dando-nos um panorama razoavelmente diversificado de seus aspectos, tanto os positivos quanto os negativos.

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

A ideia de uma nova Constituição surgiu num momento de transição, coincidentemente com o esgotamento do ciclo autoritário e os movimentos de redemocratização do País, Diretas Já e Constituinte Já!

Nas palavras do próprio relator constituinte, Bernardo Cabral:

“O Brasil da Constituinte vivia no plano interno as agruras econômicas da década perdida. Claro que tudo isso refluiu na qualidade dos trabalhos, quando participaram da sua feitura atores das mais diversas origens, de banqueiros a operários, ex-cassados, ex-guerrilheiros

convertidos à vida democrática, banidos de volta à pátria, revanchistas e toda uma gama de personagens de variadas tendências e intenções”.

A ideia dominante era de que a nova Constituição “não deveria marcar somente à volta ao Estado de Direito, mas à desmontagem das estruturas políticas, econômicas e ideológicas que foram consolidadas durante a ditadura. Ela não exerceria apenas o papel de tradutora dos valores predominantes, mas também o de propulsora de transformações sociais. Não poderia ser igual às outras. Nem na forma, nem no estilo, nem nas afirmações e nas formulações fundamentais. O de que se tratava era fazer uma Constituição realmente libertadora de nosso povo, que pudesse garantir ao mais humilde cidadão ter seus direitos totais assegurados, inclusive o direito de simplesmente não aceitar o fato de não ter nada quando alguns poucos têm tudo”.¹¹

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

Vale recordar que toda obra humana, individual ou coletiva, é passível de imperfeições e, portanto, de censura. Ainda porque, como lembrou Theodore Roosevelt, “O único homem que jamais comete erros é o homem que jamais fez alguma coisa”.

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

No dizer de Ulysses Guimarães:

“A Constituição certamente não é perfeita, se fosse perfeita seria irreformável. Ela própria, com humildade e realismo, admite ser emendada, até por maioria mais acessível, dentro de cinco anos”.

De fato, não obstante os defeitos que possa apresentar, ela representa um marco importante na história do País: o fim de um ciclo autoritário e o início de uma nova experiência democrática, que se pretende duradoura.

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

*“Eventuais críticas ao texto magno não serão mais que o exercício normal das liberdades políticas recobradas pela Nação e que os próprios constituintes afirmaram no frontispício da Constituição”.*¹²

É importante, todavia, ter presentes as sábias advertências de Giovanni Sartori:

*“A Constituição, não obstante seja parte essencial da democracia, não é em si bastante para produzi-la”.*¹³

NOTAS

1

Dicionário de ciências sociais, ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1986, pág. 1.284.

2

Karl Mannheim, *Ideologia e utopia*, ed. Zahar, São Paulo, 1968, pág. 216

3

Roberto Campos, *A lanterna na Popa*, ed. Topbooks, Rio de Janeiro, 1994, pág. 1.186.

4

Pessoa de Moraes, *Tradição e Transformação no Brasil*, Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1973, 2a. edição, pág. 287.

5

Giovanni Sartori, *Teoria democrática*, ed. Fundo de Cultura, Rio de Janeiro, 1965, pág. 61.

6

Oliveira Vianna, *O idealismo na Constituição*, ed. Terra do Sol, Rio de Janeiro, 1927, pág. 25.

7

Giovanni Sartori, *op.cit.*, pág.61.

8

Oliveira Vianna, *O idealismo da Constituição*, edição de Terra de Sol, Rio de Janeiro, 1927, pág. 25.

9

Helio Jaguaribe, *Três problemas e seis cenários*, Folha de S.Paulo, 21/7/1988, pág. A3.

10

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Constituição e revisão*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1991, pág. 385.

11

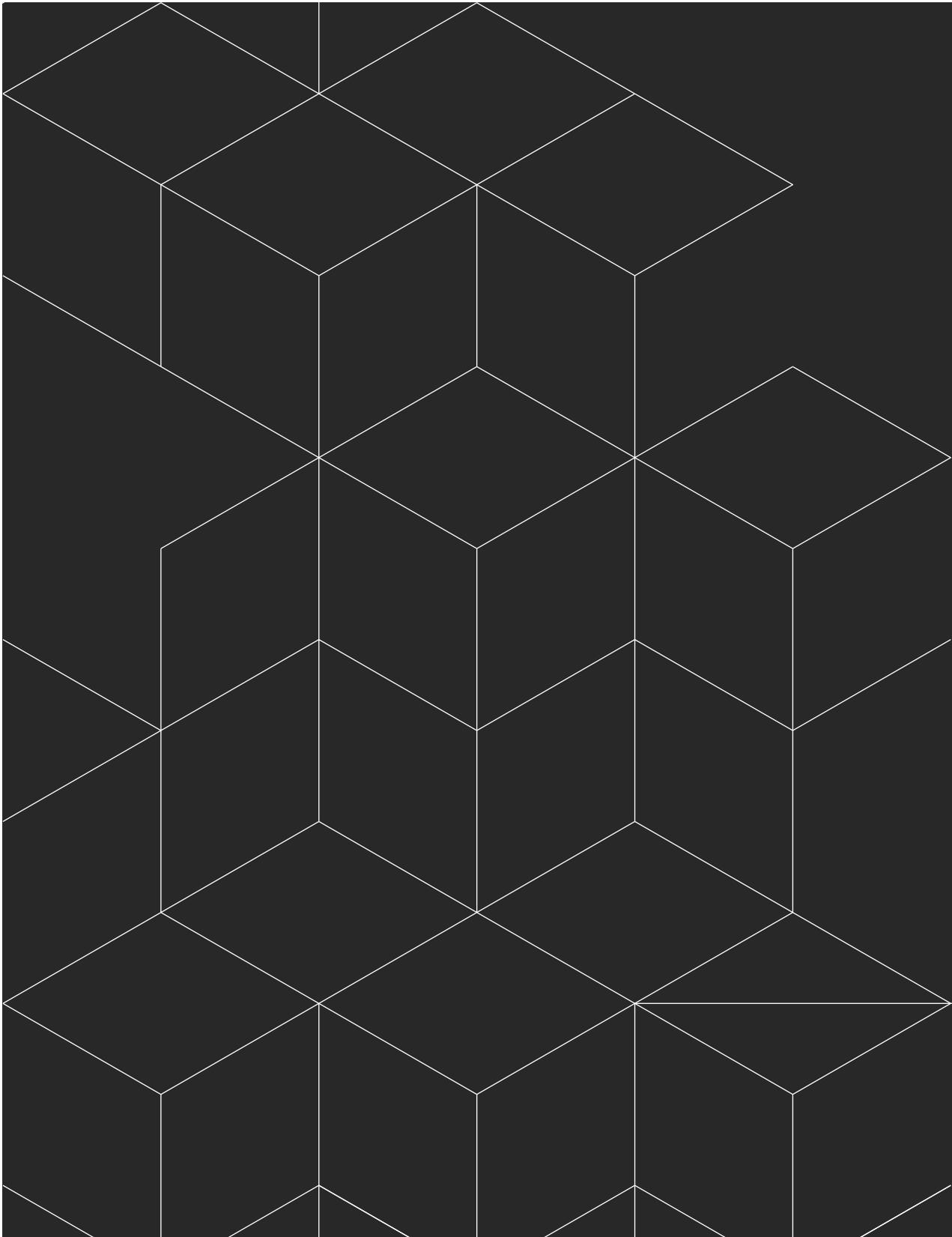
Claudio Abramo, *Constituinte e democracia no Brasil*. São Paulo: ed. Brasiliense, 1985, pág. 53.

12

Diogo de Figueiredo. *Constituição e revisão*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1991, pág. 475.

13

Giovanni Sartori, *Teoria democrática*, ed. Fundo de Cultura, Rio de Janeiro, pág. 244.



MANOEL GONÇALVES
FERREIRA FILHO

A DEGENERAÇÃO
DO SISTEMA POLÍTICO

**MANOEL GONÇALVES
FERREIRA FILHO**

PROFESSOR EMÉRITO DA FACULDADE DE DIREITO DA USP. 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.

1

1. A crise da democracia representativa que se alastra pelo mundo não poupou o Brasil. É visível a decepção com a democracia como forma eficiente de governo, bem como um grande desencanto com os “políticos”, o que acarreta o desprestígio da democracia e ameaça gravemente a sua sobrevivência.

Na verdade, o regime político adotado pela Constituição de 1988 se revela 30 anos depois profundamente degenerado. Desta degenerescência, este trabalho pretende registrar os traços principais, bem como analisar alguns de seus fatores, embora evidentemente de modo sumaríssimo.

Três aspectos, evidentes, devem ser destacados.

Um concerne ao sistema de partidos existente. Há um número excessivo de partidos, estes não têm consistência nem disciplina, o que dificulta a governabilidade num Estado de direito e em face da separação dos Poderes. Ademais, enseja a corrupção na governança.

Outro está no sistema eleitoral. Nas eleições “parlamentares”, leva à multiplicação infinita de partidos tornados meros instrumentos para alcançar o poder, propicia a eleição de quem não foi votado, bem como de desconhecidos ou mal conhecidos. Nas eleições majoritárias, dá lugar a uma escolha plebiscitária, não raro marcada pela demagogia. E também enseja a corrupção no financiamento e na propaganda dos candidatos.

Enfim, o próprio sistema de governo – o sistema presidencial – transformado num “presidentismo” e com uma acumulação de tarefas de papéis que o aproximam não raro de uma monarquia (quase) ilimitada, quando não descamba para a demagogia ou, paradoxalmente, para a impotência.

Essas vulnerabilidades se retroalimentam. As duas primeiras, sobretudo. Separá-las é inviável, mesmo como instrumento de análise.

I. O DESVIRTUAMENTO DAS ELEIÇÕES E DO SISTEMA PARTIDÁRIO.

2. Comece-se a análise pelo começo do processo democrático: a eleição.

No Direito brasileiro, como se sabe, ela, para a cabeça do Executivo – presidente da República, governador de Estado ou do Distrito Federal, prefeito e respectivos vices –, é majoritária. Em dois turnos, salvo nos municípios com menos de 200 mil eleitores, quando o é em volta única. Também o é para o Senado, igualmente em turno único. Para as Câmaras, seja a de Deputados, seja a Assembleia dos Estados e do Distrito Federal, seja para as Câmaras Municipais, obedece à representação proporcional.

Em todos os casos são desvirtuadas, pondo-se de parte a possibilidade, hoje rara, ontem comum, de serem fraudadas.¹

3. O vício nas eleições majoritárias não está no sistema, mas na impossibilidade de, nelas, impedir-se a demagogia.

No caso das eleições presidenciais, há a denúncia contundente de Afonso Arinos de se transformarem num “plebiscito entre dois demagogos” que vence aquele que mais promessas faz a interesses parciais.² É verdade que o ilustre jurista assim dizia das eleições na República de 1946, quando ainda, não sendo exigida a maioria absoluta, o candidato votado por uma minoria poderia ser o eleito.

Hoje, há a exigência da maioria absoluta que corrigiu este último ponto, mas terá sido afastada a demagogia? É verdade que esta é um risco calculado que corre toda democracia. Relaciona-se tal problema ao sistema de governo, razão por que a ele se voltará.

4. É, todavia, necessário chamar a atenção para a manipulação do eleitorado pela propaganda política e, mais recentemente, pelas redes sociais. Como pelo mundo afora, aquela encontra campo favorável para a “venda” de candidaturas; estas não hesitam em difundir falsidades e torpezas sem que haja meio prático de desmenti-las. Isso se torna mais grave num país em que boa parte da população tem pouca instrução ou cultura política, a ponto de confundir talento artístico ou futebolístico e capacidade parlamentar.

Como também ocorre em toda parte, essa propaganda política se desenvolve sob a batuta dos “marqueteiros”. Estes são remunerados a peso de ouro, como as técnicas de que usam são de alto custo, ainda que seja para uso nos horários “gratuitos” de rádio e televisão. Daqui, decorre a descomunal influência do dinheiro numa campanha eleitoral, e não só quando é de âmbito nacional. Também o é nas estaduais e nos principais municípios. As normas recentemente adotadas não reduzirão esse custo, apenas as levam a pesar no contribuinte, com o crescimento de financiamentos públicos, como o Fundo Partidário.

De fato, as campanhas saem caríssimas – donde o paradoxo de que, na democracia, é preciso contar com a riqueza de bilionário para ganhar o poder (ou

encontrar financiamentos escusos, corrupção, que têm de ser pagos com favores, corrupção também).

5. Indubitavelmente, o financiamento no passado próximo era uma fonte da corrupção que permeia a administração e a política brasileiras, bem como o setor empresarial. É preciso não esquecer que corrupção tem um lado ativo e outro, passivo...

Como apontei no livro *Constituição e governabilidade*³, é muito mais que um mero problema político. Tem a ver, e muito, com fatores culturais e outros. Pareto, por exemplo, bem o vê ao apontar que o fenômeno é generalizado, mas que “as diferenças (no grau de corrupção) residem nos sentimentos da população: lá onde ela é mais honesta ou menos honesta, acha-se também um governo mais honesto ou menos honesto”.⁴

Entretanto, é inegável que o sistema eleitoral e partidário brasileiro tendeu a agravar esse mal endêmico.

O sistema eleitoral veio a exigir quantias vultosíssimas – já se apontou. A eleição presidencial direta, e em dois turnos como regra, importa não somente no custo reclamado pela máquina publicitária, mas também em despesas com deslocamentos dos candidatos e de sua equipe e muitos outros que é desnecessário mencionar.

As eleições para o Senado e para a Câmara dos Deputados, travadas em nível de Estados, cuja vastidão não raramente supera países inteiros da Europa, cai na mesma situação.

E, em grau menor – sem dúvida, mas ainda grande –, nas próprias eleições municipais, o seu custo é pesado, mormente nas capitais e maiores cidades.

Tal dispêndio está certamente muito acima do patrimônio do candidato ou do que este se anima a gastar. Salvo dos multimilionários. É até acariano lembrá-lo.

Ora, a obtenção dos recursos necessários importa o mais das vezes em comprometimento do candidato com interesses não republicanos. Pondo-se de lado, as contribuições provenientes de solidariedade de ideias – e, com o atual quadro partidário, estas são raríssimas – a grande maioria pressupõe contrapartida. Isto vai da simpatia para com interesses não econômicos ou financeiros, mas frequentemente escorrega em nomeações ou vantagens de favor, ou da “compra” de benesses.

6. No Estado de bem-estar, a sua intervenção no domínio econômico e social, ademais, em que tudo depende de sua boa vontade, a tentação dessa compra é grande para os que pretendem obtê-las – pode ser tratada como um custo, como matéria-prima ou mão de obra – e igualmente para todos que queiram chegar ao poder ou não perder as “mordomias”.

7. As eleições para as câmaras se fazem pelo sistema de representação proporcional. Esse sistema se inspira na justiça, visto que visa a atribuir a cada partido um peso na assembleia em causa proporcional àquele que tem no eleitorado.

Ele presume a competição entre partidos que tenham significação doutrinária ou ideológica, como presume que o eleitorado tenha concepções doutrinárias ou ide-

ológicas equivalentes. Isto é, que justificaria a proporcionalidade, peso igual para essas ideias na Câmara equivalente à adesão que têm no seio do povo.

Tende ela, como o demonstrou há meio século Maurice Duverger, a provocar a multiplicação de partidos.⁵ Sim, porque estimula que diferenças sutis no ideário justifiquem um novo partido que terá na Câmara peso igual ao do peso de seus eleitores, de modo que estes nada perdem e não de que levar em conta o mal menor. Este sempre se põe no horizonte nas eleições majoritárias. Claro está que as diferenças sutis podem ser a das diferentes personalidades cujas ambições se entrecrocaram.⁶

Esta multiplicação pode ir *ad infinitum*, com decorrências há muito percebidas. Por exemplo, prejuízo para a governabilidade, pela “pequenez” dos partidos, de modo que a formação da maioria para as deliberações exige coalizões abrangentes. Estas são instáveis e inseguras e frequentemente importam na barganha, no “toma lá, dá cá”, na corrupção.

Por isto, Estados experientes como a Alemanha preveem “cláusula de corte”, exigência de um mínimo de representatividade do partido para que os seus candidatos se elejam. Isso pode ser faltar com a justiça em relação a minorias ideológicas, mas favorece a governabilidade. Ou fórmula mais suave, a chamada “cláusula de desempenho” que o STF considerou inconstitucional.⁷

8. Acrescente-se que, tal como estruturada legalmente no Brasil, a representação proporcional sofre uma perversão. Ela é gerada pela invenção do “puxador de votos”. Estes são figuras populares, “celebridades”, admiradas pelos já referidos talentos artísticos ou futebolísticos que, por isso, atraem carradas de votos do eleitorado sem cultura política.

Ora, a representação proporcional no Direito brasileiro não se faz pela competição entre listas “fechadas”, apresentadas pelos partidos. Ou seja, as cadeiras que couberem ao partido não serão atribuídas a candidatos numa ordem pré-fixada pelo próprio partido. É isso uma maneira supostamente impeditiva de enfrentar o fato de que os partidos não têm organização democrática e, assim, a fixação da ordem dos eventuais eleitos ficaria ao bel prazer dos seus dirigentes (ou donos). A ordem dos eleitos é fixada em função do maior número de votos pessoais que cada um dos candidatos obteve. É esse ponto encarecido por dar maior peso ao eleitor do que à cúpula do partido. Diga-se de passagem, que isto também contribui para elevar o custo das campanhas, porque cada candidato tem de “pagar” a disputa contra candidatos não apenas dos partidos adversários, mas igualmente contra outros candidatos de seu partido.

O sistema, porém, propicia que o partido inscreva como candidato o “puxador de votos” – ator, músico, palhaço, jogador de futebol, cantor – que “puxe” para o partido muitos votos em decorrência de seu prestígio, votos que esse partido não obteria. Não haveria o que criticar se essa artimanha não servisse de meio para eleger, à socapa, figuras marcadas por escândalos ou ilustres desco-

nhecidos. Esses são eleitos sem que o eleitor que vota no partido sequer disso se aperceba. Ou, pior, em que personalidades que de modo algum ele elegeria.

Quanto não contribui esse artifício para comprometer a “qualidade” da representação política?

9. Hoje, o número de partidos é imenso. Há cerca de **35 partidos registrados**, portanto, em condições de apresentar candidatos. Há outro tanto de “partidos” que pretendem obter esse registro. Na última eleição para a Câmara dos Deputados, 18 conquistaram cadeiras.

Para ilustrar o raciocínio, tome-se a composição da Câmara dos Deputados, decorrente das eleições de 2014, sem levar em conta as mudanças que para esta análise pouco importam:

PARTIDOS	CADEIRAS
PT	70 (13,65%)
PMDB	66 (12,37%)
PSDB	54 (8,58%)
PP	36
PSD	37
PR	34
PSB	34
PTB	25
DEM	22
PRB	21
PDT	19
SD	15
PSC	12
PROS	11
PPS	10
PC DO B	10
PV	8
PSOL	5
PHS	5
PEN	2
PMN	3
PTN	4
PRP	3
PTC	2
PSDC	2
PRTB	1
PSL	1
PT DO B	1
TOTAL	513

Estão aí presentes 28 partidos. O maior possui 13,65% das cadeiras. Portanto, todos são pequenos partidos. A ponto de que se os três maiores se aliassem, não formariam a maioria. Contariam com 34,6% dos deputados, pouco mais de um terço. E mais longe estariam ainda da maioria necessária para as emendas constitucionais.

Esse fato implicaria, se cada um fosse o porta-voz de uma corrente doutrinária ou ideológica, a existência no Brasil de cerca de 30 dessas correntes, contando as que já tiverem eleito parlamentares e as que pretendem fazê-lo, buscando o registro no TSE. Essas são, hoje, mais de 70.

Não é isso crível, e o exame de seus programas o desmente, mesmo como matices de uma linha de pensamento definida. São meramente máquinas criadas para disputar o poder, ou melhor, para que os que os encabeçam disputem ou partilhem do poder. E certamente muitos deles apenas existem pelas “vantagens” que a condição de partido registrado acarreta – participação no fundo partidário etc.

A lógica da representação proporcional, recorde-se, é dar a cada uma das linhas de pensamento peso numa câmara equivalente à aceitação que a ela confere o povo, o eleitorado. Partidos vazios, sem doutrina ou ideologia, não merecem ser considerados pela representação proporcional, mas são beneficiados pelos votos “puxados”.

10. Esta multiplicação de partidos ensejada pela representação proporcional é favorecida pela ausência de cláusula de corte ou de desempenho. Lembre-se que, na Alemanha, o partido que não obtenha 5% dos votos é excluído da representação – cláusula de corte. No Brasil, a percepção dos males da proliferação “cancerosa” de partidos levou à proposta de “cláusula de desempenho”, que, sem excluir os partidos “infinitesimais”, punha cobro à perversão do sistema partidário, foi declarada inconstitucional numa desastrada decisão política do Supremo Tribunal Federal, vários anos depois de haver sido votada pelo próprio Congresso Nacional.
11. O paradoxo é que a legislação eleitoral brasileira quer colocar limites à criação de novos partidos, obviamente para dificultar essa multiplicação excessiva. Ela o fez, exigindo que o pleiteante do registro apresente o apoio de um número mínimo de eleitores, para comprovar representatividade, distribuídos por vários Estados, a fim de que demonstrem caráter nacional. A norma é inócua, porque se encontrou o jeitinho de cumpri-la sem compromissos, exceto o pagamento ao angariador de assinaturas e, quiçá, aos que assinam o pedido de registro. Consta que a obtenção desse apoio se está profissionalizando, deixando de ser um mero “bico” dos camelôs.
12. O reflexo dessa multiplicação para governabilidade é daninho para a condução dos negócios públicos, melhor dizendo, para a boa governança, *a fortiori* num Estado de direito. Fácil é mostrá-lo.

Mesmo no presidencialismo brasileiro, atos de governo há, como as leis, que devem ser aprovadas no Parlamento. Assim, nenhum Executivo pode prescindir de uma maioria parlamentar que o apoie, ainda que esporadicamente.

Para construir no Brasil, tal maioria é imprescindível para negociar com muitos partidos que não guiados por ideais programáticos, mas por meras considerações pragmáticas. A formação da maioria tem um preço, que pode ser pago de diferentes maneiras. Com isso, abre-se uma porta para a corrupção.

Disto não escapou, ao contrário, demonstrou-o o chamado “presidencialismo de coalizão”.

II. O “PRESIDENTISMO”⁸

13. Outra das facetas da crise da democracia no Brasil é a vulnerabilidade que para ela decorre do sistema presidencial de governo, adotado desde a implantação da República, salvo o breve período de parlamentarismo (falseado) entre 1961 e 1963.

O (mau) funcionamento do sistema presidencial de governo é, por um lado, responsável pela má governança e, por outro – o que mais importa nesta altura –, pela distorção autoritária que acarreta para a democracia. Na verdade, esse mau funcionamento se liga a um desvirtuamento do próprio sistema que se tornou um “**presidentismo**”, ou seja, um regime de tal proeminência do presidente da República que pode ser comparado a um regime monárquico (quase) ilimitado, como já o foi muitas vezes por observadores estrangeiros.

É o que agora se vai examinar, separando na análise o que é devido à estrutura e ao escopo do sistema presidencial e o que é devido a fatores peculiares ao Brasil.

A. O CERNE DO SISTEMA PRESIDENCIAL

14. Vale relembrar que o sistema presidencial é a projeção republicana do ideal da separação dos poderes que o constitucionalismo do século 18 consagrou como peça essencial. Como está com todas as letras no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”. Ora, a separação dos poderes tem um objetivo claro, definido por Montesquieu no famoso cap. 6º, do livro 11, do *Espírito das leis*. É ele garantir a liberdade, o que somente se logra por meio de um arranjo em que “o poder detenha o poder”, conforme enuncia no cap. 4º desse mesmo livro. Assim, foi ela posta, e institucionalizada, não para favorecer a governabilidade, mas para impedir a violação dos direitos fundamentais, o abuso dos governantes.

Em contraposição, note-se que, na sua origem histórica inglesa, o sistema parlamentar foi estabelecido como um instrumento de governabilidade. A evolução política após a chamada “revolução gloriosa” forçou o monarca a escolher seus ministros na maioria parlamentar sob pena de perder a governabilidade. Este foi o início de tal sistema, que se aperfeiçoou ao se consagrar a responsabilidade política do gabinete perante o Parlamento.

Na verdade, o regime parlamentarista não é um governo de separação dos Poderes, mas de colaboração dos Poderes, com distinção de funções. O gabinete que exerce o Executivo reflete a maioria do Legislativo e, assim, põe-se como um liame entre os dois Poderes, o que favorece a integração de ambos numa política e atuação governamentais. Esse é o principal de seus méritos.

15. Recorde-se também que a separação dos Poderes, na versão que consagram as revoluções do século 18, pressupõe uma visão do Estado – a decorrente do liberalismo. Qual seja a de que a missão do Estado é manter uma ordem pacífica e estável, dentro da qual cada indivíduo há de cuidar de seus interesses e buscar a própria felicidade ou bem-estar. O papel do Estado é de polícia, de segurança, daí a fórmula *État gendarme*, não de provedor da melhor condição de vida possível. Cabe-lhe não interferir (“*laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même*”) nas vidas econômica e social.

Essa concepção não mais prevalece, mesmo entre os liberais contemporâneos, partidários do Estado mínimo. Pelo menos a partir do fim da Primeira Guerra Mundial, quando veio à luz a Constituição de Weimar, imitada por tantas outras, incluído o Brasil desde a Constituição de 1934, tem prevalência a ideia de Estado de bem-estar. Quer dizer de um Estado que assume o papel de promotor do bem-estar. E isso tem por efeito torná-lo o dirigente da economia e das finanças, o provedor da previdência, da saúde, da educação, da cultura, do lazer e tudo aquilo que se descobre como importante para a boa condição de vida.

Com esse novo contexto, o sistema presidencial teve de se adaptar, reequacionando a relação entre os Poderes. Sem dúvida, isso para ele foi mais difícil do que para um sistema parlamentar, mas o conseguiu bem ou mal. Exemplo incontestável é o do presidencialismo norte-americano, com o New Deal.

16. É certo que o preço dessa adaptação foi o rompimento do equilíbrio insito na doutrina clássica da separação dos poderes.

Vistas as ações necessárias à busca do bem-estar para todos como prolongamento das atividades administrativas, caiu o peso do Estado de bem-estar no campo da responsabilidade do Executivo. E, sem dúvida, acresceu-lhe de fato o rol de competências e correlatos poderes. Tornou-o o poder preeminente: o governo.

Tal situação não o liberou, todavia, do condicionamento posto pelo Estado de direito, outro princípio essencial do constitucionalismo moderno. A lei e o

controle judicial se mantiveram – este último mormente onde se previu o controle de constitucionalidade, o que se generalizou após a Segunda Guerra.

É verdade, porém, que o governo obteve uma flexibilização da separação dos Poderes, no que tange ao monopólio do Legislativo, quanto à edição da lei. Mas, fora mecanismos disfarçados, nos Estados democráticos isso se obtém por meio da lei parlamentar, a lei de delegação, permitindo a lei delegada promulgada pelo governo. Uma flexibilização, sim, da separação dos Poderes, devida em grande parte à inércia e, não raro, à paralisação da atividade legislativa, em decorrência do choque ideológico e do esfarinhamento da representação política, trazido pela multiplicação de partidos.

17. A valorização do Executivo tornado governo se refletiu, como naturalmente tinha de se refletir, na valorização do chefe de governo, o presidente da República, no sistema presidencial. Na verdade, desde a implantação desse sistema, a figura proeminente já era ele, como comprova a designação dada ao próprio sistema. Em boa parte, porém, decorria isso de ser ele também o chefe de Estado, com todo o simbolismo que traz consigo. E o fato de ser uno em face dos muitos que necessariamente integram os demais Poderes.

Também por força de seu modo de seleção, a eleição, que, no modelo americano, é indireta, mas, com participação do povo e, que, com o tempo, se tornou semidireta em razão da disputa pelos delegados ao colégio eleitoral. Evidentemente, onde a eleição presidencial é direta, o fortalecimento da figura do presidente é ainda maior, pois ele aparece como o escolhido da maioria, a lídima expressão da democracia, com o *plus* de ser o condutor mais importante da política nacional.

Com o desenvolvimento dos modernos meios de comunicação de massa (rádio, televisão etc.), sua autoridade política enormemente se potencializou. Provocou mesmo uma personalização do poder, que se perdera na república, mas que ressuscitou em torno do chefe que faz ou pode fazer (quase) tudo. Isso obviamente lhe trouxe ainda maior peso na tomada das decisões. Contudo, onde não ocorrem ou ocorreram distorções, o presidente encontra freios e contrapesos, não tem obviamente um poder absoluto, ou quase.

É nesse quadro que o sistema presidencial deriva para um presidencialismo, onde o presidente não tem apenas uma proeminência, mas uma acentuada predominância.

18. Não se pode olvidar, todavia, que o sistema presidencial teoricamente assegura um mínimo de estabilidade durante o período do mandato, ao contrário do que se passa com o parlamentarismo. Claro está que isso é o normal, mas comporta exceções. Já o parlamentarismo muitas vezes é instável, em razão da frequente queda dos gabinetes à mercê da maioria parlamentar. O que também comporta exceções. Ora, dessa instabilidade decorre naturalmente a postergação de decisões fundamentais para a vida nacional.

Disso, um exemplo é o que se passou na França da Quarta República, logo após a Segunda Guerra. Redundou numa reação com a Constituição de 1958 que trouxe uma resposta, porém, uma resposta que é uma forma de “governo misto”, para uns um semipresidencialismo; para outros, um semi-parlamentarismo.

Claro está ser a estabilidade um valor negativo quando o presidente governa mal, mas não se pode *a priori* presumir que sempre os gabinetes governem bem, ou governarão mal. Ou que todos os presidentes governem mal.

B. O CASO BRASILEIRO

19. O sistema presidencial chegou ao Brasil com a República. Alguns fatores que justificaram sua adoção merecem ser lembrados por ainda terem peso. Um foi a reação contra o “regime do palavrório e da intriga”, que seria o parlamentarismo imperial. Outro a admiração dos pais da Constituição de 1891, com Rui Barbosa à frente, pelas instituições norte-americanas. Um terceiro provém das *lições do positivismo*, que formaram até pouco a mentalidade militar, da necessidade de um governo “forte”, que se exprimia na tese da “ditadura republicana”. Esta, inclusive, foi consagrada pela Constituição castilhistas do Rio Grande do Sul, sob cuja égide se formaram lideranças, como a de Getúlio Vargas, sem falar nos generais presidentes do período militar. A isso, somou-se à própria tradição monárquica.

O resultado foi transformar o sistema num regime de preponderância absoluta do presidente da República no plano federal, dos governadores – os presidentes de Estado –, nestes, de acordo com a hábil estruturação que Campos Sales deu à política nacional e persistiu até a Revolução de 1930.

Pior. Implantou-se, então, um sistema presidencial sem contrapesos – um presidencialismo no sentido crítico do termo –, pois o Congresso era eleito por um sistema eleitoral deturpado pela fraude, com a consequência de que os eleitos para as câmaras eram áulicos na dependência do presidente e a serviço do poder presidencial.

Num famoso livro, escrito na década de 1930, um observador estrangeiro registra a “onipotência” do presidente da República. Esta excederia o poder de um monarca absoluto. O título da obra é significativo: *Sua majestade, o presidente do Brasil*, de Ernst Hambloch.

20. Note-se que este apenas estudou o período 1889-1934, período em que era incipiente a evolução para um Estado de bem-estar.

A história dos anos seguintes não infirmaria a tese, ao contrário. A intervenção no domínio econômico nos anos de 1930, justificada pela crise de 1929, acentuada no Estado Novo, sob a égide de Getúlio Vargas, ainda alargou a esfera dessa onipotência presidencialista.

Sob a Constituição de 1946, houve uma democratização do poder, não sem, jamais, uma redução da preponderância do presidente. Sem dúvida, da época de sua vigência, data o nascimento de uma respeitável oposição parlamentarista, capitaneada por Raul Pilla e, mais tarde, por Brossard, com o apoio entusiasmado de jovens como Ives Gandra. Até com a apresentação de propostas de emenda constitucional, instituindo o sistema parlamentar e com a implantação de curta duração desse sistema para evitar uma guerra civil. Implantação efêmera, falseada na prática desde o primeiro dia, pela ação do Presidente da República.

Entretanto, fora os parlamentaristas citados e alguns outros, a motivação em prol da mudança do sistema não ganhou terreno senão por frustrações políticas. É o caso de Afonso Arinos, que, de partidário do presidencialismo que defendeu no Congresso, aderiu ao parlamentarismo por estar convencido que a eleição presidencial seria sempre um “plebiscito entre dois demagogos”, que venceria o que mais promessas fizesse em prol de interesses de grupo, e não no da Pátria. Já se lembrou isso anteriormente.

No plano geral, deve-se reconhecer que o poder presidencial muito se ampliou nesse período. De fato, ele cresceu com o desenvolvimentismo, com a centralização *de facto* decorrente das superintendências federais de desenvolvimento, com recursos sempre superiores à soma dos pertencentes aos Estados por elas tutelados.

Evidentemente, no período militar, não se reverteu a situação, ao contrário, em nome da segurança nacional ela se acentuou. E esse período deu ao presidente o decreto-lei, ou seja, o poder de legislador.

21. A tendência mencionada não foi contrariada pela Constituição de 1988, embora quando de sua elaboração tivesse havido um movimento em prol da implantação do sistema parlamentar. E, mais, frustrada esta, a previsão de um plebiscito, em que a maioria optou pela permanência do sistema presidencial.

Analisando essa Constituição e sua prática presidencialista, já apontei alhures e agora reproduzo.⁹

A Constituição vigente não apenas mantém nas mãos do presidente as funções tradicionais de chefe de Estado, chefe de governo, comandante supremo das Forças Armadas, dirigente das relações exteriores e superintendente da administração, mas acrescenta outras que lhe potencializam a força.

No afã de regular, além da esfera política, também as esferas social e econômica, propicia ao presidente da República vários papéis que têm de ser sopesados para aferir a sua força real na vida do País.

Assim, é hoje o presidente da República o comandante da economia nacional. Sim, porque ele o é, na medida em que pode conceder estímulos e desestímulos às atividades produtivas que dependem profundamente do quadro financeiro. Ora, tem nas mãos o Banco Central, que rege toda a política financeira e manobra o câmbio. Igualmente, dirige a grande agência de financiamento, que é o BNDES e também o grande banco comercial, que é o Banco do Brasil, bem como a Caixa

Econômica. Controla a grande indústria energética, com a Petrobras à frente etc. Todos esses entes, com efeito, têm à frente pessoas por ele escolhidas e nomeadas a seu alvedrio.

É o provedor dos mais pobres. Está nas suas mãos o sistema previdenciário, o sistema unificado de saúde e programas assistenciais, como o Bolsa Família etc.

Também é, em última análise, o “patrão” de todos os que emprega a imensa máquina estatal e paraestatal. Os seus salários dependem dele.

Além de ser o “grande irmão” que tudo sabe, informado pela Abin e (até um passado recente) pela Polícia Federal.

Tudo isso sem contrapeso efetivo.

22. Está na Constituição, sem dúvida, o maior dos contrapesos, que é o Estado de direito: a sujeição da atividade governamental à lei.

Esta sujeição, porém, foi relativizada pelo aporte das medidas provisórias – versão atenuada, é certo, do decreto-lei da “ditadura” – que atribui ao presidente o poder de legislar, provisoriamente, mas dando às normas editadas vigência imediata.

Na verdade, ao editar a medida provisória, o Presidente da República amolda, segundo sua discricção, a ordem jurídica. Com isso, ele a conforma segundo melhor lhe parece com vistas aos objetivos e políticas que pretende instaurar. Somente depois de produzir efeitos, e de estar produzindo efeitos, pois tem eficácia imediata, é que o Legislativo a examina, para convertê-la ou não em lei. Ora, esse *controle a posteriori* se depara com fatos consumados que pesam decisivamente em favor de sua aprovação. Trata, assim, o Legislativo, não de um projeto (uma lei *in fieri*), mas de uma lei *facta*.

A Emenda n.º 32/2001 decerto aprimorou o controle que caía anteriormente no vazio, dada a possibilidade de reiteração ilimitada da medida, mas, evidentemente, não eliminou a concentração de poder. E, sem dúvida, foi ela a razão profunda do surgimento do “presidencialismo de coalizão”.

Como a moeda má expulsa a moeda boa, as medidas provisórias praticamente eliminaram as leis delegadas, que importam num controle prévio da legiferação governamental. Mudanças são faladas, mas ninguém se lembra delas como meio de concretização.

23. Na verdade, o grande contrapeso do presidencialismo, que é o Estado de direito pressupõe, um Legislativo forte, apto a fazer valer a poderosa arma de decidir sobre a lei.

Ora, esse poder, sob a Constituição de 1988, enfraqueceu-se sobremodo, se atentar-se para o período, e não para episódios.

Por um lado, isso já resulta da existência da medida provisória, que quebra o seu monopólio da legiferação. Por outro, decorre do “esfarinhamento” da representação parlamentar decorrente da multiplicação excessiva de partidos. E de partidos, na esmagadora maioria, sem programas nem mesmo ideologia, mas

apenas máquinas para a disputa do poder ou das benesses do poder, sem disciplina interna, cujos membros não hesitam em pular de um para outro, ao sabor de suas conveniências pessoais.

Se era um mal o bipartidarismo oficial imposto no regime militar, o pluripartidarismo sem peias, sem cláusula de corte e sem cláusula de desempenho é negativo e desmoralizante para a democracia. E esse pluripartidarismo sem peias é inexorável sob o sistema eleitoral de representação proporcional, como, há mais de meio século, meu professor, Maurice Duverger, em livro já citado anteriormente.

Ademais, essa multiplicação partidária redundante, como demonstrou o Prof. Pompeu de Sousa, da UNB, numa “**pequenezização**” dos partidos. Ou seja, leva o quadro partidário a não contar senão com partidos (pequenos partidos) que não têm a dimensão mínima para suportar uma governança coerente. Essa “pequenezização” provoca o referido “esfarinhamento” da representação política no Congresso, que passa a contar com uma miríade de pequenos núcleos, blocos informais e instáveis, como nenhum observador ignora.

Levou ela a uma tentativa de solução pelo denominado “**presidencialismo de coalizão**”. Ou seja, um tipo de arranjo por meio do qual o governo constitui uma base de apoio, ainda necessária num Estado de direito – hoje, por exemplo, para impedir que caduquem as medidas provisórias – em troca de contraprestações. Quais? Todos sabem.

24. Este quadro de prevalência exagerada do presidente se reflete na cultura política nacional. Para a maioria do povo, em que prepondera os carentes, ele é o demiurgo, ou o taumaturgo, que poderá trazer para todos o bem-estar, apenas por seu querer. Essa visão cultural foi gerada desde o Estado Novo, que pôs o presidente como o “pai dos pobres”. E ainda hoje ela pesa, a ponto de crimes contra o patrimônio público serem justificados pela intenção que teriam os seus autores de beneficiar o povo. E boa parte deste o aceita e os apoia.
25. Na realidade, não temos um presidencialismo, como os Estados Unidos. Temos, na feliz expressão do Prof. Sérgio Rezende de Barros, um “**presidentismo**”.

C. O TRISTE FIM DO “PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO” E A CRISE POLÍTICA ATUAL

26. A crise política atual decorre, a meu ver, em grande parte de o “presidencialismo de coalizão” ter sido posto a nu.

Volte-se ao que disse há pouco. É um tipo de arranjo por meio do qual o governo constitui uma base de apoio, ainda necessária num Estado de direito, associando núcleos políticos à governança em troca de **contraprestações**. Há, porém, contraprestações aceitáveis, como a conciliação de programas e até a partilha de altos cargos, o que ocorre no mundo todo. No entanto, existem contraprestações inaceitáveis, porque imorais e criminalizadas.

Ora, inexistindo partidos com o mínimo de coerência programática, com um mínimo de coesão e disciplina, são estas últimas que prosperam, sobretudo se na sociedade a moral está enfraquecida. O fenômeno está diante de nossos olhos.

27. Quando se pôs a necessidade de uma base de apoio, num momento próximo ao da vigência da Emenda Constitucional n.º 32, o Poder presidencial não recorreu apenas às contraprestações aceitáveis, mas a outras, como pagamentos em espécie. É que o aponta o “*Mensalão*”.

E do “*Mensalão*” se passou ao “*Petrolão*”, pela necessidade de aprovisionamento daquele e da cobertura de despesas eleitorais e de despesas próprias de toda uma família política.

Mas daí, perversamente, veio o fim do regime implantado.

Com efeito, a denúncia do “*Mensalão*”, feita (recorde-se) por um de seus beneficiários, com os desdobramentos posteriores, mormente judiciais, abriu o processo que levou à explosão do “presidencialismo de coalizão”.

Posto a nu esse quadro, surgiu, por um lado, intensa reação popular, em face da qual se desencadeou o “*salve-se quem puder*” dos comprometidos; por outro, levou à impotência a governança presidencialista. E, enfim, desencadeou a crise política e o impeachment, pelo “conjunto da obra”.

D. “PRESIDENTISMO” E DEMOCRACIA

28. O “presidentismo” brasileiro é obviamente negativo para a democracia, pois é, no fundo, um regime autoritário negativo para a governança pela concentração do poder em mãos do Executivo e pelo amesquinamento do Legislativo. Claro está que a referida concentração ainda é potencializada pela miríade de tarefas que a ele a Constituição atribui, em decorrência de uma sobrecarga que faz o Estado assumir.

Dado o atual quadro partidário que deriva do atual sistema eleitoral, o sistema parlamentar é inviável. É ele inerentemente um regime apoiado numa maioria parlamentar, vinculada a partidos dignos do nome. Ora, multiplicação de máquinas políticas, chamadas de “partidos”, com o esfarinhamento da representação, afora as mazelas de um quadro de baixo nível de moral política, não lhe daria estabilidade. Forçosamente iria levar os gabinetes à necessidade de comprar apoio, portanto, a propiciar a corrupção. E se não recorressem a esse meio – dada a eventual probidade de seus próceres (que não se confunde com a probidade de seus pregadores) –, fatalmente seria minado pela instabilidade que sempre acompanha o esfarinhamento, causado pelo o multipartidarismo excessivo. E a instabilidade é sempre seguida pela ineficiência governamental.

É preciso, para a democracia brasileira e para a boa governança do país, fugir da alternativa presidencialismo *versus* parlamentarismo.

III. O IMPERATIVO DA REGENERAÇÃO

29. A conclusão deste trabalho não pode ser outra: é preciso e urgente regenerar o regime. Isso importa em mudar profundamente o sistema político estabelecido pela Constituição em vigor.

Não é momento nem lugar de traçar um modelo de reforma. Entretanto, a adoção de um sistema eleitoral misto, como se usa dizer, acompanhado de uma renovação do sistema partidário e a substituição de nosso presidentismo, certamente melhorariam as coisas.

Haverá, porém, maioria para fazer essas mudanças, sem a indesejável ruptura da ordem constitucional?

E bastará isso?

Não será também imprescindível formar uma mentalidade democrática na elite e no povo brasileiro? Coloca-se aí a lição de Montesquieu¹⁰, que Aron desenvolve¹¹: o sistema de governo depende para seu funcionamento de um “princípio” infundido na consciência da nação.¹² Sem esse princípio, todo sistema de governo fracassa.

NOTAS

1

É verdade que há céticos quanto à impossibilidade de manipulação das urnas eletrônicas. Na verdade, já se noticiou na imprensa que hackers já conseguiram demonstrar que urnas como as que servem às eleições brasileiras podem ser violadas.

2

Cf. Afonso Arinos o disse no prefácio do livro *Presidencialismo ou parlamentarismo* (José Olympio, Rio de Janeiro, 1958, pág. 23), que publicou parecer seu e o de Raul Pilla, em discussão sobre emenda constitucional na Câmara dos Deputados.

3

Ob. cit., cap. 10, pág. 107 e s.

4

Ob. cit., nº 2.267.

5

Les partis politiques, Armand Colin, Paris, 3ª ed., 1958, pág. 275 e s.

6

Veja-se a história do trabalhismo na República de 1946. Primeiro PTB, o qual gera PTN, PRT, PST, POT, etc., a cada cisão.

7

ADI 1.351-3/DF, relator min. Marco Aurélio, julgada em 7/12/2006.

8

Aqui é aproveitado o texto da palestra não publicada “*A crise atual do presidencialismo no Brasil*”, que proferi em evento promovido pela Aide, em 19 de setembro, em São Paulo.

9

É o trabalho que, com o título “Presidencialismo exacerbado, legislativo fragilizado e Judiciário politizado”, foi publicado na obra coletiva *Princípios constitucionais relevantes*, coordenada por Ives Gandra da Silva Martins, ed. Fecomercio, São Paulo, 2011.

10

Espírito das leis, Livro 3, cap. 1º.

11

Cf. Raymond Aron, *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, Paris, 1965, pág. 256.

12

No que insisti no livro *A democracia possível*, Saraiva, S. Paulo, 1ª ed., 1972, cap. 2º.



ANDRÉ RAMOS TAVARES

O COMBATE
À OMISSÃO
INCONSTITUCIONAL
E A CONSTRUÇÃO
DO ESTADO SOCIAL
BRASILEIRO EM
30 ANOS DE
CONSTITUIÇÃO
CIDADÃ¹

ANDRÉ RAMOS TAVARES

PROFESSOR TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP) E PROFESSOR DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP). FOI PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL (ABDPC) ENTRE 2013 E 2016.

R

RESUMO: O ARTIGO ANALISA A PROGRESSIVA PRESENÇA E O REFINAMENTO DA JURISDIÇÃO constitucional brasileira ao longo dos 30 anos da Constituição cidadã, em seara considerada segundo a tradição como sendo exclusivamente política. O foco é a eficiência dos instrumentos judiciais-processuais para suprir omissões ilegítimas do legislador e do administrador público. O artigo se debruça exclusivamente sobre os instrumentos constitucionais-judiciais que foram criados especificamente para essa finalidade, mas não deixa de observar o uso da jurisdição em geral com essa mesma finalidade e o papel que esses mecanismos podem desempenhar na construção do Estado social. Para realizar essa análise, o artigo considera como pressuposto material importante a condição de economia periférica do País, que apresenta deficiências na implementação de direitos sociais, aliada à imposição de transformação socioeconômica determinada pela Constituição de 1988, enquanto constituição desenvolvimentista.

PALAVRAS-CHAVE: omissão legislativa, omissão dos poderes constitucionais, ação judicial abstrata de controle da omissão, mandado de injunção, jurisdição constitucional.

SUMÁRIO: 1. As omissões inconstitucionais: características e categorias no Direito brasileiro; 1.1. Entre omissão não normativa e omissão legislativa; 2. Aspectos próprios da ação abstrata de controle da omissão e o poder da Corte Suprema; 2.1. Efeitos da decisão: mudança da jurisprudência; 2.2. O caso dos poderes ampliados da Corte na ADPF: mais uma inovação a partir dos novos institutos constitucionais; 3. O mandado de injunção; 3.1. Inovação constitucional e a nova legislação de 2016; 3.2. Competências judiciais

para apreciar o mandado; 3.3. Alcance da decisão judicial: evolução do tema; 3.5. Possibilidade de efeitos gerais em casos concretos; 3.6. O caso do mandado de injunção coletivo; 4. Conclusões: impacto da inação normativa dos Poderes eleitos no Brasil e o novo papel exercido pelo Poder Judiciário.

1. AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: CARACTERÍSTICAS E CATEGORIAS NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição brasileira de 1988 criou uma ação abstrata (competência originária) para combater as omissões do legislador. Dispõe o art. 103, § 2º, da Constituição: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias”.

Ao dispor sobre um instrumento especificamente voltado à omissão, fica o questionamento sobre se isso significa que todas as demais vias judiciais ficaram proibidas de serem usadas para alcançar essa finalidade. É tradição considerar que as ações do controle abstrato/concentrado de constitucionalidade são exclusivas, ou seja, excluem um controle difuso geral. Daí a característica certa do rótulo “controle concentrado”. Isso, porém, só se sustenta em termos técnicos, ou seja, considerando a extensão do pedido. Nada impede, pois, que para casos concretos e restritos à jurisdição em geral possa ser utilizada para eliminar omissões inconstitucionais, especialmente a não realização de direitos sociais basilares. Aliás, no caso brasileiro, há também um instrumento específico para essa finalidade, o mandado de injunção, que suporta essa mesma conclusão acima indicada para a não exclusividade do controle abstrato.

A Constituição brasileira teve uma preocupação, nesse ponto específico, que é incomum às constituições de sua época. Foi inovadora ao procurar instrumentos próprios que pudessem contornar ou amenizar as dificuldades advindas da inércia do Poder Legislativo na chamada “concretização” das normas constitucionais, no sentido de sua realização prática. Durante a história constitucional brasileira, especialmente sob a ditadura militar, ficou generalizada a ideia de uma Constituição sem força para impor os direitos constitucionais e, especialmente, os sociais, apesar de solenemente declarados, como bem registrou Bercovici².

As Constituições contemporâneas passam a assegurar direitos sociais entre os direitos fundamentais, o que impôs deveres de implementação ao Estado. Assim, o papel institucional do Poder Judiciário teve de acompanhar a mudança do paradigma do Estado liberal para o Estado social. Isso gerou para o Poder

Judiciário novos paradigmas de decisões judiciais concretas, principalmente na hipótese de o Estado-administração se recusar a cumprir os deveres e metas constitucionalmente estabelecidos³.

Essa transição de paradigmas constitucionais, no Brasil, é semelhante à de outros países em estágio periférico de desenvolvimento, que optaram por um modelo de ruptura com o perfil ultraliberal do Estado. São países que seguiram com inspiração na Constituição mexicana de 1917, ainda que essa contribuição seja subvalorizada pela doutrina nacional⁴.

O modelo do constitucionalismo brasileiro, próprio de alguns países periféricos, envolve um aspecto que, em algum sentido, pode ser considerado revolucionário, e, ainda, transformador. Isso implica uma missão desenvolvimentista imposta juridicamente à sociedade e ao Estado, superando um estágio meramente liberal baseado, economicamente, na ausência do Estado e na supremacia do mercado⁵. Isso não significa nem deve ser confundido com a pretensão ilusória de eliminação do mercado, mas, sim, de sua subordinação aos patamares democráticos, especialmente aqueles que foram veiculados pela Constituição.

O sistema de controle de constitucionalidade não pode ser desconectado dessa missão constitucional. Inserido nas inovadoras linhas do constitucionalismo latino-americano, que é historicamente inventivo em “controle de constitucionalidade, pois, em muitos casos se antecipou a modelos tidos como fundantes no Direito europeu”⁶, o sistema de controle por omissão no Brasil tem suas características singulares e deve ser compreendido como tendente a instrumentalizar esse papel social transformador do Estado. Não deveríamos, pois, considerar apenas mais uma ação judicial, mais um incremento da combativa jurisdição constitucional brasileira, sempre elucidada pelos autores sob uma leitura de técnica estrita e formal. A inovação desse combate omissivo se prende à configuração desse novo constitucionalismo brasileiro, sobretudo na busca pelo Estado social determinado constitucionalmente.

No entanto, de acordo com que já tive oportunidade de observar em outra oportunidade, a singularidade desse instrumento convergiu com a ampliação do papel da jurisdição no Brasil:

*“O reconhecimento em grau constitucional desses direitos e a incapacidade dos Poderes Executivo e Legislativo de implementá-los de forma adequada têm gerado numerosas e repetitivas demandas ao Poder Judiciário brasileiro. Essas questões tradicionalmente não integravam o escopo de assuntos julgados pelo Poder Judiciário e sofreram, na passagem do Estado liberal para o social, forte resistência de todos setores, inclusive de segmentos do próprio Poder Judiciário, quanto a assumir abertamente essa responsabilidade pelo Estado social”*⁷.

Em realidade, porém, o Poder Judiciário não mais está voltado a apenas resolver conflitos entre particulares, que considero como o clássico conflito surgido em uma sociedade tradicionalmente composta por interesses uniformes e claramente reconhecidos. O Poder Judiciário passa a ser também o garantidor último dos direitos

fundamentais, inclusive os de caráter social, por vezes contra o Estado executivo, bem como assume o papel de efetivar e concretizar um modelo de Constituição que incorpora o conflito⁸, com cláusulas de mudança, transformativas.

As questões envolvendo direitos sociais mudaram, nitidamente, perfil, funções e responsabilidades do Poder Judiciário no mundo atual. Por isso, muito do que haveria de caber apenas nos estritos limites de uma ação específica, como a ação por omissão (ou mesmo o mandado de injunção), acabou por ser arrebatado pela jurisdição em geral, em qualquer instrumento judicial comum. Os dados estarrecedores da periférica realidade brasileira certamente serviram como elementos de pressão para essa expansão judicial, mas o suporte dessa expansão está ancorado, inequivocamente, na Constituição.

No Poder Judiciário brasileiro, têm sido comuns pretensões de cidadãos requerendo leitos em hospital, medicamentos para sobrevivência e vagas em creches e escolas, além de direitos previdenciários e de assistência social que simplesmente são negados administrativamente, em situações de desprezo do Estado, descalabro público, corrupção e até mesmo contingenciamento de verbas existentes, sempre às custas de direitos sociais básicos, para garantir gastos crescentes com cargos públicos e os gastos para pagamento da dívida pública ou de seus altos juros e encargos⁹. E essas demandas não ocorrem exclusivamente pelos canais “próprios” de combate à omissão inconstitucional, aqui analisados.

Nesse sentido, é significativo o fato de que, no Brasil, o tratamento de portadores de HIV pelo sistema público de saúde, que hoje é fornecido habitualmente e se tornou referência mundial, tenha tido início em uma decisão judicial¹⁰. Posteriormente, o Estado, por meio de lei, passou a adotar uma política pública específica, que se tornaria referência mundial.

A Constituição de 1988 apresenta uma carga de direitos e prerrogativas ao cidadão que, para muitos países com uma democracia mais desenvolvida, pode ser considerada excessiva. Entretanto, não se pode olvidar que a Constituição de 1988 instituiu uma ruptura com um autoritário regime ditatorial¹¹ em que não havia efetiva e plena independência dos Poderes e, ademais, o Poder Executivo se tornara hipertrófico sobrepondo-se ao Legislativo e ao Judiciário¹².

O anterior Ato Institucional (AI) n.º 2, de 1968, já excluía da apreciação judicial os chamados atos do “Comando Supremo da Revolução”, ou seja, os atos de governo, além de suspender todas as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, tanto dos magistrados como dos demais agentes públicos que as detivessem anteriormente. O AI-5, de dezembro de 1968, fechou o Congresso e transferiu os Poderes ao Executivo, que governou sem Legislativo até outubro de 1969 (AI-16). A própria Constituição em vigor à época foi quase inteiramente emendada por ato do comando militar (sem participação de qualquer assembleia constituinte, nem mesmo do Congresso Nacional), com a Emenda n.º 1/1969, que centralizou, oficialmente, ainda mais, os Poderes no Executivo.

Assim, quando se avalia a atuação do Poder Judiciário para implementação de direitos constitucionais no Brasil, mas especialmente os direitos sociais, ingressa também o papel judicial na reconstrução da cidadania, recolocando o cidadão em uma posição central, sob a tutela judicial, depois dos anos de autoritarismo e hipertrofia do Poder Executivo, período nefasto no qual a cidadania e os direitos haviam sido severamente desconstruídos. Sob o mando da Constituição de 1988, contudo, os direitos ganharam destaque normativo, mas a realidade ainda permanece distante das pretensões constitucionais. Em parte, a agonia dos direitos sob uma Constituição democrática se deu por força de constantes crises econômicas, somadas à incapacidade e ao desinteresse políticos em estabelecer planejamento governamental a longo prazo, cooptados pelo populismo imediatista – em parte, esse estado de coisas também se deve, certamente, às corrupções sistêmica e estrutural nos Poderes eleitos.

São esses os cenários que se deve ter em mente ao tratar do papel do Poder Judiciário contra as omissões dos Poderes detentores de mandatos.

ENTRE OMISSÃO NÃO NORMATIVA E OMISSÃO LEGISLATIVA

Uma primeira observação diz respeito à omissão. Ao contrário do que estabelece a Constituição de Portugal, fonte de inspiração para a criação deste instituto em 1988, e que restringe o cabimento dessa específica ação expressamente às omissões legislativas, a omissão, para fins de ação direta no Brasil, pode ser normativa ou não normativa.

A omissão normativa pode ser decorrente da falta de ato do Parlamento (lei) ou de ato do Executivo (decreto). Exatamente por isso, adverte Clèmerson Merlin Clève que “a omissão de ato normativo corresponde a um horizonte conceitual muito mais amplo do que a omissão de ato legislativo”¹³.

Se omissão legislativa, no Brasil, é mais que omissão de ato do legislador, mesmo assim há casos de omissão normativa fora do alcance da ação direta de omissão. Isso porque a omissão que pode ser combatida pela ação abstrata deve decorrer diretamente da Constituição. Trata-se de ação com parâmetros bem específicos, o que é próprio do controle abstrato e assim devem ser respeitados esses parâmetros.

Adicione-se, porém, casos de omissão não normativa. Esta pode ser decorrente da falta de ato administrativo ou, ainda, da falta de ato de execução material (ato da administração pública). Geralmente, a omissão não normativa é um problema de ilegalidade, mas nas raras hipóteses em que a medida inexistente está requerida diretamente pela Constituição, essa omissão não normativa será uma questão de inconstitucionalidade (e, assim, permite o uso da ação abstrata de controle da omissão).

A jurisprudência brasileira não admite ação de inconstitucionalidade por omissão que não seja uma inconstitucionalidade direta, porque considera que aceitar inconstitucionalidade indireta significa transformar a ação direta de in-

constitucionalidade por omissão em ação direta de ilegalidade por omissão (e, apenas indiretamente, uma ação de inconstitucionalidade)¹⁴. No Brasil, ainda carecemos de um instrumento de controle concentrado para combater os atos ilegais que atingem um grande número de pessoas e provocam uma enxurrada de ações no sistema judicial¹⁵.

Assim, se a norma constitucional houver sido disciplinada por lei, mas ainda depender de nova norma, agora do Poder Executivo, para alcançar a plenitude dos efeitos, o caso é considerado como de omissão ilegal. Nesse tipo de omissão, apesar da omissão e da ilegalidade concomitantes, não se admite a ADO.

Idêntico é o encaminhamento nas hipóteses de omissão não normativa da administração pública, ou seja, quando há lei disciplinando a norma constitucional e essa lei ainda depende de atos administrativos e de execução posteriores, a serem adotados pela administração pública. A falta destes atos configura, igualmente, uma omissão ilegal por parte da Administração Pública.

Nada impede, contudo, que se cogite, de *constitutione ferenda*, de uma ação direta de ilegalidade por omissão. Ainda no plano das propostas, seria igualmente possível criar uma única ação, mais ampla e contemplativa de todas essas hipóteses, como seria o caso de uma ação direta de invalidade por omissão¹⁶.

Não se admite o cabimento da ação direta quanto à omissão de atos não normativos do Poder Executivo e da administração pública, com base na decisão do STF na ADI 19¹⁷. É nesse sentido o magistério de Zeno Veloso, ao defender a tese restritiva¹⁸. Meu posicionamento é contrário a esse entendimento restritivo, pois a Constituição do Brasil faz expressa referência à “omissão de medida”, sem qualquer restrição de qual medida (não se fala, por exemplo, em “omissão de medida normativa”), o que leva à possibilidade de situar a ação por omissão para situações de omissão tanto normativa quanto não normativa. Ademais, na parte final, a norma constitucional admite que a ação servirá também para o caso em que se trate de “órgão administrativo”, a fim de “adoção das providências necessárias”. As providências também não necessitam ser normativas. A única exigência, pois, é que sejam providências exigidas diretamente pela Constituição.

A Lei n.º 12.063/2009 expressamente inclui, como objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), “a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa” (original não destacado). A Lei supera a discussão (aliás, nos termos da Constituição), afastando as teses doutrinárias mais restritivas.

2. ASPECTOS PRÓPRIOS DA AÇÃO ABSTRATA DE CONTROLE DA OMISSÃO E O PODER DA CORTE SUPREMA

Castro Nunes, com precursora e aguda percepção sobre o processo constitucional, já observava que “o controle da constitucionalidade é uma forma especial de jurisdição, que se governa por princípios e regras que lhe são peculiares”¹⁹.

O próprio Supremo Tribunal Federal de há muito adota postulados próprios para a ação direta. Assim, já em 1962 sublinhou que o instituto da ação direta de inconstitucionalidade “não é um processo judiciário, em que o Tribunal funcione como juiz de controvérsia entre partes, característica essencial dos processos judiciais”²⁰.

Alguns autores entendem que os tribunais constitucionais, no desempenho de controle concentrado da constitucionalidade, exercem verdadeira função constitucional especial²¹; outros vão mais longe para enxergar não uma jurisdição propriamente dita, ainda que objetiva, mas uma função necessariamente política²².

Observa Zagrebelsky²³ que uma “visão objetiva”²⁴ da Justiça Constitucional tem sido dominante, no sentido de se pretender, com essa referência, deixar claro que o tribunal deve assumir uma preocupação em garantir, em primeiro lugar, a coerência do ordenamento relativamente à Constituição.

Importa, para o processo objetivo, a preocupação com a restauração da ordem constitucional, com a certificação de que a Constituição prevalece, é cumprida ou se impõe sobre os comportamentos que pretendem dela se desviar, ainda que o desvio ocorra por uma omissão²⁵.

2.1. EFEITOS DA DECISÃO: A MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA

Uma vez julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, duas possibilidades se abrem para a decisão da Corte.

Em se tratando de inconstitucionalidade do Poder Legislativo, o STF apenas “certificará” a existência da omissão que o autor pretendia combater. Foi o entendimento do próprio STF, que o tem justificado por considerar impossível impor ao legislador a feitura de qualquer lei. Esse entendimento está baseado no princípio constitucional da separação e harmonia de Poderes, bem como no respeito ao chamado “tempo político” das instâncias eleitorais. É sabido, contudo, que essas justificativas têm gerado grande atrito com as aspirações sociais, deslegitimando o parlamento.

O mesmo entendimento é aplicado parcialmente ao Poder Executivo, exatamente quando a omissão deste ocorre dentro do processo legislativo. Assim, por exemplo, nos casos em que a iniciativa privativa de projeto de lei é do presidente da República, e ele não inicie o processo legislativo ao qual está obrigado (lembro que

há casos nos quais o presidente está obrigado a iniciar esse processo legislativo, como o caso da revisão da remuneração dos servidores públicos, que deve ser anualmente realizada). Evidentemente, tal posicionamento, assumido pelo próprio STF, acaba por frustrar as expectativas depositadas nessa ação e, sobretudo, no papel de resguardo social atribuído à Corte.

Considero esse posicionamento restritivo do STF como sendo extremado e inadequado. Não se deve esquecer que seu principal fundamento é retórico (cláusula da separação de Poderes, que não deixa de ser uma cláusula interpretada pelo próprio STF, que tem servido, ao longo da história do Direito a longos e insuportáveis formalismos²⁶). Ademais, caso se continue a emprestar esse entendimento restritivo à ADO, a consequência será transferir para a ADPF uma inovação que deveria ser da ADO. Aliás, foi exatamente esse o raciocínio feito no julgamento de admissibilidade da ADPF n.º 4²⁷.

Como já afirmei em outra oportunidade a “questão da possível transferência do *locus* da inovação para outra ação, a também inovadora ADPF, demonstra que essa ação pode substituir a ADO, esvaziando sua utilidade justamente em virtude dessa interpretação jurisprudencial restrita”²⁸.

Em julgamento mais recente, na análise da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 3.682/MT²⁹, o Supremo Tribunal Federal procedeu a um avanço para além da mera certificação da inconstitucionalidade. Foi reconhecida a mora legislativa e conferido prazo de 18 (dezoito) meses para que o Congresso Federal “adote todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º da Constituição”³⁰. Ainda que não tenha uma força cogente, o prazo serve para constranger o Poder Legislativo perante a sociedade.

É possível, contudo, que após o julgamento do MI 670³¹, no qual o STF mudou seu posicionamento sobre os efeitos da decisão que combate a inconstitucionalidade por omissão em concreto, que também modifique seu posicionamento para o caso do combate abstrato à omissão, via ADI.

Uma possível mudança de posicionamento, mas que ainda depende de decisão³², pode ter sido iniciada no caso da ADO n.º 25 (Plenário, rel. min. Gilmar Mendes, j. 30.11.2016). Nessa decisão, o STF julgou procedente a ação e, com isso, determinou a criação de lei complementar para realizar o artigo 91 do ADCT (repasse aos Estados e ao Distrito Federal de uma compensação decorrente de isenções de ICMS, no caso, de ICMS relativo a operações de exportação). O STF concedeu prazo de 12 (doze) meses para a promulgação dessa lei complementar de que trata o aludido artigo do ADCT, sob pena de, após esse prazo, o valor a ser transferido e as cotas de cada ente da Federação passarem a ser definidos pelo Tribunal de Contas da União (TCO), garantindo-se o exercício do Direito mesmo em caso da permanência da omissão. O citado prazo, contudo, esgotou-se sem que houvesse sido promulgada a necessária lei complementar, conforme determinado pelo STF. Diante disso, a

União, mesmo com o trânsito em julgado da ADO, solicitou o desarquivamento da ação e a prorrogação do prazo para a edição da lei complementar por mais 24 (vinte e quatro) meses, reconhecendo o descumprimento dos termos decisórios. O Estado do Pará, na qualidade de autor da ação, bem como outros Estados que atuaram no processo como *amici curiae* manifestaram-se novamente, desta vez para contraditar o incabível pedido de prorrogação de prazo. Os Estados de Minas Gerais e Maranhão chegaram a pedir o imediato cumprimento do acórdão do STF, com a expedição de ofício para que fosse acionado o Tribunal de Contas da União. Trata-se, como se vê, de transferência constitucional provisória e emergencial de competência legislativa originalmente atribuída, pela Constituição, a um Poder inerte, que foi reincidente na inércia inconstitucional mesmo após a sua “condenação”³³.

Em se tratando de omissão inconstitucional não do parlamento, nem de nenhum dos “Poderes”, mas da administração pública, outra foi a solução adotada diretamente pela Constituição. Em tais casos, o texto constitucional é taxativo e não deixa margem para preocupações jurídicas pelo STF. Este pode e deve determinar o prazo de 30 (trinta) dias para que a omissão seja cumprida, sob pena de responsabilidade daquele que desatender ao *decisum*.

Resta, nesse ponto, esclarecer se a cominação de prazo nos mesmos termos pode ser estabelecida inclusive quando se tratar de edição de ato normativo. A resposta há de ser positiva, desde que o ato seja de responsabilidade de órgão administrativo, e não de “Poder”. Assim, por exemplo, sobre a falta de decreto do Poder Executivo ou de “portaria” de ministro de Estado não incide esta parte da norma constitucional. O critério, portanto, é simples: saber se se trata de órgão da administração ou de órgão de governo. Essa conclusão, contudo, há de ser aplicada apenas às hipóteses de omissão de ato normativo. Em se tratando de ato meramente administrativo, é dever impor prazo de 30 (trinta) dias para cumprir a Constituição, sob pena de descumprimento de obrigação de fazer específica determinada por decisão judicial (e amparada na Constituição).

2.2. O CASO DOS PODERES AMPLIADOS DA CORTE NA ADPF: MAIS UMA INOVAÇÃO COM BASE NOS NOVOS INSTITUTOS CONSTITUCIONAIS

Foi pioneira, no STF, a voz do Ministro Celso de Mello³⁴ no realçar que a existência de outros meios processuais, por si só, não basta para que incida a cláusula da subsidiariedade e se afaste o cabimento da ADPF. Não porque esses outros meios (comuns) devam ser pura e simplesmente (de modo arbitrário) desconsiderados no teste da subsidiariedade, mas exatamente porque é necessário analisar a eficácia dos instrumentos, e não os instrumentos em si. Para recusar a ADPF, é imprescindível que o instrumento judicial apresente real eficácia (alcance jurídico e produção dos resultados desejados) para sanar a lesividade.

A tese é aplicável no contexto do sistema de proteção dos direitos fundamentais. Dentro desse universo específico, é preciso aquilatar a real eficácia das medidas acaso existentes, na realização de direitos, valores e preceitos básicos.

Seguindo referida tese, o STF, por maioria, admitiu a ADPF 4, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista em face da Medida Provisória n.º 2.019-1, de 20-4-2000, que dispôs sobre o valor do salário mínimo no Brasil. De acordo com a tese que prevaleceu, a ADI por omissão – cabível, *prima facie*, para contestar a suficiência do salário mínimo –, com sua natureza constitutiva de apenas uma mora legislativa oficial, não seria capaz de tornar efetivo o direito constitucionalmente assegurado de um salário mínimo capaz de assegurar as necessidades do trabalhador e sua família (como efetivamente não foi). A ADPF seria, nessa linha de pensamento, uma medida judicial capaz de gerar novos efeitos³⁵, para além dos atribuídos pelo art. 103, § 2º, da Constituição do Brasil, à ADI por omissão (que se reduziu, na jurisprudência da Corte, ao efeito de dar ciência ao poder competente de sua inércia e lhe conceder um prazo não obrigatório para suprir a omissão). A ADPF, assim, seria medida na prática eficaz para sanar a lesão impugnada, no caso, lesão por omissão (ADPF/MC 4, min. rel. Ellen Gracie, j. 17.4.2002). Note-se o alcance da tese: admite-se a ADPF mesmo havendo a previsão de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, complementando o eventual efeito (fraco) obtido nessa ação.

Nesse sentido, o voto do min. rel. Cezar Peluso acabou por ser esclarecedor: “A subsidiariedade de que trata a legislação diz respeito a outro instrumento processual-constitucional que resolva a questão jurídica com a mesma efetividade, imediatividade e amplitude que a própria ADPF”. Ou seja, se não houver esse outro instrumento, cabe à ADPF. E a ação direta por omissão, como sabemos, não se tornou um instrumento eficaz na jurisprudência do STF, embora essa seja uma posição que pode ser alterada pela jurisprudência³⁶.

3. O MANDADO DE INJUNÇÃO

3.1. INOVAÇÃO CONSTITUCIONAL E A NOVA LEGISLAÇÃO DE 2016

O mandado de injunção é mais uma das novidades trazidas pela Constituição brasileira de 1988. É cabível sempre que a falta (omissão) de norma reguladora torne inviável o exercício de direitos constitucionais. Refere-se, portanto, à denominada “mora legislativa”, assim como a ação de controle abstrato da omissão. Mas, diferentemente desta, pode ser proposta por qualquer pessoa interessada. Sua previsão constitucional é a seguinte: “Conceder-se-á mandado de

injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (inciso LXXI do art. 5º).

Recentemente, foi editada a lei regulamentando o mandado de injunção, em suas modalidades individual e coletivo. Trata-se da Lei n.º 13.300 de 2016.

3.2. LIMITES DO JUIZ NO MANDADO DE INJUNÇÃO

Como visto antes, o mandado de injunção objetiva combater à morosidade do Poder Público em sua função legislativa-regulamentadora, entendida em sentido amplo, para que se viabilize, assim, o exercício concreto de direitos, liberdades ou prerrogativas previstas na Constituição.

Não são todas as espécies de normas constitucionais que autorizam o ajuizamento de mandado de injunção nem todas as espécies de omissões do Poder Público podem ser combatidas pelo mandado de injunção. Nesse sentido, fica aqui o mesmo questionamento fundamental feito a propósito da criação da ADI por omissão: ao criar uma ação especialíssima para combater a omissão, mas com restrições de cabimento, estaria o constituinte a impedir que outras ações judiciais fossem utilizadas para que o Judiciário proferisse decisões de combate à inércia dos Poderes? Deixarei esse questionamento central para ser encaminhado mais adiante.

Quanto às normas que violadas por omissão permitem a propositura do mandado de injunção, é preciso que dependam de regulamentação. Portanto, não cabe o mandado de injunção se a norma constitucional invocada não depender de ato normativo posterior, ainda que esteja sendo descumprida. Ou seja, é possível haver descumprimento de norma constitucional, mas esse descumprimento não depender da edição de uma norma. Nesse caso, não é cabível o mandado de injunção, já que, diferentemente da ação direta, este só ataca situações que dependam de norma (regulamentadora).

Também não se admite o mandado de injunção quando se pretende apenas que haja uma nova legislação para fins de modificar aquela já existente, ainda que esta seja incongruente com a Constituição. Nesse sentido, seguindo a senda constitucional, a Lei n.º 13.300/2016 em seu art. 2º, *caput* admite o cabimento para a hipótese de “falta total ou parcial de norma regulamentadora”. Mas a existência de norma regulamentadora “ruim”, inconstitucional ou ilegal, faz com que o instrumento específico do mandado de injunção não possa mais ser usado.

Da mesma maneira, não se admite o mandado de injunção quando o objetivo for o de obter do Poder Judiciário o pronunciamento acerca do que seria a correta interpretação da norma regulamentadora existente. Vale, aqui, a regra geral de que o Poder Judiciário não atende a consultas interpretativas como objeto central de uma ação.

De outra parte, a omissão do Poder Público deve inviabilizar direito constitucional. Mais uma vez o referido art. 2º, *caput*, da lei também não deixa margem de dúvida ao repetir o cabimento apenas quando a omissão normativa “torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

3.3. ALCANCE DA DECISÃO JUDICIAL: EVOLUÇÃO DO TEMA

O Supremo Tribunal Federal, aplicando o instituto, concedeu-lhe contorno bastante acanhado. Entendeu, inicialmente, que o mandado guarda similitude com a ADO, com o que a procedência levaria apenas à comunicação do Poder responsável de sua omissão, ou, no caso de se tratar de órgão da administração, a decisão impor a sua atuação (normativa) em até 30 (trinta) dias. Esse foi o entendimento adotado pelo min. Moreira Alves, proferido na questão de ordem levantada no MI 107-3³⁷.

Mais recentemente, mesmo antes da Lei n.º 13.300/2016, a Corte Suprema vinha entendendo que, variando de acordo com a natureza da norma que necessita da regulamentação legislativa, o Poder Judiciário poderia determinar diretamente o direito a ser aplicado para a situação concreta que lhe houvesse sido submetida. Isso ocorreu no caso da imunidade prevista no art. 195, § 7º, da Constituição³⁸. Também se admitiu que o Poder Judiciário fixasse um prazo certo para a edição da medida necessária, e, em caso de desatendimento deste, assegurar ao interessado direito à indenização pela impossibilidade de exercício ou concretização de um direito que lhe é constitucionalmente assegurado. Esta última tem sido a orientação mais comumente adotada pela Corte.

Em outra decisão, o Supremo Tribunal foi mais além para reconhecer, após vencido o prazo razoável para que o Congresso editasse a legislação adequada, o direito de o interessado passar a gozar da imunidade, ainda que não atendessem aos requisitos estabelecidos em lei, justamente por não haver a lei³⁹. Nesse caso, aliás, o próprio Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição brasileira de 1988, em seu art. 59, fala de um prazo de regulamentação não superior a seis meses. O Supremo, contudo, passou a contar o prazo de seis meses da data da cientificação do Congresso Nacional de que se encontrava em mora.

Nessa linha, o min. Gilmar Mendes, no MI 670, que discutiu, novamente, o direito de greve de servidores públicos, propôs, em seu voto, que, enquanto não se suprisse a omissão legislativa, fosse aplicada a Lei n.º 7.783, de 28.6.1989, que trata do exercício do direito de greve no âmbito da iniciativa privada⁴⁰, observando-se o princípio da continuidade do serviço público (MI 670/ES, min. rel. Maurício Corrêa, decisão de 7-6-2006). O min. Eros Grau, em mandado de injunção com esse mesmo objeto (MI 712-8/PA), adotou solução semelhante, defendendo a alteração da postura do STF quanto à natureza das decisões proferidas

em mandado de injunção. Em seu voto, colocou o seguinte dilema: “Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra o seu dever, inutilmente” (STF, MI 712-8/PA, min. rel. Eros Grau), e concluiu: “Pois é certo que este tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o art. 37, VII, da Constituição, função normativa” (STF, MI 712-8/PA, min. rel. Eros Grau, com decisão do Plenário tomada em 25.10.2007).

No seu entender, com isso, o tribunal estaria exercendo função normativa, função que eu já havia indicado como própria dos tribunais constitucionais em minha tese apresentada em 2003⁴¹. Essa função se exerce sem significar, contudo, afronta à “separação de Poderes”, já que não há uma separação de Poderes como postulado universal, ou provinda do direito natural, como bem colocou o min. Eros Grau; essa “ideia” existe somente da forma e na medida como está prevista na Constituição (embora seja mais uma cláusula constantemente reinterpretada pelo STF). E o mandado de injunção encontra previsão constitucional, devendo ser considerado para fins de identificar essa específica forma institucional criada em 1988. Invoco, aqui, novamente, as lições insuperáveis de Sandra Liebenberg, que bem adverte: “[e]m sua forma idealizada e estática, a doutrina da separação de poderes vem a ser ritualisticamente invocada pelas cortes como uma forma de evitar a determinação constitucional a elas dirigidas para interpretar e imporem os direitos constitucionalmente garantidos”⁴². Assim é que temos, historicamente falando, uma permanente obstrução dos direitos constitucionais, pela vitória de argumentos formais lastreados em teorias ideologicamente comprometidas com o não cumprimento de constituições sociais em países periféricos.

O min. Marco Aurélio, em seu voto apresentado no mesmo MI 721/DF, conclamou o STF a modificar o seu posicionamento acerca do alcance do mandado de injunção.

Assim, em 25 de outubro de 2007, o STF declarou, por unanimidade, a mora do Congresso Nacional em legislar sobre o exercício do direito de greve no setor público e, por *maioria* de votos, decidiu aplicar, com certas adaptações, a lei de greve existente e em vigor para o setor privado (Lei n.º 7.783/89), eliminando a lacuna do legislador.

É curioso observar aí uma aparente seleção do caso com o qual seria superada (*ouerrule*) a jurisprudência “clássica” restritiva, pois em outra decisão, na mesma época, também em mandado de injunção, o STF se limitou a reconhecer oficialmente a mora legislativa do Congresso Nacional, em relação ao direito ao aviso prévio proporcional, previsto no art. 7º, XXI, da CB (STF, MI 695/MA, min. rel. Sepúlveda Pertence, j. 1º-3-2007)⁴³.

Outro aspecto curioso foi o de aplicar uma legislação similar já existente, apenas ampliando as pessoas às quais incidiria a lei (alargamento do âmbito subjetivo). A leitura que se pode ter da decisão é a de que, com certas ressalvas, estabeleceu que a lei relativa ao direito de greve aprovada pelo Congresso Nacional *apenas* para o setor privado era inconstitucional (por omissão) ao não incluir o setor público e suas particularidades. Mas o tema é polêmico. Assim, ampliou-se apenas o espectro de

sujeitos alcançados por essa lei. Essa foi a única inovação no caso. Isso se aproxima mais, portanto, de uma já tradicional decisão aditiva da Justiça Constitucional, alargando o âmbito de incidência de uma lei ou apenas usando de analogia. Mas fazer isso não parece depender de um mecanismo tão inovador, especial e delicado como o mandado de injunção. Pelo contrário, é possível constatar essa ampliação em zonas de penumbra normativa, como algo que se considera aceitável nas ações ordinárias em geral⁴⁴, até pela autorização, de raiz napoleônica, de que, na falta de lei, o juiz julgue com base nos princípios e na analogia.

De qualquer sorte, a mudança da jurisprudência recalitrante foi uma grande conquista para a cidadania brasileira, especialmente por se tratar de um país cujo compromisso constitucional é constantemente relegado a segundo plano, e a ideia de “fraude à Constituição”, uma prática rotineira de governos democraticamente eleitos, com o que a Justiça Constitucional estaria a auxiliar decisivamente na operatividade das normas constitucionais. O efeito didático (indireto) dessas decisões, para outras situações semelhantes, também não é desprezível.

A Lei n.º 13.300/2016 não ignorou esses avanços jurisprudenciais. A lei tem como ponto de fundamental importância a definição da atuação judicial em caso de mora legislativa, por força do artigo 8º. Esse artigo segue a referida posição do Supremo Tribunal Federal, que a partir do ano de 2007 passou a não mais apenas notificar a autoridade omissa de sua falta (o chamado “apelo ao legislador”, bem conhecido da Justiça Constitucional da Alemanha desde a década de 1970), mas efetivamente sanar a omissão, concretizando o direito⁴⁵.

O referido artigo 8º confere algumas alternativas ao magistrado em caso de reconhecimento da omissão, I. “determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora”, ou II. “estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou prerrogativas”. O mesmo artigo estabelece, ainda, a possibilidade de III. o julgador estabelecer “as condições” para futura ação contra o descumprimento do prazo para suprir a omissão, quando essa for a determinação do mandado de injunção.

Ao dar a alternativa do prazo, a lei se posicionou, no entendimento de André Luiz Maluf, pela chamada corrente “concretista intermediária”⁴⁶, pois nessa hipótese o atendimento ao direito pleiteado não é imediato e direto. No entanto, o mais relevante é que, após o decurso do prazo fixado judicialmente (e este é um papel inovador reconhecido ao juiz constitucional), o Poder Judiciário poderá efetivamente tutelar o direito do autor do mandado de injunção, mesmo que para tanto possa ser necessário que o interessado proponha nova ação.

As novas fronteiras trazidas pelo legislador para a jurisdição em mandado de injunção cancelam uma atuação mais intensa do Poder Judiciário. Tal reconhecimento pelo próprio Poder Legislativo é mais um argumento contrário ao ataque simplista e generalizante de setores que consideram semelhante

atuação do Poder Judiciário, mesmo que necessária para o escrito cumprimento da Constituição diante de omissão normativa, como inaceitável e violadora das lindes da atividade jurisdicional.

3.5. POSSIBILIDADE DE EFEITOS GERAIS EM CASOS CONCRETOS

Quanto aos efeitos da decisão proferida em mandado de injunção, para autores que entendem que o Poder Judiciário tem de solucionar o caso concreto, adiciona-se a proposta de que seja também decisão com efeitos *erga omnes*, para que não reste violado o princípio da isonomia.

Contudo, para muitos analistas haveria aqui uma intromissão indevida do Poder Judiciário em função que pertence ao Legislativo, intervenção caracterizada justamente pela atribuição de eficácia *erga omnes* (típica da atividade legislativa) a uma decisão (judicial) de construção normativa. Nesse sentido, posicionou-se o min. Ricardo Lewandowski, em seu voto proferido no Mandado de Injunção n.º 708-0, no qual divergiu, em parte, da decisão adotada pela maioria, que optou por resolver em definitivo e com efeitos gerais a inércia legislativa de que se estava tratando naquele mandado de injunção. Observou o ministro: “De fato, embora sedutora a ideia segundo a qual seria possível e desejável, até, aplicar-se a todos os movimentos grevistas do setor público a Lei n.º 7.783/89, destinada a regular as paralisações no setor privado, disciplinando, assim, definitivamente, ou enquanto perdurar a inércia do Legislativo, as greves de servidores públicos, hoje carentes de qualquer regramento, quer me parecer que tal solução, insisto, representaria indevida ingerência do Judiciário na competência privativa do Congresso Nacional de editar normas abstratas e de caráter geral, além de desfigurar o mandado de injunção, importante instrumento concebido pelo constituinte para regular, caso a caso, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa assegurados na Carta Magna”. Por isso, o ministro concedeu “o exercício do direito de greve aos trabalhadores em educação do município de João Pessoa”, ou seja, deu eficácia ao mandado de injunção, mas restrita aos autores do mandado de injunção. A conclusão do ministro é tecnicamente impecável, pois, como mencionado anteriormente, é imprescindível distinguir entre decisões proferidas em sede de mandado de injunção, um instrumento de controle concreto, das decisões próprias de uma Justiça Constitucional abstrata (via ADO ou ADPF), sob pena de confusão e desvirtuamento de institutos (especialmente porque a legitimidade ativa para ação abstrata é enumerada e constitucionalmente fechada).

A Lei n.º 13.300/2016, nesse ponto, contempla a possibilidade de ajuste conforme o caso concreto. Embora estabeleça que, em regra a “decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes” (art. 9º, caput) estabelece que, excepcionalmente “[p]oderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração” (art. 9º, § 1º).

A opção legislativa reconhece como mais adequada a solução *inter partes*. Entretanto, visando a evitar perecimento de direitos acaba também possibilitando, mas sempre de forma excepcional, a ampliação da eficácia da decisão.

3.6. O CASO DO MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO

O Supremo Tribunal já admitia, anteriormente à Lei n.º 13.300/2016, o mandado de injunção de cunho coletivo, ou seja, com alcance para todos os interessados ou representados pela entidade que propõe a ação. Esse entendimento foi adotado no MI 20-4/DF: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do *mandado de injunção coletivo*, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição” (min. rel. Celso de Mello, *DJ* de 22.11.1996, Ementário 1.851-01). Contudo, admite-se o mandado coletivo “por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da Constituição”⁸. E isso desde que o mandado de injunção não seja utilizado como sucedâneo do mandado de segurança (MI 689/PB, j. 7.6.2006).

A tese de cabimento do mandado de injunção coletivo foi acatada pelo legislador, que assegurou, no art. 12, parágrafo único da Lei do Mandado de Injunção, a modalidade que chamamos no Brasil de “coletiva”, assim considerada por justamente tutelar direitos titularizados por “uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria”. Trata-se de aspecto que aproxima esta ação da ação direta e abstrata.

Para a propositura do mandado de injunção coletivo, nos termos do artigo 12 da lei, são legitimados “o Ministério Público [...]; partido político com representação no Congresso Nacional [...]; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento a mais de 1 (um) ano [...]; a Defensoria Pública”.

Quanto aos efeitos do mandado de injunção coletivo o art. 13 da lei adota solução que torna como regra a produção dos efeitos *inter partes* e a exceção os efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*, caso indispensável para a fruição do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da ação (art. 13, *caput*, c/c art. 9º, § 1º).

Consagrando-se vencedora essa tese, ratificada pela legislação, que resgata a eficácia do mandado de injunção e da própria decisão do STF, mas que pode excepcionalmente reconhecer efeitos amplos e gerais, restará a este tribunal enfrentar mais detidamente o problema do contraste desse entendimento com a orientação inicial do próprio STF quanto ao cabimento da ADPF (como se sabe, residual), por força do decidido na ADPF n.º 4-1/DF e no voto do min. Celso de Mello na ADPF n. 45-9/DF. A pergunta é a seguinte: mandado de injunção ou arguição de descumprimento de preceito fundamental? A solução pode estar na compreensão adequada do “teste da subsidiariedade”, conforme anotei anteriormente.

4. CONCLUSÕES: IMPACTO DA INAÇÃO NORMATIVA DOS PODERES ELEITOS NO BRASIL E O NOVO PAPEL EXERCIDO PELO PODER JUDICIÁRIO

Apesar da grandeza territorial e de recursos naturais e estratégicos do País, o Brasil ainda sofre com mazelas sociais insuportáveis do ponto de vista humano, e inadmissíveis em face dos direitos consignados na Constituição de 1988, como explanado na introdução. Há carências graves e inequívocas em saúde, educação e em saneamento básico, demandas essenciais da existência humana que são constantemente postergadas pelos Poderes eleitos.

Somente por essa situação crítica, que se prolonga por toda a história nacional, dever-se-ia olhar com mais cuidado para a atuação de qualquer Poder, instituição ou segmento social na luta para tornar efetivos os direitos sociais da Constituição do Brasil.

Entretanto, muito além do atendimento desses direitos básicos, o Brasil tem uma circunstância excepcional de déficit do próprio Estado de Direito, que ainda carece de aprimoramento após a saída da ditadura militar, o que mereceu a atenção central da Constituição de 1988 e que se tornou uma preocupação ainda maior nos últimos tempos.

Nesse sentido a missão do Estado é de considerável magnitude, pois no Brasil estamos lidando, ainda, com a permanente necessidade de construir uma nação justa, solidária e democrática, além de reparar os danos da época do regime militar e de um passado rico em desigualdades e exploração do ser humano.

Nesse sentido, a Constituição do Brasil previu, além dos direitos sociais que necessitam de uma atividade normativa para implementação, diversos *direitos de transição para a democracia*. Um exemplo é o direito de desenvolvimento. Mas ilustra o tema dessa pesquisa, de maneira paradigmática, o direito à reparação econômica àqueles que foram impedidos de exercer atividade profissional por perseguição política durante o regime (art. 8º, § 3º do ADCT da CB).

É extremamente significativo que esse direito tenha ficado sem regulamentação por 14 (quatorze anos) até a edição da Lei n.º 10.559/2002, diploma normativo posterior à solução parcialmente dada pelo STF no julgamento do Mandado de Injunção n.º 543/DF⁴⁷. Neste se reconheceu a mora do Congresso Nacional já no ano de 2000 e se assegurou aos impetrantes o direito a indenização, mediante ação de reparação patrimonial em que seria apurado o valor.

A inaplicabilidade da norma constitucional do teto de juros reais de 12% ao ano bem demonstra a dificuldade, no Brasil, em implantar comandos constitucionais fortemente direcionados à transformação dos laços de dominação social que ainda permanecem, há séculos.

A construção de um Brasil livre, justo e solidário ainda é um processo lento e não contínuo. Por isso, a atenção inevitável de certos Poderes, instituições e segmentos organizados da sociedade, como o Judiciário e o Ministério Público. A sociedade, porém, precisa estar permanentemente atenta.

Nesse sentido, entendo que a criação de ações específicas para combate da omissão inconstitucional dos poderes eleitos e de certas autoridades públicas não deve ser compreendida como uma opção constitucional por vetar o manejo de outras ações para proferir decisões judiciais com características de superação desse estado de coisas. Assim ocorre com decisões judiciais proferidas em casos concretos e em ações coletivas, que determinam a criação de vagas em creches, o tratamento de determinadas moléstias ou que determinam certas obrigações de fazer, a despeito da falta de lei, da falta de norma regulamentadora ou da falta de ação de autoridades da administração pública. As ações específicas, aqui analisadas, não cobrem, pois, todo o largo espectro de atuação do Poder Judiciário no combate ao mal da omissão inconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. “Política econômica e direito econômico”. In: *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE*, Belo Horizonte, ano 1, n.º 1, mar./ago. 2012, ref. págs. 1-18. Versão digital disponível em < https://disciplinas.stoa.usp.br/plugin-file.php/311930/mod_resource/content/1/D_GBE_PoliticaeconomicaeDireitoEconomico.pdf > acesso em 28.12.2017, pág. 11).

_____. “Estado intervencionista e Constituição social no Brasil: o silêncio ensurdecido de um diálogo entre ausentes”. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel & BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, págs. 725-738.

CAPPELLETTI, Mauro. *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà*. Milano: A. Giuffrè, 1995.

CASCAJO CASTRO, José Luis, GIMERO SENDRA, Vicente. *El Recurso de Amparo*. 2ª ed. Tecnos, Madrid, 1988.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas: Madrid (Espanha), 1994.

IBGE. “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: características gerais dos domicílios”: 2016. Rio de Janeiro: IBGE, 2017, disponível em < <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101379.pdf> > acesso em 28.12.2017.

_____. “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua”: educação: 2016; PNAD contínua: educação: 2016. Rio de Janeiro: IBGE, 2017, p. 2 disponível em < <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101434.pdf> >

LIEBENBERG, Sandra. *Socio-Economic Rights: adjudication under a transformative constitution*. Claremont: Juta & Co., 2010.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle Constitucional de Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LUCIANI, Massimo. Giustizia Costituzionale e Ideale Democratico. In: *Parlamento, Corte Costituzionale e Sviluppo della Forma di Governo in Italia*, Associazione per gli Studi e le Ricerche Parlamentari. Milano: Giuffrè, 1991, v.2.

MALUF, André Luiz. “Reflexões sobre o projeto aprovado pelo Senado que regulamenta o mandado de injunção”, in: *Jornal Carta Forense*, 22.6.2016, disponível online em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/reflexoes-sobre-o-projeto-aprovado-pelo-senado-que-regulamenta-o-mandado-de-injuncao/16677>>, acesso em 28.12.2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

RIBEIRO, Antônio Pádua. “Judiciário algumas inovações e transformações”, in: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 104, págs. 201-212, out./dez. 1989.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2005.

SAJA, Francesco. “Introduzione ai Lavori del Seminario”. In: *Corte Costituzionale, Giudizio “a quo” e Promovimento del Processo Costituzionale, Atti del Seminario Svoltosi in Roma*. Milano (Palazzo della Consulta): Giuffrè, 1989.

STF, Supremo Tribunal Federal, RTJ – *Revista Trimestral de Jurisprudência*, ano 7 (jan./1963), v. 23, Brasília, Imprensa Nacional, 1963.

_____. *RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência*, ano 12 (ago./1968), v. 45, n.º 3, Brasília, Imprensa Nacional, 1968.

TAVARES, André Ramos. “The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge”. *Rivista Federalismi (Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato)*, v. 1, págs. 1-24, 2016, disponível em <[_____. “Influência de 1917 na doutrina e nas Constituições brasileiras”. In: FIX-ZAMUDIO, Hector; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo \(orgs\). *Mexico y la Costi-*](http://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=32988&dpath=document&dfile=15122016152648.pdf&content=The+Legislative+Omission+in+Brazil:+a+special+reference+to+the+role+of+the+constitutional+judge+-+stato+-+dottrina+-+>>, acesso em 28.12.2017.</p>
</div>
<div data-bbox=)

tución de 1917: influencia extranjera e trascendencia internaional, Mexico (DF): Senado de la República, 2017.

_____. “A desconstrução do pacto constitucional”. In: *Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos: direitos humanos no Brasil 2017*. São Paulo: Outras Expressões, 2017, págs. 147-56.

_____. “O controle abstrato de constitucionalidade por omissão e análise histórico-comparativa entre Brasil e México”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, ano 10, n.º 35, mai./ago. 2016, referência: págs. 43-62.

_____. “Facções privadas e política econômica não democrática na ditadura brasileira”, in: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte (Brasil), ano 9, n.º 32, págs. 1.047-1.066, mai./ago. 2015.

_____. “CNJ como instância de suporte aos magistrados na complexidade decisória: o caso dos direitos sociais e econômicos”. In: Fabrício Bittencourt da Cruz (coord.) *CNJ 10 ANOS*. Brasília: CNJ, 2015.

_____. “Direito econômico diretivo: percursos das propostas transformadoras”. 2014. Tese (Titularidade USP) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

_____. *MANUAL DO PODER JUDICIÁRIO*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL*. In: FRANCISCO, José Carlos (coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL*. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *TEORIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *TRIBUNAL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1998.

VELOSO, Zeno, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. “Diritto Processuale Costituzionale?”, in: *Corte Costituzionale, Giudizio “a quo” e Promovimento del Processo Costituzionale, Atti del Seminario Svoltosi in Roma*. Milano (Palazzo della Consulta): Giuffrè, 1989.

NOTAS

1

Alguns dos elementos publicados originalmente na revista *Federalismi – Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, referência completa: A. R. Tavares, “The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge”, in: *Federalismi – Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, v. 1, págs. 1-24, 2016, disponível em <[### 2](http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=32988&ápath=document&dfile=15122016152648.pdf&content=The+Legislative+Omission+in+Brazil:+a+special+reference+to+the+role+of+the+constitutional+judge+-+stato+-+dottrina+-+>, acesso em 28.12.2017 foram reproduzidos aqui. A presente versão, contudo, traz algumas atualizações e ampliações temáticas, bem como divergência de corte, considerando que o artigo inicial pretendia apenas traçar um panorama geral dos meios judiciais de combate da omissão inconstitucional no Brasil.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Gilberto Bercovici. *Estado intervencionista e Constituição social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

3

A. R. Tavares, *Manual do Poder Judiciário*, São Paulo (Brasil), 2012, pág. 51.

4

A esse respeito cf. A. R. TAVARES, “Influência de 1917 na doutrina e nas Constituições brasileiras”, in: H. Fix-Zamudio, E. Ferrer Mac-Gregor(ors), *Mexico y la Constitución de 1917: influencia extranjera e trascendencia internacional*, Mexico (DF), 2017.

5

A esse respeito, cf. A. R. Tavares, *Direito econômico diretivo: percursos das propostas transformadoras* (Tese de Titularidade USP), São Paulo, 2014.

6

A. R. Tavares, “O controle abstrato de constitucionalidade por omissão e análise histórico-comparativa entre Brasil e México”, in: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, ano 10, nº 35, mai/ago 2016, pág. 46, referência: págs. 43-62.

7

A. R. Tavares, “CNJ como instância de suporte aos magistrados na complexidade decisória: o caso dos direitos sociais e econômicos”, in: F. B. Cruz, (coord.) *CNJ 10 anos*, Brasília (Brasil), 2015, pág. 47.

8

A. R. Tavares, *Manual do Poder Judiciário*, cit., pág. 38.

9

A esse respeito, cito a Emenda Constitucional nº 95/2016, que previu um teto de despesas pri-

márias para o Estado, engessando o futuro do País, ao mesmo tempo em que alterou as regras de cálculo dos pisos mínimos de aplicação orçamentária em saúde e educação (artigo 110 do ADCT), podendo implicar a redução do investimento mínimo nessas áreas. Essa emenda não atingiu os pagamentos, pelo Estado, de juros e encargos da dívida pública, promovendo o que Gilberto Bercovici já classificou como “uma supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais” (G. Bercovici, “Política econômica e direito econômico”, in: *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE*, Belo Horizonte, ano 1, n.º 1, mar./ago. 2012, pág. 2, ref. págs. 1-18. Versão digital, 28 de dezembro de 2017, em https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/311930/mod_resource/content/1/D_GBE_PoliticaeconomicaeDireitoEconomico.pdf).

10

A. R. Tavares, *Justiça constitucional e direitos sociais no Brasil*. Cit., pág. 141.

11

Sobre o tema cf. TAVARES: André Ramos, “Facções privadas e política econômica não democrática na ditadura brasileira”, in: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte (Brasil), ano 9, n.º 32, págs. 1.047-1.066, mai./ago. 2015.

12

Sobre a domínio do Executivo no período da chamada ditadura militar, cf. Antônio Pádua Ribeiro. “Judiciário: algumas inovações e transformações”, in: *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n.º 104, out./dez. 1989, pág. 201, referência págs. 201-212. Atualmente, porém, a partir de uma prática que ficou conhecida como “presidencialismo de coalizão”, a verdade é que a pauta nacional do

Poder Executivo (e da sociedade) é comandada sobretudo pelo Poder Legislativo, cujas principais lideranças conseguem determinar os rumos nacionais e, também, indicar os nomes de algumas das principais pastas do Poder Executivo.

13

C. M. Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*, 2ª ed., São Paulo (Brasil), 2000, pág. 243.

14

Nesse sentido cf. STF, ADPF 192 AgR/RN, Tribunal Pleno, relator min. Luiz Fux, j. 19.8.2015, DJe 17.9.2015, cuja ementa é taxativa: “[...] Os atos que consubstanciem mera ofensa reflexa à Constituição não ensejam o cabimento das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Precedentes: ADPF 169-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe de 14.10.2013; ADPF 210-AgR, rel. min. Teori Zavascki, Pleno, DJe de 21/6/2013; ADPF 93-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe de 7.8.2009[...]”.

15

Essa carência foi parcialmente solucionada pelo novo CPC com instrumentos de identificação e bloqueio dessa massa de ações, com a imposição de decisões superiores que servem de paradigmas aos graus inferiores do Poder Judiciário.

16

Como já propus em minha obra: A. R. Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, 10a ed. São Paulo (Brasil), 2012, pág. 342.

17

STF, Plenário, rel. min. Aldir Passarinho, j. 23.2.1989.

18

Z. Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2a ed., Belo Horizonte, 2000, pág. 251.

19

C. Nunes, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro (Brasil), 1943, pág. 583.

20

Rel. min. Ary Franco, in *RTJ – Revista do Trimestral de Jurisprudência*, ano 7 (jan/1963), v. 23, pág. 39, 1a col., 1963.

21

É a posição de E. Garcia De Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid (Espanha), 1994, pág 198.

22

Foi essa, inclusive, a posição adotada a certa altura pelo Supremo Tribunal Federal. Confira-se, entre outros, o acórdão resultante da Representação n.º 700, na qual funcionou como relator o min. Amaral Santos (j. 8.11.1967, STF, in *RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência*, ano 12 (ago./1968), v. 45, n.º 3, 1968, pág. 714). Mas o Supremo se fixou, mais recentemente, na natureza de processo objetivo do controle, com o que concebe esse processo como uma parcela da atividade propriamente jurisdicional. Não se compartilha da posição daqueles que entendem que se trata de atividade substancialmente política ou, pelo menos, não jurisdicional. É o que sustentam, entre outros: R. L. Lourenço, *Controle constitu-*

cional de constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF, 2 a ed., Rio de Janeiro (Brasil), 1999, págs. 3-4. Sobre o tema: A. R. Tavares, *Tribunal e jurisdição constitucional*, São Paulo (Brasil), 1998, págs. 19-121.

23

G. Zagrebelsky, “Diritto Processuale Costituzionale?”, in: *Corte Costituzionale, Giudizio “a quo” e Promovimento del Processo Costituzionale, Atti del Seminario Svoltosi in Roma. cit.*, pág. 113.

24

Como anota Massimo Luciani, trata-se da “funzione oggettiva della giustizia costituzionale” (“Giustizia Costituzionale e Ideale Democratico”. In: *Parlamento, Corte Costituzionale e Sviluppo della Forma di Governo in Italia, Associazione per gli Studi e le Ricerche Parlamentari*. Milano, 1991, v.2, pág. 14).

25

Nesse sentido: STF, *Reclamação, Questão de Ordem, Medida Cautelar* n.º 397-RJ, j. 25.12.1992, *DJ 21* de maio de 1993, pág. 9.765.

26

Apesar de ter servido, como sabemos, a avanços em face da concentração de poderes arbitrários da monarquia europeia. Sobre o tema, sugiro a leitura de Sandra Liebenberg, *Socio-Economic Rights*, Claremont: Juta & Co., 2010.

27

STF, ADPF/MC n.º 4, Plenário, rel. Min Ellen Gracie, j. 2.8.2006.

28

A. R. Tavares, *O controle abstrato de constitucionalidade por omissão e análise histórico-comparativa entre Brasil e México, cit.*, pág. 57.

29

STF, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 9.5.2007.

30

Trecho do voto do relator (vencedor) min. Gilmar Mendes, STF, ADI 3.682/MT, j. 9.5.2007, *DJ* 6.9.2007. O aludido art. 18 da Constituição do Brasil, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 15/1996, exige lei complementar federal para definir o período em que cabe a tramitação de processos para criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios.

31

Plenário, rel. para o acórdão min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007.

32

Esse julgamento transitou em julgado em 26.8.2017 (ADO n. 25), mas há pendência sobre a execução da decisão.

33

Na doutrina, a proposta pode ser encontrada na tese de W. C. Rothemburg, *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo (Brasil), 2005, pág. 90.

34

Cf. ADPF 17 AgRg/AP, min. rel. Celso de Mello, j. 5.6.2002.

35

Corroborar o entendimento de que se trata de medida diferenciada dentro do controle abstrato da constitucionalidade, a referência do art. 10 da Lei n.º 9.882/1999, que, em seu caput, determina: “Julgada a ação far-se-á comunicação (...) fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”. Logo, mais do que apenas promover um controle de constitucionalidade e declarar que determinado ato normativo viola preceito fundamental (conteúdo corrente do controle de constitucionalidade promovido pelas demais ações diretas), a decisão em ADPF deve indicar também como interpretar e aplicar o preceito fundamental violado, tornando-o efetivo.

36

Todavia, a referida ADPF terminou sem um desfecho de mérito. Em julgamento posterior (Pleno, 2.8.2006, rel. min. Ellen Gracie), julgou-se prejudicada a ADPF n.º 4 por causa da edição de normas posteriores à norma que consistia em seu objeto, a MP 2.019-1/2000.

37

Min. rel. Moreira Alves, *DJ* de 21.9.1990, Ementário 1.595-1.

38

Cf. eg. MI 232/RJ, Plenário, relator min. Moreira Alves, j. 2.8.1991, *DOU* 27 mar. 1992, pág. 3.800, decisão analisada adiante.

39

STF, ADI 232, rel. min. Moreira Alves, *DOU* 27 mar. 1992, pág. 3.800.

40

Recentemente, o STF decidiu (RE 693.456, j. 27.10.2016, rel. min. Dias Toffoli) que os servidores públicos grevistas deverão ter descontados os dias de paralisação de sua remuneração, salvo se a greve for decorrente de conduta ilícita do Poder Público. Há possibilidade de compensação dos dias parados em caso de acordo entre as partes. Esse julgamento considerou que, nos termos do art. 7º da Lei n.º 7.783/1989, há suspensão do contrato de trabalho durante a greve.

41

Apresentei essa tese à Faculdade de Direito da USP, ao concurso de livre-docência. Denomino essa função como “legislativa”, para evitar confusão com a função interpretativa da Constituição, que também possui caráter normativo. A publicação foi posterior, cf. André Ramos Tavares. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 321 e ss.

42

Op. cit., pág. 67.

43

Essa posição, em relação ao aviso prévio proporcional passou por diferentes tratamentos na jurisprudência do STF. No Mandado de Injunção n.º 278, (redatora para o acórdão min. Ellen Gracie, DJ 14.12.01) reproduziu-se a declaração da “mora do Congresso Nacional, que deverá ser comunicado para supri-la” (trecho da ementa). No entanto, no julgamento conjunto dos Mandados de Injunção ns. 943, 1010, 1074 e 1090 em 22.06.2011, a corte decidiu por concretizar o direito, adiando-se o julgamento para decidir de que forma isso seria feito. Entretanto, durante o período do adiamento determinado, foi promulgada a Lei 12.506 de 11 de outubro de 2011. Quando foi retomado o julgamento, em 06.02.2013, o STF decidiu estender os critérios dessa Lei para os casos em análise (julgamento conjunto MI 943, 1010, 1074 e 1090 Relator Min. Gilmar Mendes, j. 06.02.2013).

44

Apenas a título de ilustração, cf. RE 393.175 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJe de 02/02/2007. Também pode ser lembrada, aqui, a ação civil pública, que manejada, em geral, pelo Ministério Público, tem servido à mesma finalidade em tantos casos.

45

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi também registram a mudança jurisprudencial ocorrida na interpretação do STF acerca dos efeitos da decisão a partir do julgamento dos mandados de injunção n.º 721 (30.8.2007) e n.º 712 e n.º 708 (ambos julgados em 25.10.2007). D. Dimoulis, S. Lunardi. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, 2 a ed., São Paulo, 2013, págs. 409-410.

46

A. L. Maluf, “Reflexões sobre o projeto aprovado pelo Senado que regulamenta o mandado de injunção”, in: *Jornal Carta Forense*, 22.6.2016, 28 de dezembro de 2017 (acesso), em <http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/reflexoes-sobre-o-projeto-aprovado-pelo-senado-que-regulamenta-o-mandado-de-injuncao/16677>.

47

J. 26.10.2000, relator min. Octávio Gallotti.



IVETTE SENISE FERREIRA

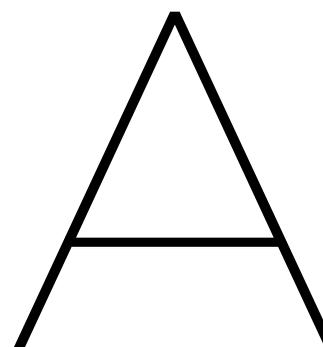
A GARANTIA
CONSTITUCIONAL
DO DIREITO À VIDA

IVETTE SENISE FERREIRA

PROFESSORA TITULAR DE DIREITO PENAL DA FACULDADE DE DIREITO DA USP. MEMBRO DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. O VALOR DA PESSOA HUMANA. INÍCIO E FIM DA VIDA. II.1. A PROTEÇÃO DA VIDA: HISTÓRICO. II.2. A PROTEÇÃO DA VIDA PELO DIREITO. II.3. A PROTEÇÃO DA VIDA PELO DIREITO CIVIL. II.4. A PROTEÇÃO PELO DIREITO PENAL. AS QUESTÕES DE BIOÉTICA E BIODIREITO. II.5. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO. III. O ATIVISMO JUDICIAL NESTA QUESTÃO.

I. INTRODUÇÃO



A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 HOUVE POR BEM INCLUIR NO CAPÍTULO DOS direitos e garantias fundamentais, no seu artigo 5º, que estabelece a igualdade de todos perante a lei sem distinção de qualquer natureza, a **garantia da inviolabilidade do direito à vida**, entre os outros ali mencionados.

Essa menção se coaduna perfeitamente com um dos seus princípios fundamentais, elencados no art.1º, que se refere, no inciso III, à **dignidade da pessoa humana**.

Tanto os princípios fundamentais quanto as garantias estabelecidas na Carta Magna, no que se refere aos direitos individuais e coletivos, obviamente deverão embasar os preceitos da legislação infraconstitucional destinada a produzir os efeitos práticos dessas determinações. Nesse sentido, a proteção à vida ali estabelecida como garantia fundamental será realizada precipuamente pelo Direito Civil e pelo Direito Penal, que procuram lhe dar a merecida efetividade por meio de suas normas.

Por outro lado, o avanço das ciências médicas e biológicas e o surgimento de novas tecnologias impõem como necessário o reexame das questões referentes à vida, seu surgimento e seu prolongamento, com reflexos em velhos temas que estão sendo re-discutidos, como é o caso do aborto, e de novos problemas que estão ainda à espera da intervenção do Direito, como sucede com a produção da vida em laboratório, mediante técnicas de fertilização *in vitro*, da clonagem e das experiências com células-tronco, originando o surgimento de novos ramos científicos, como o biodireito e a bioética.¹

Essas questões são atualmente objeto da maior atenção dos legisladores e mesmo dos tribunais, nos quais começam a ser examinadas, aguardando a sociedade um pronunciamento que possa balizar as ações e intervenções de natureza variada que dizem respeito à vida, e que, oriundas das relações interindividuais e da vida em sociedade, irão se refletir no cotidiano das pessoas e, basicamente, no papel que a mulher ainda exerce no seio da família, não obstante as transformações que sofreu a sua condição no mundo moderno.

Para isso, não se pode deixar de levar em consideração os conceitos referentes aos valores da pessoa humana e de sua dignidade, como aliás decidiu o nosso legislador ao incluir no texto da Constituição Federal de 1988, entre os princípios fundamentais do Estado brasileiro, elencados no seu art. 1º, a dignidade da pessoa humana, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e do pluralismo político.

Assim, numa nova perspectiva de análise dos direitos fundamentais sobressai, sem dúvida alguma, pela ordem de sua importância, o direito à vida, uma questão que não é somente de interesse da área jurídica, mas de toda a sociedade, pois que envolve considerações de toda ordem, predominantemente de natureza filosófica, moral, médica e biológica, sendo decisiva a posição a ser tomada no campo do Direito. Pois será ali determinada a licitude ou ilicitude de eventuais ofensas e a delimitação do seu âmbito de proteção.

II. O VALOR DA PESSOA HUMANA. INÍCIO E FIM DA VIDA

II.1. A PROTEÇÃO À VIDA: HISTÓRICO

Considerando as concepções filosóficas, morais e religiosas pela evolução das civilizações, podemos afirmar que foi somente com o cristianismo que surgiu a ideia do valor essencial da pessoa humana como um bem a ser considerado em si mesmo, ideia que irá se refletir no Direito canônico, passando depois ao Direito laico a necessidade de proteção do ser humano ainda no ventre materno, embora não pudesse ser considerado pessoa em rigoroso sentido jurídico.

Essa posição envolvia uma decisão a respeito de se saber quando a vida se inicia, tema que desde a Antiguidade até os nossos dias anima a discussão nos meios científicos e jurídicos.

A questão fora objeto de interesse já para a filosofia grega, embora esta estivesse mais preocupada com o problema da alma do que com o da vida propriamente dita. Podemos constatar isso na concepção de Aristóteles, que considerava diferentemente a ofensa à vida fetal conforme fosse animado ou inanimado o feto. Para ele, o feto era considerado animado quando a alma era recebida pelo corpo já formado, o que se dava no 40º dia a contar da concepção, para os homens e no 80º dia para as mulheres, quando o *corpus informatum* se tornava um *corpus formatum*, distinção que acarretava uma variação na penalidade a que estaria sujeito o seu ofensor. Sem dúvida, foi Aristóteles, para os padrões atuais, o primeiro machista conhecido da história.

Essa distinção, por incrível que pareça, foi adotada por várias leis e perdeu em todo o período medieval e nos vários concílios realizados pela Igreja Católica, sendo abandonada somente à época de Pio IX, no século 19.

O posicionamento da Igreja Católica nas encíclicas papais a respeito do aborto, condenando-o por constituir uma violação do direito à vida, que considerava existir desde o momento da concepção, influenciou, sem dúvida, as primeiras legislações incriminadoras da Europa, algumas delas mantendo a distinção entre feto animado e feto inanimado, determinando diferentes penalidades, inclusive a pena de morte, de comum aplicação naquela época para a maioria dos crimes, uma vez que inexistia o conceito de pena de prisão como sanção, sendo o cárcere utilizado apenas como prisão cautelar para aqueles que estivessem à espera de um julgamento. A pena de morte somente foi abolida das legislações europeias quando os filósofos iluministas, no século 18, trouxeram novas ideias sobre a questão, iniciando-se um período de humanização do Direito Penal e de abrandamento das sanções impostas, além de substanciais mudanças nos procedimentos judiciais. Começam então a serem discutidos e reconhecidos os direitos dos homens, mas não os do feto, por não se considerar ainda que este fosse uma pessoa.

No final do século 19 e início do 20, intensos debates foram travados envolvendo juristas, médicos, sociólogos e membros da sociedade civil, surgindo as ideias libertárias sobre a condição feminina, chegando alguns a sustentar que a mulher podia dispor livremente de si mesma, sendo dona de seu próprio corpo, ao qual se incorporava o do feto, argumento que se disseminou depois nos movimentos feministas, e que até hoje é utilizado por alguns partidários da não incriminação do aborto.

Mas a questão, evidentemente, não diz respeito somente à incriminação ou não do aborto, mas também a outros interesses em conflito, ingressando, mais tarde, no campo do biodireito e da bioética.

Seja como for, a legislação repressiva relativa ao aborto foi sendo modificada em vários países no decorrer do sec. 20, objetivando sobretudo minimizar o descompasso entre a lei e a realidade social, que sofreu rápida transformação nos últimos tempos pela progressiva liberação da mulher da posição que tradicionalmente ocupava na sociedade.

Contra esses movimentos, contudo, não deixaram de se manifestar outras vozes, insistindo na manutenção ou recuperação dos valores primordiais da sociedade, entre os quais se destaca a vida, cuja proteção é ditada pelo respeito ao valor da dignidade da pessoa humana. Para essa corrente de pensamento, a autodeterminação da mulher quanto à livre disposição do seu próprio corpo, ou dos seus chamados “direitos reprodutivos”, não constitui um direito absoluto, devendo ser limitado pelo direito à vida e por outras necessidades originadas da convivência social.

A caracterização do direito à vida, garantia constitucional inserida dentre os direitos fundamentais da pessoa humana e, portanto, objetivo da proteção jurídica, envolve porém um problema dos mais sérios para a sua efetivação, que é o de se saber quando ela se inicia e quando termina, sendo mais fácil determinar, pelos pronunciamentos da medicina, o conceito de morte do que o da vida.

II.2. A PROTEÇÃO DA VIDA PELO DIREITO

A questão do início da vida, para determinar a sua proteção pelo Direito, não envolve apenas considerações de natureza jurídica, mas outras também, situadas nos planos biológico, filosófico, ético e religioso, sendo impossível o seu isolamento conceitual, no próprio campo do Direito. E, modernamente, deixou de ser um problema relativo apenas às discussões sobre a incriminação ou descriminalização do aborto para abranger várias situações, propiciadas pelo avanço das ciências em geral e dos meios tecnológicos à sua disposição para a criação da vida em laboratório e para as manipulações genéticas e outros experimentos científicos.

Foram notórias, nesse sentido, a ansiedade e a expectativa quanto ao entendimento que daria a essa questão o Supremo Tribunal Federal, no mais polêmico julgamento de sua história, pretendendo-se que definisse quando começa a vida, para os efeitos de determinar se as células-tronco embrionárias podiam ser usadas em pesquisas científicas, o que afinal não ocorreu da forma esperada, após um debate marcado por enorme comoção popular e grande cobertura jornalística.²

É bom, todavia, lembrar que estabelecer o início da vida humana é também estabelecer o conceito de pessoa enquanto objeto da proteção legal, que é determinante no Direito.

No campo da medicina, a questão é mais simples, pois se considera que o embrião recebe o princípio vital desde a concepção, e a condição de feto começa no momento em que o óvulo feminino é fecundado no ventre materno, que é o termo inicial da gravidez – a ser desenvolvida em várias etapas até a sua conversão em “homem”, no início do parto.

Mas, do ponto de vista jurídico, a questão se torna mais complexa, havendo a necessidade dos conceitos dos vários ramos do Direito que se referem à matéria serem conciliados, que não podem ser conflitantes, pois a ciência do Direito é uma, sendo dividida apenas por questões didáticas ou de especialidade.

Não há dúvida que a diretriz nessa matéria é dada pela Constituição Federal vigente que, no capítulo “Dos direitos e garantias fundamentais”, referentes ao indivíduo e à coletividade, estatui no seu art. 5º a inviolabilidade do direito à vida. Ora, o preceito constitucional é o mandamento para que a proteção jurídica seja organizada com eficiência nas áreas subjacentes, o que vai ocorrer, na área infraconstitucional, particularmente na órbita do Direito Civil e do Direito Penal, em que as repercussões serão mais evidentes e mais intensas.

II.3. A PROTEÇÃO PELO DIREITO CIVIL

O Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002) dispõe no seu art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

É evidente que o legislador ao mencionar “personalidade civil”, para atribuí-la somente ao ser humano nascido com vida, quis se referir à sua capacidade de exercer direitos e contrair obrigações. Mas a interpretação do dispositivo não é isenta de controvérsias, pois se observa que no próprio Código Civil o nascituro às vezes se apresenta como **pessoa**, como acontece na sucessão hereditária, quando o art. 1.798 dispõe: “*Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão*”. Ou, então, no art. 542: “*A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal*”. Ou ainda, na hipótese de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, dispondo o art. 1.609, no seu parágrafo único: “*O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes*”.

Entre os civilistas, uma corrente doutrinária já se manifestava contrária à interpretação dada pelo legislador a essa questão, desde o projeto de Código Civil brasileiro, que em 1899 fora apresentado por Clóvis Bevilacqua, um dos seus grandes expoentes, que naquele trabalho declarava, no art. 3º, que a personalidade do ser humano começa com a concepção, embora acrescentasse “*com a condição de nascer com vida*”³.

Nesse mesmo sentido, também Rubens Limongi França afirmou que, embora se estabeleça a condição do nascimento com vida para a existência da personalidade, na verdade, a personalidade já existe com a concepção, pois a condição do nascimento não é para que a personalidade exista, mas para que se consolide a sua capacidade jurídica.⁴ Esse mesmo autor aponta para o fato de que, além de poder receber doação e de poder se beneficiar de legados, o nascituro tem também capacidade jurídica no Direito Tributário, pois o donatário de um imóvel se obriga a pagar os referidos impostos.

Nessa discussão, entrou também Silmara Chinelato, ao elaborar estudo que inclui questões mais atuais, do campo da bioética, como a fertilização artificial e o descarte de embriões, ou o seu congelamento, discorrendo também sobre a aparente contradição do Código Civil ao afirmar que a personalidade começa com o nascimento com vida, reconhecendo, porém, direitos e status ao nascituro em vários dos seus dispositivos. Adotando a tese de que o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção, adquirindo no nascimento apenas a capacidade de direito, conclui a autora que “*os direitos absolutos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física (stricto sensu) e à saúde, espécies do direito à integridade física (lato sensu), independem do nascimento com vida*”⁵.

Na análise das controvertidas questões decorrentes das técnicas modernas de fertilização em laboratório com a produção de embriões a serem posteriormente implantados no útero da mulher, ou congelados à espera de melhor destino, Silmara Chinelato considera que entre embrião implantado e não implantado pode haver diferença quanto à capacidade de direitos, mas não quanto à personalidade, e sustenta que a expressão “nascituro” já inclui o embrião pré-implantacional, não importando onde ele foi concebido.⁶

II.4. A PROTEÇÃO PELO DIREITO PENAL. AS QUESTÕES DE BIOÉTICA E BIODIREITO

Considerando a interdisciplinaridade existente no âmbito da Ciência do Direito e a necessidade de compatibilização de seus princípios fundamentais, não se pode negar ao Direito Penal a organização da proteção à vida no seu campo de atuação, que é feita no Código Penal vigente, em capítulo próprio, em que se inclui a proteção ao nascituro pela incriminação do aborto, delito que integra o elenco dos crimes contra a vida, no “Título dos Crimes contra a Pessoa”.

A matéria, porém, comporta inúmeros problemas, mesmo na sua conceituação doutrinária, cuja solução depende do estabelecimento do momento inicial em que incide a proteção legal, o que leva à determinação também do momento em que principia vida humana.

A questão é complexa e controversa, porque o Código Penal, a exemplo da maioria das legislações, não conceitua o aborto, limitando-se a incriminar a sua prática, seja pela própria mulher, seja por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante, utilizando-se da expressão “praticar aborto”. A doutrina, por sua vez, ao definir o fato típico, procura lhe dar uma abrangência adequada às concepções predominantes nas ciências médicas e nas jurídicas, não conseguindo evitar as divergências.

Para a medicina, o aborto consiste na interrupção da gravidez no período em que o feto ainda não é viável, ou seja, nos seis primeiros meses de vida intrauterina. Como ensina Caetano Zamitti Mammana, denomina-se “aborto ovular” o que ocorre até o 20º dia da concepção, “embrionário” até o terceiro mês, e “fetal” até o sexto mês. Do sexto ao nono mês, sendo viável o nascimento com vida, a ocorrência é denominada “parto prematuro”, e decorrido o nono mês parto a termo.⁷ Observe-se que estamos aqui no campo das causas naturais, do aborto espontâneo ou da intervenção para salvar a vida do bebê, sendo a manutenção da vida o objeto precípuo da ciência médica.

À ciência jurídica cumpre definir a licitude ou ilicitude da interrupção da gravidez, quando a sua consequência for a destruição do produto da concepção, tradicionalmente denominada “aborto” – ou “abortamento”, segundo alguns.

A questão, para certos autores, é resolvida com uma ampliação do conceito de feto dado pela medicina, entendendo-se então que a condição de feto começa no momento em que o óvulo feminino é fecundado no ventre materno e termina no momento em que ele se converte em homem, ou seja, quando começa o parto, dando lugar aos delitos próprios do homicídio. Com esse entendimento, o conceito doutrinário se fundamenta na interrupção da gravidez em qualquer época, com a consequente destruição do produto da concepção. É a orientação da maioria dos penalistas italianos, como Antolisei, Maggiore e Pannaim⁸.

Essas definições, porém, não resolvem totalmente a questão, pois se referindo ao processo fisiológico da gravidez transferem a esta a problemática do início da tutela legal da vida humana e provocam o dissenso na área jurídica, consi-

derando alguns que a gravidez se inicie no momento da concepção, ou seja, quando o óvulo é fecundado pelo espermatozoide, enquanto outros autores sustentam que esta somente ocorre com a nidação do óvulo fecundado no útero, quando o feto inicia o seu desenvolvimento.

As consequências jurídicas de uma ou outra opção são bastante relevantes se considerarmos que as diversas práticas anticoncepcionais, de uso habitual moderadamente, sejam medicamentos ou dispositivos intrauterinos; podem ou impedir a ovulação ou impedir o acesso do espermatozoide ao óvulo para a fecundação; ou atuar após a concepção para impedir a implantação do óvulo fecundado no útero; ou ainda destruí-lo após essa penetração. Alguns deles, portanto, seriam, na verdade, meios abortivos e não anticoncepcionais, se a fecundação for considerada o início da gravidez, como ocorre na ciência médica.

Heleno Fragoso procurou enfrentar esse dilema afirmando que, como a lei não o define, o aborto deve ser conceituado com critérios normativos, levando-se em conta a valoração social do fato, e conclui que o crime deve ficar restrito ao período de gravidez que se segue à nidação do óvulo fecundado no útero⁹. O mesmo entendimento encontramos em Luiz Regis Prado, quando afirma que o objeto material do delito de aborto, sobre o qual recai a conduta delitiva, é o embrião ou feto humano vivo, implantado no útero.¹⁰

Grande parte da doutrina se manifesta, porém, em sentido contrário. Para José Henrique Pierangeli, o bem tutelado pela lei é a vida intrauterina (vida humana em formação), existente desde a fecundação do óvulo e, portanto, desde a concepção¹¹. Também para Cezar Roberto Bittencourt, a proteção penal é dada à vida intrauterina desde a concepção até os momentos antes do início do parto¹². São concepções coincidentes com o ponto de vista médico a esse respeito, segundo o qual o termo inicial da gravidez é a fecundação do óvulo, sendo o seu termo final o início do parto, que se caracteriza pelo rompimento do saco amniótico.

Discute-se também se o produto da concepção pode ser considerado uma pessoa já na fase ovular, ou, então, na fase embrionária ou fetal, mas é inegável que em quaisquer das suas fases não é mais uma porção do corpo da mulher, mas um ser com vida autônoma, embora permaneça ligado ao organismo materno em decorrência da sua própria evolução programada pela natureza.

Mesmo se ainda não possa ser considerado uma pessoa, mas uma simples *spes vitae* – como querem alguns –, a característica de ser humano em formação é reconhecida por todos, sendo, assim, justificável a punição do aborto intencional como um autêntico atentado ao direito de existir.

Daí a classificação do tipo penal do aborto entre os crimes contra a vida no Código Penal brasileiro (Decreto-Lei n.º 2.848, de 7.12.1940), que são os mais graves segundo a sua sistemática, assegurando-se ao nascituro o seu direito à existência desde o momento da concepção, rejeitando-se as pretensões daqueles que procuram classificá-lo como mera “questão de saúde pública” em que o fim visado não é a

proteção de sua vida, real e atual, mas da saúde da gestante, ou até de sua vida, colocada em risco por eventual intervenção criminosa malfeita, mas evento futuro e incerto.

De qualquer forma, a própria lei penal acolheu, por razões de ordens social e moral, duas indicações que legitimam o aborto, deixando de ser punida a sua prática: a indicação terapêutica, quando não há outro meio senão o aborto para salvar a vida da gestante, e no caso de gravidez resultante de estupro, se houver consentimento da mulher ou de seu representante legal.

A primeira modalidade, a do aborto terapêutico ou necessário, somente deve ocorrer quando a interrupção da gravidez é absolutamente necessária por haver risco de vida para a mulher, e não apenas o dano à saúde, como acontece em algumas legislações. Cabe ao médico a grande responsabilidade de decidir sobre a necessidade do sacrifício da *spes hominis* em confronto com a gravidade do estado da gestante e se pronunciar sobre o momento em que essa intervenção deve ser efetuada.

A segunda modalidade, a do aborto em caso de estupro, é apenas uma liberalidade do legislador para com a mulher vítima de violências física e moral e encontra inúmeras dificuldades para a sua aplicação, a começar pela discussão sobre a obrigatoriedade ou não de uma autorização judicial para o aborto, o que a lei não contempla, mas constitui prática comum, além de provocar certa oposição na doutrina essa permissão legal¹³.

Não há dúvida que o tema do aborto constitui um assunto relevante, mas polêmico, por envolver considerações de natureza variada, quer filosóficas, quer científicas, jurídicas, sociais ou religiosas, mas também de natureza ética.

Prática generalizada no mundo moderno, mesmo quando incriminado, a maioria dos abortos provocados nem sequer chega ao conhecimento judicial ou das autoridades sanitárias, a não ser quando a sua prática lesiona ou coloca em risco a saúde ou a vida da mulher que a ele se submeteu, e a incriminação penal, quando ainda subsiste, tem sido impotente contra o aborto, o que estimula os reclamos para a sua liberalização, conseguida em vários países nos últimos anos.

Às dificuldades na sua repressão, motivadas principalmente pelo caráter secreto com que é praticado, e pela omissão das partes envolvidas em divulgar o fato ou as suas conseqüências danosas, soma-se uma certa tolerância do meio social, que, implícita ou explicitamente, atribui à mulher nesses casos a justificativa de um estado de necessidade supralegal, por diferentes fundamentos, conforme as circunstâncias, ou, às vezes, um direito discricionário de autodeterminação quanto à geração da prole, a ser exercido exclusivamente por ela.

Deve-se ainda considerar que o aborto frequentemente é utilizado, por pessoas desavisadas, como um simples meio anticoncepcional, em decorrência de falhas ou de mau uso dos contraceptivos, ou de nenhuma precaução tomada nas relações sexuais para evitar uma gravidez indesejada.

Por outro lado, verifica-se também uma grande inconsistência entre o sistema de valores apregoados pela Igreja Católica e a atitude dos seus seguidores, que, diante da situação real, se posicionam contra os seus preceitos, optando pela efetiva prática do aborto, que é ferrenhamente combatida pela Igreja, e outras variantes religiosas, como um grave atentado contra a vida humana, considerada como algo sagrado.

Na esfera laica, as considerações são de outra ordem, sobretudo de caráter político ou social, sendo indiscutível a correlação existente entre a incriminação do aborto, em determinada época ou em certos países, e as necessidades demográficas do Estado, ou outras, quando as normas incriminadoras não mais correspondem às suas necessidades de controle ou à sua realidade social.

Não obstante, não existe unanimidade sobre a matéria, uma vez que ela se apresenta indissolúvelmente ligada à discussão sobre o direito à vida, garantido constitucionalmente como direito fundamental da pessoa humana.

No Brasil, permanece até hoje a incriminação do aborto na forma prevista no Código Penal de 1940, uma vez que os projetos de reforma legislativa para este não conseguiram a unanimidade das opiniões, seja no Congresso, seja na sociedade, perdurando o debate sobre qual seria o início da vida e como punir os atentados ao seu desenvolvimento ainda no ventre materno, além de outras implicações que tal definição pode produzir face aos avanços da ciência e das intervenções médicas que a reproduzem em laboratório, ou que podem determinar a sua cessação ao arrepio das leis naturais.

Lembremos, a propósito, a recomendação do art. 6º do Código de Ética Médica, editado pelo Conselho Federal de Medicina, em 8 de janeiro de 1988: *“O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra a sua dignidade e integridade”*¹⁴.

A matéria tem provocado acirrados debates na área jurídica e na área médica, além de controvérsia nos tribunais superiores chamados a se manifestarem sobre o assunto e conceder autorizações para certos abortos, trazendo à baila outras questões correlatas fundamentais, tais como o início da vida, a qualidade de pessoa e a dignidade da pessoa humana, bem como o alcance da norma constitucional de proteção à vida.

Deve-se ressaltar que as decisões desses tribunais têm oferecido a sua contribuição para mitigar o rigor da lei penal, buscando adaptá-la a situações particulares, que demandam uma certa complacência por ter sido o ato proibido praticado em certas circunstâncias que a sociedade tolera, se é que não aprova. Isso ocorre com relação às anomalias fetais detectadas durante a gravidez, particularmente nos casos de anencefalia, que têm sido pleiteadas e conseguidas para a realização do aborto.

Essas autorizações judiciais afirmam que, apesar de não estar prevista entre as causas de permissão legal para o aborto a malformação congênita do feto, a situação anômala específica da anencefalia exige a adaptação da lei aos avanços tecno-

lógicos da medicina que antecipam detectar a impossibilidade de sobrevivência do nascituro. Outro argumento levantado é o de que a morte humana, nos termos da Lei n.º 9.434/97, que disciplina os transplantes, é definida como “morte encefálica”, daí se deduzindo que se a vida humana só é possível se houver vida cerebral, não pode mais ser objeto de proteção legal um feto que não tenha cérebro e que, portanto, não dispõe de vida humana. Essa conclusão é reforçada pela Resolução n.º 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que autoriza os médicos a utilizar os órgãos dos anencéfalos para transplante, mediante autorização dos pais, considerando o anencéfalo como um natimorto cerebral, por não ter as mínimas condições de vida, faltando-lhe as estruturas do córtex cerebral. De qualquer forma, deve-se observar que esse aproveitamento só é possível após o nascimento do anencéfalo, não podendo justificar a realização do aborto.

Por outro lado, na hipótese de outras anomalias do feto, que são do âmbito do chamado “aborto eugênico”, não previsto na lei brasileira, a unanimidade jurisprudencial não existe, havendo julgados que autorizam a interrupção da gravidez, baseados em exames que comprovam sérias anomalias fetais, mas também há decisões em sentido contrário, tendo ocorrido a concessão de inúmeros pedidos de *habeas corpus* ou mandados de segurança para cassar a autorização judicial dada para um aborto eugênico.

Vemos assim que uma outra esfera de considerações nessa área toma corpo em razão dos progressos da ciência e do aperfeiçoamento dos meios tecnológicos auxiliares da medicina, que já permitem a produção da vida em laboratório, provocando o desenvolvimento de novas áreas de conhecimento, como o biodireito e a bioética, em que o enfoque será o surgimento, o prolongamento ou a supressão da vida, cuja regulamentação deverá ser regulada pelo Direito, sem menosprezar os princípios éticos que determinam os valores na sociedade.

Entre os inúmeros temas em discussão, sobressai o da reprodução assistida, consistente em várias técnicas de facilitação da procriação, que já mereceram menção no Código Civil brasileiro, cujo art. 1.597 determina que sejam interpretadas como “técnicas de reprodução assistida” as expressões, mencionadas em seus incisos, tais como “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”. Tratando a lei civil apenas genericamente dessas questões, a matéria é pouco mencionada na literatura jurídica brasileira, mas já consta de vários projetos de lei que deverão disciplinar esse “auxílio” que se dá à natureza para a criação da vida.

Silmara Chinelato, que tem se dedicado ao assunto em inúmeros estudos que analisam as suas repercussões jurídicas, observa que, como a lei civil atribui capacidade sucessória aos que já estão concebidos no momento da sucessão, segundo o art. 1.798 desse diploma legal, é indiferente onde tenham sido concebidos, não se impondo que o embrião fertilizado já esteja implantado para se desenvolver no útero materno, daí resultando que se possa considerar também como nascituro o embrião pré-implantatário, e como início de sua vida, a

concepção, mesmo em laboratório. Fica, porém, excluída dessa classificação a prole eventual, a que poderá ser, mas ainda não foi concebida, consistente no material que está a aguardar a implantação pela criopreservação.

São questões cuja discussão começa a ser aprofundada, inclusive por meio de decisões judiciais que vêm forçando os tribunais a se manifestarem, à falta de leis apropriadas para a solução dos problemas suscitados, sendo as mais importantes delas as que procuram responder à indagação: “Tem o embrião direito à vida e estaria ele sob a égide da proteção assegurada pelo art. 5º da Constituição Federal?”.

A relevância desse problema impulsionou o debate em torno de um julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, quando se esperava uma definição da Corte sobre a questão do início da vida humana, que todavia foi frustrada, apesar da audiência pública realizada com a presença de juristas e cientistas, tendo o tribunal apenas confirmado o disposto na Lei de Biossegurança, que permite as referidas pesquisas, sob certas condições, deixando de se posicionar sobre a tão esperada definição.

Todavia, lembram alguns autores que a afirmação de que o embrião é um ser vivo, que se desenvolve por conta própria, de acordo com uma programação específica, além de ter o abono científico tem também um respaldo jurídico no art. 4º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, assinada pelo Brasil, o qual impõe que a lei proteja a vida, e proclama que esse direito tem início com a concepção¹⁵.

II.5. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Na ausência de conceitos legais mais adequados e abrangentes para a solução dos problemas do biodireito e da bioética, e na inviabilidade atual de aprovação dos projetos de descriminalização do aborto, a jurisprudência dos nossos tribunais tem elaborado construções doutrinárias destinadas a mitigar o rigor da lei penal, buscando nas suas decisões adaptar a aplicação da Justiça a algumas situações particulares que demandam uma certa complacência dos julgadores, por ter sido o ato praticado em circunstâncias que a sociedade não desaprova, ou por terem suficiente relevância social. Aí se incluem as ocorrências relacionadas com anomalias fetais comprovadas, que têm sido objeto de muitas autorizações judiciais para a realização do aborto; e outras questões ligadas a experimentos científicos ou práticas médicas.

Realmente, embora não estejam previstas na nossa legislação como causas de permissão para o aborto as anomalias fetais, a situação peculiar da anencefalia tem sido considerada nas decisões judiciais, uma vez que foi sentida a necessidade de realizar uma adaptação da lei aos avanços da medicina, que, hoje, permitem detectar a impossibilidade de sobrevivência do nascituro, que fatalmente perecerá ao nascer ou logo após, não tendo as mínimas condições de vida por lhe faltarem as estruturas do córtex cerebral.

Sobre esse tema, aliás, tramitou no Supremo Tribunal Federal uma ação de descumprimento de preceito fundamental, promovida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores, que pretendia ver garantido o direito da gestante de se submeter ao aborto a partir de laudo médico atestando a anomalia do feto anencefálico. No julgamento dessa ADF n.º 54, de 12.4.2012, o tribunal decidiu, por maioria de votos, julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada no artigo 124 do Código Penal. E a Resolução n.º 1.989, de 10.5.2012, do CFM, dispôs sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto.

A matéria é bastante complexa e justifica um debate mais aprofundado ao considerarmos que, se o anencefalo chegar a termo, e depois do nascimento sobreviver por algum tempo, por mínimo que seja, não deixará de provocar consequências jurídicas, sobretudo na área civil, em matéria de direito das sucessões e das obrigações. Deve-se considerar, no entanto, que a ausência de cérebro acarreta a sua completa inviabilidade como pessoa com vida autônoma fora do ventre materno.

Por outro lado, as demais anomalias fetais consistentes em deformidades ou insuficiências físicas ou mentais de natureza variada, muitas vezes detectadas durante a gravidez, também têm sido objeto de decisões judiciais, mas de forma contraditória, às vezes autorizando, às vezes negando a interrupção da gravidez, não havendo jurisprudência firmada para essas ocorrências, as quais não contam como amparo legal.

De qualquer forma, podemos afirmar que são raras as condenações de mulheres que interrompem a sua gravidez pelo aborto, que, em geral, é praticado em situações que se identificam com um *estado de necessidade supralegal*, de pouca reprovabilidade social, merecendo, por isso, um julgamento mais benévolo nos tribunais e, frequentemente, o reconhecimento da ausência de culpabilidade pela inexigibilidade de outra conduta naquelas circunstâncias em que se encontrava, sendo esta um dos seus elementos na moderna doutrina penal, condicionadora da punibilidade do fato, havendo vários acórdãos nesse sentido.

III. O ATIVISMO JUDICIAL NESTA QUESTÃO

Por todo o exposto, e considerando o inegável dever do Estado de proteção à vida, conforme o mandamento constitucional, bem como o fato de que esta deve se estender por todas as suas fases – e que o seu termo inicial é a concepção do novo ser que vai se desenvolver no ventre materno até adquirir, com o nascimento, a plena capacidade de direitos e obrigações –, justifica-se e se impõe a intervenção do Direito Penal para a definição dos atentados contra a vida que merecem ser tipificados como condutas puníveis, merecedores da intimidação objetivada pelas suas sanções.

Mas a falta de amparo legal nessa matéria para determinadas situações que se apresentam, além de propiciar contínuas tentativas de uma solução legislativa, com vários projetos em tramitação, destinada à reforma dos preceitos atualmente existentes nessa matéria, ganhou modernamente um impulso significativo do STF, por meio de um famigerado ativismo judicial que este pratica, usurpando as competências do Poder Legislativo. É o caso de uma recente decisão da sua 1ª Turma, presidida pelo ministro Barroso, que no dia 29 de novembro de 2016 concedeu *habeas corpus* para revogar a prisão preventiva de funcionários de uma clínica que realizava abortos, e que, em seu voto, seguido por outros companheiros de Turma, entendeu que “não é crime a interrupção voluntária da gestação, se efetuada no primeiro trimestre da gravidez”.

Fundamentando-se em exemplos existentes na legislação estrangeira, afirmou que em temas moralmente divisivos, o Estado não pode tomar partido para impor a sua visão, devendo permitir à mulher o direito de optar. Constituíram igualmente fundamentos de sua decisão outras considerações sobre os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, o predomínio da proteção de sua integridade física ou psíquica, além da questão da igualdade entre ambos os sexos.

Esse entendimento do relator teve a concordância de três ministros da Turma julgadora, com a adesão de Edson Facchin e Rosa Weber, tendo os ministros Luis Fux e Marco Aurélio Mello, que compõem essa 1ª Turma, apenas concordado com a revogação da prisão preventiva dos envolvidos, por questões processuais, mas sem se manifestarem sobre a referida proposta de descriminalização do aborto. Embora essa decisão tenha validade apenas para aquele caso examinado, trata-se de um precedente que pode embasar decisões por juízes de outras instâncias.

Verifica-se, no caso, a adoção de uma das teorias existentes na doutrina a respeito do início da vida humana, tendo o ilustre relator sustentado que “durante esse período [*da gravidez*], o córtex cerebral, que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade, ainda não foi formado nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno”.

A repercussão dessa decisão, tanto no Congresso como em certos setores da sociedade, confirma que a questão não está definitivamente resolvida no campo jurídico, merecendo a atenção dos nossos legisladores a fim de que seja mantida a segurança jurídica nesse campo, em que está em jogo uma das mais importantes garantias fundamentais inclusas no texto constitucional, não obstante as dificuldades a serem enfrentadas para a obtenção de um consenso geral nessa questão.

NOTAS

1
O vocábulo “biodireito” designa o conjunto das normas jurídicas que se referem à proteção da vida, enquanto que bioética, segundo Houaiss, designa o estudo dos problemas e das implicações morais despertados pelas pesquisas científicas em biologia e medicina. Abrange questões não somente relativas à supressão da vida, mas também às da sua criação em laboratório, a utilização de seres vivos em experimentos e as implicações profundas da pesquisa e da prática no campo da genética etc. (*Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, ed. Objetiva, 1ª ed., 2001).

2
A esse respeito, em artigo publicado após o julgamento de que participou, o ministro Marco Aurélio Mello declarou ter assentado não existir nessa questão do início da vida nenhum balizamento que escape da perspectiva simplesmente opinativa quanto aos vários enfoques possíveis, a saber: a. o da concepção; b. o da ligação do feto à parede do útero; c. o da formação das características individuais do feto; o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos; d. o da viabilidade nos termos da persistência da gravidez; e. o do nascimento. A decisão do STF se limitou, na verdade, a declarar a constitucionalidade das pesquisas com célula-tronco, evitando o pronunciamento sobre a questão subjacente do início da vida, que foi postergada para outro momento (“O direito à vida e as pesquisas com células-tronco”, Marco Aurélio Mello, *Revista Imae – Instituto Metropolitano de Altos Estudos*, São Paulo, n.º 17, 2008, pág. 15)

3
Clóvis BEVILAQUA. *Teoria geral do Direito Civil*, 4ª ed., Ministério da Justiça, 1972, pág.70.

4
Rubens Limongi FRANÇA. *Manual de Direito Civil*, 1º vol., 2ª ed., São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 1971, págs. 126 e seguintes.

5
Silmara J. A. CHINELATO e ALMEIDA. *Tutela civil do nascituro*, São Paulo, Editora Saraiva, 2000, págs. 344 e seguintes.

6
Silmara J.A. CHINELATO e ALMEIDA. “Estatuto jurídico do nascituro”, in: *Questões controvertidas no Novo Código Civil*, São Paulo, editora Método, 2007, págs. 48-49.

7
Caetano Zamitti MAMMANA. “Do abortamento criminoso”, *These*, 1927, São Paulo, pág. 3.

8
Francesco ANTOLISEI. “Manuale di Diritto Penale”, *Parte Speciale I*, 5ª ed., Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1966, pág. 83. Giuseppe MAGGIORE. “Principi di Diritto Penale”, vol. II, *Parte Speciale*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1934, pág. 371. Remo PANNAIM. “Manuale di Diritto Penale”, II, *Tomo Primo*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957, pág. 517.

9
Helena Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal*, vol. 1, São Paulo, José Bushatsky, 1976, pág. 128. Para esse autor, “aborto é, pois, a interrupção do processo fisiológico da gravidez, desde a implantação do ovo no útero materno até o início do parto”.

10
Luiz Regis PRADO. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. 2, Parte Especial, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, pág. 109.

11
José Henrique PIERANGELLI. *Manual de Direito Penal brasileiro*, Parte Especial, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 111.

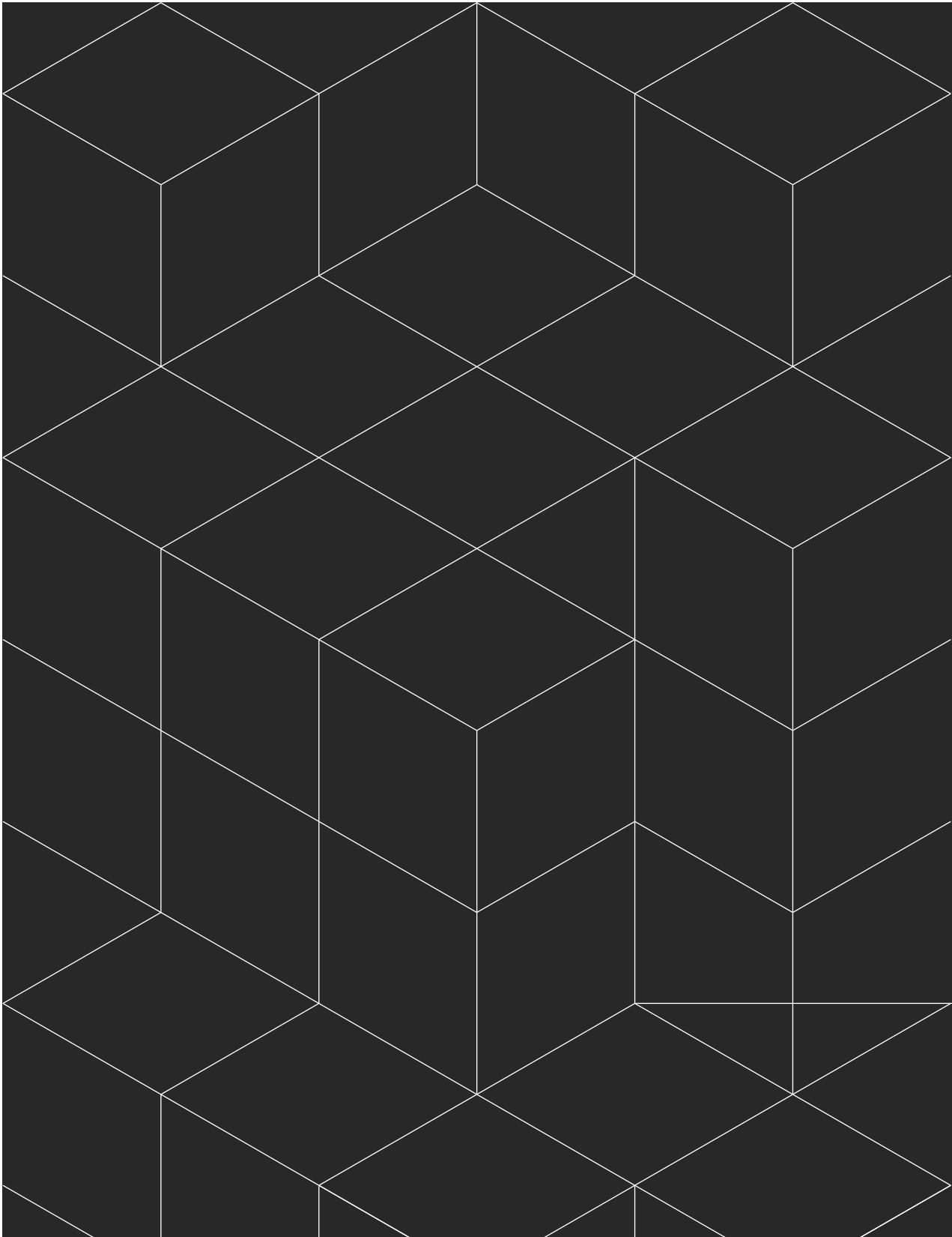
12
Cezar Roberto Bittencourt. *Tratado de Direito Penal*, Parte Especial, 3ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2003, pág. 158.

13
Entre as vozes discordantesm figura Aníbal BRUNO, que considera essa opção como uma “conclusão de fundo demasiadamente individualista, que contrasta com a ideia do Direito e a decidida proteção que ele concede à vida do homem e aos seus interesses humanos e sociais que se relacionam com ela, demasiadamente importantes para serem sacrificados a razões de ordem pessoal que,

por mais legítimas que possam parecer, não têm mérito bastante para se contrapor ao motivo de preservação da vida de um ser humano”. (*Direito Penal – Parte Especial*, Tomo IV, Ed. Forense, 1966, pág. 173).

14
Um Novo Código de Ética Médica foi editado pelo CFM em 2009, por meio da Resolução n.º 1.931, que praticamente repetiu o texto citado, com mínimas alterações, incluindo-o entre os seus princípios fundamentais, elencados no seu capítulo I, sob o n.º VI, nos seguintes termos: “O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”.

15
Essa Convenção, de 1969, é conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica” e foi ratificada pelo Brasil. Observa-se que, de acordo com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais de direitos humanos subscreitos pelo Brasil têm status normativo supralegal, sendo inaplicáveis as leis infraconstitucionais com eles conflitantes, anteriores ou posteriores ao ato de ratificação (Cf. HC n.º 90.172-SP, rel. min. Gilmar Mendes, em 5.6.2007, in: *Informativo SFT* n.º 470).



MARIA GARCIA

TRINTA ANOS
DA CONSTITUIÇÃO
DE 1988:
A QUESTÃO
INDÍGENA

MARIA GARCIA

PROCURADORA DO ESTADO DE SÃO PAULO (IPESP). EX-ASSISTENTE JURÍDICA DA REITORIA DA USP. PROFESSORA ASSOCIADA LIVRE-DOCENTE DA PUC/SÃO PAULO. PROFESSORA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITO EDUCACIONAL E BIODIREITO CONSTITUCIONAL. PROFESSORA DE BIODIREITO/BIOÉTICA/BIOPOLÍTICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO ASSUNÇÃO (UNIFAI). MEMBRO DO COMITÊ DE BIOÉTICA (COBI) DO HCFMUSP. MEMBRO DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO/IASP. MEMBRO-FUNDADORA E ATUAL DIRETORA-GERAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL (IBDC). COORDENADORA DA REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL (EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS). MEMBRO DA ACADEMIA PAULISTA DE LETRAS JURÍDICAS (CADEIRA ENRICO T. LIEBMAN). ASSOCIADA HONORÁRIA DO CONPEDI. MEMBRO DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO (FECOMERCIO-SP). MEMBRO DO CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

SUMÁRIO: 1. “DOS ÍNDIOS” 2. CIDADANIA 3. AS TERRAS INDÍGENAS 4. EDUCAÇÃO E CULTURA 5. “UMA SOCIEDADE LIVRE, JUSTA E SOLIDÁRIA” (CF, ART. 3º, I)

“ÍNDIO OU AMERÍNDIO (DE ÍNDIA, INDÍGENA DA AMÉRICA. À ÉPOCA DO DESCOBRIMENTO, calcula-se que havia 1 milhão de índios no Brasil. (...) Pertenciam a cinco grandes grupos linguísticos e a pequenos grupos isolados: os tupi-guarani, que viviam ao longo da costa; os jês, que viviam no Planalto Central e Meridional e nas regiões já próximas ao litoral, no Espírito Santo e na região fluminense de Campos; os aruaques, da Amazônia ocidental, fabricantes da cerâmica marajoara; os caribes, da Amazônia setentrional, que se estendiam para o norte até as Antilhas ou Mar das Caraíbas; os cariris, do sertão do Nordeste, que se adaptaram à vida do pastoreio e desapareceram pela miscigenação; os panos e os tucanos, que vivem ainda hoje em áreas pouco acessíveis da Amazônia.

Os índios da costa foram logo dizimados pelas doenças adquiridas no contato com os europeus, pela escravidão e pelas guerras. Os que haviam fugido para o interior foram liquidados física ou culturalmente pela expansão colonial a partir do século 17. No século 20, a colonização de regiões ainda selvagens da Amazônia desalojou muitos indígenas de seu habitat natural. Os conflitos e as doenças continuam reduzindo cada vez mais as tribos sobreviventes”¹.

1. “DOS ÍNDIOS”

A Constituição de 1988 insere no Título VIII – Da ordem Social, Capítulo VIII, os arts. 231 e 232, intitulado “Dos Índios”, dispondo o primeiro:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

“§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

(...)

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”.

Sublinha Paulo de T. S. Abrão² que, “relativamente ao texto em comentário, é preciso verificar que o tratamento dos índios como uma sociedade (ou categoria) fadada a ser assimilada pela cultura dita civilizatória ou branca e, portanto, desaparecer, foi abandonada”. E acrescenta:

“Ao contrário, no texto constitucional, verifica-se uma preocupação quanto ao respeito e reconhecimento de uma série de direitos que afastam uma perniciosa visão de que o índio deveria abandonar as suas tradições e cultura para obter as benesses do Estado. Assim, o reconhecimento constitucional de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições impõe o respeito e reconhecimento à diferença, podendo permanecer índios sem qualquer condição ou termo.”

Refere José Afonso da Silva³ que a Constituição de 1988 “revela um grande esforço do constituinte no sentido de preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios. (...) Não alcançou, porém, um nível de proteção inteiramente satisfatório. Teria sido assim se houvera adotado o texto do anteprojeto da comissão Afonso Arinos, reconhecidamente mais equilibrado e justo. É inegável, contudo, que ela deu um largo passo à frente na questão indígena”.

Assim estabelece o art. 22, XIV:

“Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XIV. populações indígenas”⁴.

E o Estatuto do Índio, Lei n.º 6.001, de 19.12.1973, estatui:

“Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Parágrafo Único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei”.

E o art. 3º: “Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas: I – Índio ou Silvícola – É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional; II – Comunidade Indígena ou Grupo Tribal – É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Art. 4º Os índios são considerados:

I. Isolados – Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes por meio de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II. Em via de integração – Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III. Integrados – Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura”.

O art. 7º ressalva que: “Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta Lei”.

Por sua vez, o Decreto n.º 58.824, de 1966, promulga a Convenção n.º 107 sobre as populações indígenas e tribais, cujo art. 2º estabelece que: “Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países”.

Em termos gerais, esse é o quadro legal geral aplicável, e desde logo a dúvida sobre a designação que permanece, de “índios”, “silvícolas”, àqueles que de há muito, nasceram no território nacional, de conformidade com o que determina o art. 12 da Constituição de 1988:

“Art. 12 São brasileiros:

I. natos:

A. os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros (...);

À semelhança do art. 6 da Constituição de 1824:

“São Cidadãos Brasileiros:

I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingênuos ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro(...).”

2. DA CIDADANIA

Na acepção memorável de Hannah Arendt, “o direito a ter direitos”, conforme expõe Celso Lafer⁵:

“O que Hannah Arendt estabelece é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para convivência coletiva, exige um espaço público. Este é kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política.

A este espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania.

É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos por meio do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece”.

“Em primeiro lugar, abomino a palavra ‘aborígene’. Se começo a pensar que índio é aborígene, acabo justificando qualquer massacre” – escreveu Carlos Heitor Cony⁶:

“Entre as minhas cívicas e problemáticas virtudes, não está o amor pelos índios. Tampouco o desamor.

(...)

Conheço, em linhas gerais, e muito por cima, seus problemas históricos e reconheço seus direitos sobre o território que era exclusivamente deles. Aprecio e dou força às campanhas feitas ou a fazer a favor de suas causas. Nada tenho contra. E tudo a favor.

Já foram cometidas muitas barbaridades contra os índios, no passado e agora. Até mesmo uma espécie de genocídio.

(...)

Está certo que lutemos para preservar as tribos existentes, garantindo antes de mais nada a posse de suas terras, onde possam desenvolver sua cultura e viverem como bem entendem.

Se não me engano, essa é importante exigência dos direitos humanos”.

3. AS TERRAS INDÍGENAS

Em estudo recente, Ricardo Castilho⁷ expõe traços da atuação governamental com referência à questão de terras indígenas:

“De forma inédita e alvissareira, em março de 2016, o Estado brasileiro finalmente passou a figurar como réu em uma Corte Internacional por violação aos direitos humanos de povos indígenas: trata-se do caso povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil, em trâmite na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A notícia é de fato alvissareira porquanto se sabe do notório descaso estatal relativamente ao reconhecimento do patrimônio cultural que os povos indígenas representam, o que pode ser muito bem aferido pela lentidão do trâmite dos procedimentos de demarcação e homologação de terras indígenas, para não mencionar a franca impunidade reinante nos frequentes conflitos entre posseiros e índios.

(...)

Com efeito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) encaminhou o caso à Corte após concluir pela responsabilidade do Estado brasileiro pela violação do direito à integridade pessoal, propriedade coletiva, às garantias judiciais e à proteção judicial do povo indígena xucuru e seus membros.

(...)

Realmente lamentável o quadro. Passaram-se 12 anos até a homologação da demarcação, em 2001. Mesmo após, não se procedeu à retirada dos não indígenas. Mais quatro anos se passaram até o registro do território. Uma vez realizado, ocupantes não indígenas ainda lá persistem, com ingresso, inclusive, de ações judiciais ainda pendentes de julgamento definitivo para assegurar a posse.

(...)

A CIDH reafirmou o posicionamento da Corte de que os elementos incorpóreos decorrentes da estreita vinculação dos integrantes dos povos indígenas com suas terras tradicionais e os recursos naturais estão protegidos pelo art. 21 da Convenção Americana (que trata do direito à propriedade privada).

Fez-se menção, ainda, ao fato de o Brasil ter ratificado a Convenção n.º 169 sobre Povos Indígenas e Tribais nos Países Independentes da OIT, que prevê expressamente o direito de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 14.1).

(...)

E o mais importante: a Comissão expressamente reafirmou o entendimento da Corte de que se houver conflito de direitos ou interesses entre um povo indígena e ocupantes não indígenas, há que se conferir caráter preferencial ao direito de propriedade indígena, já que não pode ser indenizado, o que não se dá com os terceiros. Tem-se aí o dever estatal de priorizar os direitos dos povos indígenas, solenemente ignorado pelo Estado brasileiro no caso em análise, consignamos nós”.

DOS JORNAIS

Terras indígenas detêm devastação na fronteira

Dados do Instituto Socioambiental mostram que desmate é menor que 1% nessas áreas

Cálculo considerou 26 terras que fazem fronteira com outros países; povos nativos protegem mais a floresta do que parques nacionais

Um novo levantamento mostra que essas reservas são eficientes em conter o avanço da grilagem e do desmatamento.

(...)

Entre as áreas computadas está Raposa/Serra do Sol, pivô da confusão envolvendo militares, arroteiros e várias instâncias do governo federal ao longo das últimas semanas. Raposa, no entanto, é uma exceção no quesito desflorestamento, pois apenas 13% de sua área é floresta (o resto são savanas abertas e campos naturais).

(...)

Proteção ativa

Os cálculos do ISA confirmam algo que estudos anteriores já apontavam: o papel dos índios de frear a expansão das atividades predatórias na Amazônia, papel este ainda maior que o dos parques nacionais.

Um estudo publicado em 2006 por Rolla e outros cientistas na revista Conservation Biology, liderado pelo ecólogo Daniel Nepstad, da Universidade Federal do Pará, mostrou que as terras dos índios são “hoje a maior barreira contra o desmatamento na Amazônia”.

(Claudio Angelo, in: Folha de S.Paulo 4/5/2008, pág. A-4)

POR ÍNVIOS CAMINHOS

Após saga de expulsões, fome e doenças, xavantes têm confirmada a posse de terra ancestral acossada por fazendeiros e posseiros

Em julho de 1973, o cacique xavante Aniceto Tsudzawer’e, abordado numa rua de Cuiabá por uma menina maltrapilha, que lhe pedia esmola, respondeu-lhe: “Não posso ajudá-la, pois sou tão pobre como você: sou índio e abandonado”. Aniceto falava de uma concepção indígena de pobreza que a menina não podia entender. Sua pobreza era, e ainda é, pobreza de direitos em relação à sua terra de posse permanente, assegurada pela Constituição de 1946, que seria reafirmada na Constituição subsequente, de 1988. Naquele ano de 1973, os xavantes lutavam pela saída dos invasores de sua terra.

(...)

Os índios querem sua terra de volta. O crescimento demográfico dos xavantes, que são hoje agricultores familiarizados com técnicas agrícolas modernas, e não os ociosos que os invasores dizem, constitui um fator do pedido de devolução do que a Constituição diz que é deles. Outro fator é que a sociedade xavante tende à organização social fragmentária, diferente do branco, que vive amontoado. Em cada uma

das várias reservas dessa tribo, as aldeias vêm se multiplicando, chegando a algumas dezenas. Sinal de vida e ressurreição, de que índio tem de querer.

(José de Souza Martins, in: O Estado de S. Paulo/Aliás, 16.12.2012)

IBAMA ACHA MEGAGARIMPO EM ÁREA INDÍGENA

Após denúncias de lideranças dos mundurucus, extração ilegal no Pará foi alvo de operação de unidade de elite

Do alto, é difícil acreditar que um garimpo tão grande atue na ilegalidade: no meio da floresta densa, abre-se uma chaga de centenas de metros de terra exposta e água empocada, em plena terra indígena mundurucu.

(...)

Após viagem de 200 km desde a cidade Novo Progresso (PA), os três helicópteros da missão aterrissaram ao lado do igarapé Água Branca, que, sem a proteção da floresta, se transformou num jorro barrento cruzando a terra estéril.

(...)

O objetivo era destruir o maquinário, autuar infratores e levantar informações sobre os donos do garimpo.

(...)

Apesar do pouco tempo no chão, o Ibama conseguiu apreender atas de reunião, informes e recibos de pagamento em ouro dos garimpeiros para a Associação Pusuru, de mundurucus da região.

(...)

Responsável pela fiscalização do sudoeste do Pará, a gerente executiva do Ibama em Santarém, Maria Luiza de Souza, afirma que, ao poluir os rios, o garimpo traz mortalidade de peixes e doenças para as comunidades indígenas, que em troca recebem um percentual muito pequeno da riqueza produzida.”

(Fabiano Maissonave/Avener Prado, in: Folha de S.Paulo, 11.6.2017)

4. EDUCAÇÃO E CULTURA. CONFLITOS

As principais classificações atuais dos índios do Brasil:

Vida e costumes. *De maneiras diferentes, os índios que habitam o território brasileiro garantem sua sobrevivência utilizando os recursos naturais oferecidos pelo meio ambiente com o auxílio de processos bastante rudimentares. Para subsistir, eles caçam, pescam, coletam, plantam e produzem os instrumentos necessários a estas atividades. A terra pertence a todos os membros do grupo e cada dia um tira dela seu próprio sustento. Existe uma divisão do trabalho por idade ou por sexo: em geral, cabe à mulher o cuidado da casa, das crianças e das roças; o homem é responsável pela defesa, pela caça e pela colheita de alimentos na floresta.*

(...)

Além de um conhecimento profundo da vida e dos hábitos dos animais, os índios possuem técnicas que variam de povo para povo. Com a chegada da civilização, foram introduzidos a arma de fogo e o cão, que é muito apreciado como animal de estimação.

(...)

Organização. *Os índios vivem em aldeias, que constituem unidades independentes. A forma das aldeias varia: os bororos, os timbiras e os povos do alto Xingu, por exemplo, possuem aldeias circulares; os xerentes e os xavantes possuem aldeias em forma de ferradura. Atualmente, existem tribos que se reduzem a uma única aldeia.*

As casas também diferem. Geralmente são habitadas por uma família extensa, ou seja, um grupo que compreende várias famílias elementares. São feitas com estacas fincadas no chão, recobertas com folhas de palmeiras, e podem variar de simples abrigos a construções mais resistentes.

(...)

No Brasil não há tribos com um chefe geral. O chefe é sempre chefe de uma aldeia. Muitas vezes os chefes indígenas são chamados caciques, tuxánas ou morubixabas. A transmissão da chefia pode ser hereditária (de pai para filho) ou não. Os chefes devem conduzir a aldeia nas mudanças, na guerra, devem manter a tradição, determinar as atividades diárias e responsabilizar-se pelo contato com outras aldeias ou com os civilizados. A não ser por isso, o chefe pouco se distingue dos outros habitantes da aldeia. Muitas vezes ele é assessorado por um conselho de homens experimentados que o auxiliam em suas decisões.

(...)

Arte. *A arte não é uma atividade separada, individualizada. Ela se mistura à vida cotidiana e suas manifestações se encontram ligadas aos objetos utilitários ou a elementos rituais. A pintura corporal, por exemplo, é um meio de distinguir os grupos em que uma sociedade indígena se divide⁸.*

BALLET STAGIUM TRAZ DE VOLTA AO TEATRO MUNICIPAL EM OUTUBRO OBRA QUE MANTÉM SUA VIGÊNCIA MESMO APÓS 4 DÉCADAS

Há 40 anos (...) de julho de 1977, Kuarup estreava no Teatro Municipal de São Paulo onde vai comemorar as suas quatro décadas (...). Na época, o Ballet Stagium, fundado e dirigido por Márika Gidali e Décio Otero, fez um programa (...) Tudo começou quando Décio ouviu a música do Xingu, três anos antes, e espantou-se com a sua complexidade. Deixou maturar por um tempo, e daí surgiu Kuarup... O estilista Clodovil Hernandes (...), fez questão de colaborar (...) também interessado na questão dos índios.

(...)

Os macacões que desenhou, com as cores da bandeira brasileira, propunham uma associação entre trabalhadores e índios, ligando as violências que atingiam a ambos – e a força dessa associação, que levou multidões aos teatros, parece atravessar os tempos, atando aquele Brasil que vivia na ditadura ao Brasil de hoje, cujos jornais continuam a estampar, 40 anos depois, violações e ações de extermínio a tribos indígenas na Amazônia e no Jaraguá, em São Paulo, para citar somente dois exemplos muito recentes.

(Helena Katz, in: O Estado de S. Paulo 17.9.2017)

PELA PRIMEIRA VEZ, ARTISTA INDÍGENA É PROTAGONISTA NO TEATRO AMAZONAS

Inaugurado há quase 121 anos como reduto da alta cultura europeia no meio da selva amazônica, o Teatro Amazonas abrirá seu palco pela primeira vez para uma apresentação produzida e protagonizada por uma indígena. A façanha histórica de Djuena Tikuna, 32, terá lugar nesta quarta (23). “É uma conquista coletiva. Sou uma cantora do movimento indígena”, diz Djuena, rosto pintado e adorno de penas no cabelo. O espetáculo marca o lançamento do álbum Tchautchiüâne (“minha aldeia”), com músicas só na língua ticuna – a maior etnia do País, com cerca de 54 mil pessoas. No palco, Djuena Tikuna receberá convidados especiais de outros dois povos. Com entrada gratuita, a expectativa é de uma grande presença de “parentes” (como os índios se referem uns aos outros) também na plateia do teatro, muitos pela primeira vez ali. “Eu não entro no te-

atro e vejo a beleza. Eu penso: quantos parentes derramaram sangue por causa desse local”, diz a cantora, falando sobre o prédio erguido com o dinheiro da borracha, cuja exploração matou e escravizou indígenas.

“Vou cantar aqui para bater os nossos pés, cantar e dizer que estamos aqui, resistindo.”

(Fabiano Maisonnave, in: Folha de S.Paulo, 23.8.2017)⁹

MEC VAI RENOVAR EDUCAÇÃO INDÍGENA

Governo prepara diretrizes que reforçam o currículo e a formação de docentes

A educação indígena vai ganhar novas diretrizes de ensino neste ano. O Ministério da Educação (MEC) prepara um documento, com previsão de ser aprovado em maio, que contém a revisão das metas específicas para as escolas indígenas, focando principalmente na questão do currículo e na formação do professor.

(...)

As diretrizes que estão em vigor são de 1999 e se referem essencialmente aos primeiros anos do fundamental.

(...)

Segundo Baniwa, a renovação das diretrizes é o primeiro passo para a criação de um sistema de educação escolar indígena, que inclui financiamento, avaliação, estrutura e órgão normatizador próprios. Se aprovado na Comissão Nacional de Educação Escolar Indígena, o documento deve ser homologado pelo Conselho Nacional de Educação (CNE).

(...)

Grandes obstáculos. *Segundo a Funai, vivem hoje no País cerca de 460 mil índios, distribuídos em 225 sociedades indígenas, que representam 0,25% da população. Para que eles tenham acesso à educação, as escolas devem seguir uma série de requisitos: localizar-se na área das aldeias, oferecer ensino bilíngue (em língua portuguesa e na língua do povo em questão), respeitar o calendário indígena da comunidade, apresentar conteúdo que tenha ligação com a cultura deles e, principalmente, dialogar com a comunidade, entre outros.*

Para educadores e ativistas, a educação indígena avançou bastante na última década, mas ainda existem questões de extrema complexidade – como a discussão do currículo, que deve

acompanhar os anseios e projetos de cada povo. Como cada um deles tem sua cultura, costumes e língua, fica praticamente impossível criar um conteúdo único a ser ensinado.

(...)

Pesquisadores defendem que as comunidades sejam protagonistas da escola. “Os índios devem aprender o que é necessário ao desenvolvimento dos seus projetos de vida. Eles não são isolados da sociedade. Ao contrário, precisam dela”, ressalta Judite de Albuquerque, assessora pedagógica para formação de professores da Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro.

(Mariana Mondelli, in: O Estado de S. Paulo, 7.3.2011)

ARTIGO – OS AVANÇOS E DESAFIOS DA ESCOLA PARA ÍNDIOS

A educação indígena, feita pelos e para os ameríndios, avançou muito nas últimas décadas. A partir da Constituição de 1988, que assegurou aos índios o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, uma série de leis foram criadas, garantindo o direito a uma educação multicultural e bilingue, respeitosa de seus conhecimentos e organização sociocultural.

O projeto para as escolas indígenas que está em construção em diferentes comunidades do País é o de uma escola feita pelos e para os índios: são professores indígenas formados e currículo diferenciado, elaborado em parceria com a comunidade onde línguas, conhecimentos e formas de transmissão indígenas são valorizados.

Diferentes populações indígenas já têm professores formados em magistério e em ensino superior. No entanto, os dados ainda mostram um déficit a ser superado. Para além desse déficit, a educação indígena apresenta ainda fortes deficiências, tanto no que tange a infraestrutura escolar como a implementação e respeito dos currículos e práticas de ensino indígena.

A crescente quantidade de alunos em formação e o módico número de instituições de ensino médio e universitário voltados a esses grupos é outro problema. A maioria das escolas indígenas é de ensino fundamental e raras são as oportunidades dos alunos de continuarem os estudos no nível médio e universitário, em instituições voltadas especificamente para os ameríndios. Cursos de formação de magistério e licenciatura indígena são algumas das respostas dadas pelo Estado a esse problema. No entanto, essas respostas ainda são paliativas, tendo em vista a falta de institucionalização dessas soluções – muitas ainda estão em caráter experimental.

A diversidade indígena e a dimensão do País são, ao mesmo tempo, a riqueza e o desafio para o desenvolvimento de uma política educacional voltada para os índios. Desafio porque a procura por políticas universais colide frequentemente com as especificidades e demandas locais. Isso, porém, não significa que uma política educacional não seja possível.

São a prova disso alguns avanços já obtidos, como os currículos escolares de escolas que conciliam conhecimento indígena e não indígena e realizam a difícil tarefa de tradução cultural com êxito. Outros exemplos: professores formados que se tornam pesquisadores de suas próprias culturas e pensadores indígenas que elaboram políticas para suas comunidades.

As diferentes populações indígenas apresentam histórias, culturas e práticas diversas. Suas reivindicações e necessidades são também múltiplas e variadas. Pensar uma educação que considere essa diversidade e a respeite deve continuar a ser o objetivo das políticas e práticas públicas voltadas à educação dos índios.

(Silvia Lopes da Silva Macedo, in: O Estado de S. Paulo, 7.3.2011)

USP ABRE CURSO PARA ENSINO INDÍGENA

Iniciativa, a primeira do tipo no Sudeste, será voltada para os 81 profissionais que já dão aulas nas 28 aldeias do Estado

Educação

O governo do Estado e a Universidade de São Paulo (USP) começaram no fim de junho a oferecer o primeiro curso superior para professores indígenas da Região Sudeste.

(...)

São Paulo tem hoje 26 escolas indígenas – em 14 cidades –, que atendem 1.026 alunos em ensino fundamental, apenas de 1ª a 4ª série. Depois do curso, os professores estarão habilitados também a dar aulas a alunos de 5ª a 8ª série, o que pode incentivar a abertura dessas classes. Segundo os indígenas, esse é um dos piores entraves para se manter a tradição e a cultura dos povos, já que as crianças precisam estudar em escolas fora da aldeia se quiserem concluir o ensino médio.

(...)

Mesmo com estrutura precária – há apenas uma sala na escola, as turmas de 1ª e 2ª séries são juntas, parte da iluminação não está terminada e falta material –, as professoras acre-

ditam que a escola indígena é uma das melhores maneiras de manter a cultura dos povos. São Paulo tem hoje índios de cinco etnias: guarani, tupi-guarani, caingangue, terena e crenaque.

(Renata Cafardo, in: O Estado de S. Paulo, 16.8.2005)

FUNAI ENCONTRA ÍNDIOS DE TRIBO QUE HAVIA SE ISOLADO FAZ 57 ANOS

Grupo de 87 mentuktires vivia na selva e por iniciativa própria se aproximou de regiões urbanizadas

Um grupo de 87 índios mentuktires do qual não se tinha notícia havia 57 anos fez contato há uma semana com caiapós que vivem em comunidade com o homem branco, no norte de Mato Grosso. Eles abandonaram a terra onde moravam, no sul do Pará, e migraram em busca de proteção. O grupo jamais havia tido contato com homens de outra cultura ou mesmo se aproximado de índios que com eles tenham convivência. É o primeiro registro que se tem de uma migração em massa de índios que viviam isolados na selva e por iniciativa própria buscaram a aproximação com regiões urbanizadas. A Fundação Nacional do Índio (Funai) acredita que eles foram vítimas de garimpeiros ou madeireiros, que invadiram suas áreas e chegaram a matar alguns deles.

(...)

PEREGRINAÇÃO

Os relatos são de que o grupo caminhou por cinco dias cerca de 100 quilômetros, até chegar a Capoto/Jarina. Vieram homens, mulheres e crianças. O grupo era de 86 pessoas, mas uma índia deu à luz uma criança na quarta-feira, já no acampamento. “Não sabemos se podem chegar mais índios, ou mesmo se parte deles ficou na antiga aldeia”, explicou Elias Bigio, da Coordenação de Grupos de Índios Isolados da Funai. “É um fato completamente inusitado.”

(Ricardo Brandt, in: O Estrado de S. Paulo, 2.6.2007)

ENTREVISTA

Quanto menos provocados, melhor

O mais conhecido sertanista brasileiro, Sydney Possuelo, que se encontra na Europa para proferir palestras, destacou-se, no passado, pela sua habilidade no contato com os índios isolados. Hoje, no entanto, ele defende a ideia de que quanto menos contato, melhor para eles.

Como o sr. vê a questão do contato com os índios isolados?

Acho que devem ter suas terras resguardadas, assim como os princípios de sua cultura. Quanto menos forem provocados pelo Estado, quanto menos obras forem feitas no seu território, melhor. Eles não formaram anticorpos ao longo de sua história e não têm resistências às moléstias que ainda não conhecem. Mas não é só isso: quando entram em contato conosco e têm proximidade com nossos bens, nossa alimentação, vestuário, começa a ser introduzida entre eles uma série de problemas que não têm condições de resolver sozinhos. É por causa disso que, depois de contatados, eles precisam da assistência do Estado, na área da saúde, na demarcação das terras, na busca de caminhos para a sobrevivência. Para mim, tanto antes quanto depois do contato, o papel do Estado é muito importante na preservação dos povos indígenas. O Estado tem o dever histórico de proteger, de amenizar os impactos que causamos a esses povos.

(Roldão Arruda, in: O Estado de S. Paulo, 2.6.2007)

INDÍGENAS OCUPAM JARAGUÁ, DESLIGAM ANTENAS E 600 MIL FICAM SEM TELEVISÃO

Índios da etnia guarani fazem desde terça-feira um protesto no Parque Estadual do Jaraguá, na zona norte de São Paulo, para tentar retomar a demarcação de uma área de 532 hectares na região. (...) O motivo do protesto é a Portaria 683/2017, assinada pelo ministro da Justiça, Torquato Jardim, em 15 de agosto. Nela, Jardim anula a Portaria 581, do próprio ministério, de 29 de maio de 2015, que previa a expansão do território indígena no Jaraguá de 3 hectares para 512. (...) Em nota enviada ao Estado, a pasta de Meio Ambiente havia dito que se trata de “uma questão federal” e não caberia à secretaria se pronunciar...” (...) “A revogação da demarcação é um retrocesso na política aos indígenas. Eles estão indevidamente confinados” (Fabiana Galera Severo, defensora pública federal)

(Giovana Girardi, in: O Estado de S. Paulo, 16.9.2017)

ÍNDIOS CRIAM MILÍCIA UNIFORMIZADA NO AM

Em Tabatinga, na fronteira com Peru e Colômbia, ticunas decidiram se armar em razão do vácuo das autoridades

Preocupação maior é com a violência entre jovens e a entrada de álcool e drogas em suas terras demarcadas.

(Lucas Vettorazzo, in: Folha de S.Paulo, 30.11.2017)

CRESCER SUICÍDIO ENTRE ÍNDIOS CARAJÁS EM MT

De 2012 a 2016, segundo Ministério da Saúde, foram 35 casos, além de dezenas de tentativas

São três túmulos à flor do chão, em meio à área de mata que abriga o modesto cemitério local. Gravados à mão nas lápides improvisadas estão os nomes de três filhos de Waritaxi Iwyraru Karajá, 56. (...) “Eu venho aqui e fico pensando, pensando, mas até hoje nunca descobri. Parece até uma doença, algo que vai contaminando as pessoas. Tem muita gente que diz que é feitiço. Às vezes acredito, depois deixo de acreditar”.

(...)

Suicídios

Waritaxi e Iwararu não são os únicos à procura de motivos. De 2012 a 2016, segundo dados do Ministério da Saúde, foram 35 suicídios entre os carajás, além de dezenas de tentativas – a mais recente, no início de janeiro.

A maioria dos casos envolvia jovens do sexo masculino, entre 11 e 25 anos.

(...)

Álcool

Além da hipótese de feitiços, supostamente lançados em razão de desavenças internas, as lideranças da etnia ouvidas pela Folha citaram o crescente consumo de álcool, a introdução de drogas como a maconha e o afastamento de práticas tradicionais como possíveis fatores de risco.

(...)

Há ainda quem afirme que a dificuldade para dar continuidade aos estudos e as limitações decorrentes dessa interrupção estariam a levar os jovens ao desânimo e à depressão. Talvez todas as possibilidades devam ser levadas em conta.

(Rodrigo Vargas, in: Folha de S.Paulo, 27.2.2018)

PROJETO PREVÊ MUDANÇA EM LEI AMBIENTAL

Texto que será levado ao Congresso restringe demarcação de terra indígena, muda compensações e atribuições de Estados e municípios

O processo de licenciamento ambiental do País está em via de passar por mudanças profundas, com o avanço no Congresso de um projeto de lei encampado pela Frente Parlamentar Agropecuária (FPA). A nova versão do texto, que deve ser levada à votação no plenário da Câmara nos próximos dias, carrega pelo menos três propostas polêmicas: impõe restrições a demarcações de terras indígenas, abre espaço para que o empreendedor questione ações de compensação ambiental e libera Estados e municípios para criar as próprias regras de licenciamento.

Na prática, o projeto determina que, se a terra indígena não foi homologada, ela não existe e, portanto, qualquer obra pode ser executada no local. Hoje, isso é proibido.

AS POLÊMICAS

CONDICIONANTE SOCIOAMBIENTAL

COMO É

O empreendedor assume medidas compensatórias por causa do impacto da obra. Após cumpri-las, integralmente, recebe a licença de operação do projeto.

COMO FICARIA

Após obter a licença de operação, o empreendedor teria até 15 dias para questionar condicionantes socioambientais inclusas no processo.

TERRAS INDÍGENAS

COMO É

Empreendimentos não podem ser executados em áreas com estudos de demarcação de terras indígenas em andamento, reconhecidos pela Funai e pelo Ministério da Justiça.

COMO FICARIA

A Funai só poderá se manifestar sobre licenciamento se o empreendimento atingir, diretamente, terras indígenas já homologadas, ou seja, sem nenhuma pendência sobre sua demarcação.

ESTADOS E MUNICÍPIOS

COMO É

A União define parâmetros do licenciamento, suas etapas formais e os aplica de modo uniforme no País, por meio do Ibama. O modelo é seguido por Estados e municípios em licenciamentos regionais.

COMO FICARIA

Estados e municípios teriam autonomia para criar normas próprias, definindo se o licenciamento de um projeto pode ser trifásico, por exemplo, ou ser objeto de licença única e simplificada.

5. “UMA SOCIEDADE LIVRE, JUSTA E SOLIDÁRIA” (CF., ART. 3º, I)

A QUESTÃO INDÍGENA

O grande marechal Cândido Rondon, que desbravou os rincões brasileiro, tinha como lema na colonização de terras indígenas o famoso “Morrer se preciso for; matar, nunca”. Os lendários irmãos Villas Bôas, mundialmente famosos por terem feito o primeiro contato com os índios gigantes da Amazônia, os crenacarores, pautavam-se pelos mesmos cuidados de Rondon. A manutenção da vida e da saúde dos índios era uma obrigação do Estado brasileiro em sua política de expansão das fronteiras civilizadas sobre terras habitadas pelas populações originais pré-cabralianas. A Rondon e aos irmãos Villas Bôas não escapava a melancólica sensação da inevitabilidade da extinção ou, em um cenário benigno, da mutilação das culturas daqueles povos. Sempre foi trágico para o mais fraco o milenar encontro de populações em estágios díspares de desenvolvimento tecnológico. “Quem carregava o aço, a pólvora ou os germes mais fortes dizimava o ou-

tro. Assim caminhou a humanidade desde tempos imemoriais”, escreveu o geógrafo americano Jared Diamond. A conclusão é que não existe política indigenista justa para os índios. Qual a solução para a questão indígena brasileira? Uma reportagem desta edição se debruça sobre o problema, que se tomou agudo, nos últimos dias, com a morte de um índio terena em confronto com a polícia em Mato Grosso do Sul. A pergunta não tem resposta simples.

Mas a reportagem deixa claro que a maneira como o governo define e enfrenta a questão indígena no Brasil é errada. Está na hora de tirar o problema do âmbito do Conselho Indigenista Missionário e das ONGs estrangeiras e tratá-lo como uma questão de Estado norteadas pelo lema do marechal Rondon e pela insatisfatória, mas realista visão dos irmãos Villas Bôas.

Os índios precisam de proteção do Estado para que não sejam usados como massa de manobra por manipuladores a quem mais interessam os mártires.

(Revista Veja, “Carta ao leitor”, 12.6.2013)

A Constituição Federal de 1988 coloca, entre os “objetivos fundamentais” do Estado, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. (art. 3º, I).

Fundamentalidade significa base, alicerce, apoio e, nesse caso, objetivos a alcançar, no tempo, séculos passados, portanto, na questão indígena.

Construir envolve, por seu lado, a ideia de “edificações, dar estrutura, organizar, formar, constituir”¹⁰.

Comenta José Francisco Cunha Ferraz¹¹:

“Objetivos são fins eleitos pela sociedade política brasileira para a formação da gênese constitucional. Os valores aqui presentes condicionam toda a estrutura e dinâmica do Estado brasileiro suas vicissitudes, diversidades e peculiaridades. Estabelecem uma direção a ser seguida por todas as diferentes ideologias que travam batalhas eleitorais, que devem respeitar esses objetivos, porquanto significam o consenso da sociedade brasileira”.

“Este inciso” – prossegue, “qualifica a sociedade política, expressando os fins aos quais ela deve se condicionar. Liberdade, justiça e solidariedade são os três princípios que balizam o equilíbrio entre a pessoa humana individual e a pessoa humana social.

Liberdade entendida como autonomia, constitui o espaço privado, a esfera de atuação da pessoa individual, em que se concebem a necessidade e a geração de riqueza.

Justiça, por seu turno, sob a forma corretiva ou sob a forma distributiva, revela-se como valor ético fundamental, que busca resolver problemas particulares e problemas que dizem respeito a todos, dando a cada um o que é seu.

Solidariedade, enfim, como peça fundamental para a caracterização da pessoa humana como ente social, é o princípio que norteia a amizade política no espaço público, a aproximação e a cooperação sociais entre pessoas e povos. Há que notar que a solidariedade não é coercitiva, pois, ao contrário, tem como pressuposto necessário a liberdade. Isto é, a cooperação na sociedade deve partir de seus membros, não podendo ser imposta pela estrutura política”.

Bem colocados os pressupostos básicos desses princípios norteadores da sociedade brasileira se constata, de início com relação aos indígenas, o próprio exercício da liberdade: tangidos, acudados, oprimidos – são representação clara do seu contrário.

Com efeito, toda a descrição das situações expostas, retiradas da imprensa – a forma mais imediata de estudar uma sociedade – leva a concluir pela necessidade de uma política renovada com referência aos brasileiros indígenas:

- I. Liberdade como forma de viver pela autodeterminação afirmativa das suas origens levada, pelas políticas da educação, à concretude da nacionalidade brasileira.

“Educação é liberdade.

ANDRÉ GIDE¹²

“Que é liberdade?”, indaga Hannah Arendt¹³, referindo:

“A despeito da grande influência do conceito de uma liberdade interior e apolítica sobre a tradição do pensamento, parece seguro afirmar que o homem nada saberia da liberdade interior se não tivesse antes experimentado a condição de estar livre como uma realidade mundanamente tangível.

(...)

Sem um âmbito público politicamente assegurado, falta à liberdade o espaço concreto onde aparecer.

(...)

O surgimento da liberdade coincide sempre com o ato em realização.

Os homens são livres – diferentemente de possuírem o dom da liberdade – enquanto agem, nem antes, nem depois; pois ser livre e agir são uma mesma coisa”.

- II. Justiça, *de per si* apresenta, desde logo, a representação por duas imagens femininas:

- a *Justitia romana*, “A virtude de atribuir a cada um o que é seu. Na mitologia romana, a deusa empunhando a espada (spatha), símbolo do poder, e tendo à mão a balança (libra), símbolo do equilíbrio, e com os olhos vendados, indício da imparcialidade¹⁴.
- *Justitia est constans, ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*. (*Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu*)¹⁵.
- a *Diké grega* – a mulher de pé, olhando para a frente, levando a balança e a espada.

De qual delas poderão aguardar a realização do ideal do Direito – a Justiça – os indígenas brasileiros?

Kant, Rawls e Habermas surgem nos debates sobre Justiça, a “Justiça como equidade” BH, “a liberdade política da pessoa moral”.

“A prioridade do princípio da liberdade na definição da justiça como equidade, tem permitido identificar o modelo da teoria da justiça de John Rawls com o liberalismo. Mas, a ênfase na distribuição igual entre sujeitos representativos, dos bens materiais e imateriais produzidos pelo sistema de cooperação social, ao contrário do que apregoa o liberalismo econômico, exige, do liberalismo político, clareza no estabelecimento de princípios reguladores para orientar as instituições no desempenho de sua função de distribuir de modo equitativo a riqueza produzida pelo sistema de cooperação social em sociedades regidas por princípios democrático-constitucionais.

A defesa irrestrita do princípio da liberdade, ou, em outras palavras, o esquecimento da exigência de igualdade, conduz à distribuição desigual ilegítima e injusta dos bens, e, entre eles, à distribuição desigual da liberdade política, ou seja, do poder de influir sobre a definição mesma dos princípios segundo os quais os bens devem ser distribuído”.

- III. Solidariedade

Hugo Assmam e Jung Mo Sung, em *Educar para a esperança*¹⁶:

“Não é palavra de um só significado. Além de ter vários, não todos convergem. Não é termo unívoco, mas polissêmico e, por vezes, ambíguo.

Solidariedade se refere muitas vezes a situações emergenciais clamorosas. Quando estas são pontuais no espaço e no tempo e ‘são notícia’ (acidentes graves, desastres, terremotos, vitimações coletivas etc.) a sensibilidade solidária é mais unânime.

Quando se trata de calamidades persistentes, mesmo que brutais (exclusão social, analfabetismo, miséria extrema, conflitos prolongados etc.), tendem a sair do noticiário, e a indiferença tende a esvaziar a sensibilidade solidária.

(...)

Para aprofundar a reflexão sobre a solidariedade, parece aconselhável que se distingam nitidamente, por um lado, os aspectos à solidariedade que se referem a situações emergenciais transitórias e, por outro, as questões da solidariedade como ingrediente ético-político na busca de soluções estruturais e sustentáveis para problemas amplos e de caráter persistente.

As divergências e convergências de opinião funcionam de maneira distinta nos dois casos. Na solidariedade emergencial, as questões de princípio (não necessariamente as motivações) geralmente não são tão cruciais, a não ser que haja a presença ostensiva de ideologias políticas opostas. Na solidariedade estrutural e permanente muitos bloqueios decorrem das próprias concepções antropológicas, econômicas, políticas, culturais e até religiosas”.

Eis a descrição coerente do problema a enfrentar, relativamente aos brasileiros indígenas: *inclusão social e cidadania*, “o direito a ter direitos” arendtiano, os elementos necessários aos objetivos da *questão indígena* pelo caminho sempre, do *acesso à educação*.

NOTAS

1

Grande Enciclopédia Larousse Cultural, Nova Cultural, 1998, pág. 3.142.

2

“O direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam é originário e, por isso, anteriores à formação do Estado brasileiro. (...) O conceito de terra indígena elevado, além de outros direitos previstos, ao status constitucional. (...) O direito à terra se legitima independentemente de qualquer ação ou ato do Poder Público, por ser direito subjetivo, dependendo tão só de ato declaratório do Estado cuja função será determinar a extensão da terra para legitimar e assegurar a efetividade das previsões constitucionais: a demarcação. Também merece consideração no texto o aspecto da preservação dos recursos naturais. (...) Os povos indígenas, na sua ação de sobrevivência, respeitam a natureza de forma geral – recursos hídricos, biodiversidade, fauna, flora. (...) De acordo com o que prevê o caput do art. 225”. (*Constituição Federal interpretada*, coord. Anna Cândida da Cunha Ferraz, org. Costa Machado, Manole, São Paulo, 2012, págs. 1.144 e 1.146).

3

Comentário contextual à Constituição, Malheiros, São Paulo, 2005, págs. 864 e seguintes.

4

“**Parágrafo Único** – Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.

5

A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, Companhia das Letras, São Paulo, 1988, pág. 166.

6

Folha de S.Paulo, 23/5/2008, pág. E13.

7

“Xucuru: o Brasil no banco dos réus”, *in*: *Jornal Carta Forense*, abril/2007, pág. B14.

8

Grande Enciclopédia Larousse, op. cit., págs. 3.142-3.143.

9

“Nascido no município acreano de Tarauacá, na Terra indígena Praia do Carapanã, Joaquim Paulo de Lima Kaxinawá se tornou o primeiro índio no Brasil a receber o título de doutor em Linguística pela UnB (Universidade de Brasília). Mais conhecido como ‘Joaquim Maná’, ele defendeu, hoje, (19) a tese ‘Para uma gramática da Língua Hãtxa Kuin’. Alfabetizado na língua portuguesa aos 20 anos em um programa alternativo coordenado pela Comissão Pró-Índio do Acre, ele fez o magistério indígena no Estado e a graduação em um curso intercultural indígena na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). O mestrado e o doutorado foram feitos na UnB. (...) Para ele, um dos maiores desafios durante o doutorado foi a indisponibilidade de pesquisas sobre a língua de seu povo, sobretudo em português. Muitas pesquisas foram escritas em inglês, alemão, francês

e espanhol e não foram apresentadas ao povo, ficaram guardadas. (...) 'Das 12 terras que nós temos, seis já estão com problemas. Os mais velhos falam na nossa língua e os jovens já não falam mais. Falam em português. Agora, é preciso se aliar às secretarias municipais, estaduais e ONGs que trabalham com os povos indígenas para criar um programa e manter um curso de ensino de língua oral, língua escrita e produção de material didático', defende Kaxinawá. ("Maira Hein", *in*: Agência Brasil, Brasília, 19.12.2014)

10

Novo dicionário básico da língua portuguesa, Folha/Aurélio, Nova Fronteira, Rio de Janeiro.

11

Constituição Federal interpretada, coord. Anna Cândida Cunha Ferraz, org. Costa Machado, Manole, São Paulo, 2012, pág. 7.

11

Kathy Wagoner, *365 reflexões sobre a arte de ensinar*, Publifolha, São Paulo, 2001, pág. 171.

12

In: Entre o passado e o futuro, Perspectiva, 1972, págs. 188 e seguintes.

13

Dicionário jurídico. Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Forense Universitária, São Paulo, 1991, pág. 318.

14

Antônio Filardi Luiz, *Dicionário de expressões latinas*, Atlas, São Paulo, 2002.

15

Sônia T. Felipe, *Organização e Introdução*, editora Insular, Florianópolis, 1997, Introdução.

16

Competência e sensibilidade solidária. Educar para a esperança. Vozes. Petrópolis, 2001, págs. 68-69.



ADILSON ABREU DALLARI

SÉRGIO FERRAZ

AUTONOMIA E
RESPONSABILIDADE
DO MINISTÉRIO
PÚBLICO

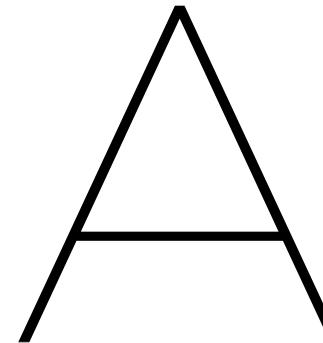
ADILSON ABREU DALLARI

PROF. TITULAR DE DIR. ADMINISTRATIVO
DA PUC/SP.

SÉRGIO FERRAZ

LIVRE-DOCENTE DA UNIVERSIDADE
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ).

I. INTRODUÇÃO



AUTONOMIA E RESPONSABILIDADE SÃO CONCEITOS QUE SE EXIGEM RECIPROCAMENTE. Quem tem autonomia para decidir, deve suportar a decorrente responsabilidade. Ao contrário, não faz sentido cobrar responsabilidade de quem não decidiu com autonomia, ou seja, de quem apenas cumpriu ordens superiores. No entanto, igualmente não faz sentido isentar de responsabilidade a autoridade pública que, com autonomia, tomou uma decisão causadora de dano, não obstante tenha sido proferida no uso legítimo de uma competência que lhe foi legalmente atribuída.

O presente estudo enfoca a questão da responsabilidade do Ministério Público, tanto da instituição, quanto de seus agentes, no exercício de suas elevadas competências, em face do elevadíssimo grau de autonomia que lhes foi outorgado pela Constituição Federal.

O Ministério Público é uma instituição de nível constitucional, cujas relevantes finalidades estão expressas no art. 127 da Constituição Federal:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

“§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

Para os fins deste estudo, cabe destacar a “independência funcional”, que deve ser entendida como liberdade de atuação dentro dos quadrantes da ordem jurídica, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e pelas leis em geral. Independência não significa liberdade absoluta.

Seguindo o texto constitucional, logo adiante são firmadas as competências do Ministério Público, merecendo destaque o disposto no inciso terceiro do art. 129:

“**Art. 129.** São funções institucionais do Ministério Público:

...

III. *promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”.

Cabe, portanto, ao Ministério Público, por intermédio de seus membros, promover a ação civil pública e instaurar o inquérito civil, decidindo com autonomia, no exercício legítimo de sua independência funcional, se e quando pode ou deve adotar uma ou outra dessas medidas.

A propositura da ação civil pública está condicionada ao atendimento de requisitos estabelecidos pela legislação ordinária, tanto aquela especificamente voltada para a atuação do Ministério Público quanto pela legislação processual civil. Ao contrário, o inquérito civil não tem disciplina legal, dado que o art. 8º da Lei n.º 7.347, de 24.7.1985 (Lei da Ação Civil Pública), apenas afirma, em seu § 1º, que “O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil...”, sem indicar qualquer parâmetro a respeito de quando essa providência é necessária ou de quando ela é dispensável.

Em nosso entendimento, conforme já exposto, com a devida fundamentação, em outro estudo (“Obrigatoriedade de Realização do Inquérito Civil”, *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 26, pág. 68 do primeiro ora coautor), essa falta de disciplina expressa não significa outorga de uma liberdade absoluta para instaurar ou não o inquérito civil, ao puro arbítrio da autoridade ministerial competente, no exercício de sua independência funcional.

Neste presente estudo, o que se pretende demonstrar é a responsabilidade do Ministério Público pela interposição de ações civis públicas despropositadas, muito especialmente quando não precedidas da instauração de inquérito civil.

Não se veja nisso qualquer propósito de enfraquecer o Ministério Público ou cercear a autonomia de seus ilustres membros. O que se pretende é exercer uma crítica construtiva, apontando falhas, mas, imediatamente, indicando possíveis soluções, a fim de mais eficiência na atuação dessa nobre instituição. Alguns exemplos, de situações ocorridas nos últimos tempos, poderão ser úteis para permitir uma correta apreciação do problema.

No início do processo de desestatização e de privatização, ensejados pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4.7.1998 (a chamada “emenda da reforma administrativa”), não foram poucas as ações movidas pelo Ministério Público contra a venda da maioria acionária de empresas estatais e contra a outorga de

concessões de serviços públicos. Algumas dessas iniciativas tinham certamente o propósito de evitar danos ou corrigir distorções em específicas alienações ou outorgas. Mas é inegável que, em alguns outros casos, houve motivação puramente ideológica.

Ainda continuam surgindo, esporadicamente, ações civis contra a cobrança ou majoração de tarifas, muito especialmente contra a cobrança de pedágio nas rodovias cuja operação foi privatizada.

Esse inconformismo (repita-se, ideológico) com respeito à atuação de particulares em áreas antes ocupadas por órgãos e entidades públicas ainda se revela no tocante à celebração de contratos e convênios com as chamadas “entidades do terceiro setor”, entidades privadas sem fins lucrativos, nos setores de educação e, principalmente, saúde. Não se ignora a existência de inúmeras ONGs e fundações apenas de fachada, destinadas precipuamente ao desvio de recursos públicos. No entanto, esse fato não justifica uma presunção de conduta irregular em todo e qualquer contrato ou convênio com entidades do terceiro setor; ao contrário, exige um cuidado muito especial e muito intenso em separar o joio do trigo, para que o interesse público não saia prejudicado.

Algo semelhante ocorre na verdadeira guerra santa movida pelo Ministério Público contra a contratação de advogados, sem licitação, por entidades públicas. Inúmeras ações são movidas apenas e tão somente porque a contratação não foi precedida de licitação, mas sem o elementar cuidado de examinar as especificidades de cada caso. Não se ignora que, muitas vezes, ocorrem contratações despropositadas, seja porque desnecessárias, seja porque os contratados não revelam quaisquer condições que os qualifiquem como detentores de notória e especial qualificação. Para que o interesse público não seja prejudicado, para que órgãos e entidades públicas não acabem sendo impedidos de contar com uma assistência jurídica do melhor e mais elevado nível quando isso for necessário, é absolutamente essencial que o Ministério Público se preocupe em conhecer profundamente as circunstâncias e detalhes de cada caso, antes da propositura da ação civil de responsabilidade.

O interesse público está sendo duramente prejudicado em iniciativas governamentais que tenham alguma implicação com o meio ambiente. Isso ocorre quase sempre nas obras fundamentais de infraestrutura de transportes e de energia, dado que é impossível fazer qualquer coisa nesses setores sem, de alguma forma, impactar o ambiente. Mas nem todo impacto ambiental é evitável (o ato de simplesmente respirar causa um impacto ambiental) e nem todo impacto ambiental é nocivo ao interesse da coletividade, que precisa, sim, cada vez mais, de meios de transporte e de energia. A defesa intransigente do meio ambiente tem grande repercussão popular, conferindo fama e notoriedade aos seus defensores, muitas vezes deslembados de que a proteção ambiental também tem caráter instrumental, dado que o objetivo final é sempre o bem-estar dos seres humanos, da coletividade, conforme lembra o insuperável MIGUEL REALE:

“A última das invariantes axiológicas é o valor ecológico, que a Constituição de 1988 consagra no art. 225, segundo o qual ‘todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações’.

Compreendem-se o entusiasmo e a dedicação que em todos desperta essa nova invariante axiológica, sendo natural que atentamente a defendam o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Há, todavia, necessidade de se reconhecer que o ecológico não é um valor absoluto, porquanto a preservação do meio ambiente é exercida em função da vida humana, ou por outras palavras, da ‘pessoa humana’, a qual representa o valor-fonte de todos os valores. A Ecologia subordina-se, assim, à Antropologia, o que o Ministério Público não raro esquece, perpetrando erros que bloqueiam iniciativas do maior alcance social e existencial”.

MIGUEL REALE, *“Primado dos valores antropológicos”, in: OESP, 28.2.2004, pág. A2*

Outra fonte inesgotável de ações civis públicas é a realização de licitações. Atualmente, é quase impossível levar adiante uma licitação para contratação de vulto sem enfrentar uma interminável contenda judicial. Muitas denúncias são levadas ao Ministério Público: algumas com o propósito honesto de defesa do interesse público; mas muitas outras motivadas por interesses políticos ou econômicos contrariados. A possibilidade sempre presente de que, em cada caso, esteja ocorrendo uma dessas duas alternativas, impõe ao membro do Ministério Público o dever de atuar com prudência, serenidade, cuidado e firmeza, para que tenha uma justificada convicção, antes de decidir pela propositura, ou não, da ação civil pública.

Em obra monográfica publicada a respeito do procedimento licitatório, já se destacou a necessidade da mudança de foco no exame das licitações no sentido de permitir alguma flexibilidade quanto a aspectos puramente formais, para dedicar maior atenção a aspectos substanciais, visando a coibir eficazmente a fraude nas licitações:

“Papel de extrema relevância no controle mais efetivo e mais eficaz da regularidade do procedimento e do resultado alcançado pela licitação pode ser desempenhado pelo Ministério Público, junto aos Tribunais de Contas, que pode questionar não só a legalidade, mas, sim, também, a economicidade do contrato decorrente da licitação.

Não é porque se fez uma licitação, não é porque o rito foi seguido, que o resultado passa a ser sagrado, intocável. A licitação tem-se transformado, sim, numa ritualística inconsequente, numa maneira de acobertar a fraude, de dar segurança àqueles que se aproveitam do dinheiro público. É preciso um controle mais acentuado, que hoje é

perfeitamente possível de ser feito pelo Tribunal de Contas, pois existe base constitucional para isso, além de ser função institucional desse tribunal.

Além do controle exercido pelo Tribunal de Contas, resta, ainda, o controle jurisdicional, o controle exercido pelo Poder Judiciário. Ele é essencial, indispensável, porque é a verdadeira seiva da democracia; sem o exercício da jurisdição, não existe democracia, não existe liberdade.

O que acontece hoje em dia em termos de controle da licitação é uma timidez fantástica do Poder Judiciário, que ainda encontra uma barreira enorme na vetusta questão da discricionariedade, da autonomia da administração, da suposta autonomia do Poder Executivo. O Poder Judiciário, como regra geral (ressalvadas honrosas exceções), não vai fundo no exame das questões inerentes à licitação; ele se compraz em examinar a ritualística, em verificar se o edital foi obedecido. Há uma timidez inaceitável em verificar se aquelas condições estabelecidas no edital são pertinentes, sob a alegação de que isso é campo da discricionariedade, pois a administração é que deve saber o que é conveniente e o que não o é. Mas é preciso, sim, verificar a relação de pertinência dos requisitos estabelecidos no edital”.

ADILSON ABREU DALLARI, *Aspectos Jurídicos da licitação, 7ª edição, Saraiva, 2006, pág. 212.*

Esse texto estava mais diretamente focado no Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, mas, sem dúvida, também se aplica ao Ministério Público em geral. A tendência jurisprudencial é no sentido de conferir maior flexibilidade ao atendimento de requisitos formais e concentrar a atenção na parte substancial, ou seja, quanto ao objeto do contrato e as condições de sua efetiva execução. A objeção imotivada ao curso regular da licitação acarreta atraso na execução de programas e projetos de governo, com inegáveis danos para a coletividade.

Adentrando o campo de fatos mais concretos e mais atuais, o jornal *O Estado de S. Paulo* (edição de 30.7.2009, pág. A10) estampa uma relação detalhada de 20 (vinte) acusações formalizadas contra o então prefeito de Ribeirão Preto, Antônio Palocci, todas elas julgadas improcedentes. Evidentemente existe algo errado nessa plethora de acusações/absolvições: ou as denúncias foram irresponsáveis; ou as apurações foram malconduzidas.

Certamente essa dúvida nem existiria se, antes da formalização de cada denúncia, tivesse havido o cuidado de aprofundar o exame dos fatos, inclusive ouvindo o possível eventual acusado, para que se fizesse uma ponderação dos argumentos e provas, de maneira a permitir uma seleção cuidadosa, reduzindo aquela quantidade de denúncias aos casos nos quais houvesse maior plausibilidade da efetiva ocorrência de conduta sancionável.

A sociedade, sem dúvida, como um todo, sairia ganhando, pois o resultado a que se chegou deixa, inevitavelmente, uma sensação de impunidade desmoralizante para o Ministério Público, para a classe política, para a cidadania e para o Estado democrático de direito.

Fato altamente auspicioso, também amplamente noticiado pelos jornais, foi o reconhecimento expresso pelo Conselho Nacional do Ministério Público, de que os procuradores Luiz Francisco de Souza e Guilherme Schelb moveram diversas ações contra o ex-secretário-geral da Presidência da República, no governo Fernando Henrique Cardoso, por motivação pessoal de ordem político-partidária ou ideológica.

É muito importante punir, posteriormente, quem se desviou do regular exercício de suas funções, mas é muito mais importante evitar que situações desse tipo possam ocorrer (e efetivamente ocorrem), acarretando constrangimentos e danos verdadeiramente irreparáveis.

Para evitar o abuso no exercício das funções inerentes ao Ministério Público, é absolutamente necessário afastar a despropositada inimizabilidade que tem sido conferida aos seus membros, seja por temor reverencial, seja por exacerbado corporativismo.

A competência para defender interesses públicos e a independência funcional não afastam a responsabilidade do agente pelos danos injustamente causados e, principalmente, por desvios e descuidos eventualmente praticados.

II. DEVERES INERENTES À COMPETÊNCIA

Toda regra de competência estabelece poderes ou prerrogativas, mas, ao mesmo tempo, compreende o dever de exercê-la e fixa limites ao seu exercício. O inciso III, do art. 129, da Constituição Federal, supratranscrito, deixa claro que o Ministério Público tem o poder/dever de defender interesses difusos e coletivos, mas não lhe confere qualquer imunidade decorrente do mau uso dessa competência, nem retira do cidadão eventualmente afetado a garantia constitucional da reparação pelos danos eventualmente suportados em decorrência da ação estatal desenvolvida por intermédio dessa nobre instituição. Por força do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, toda competência conferida a algum agente do Poder Público acarreta sempre, necessariamente, o dever de exercê-la. Para isso, para exercitar suas competências em favor da coletividade, para satisfazer um interesse qualificado como público é que a administração e seus agentes desfrutam de prerrogativas especiais.

O que foi dito com relação à administração pública em geral tem plena aplicabilidade ao Ministério Público e seus agentes, pois a atuação tanto da instituição quanto de seus agentes é sempre feita em nome do interesse da coletividade, do interesse público. E, para tanto, pouco importa que se aloque conceitualmente o Ministério Público em qualquer dos Poderes do Estado.

Entretanto, dizer que o Ministério Público é obrigado a atuar não significa dizer que, recebida uma denúncia, estaria o agente obrigado a propor uma ação civil

pública. Significa, sim, que o agente fica obrigado a considerar o assunto, a examinar cuidadosamente os fatos narrados e as supostas transgressões apontadas, para, ao fim, firmar sua convicção sobre a plausibilidade ou não da propositura da ação judicial.

No exercício da função pública, não existem prerrogativas puras. Para o Ministério Público, não existe uma liberdade absoluta para a instauração, ou não, de inquérito civil, ao puro e insindicável arbítrio do agente.

Ressalvadas as decisões tipicamente políticas (dos agentes políticos, titulares de mandatos políticos), toda e qualquer decisão de agente público, inclusive do Ministério Público, deve ser devidamente motivada. Obviamente, o motivo não se confunde com a pura vontade do agente. O motivo sempre haverá de ser algo concreto, sindicável, aferível e controlável.

Nem se diga que, por ter assento constitucional, a competência do Ministério Público e de seus agentes teria natureza política, e os atos praticados pelos agentes seriam atos políticos. De resto, atualmente, nem mesmo os agentes políticos gozam de absoluta irresponsabilidade. E a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, já se definiu pelo controle jurisdicional dos chamados “atos políticos” do Estado (relembre-se, como simples exemplo, a recente decisão do STF contrária à posse do ex-presidente Lula como ministro-chefe da Casa Civil da ex-presidente Dilma).

III. PODER E RESPONSABILIDADE

Por expressa disposição do art. 99 da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, a figura do Imperador era inviolável e sagrada, “ele não está sujeito à responsabilidade alguma”. No sistema republicano, é elementar a existência de controles sobre quem quer que exerça uma parcela de Poder Público, pois ninguém tem imunidade. A República é o governo dos iguais. Quem governa não é imanentemente diferente dos governados; o governante é um igual a quem o conjunto dos iguais conferiu esse poder/dever, motivo pelo qual os atos praticados pelo governante sempre devem ser justificados, podem ser controlados e podem ensejar responsabilidades.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, em preciosa monografia que recebeu o expressivo título de “La lucha contra las inmunidades del poder” (*Cuadernos civitas*, Editorial Civitas, Madrid, 3ª ed. 1983, pág. 97) afasta um a um os possíveis argumentos contra a sindicabilidade dos atos praticados pelas autoridades públicas (tais como a discricionariedade e os atos políticos) perante o Poder Judiciário, para afirmar, categoricamente que “El poder administrativo es de suyo un poder esencial e universalmente justiciable”, por diversas razões, bastando referir a razão básica de que “no es un poder soberano”.

O Ministério Público ganhou, felizmente, extraordinário realce na Constituição Federal de 1988, tendo recebido poderes realmente formidáveis, que lhe conferem especial independência e autonomia sem, entretanto, outorgar-lhe o atributo da

soberania, razão suficiente para que se afirme não ser possível aceitar que a instituição e seus agentes desfrutem de inimizabilidade – como, de fato, ocorre.

Afastada a suposta irresponsabilidade, resta agora examinar os fundamentos e as circunstâncias da eventual responsabilidade do Ministério Público e de seus agentes.

IV. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA RESPONSABILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Diversos consagrados autores já enfocaram o tema da responsabilidade do Ministério Público ou, mais exatamente, da aplicação da sucumbência nas ações civis públicas julgadas improcedentes, examinando o assunto à luz da legislação ordinária, mas com vistas aos princípios e às normas de Direito Processual Civil.

O enfoque adotado neste estudo é de ordem constitucional, centrado, mais exatamente no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal, segundo o qual:

“§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Esse é o fundamento constitucional geral da responsabilidade extracontratual da administração pública, em sentido amplo, e de seus agentes. Enfatize-se: o que a norma constitucional, antes transcrita, contempla é a relação jurídica entre administração e administrado, Estado e cidadão. A própria “topografia” do texto nesse sentido nitidamente aponta, eis que o preceito se situa no Título III da Constituição, sob o rótulo “Da Organização do Estado”, desdobrado em comandos atinentes ao sistema político e à ordenação administrativa. Assim, não há segmento algum da estrutura estatal – repise-se, sem qualquer referenciamento à sua divisão em Poderes – imune à incidência da regra em questão. Com um adendo: segundo pacífica inteligência dos doutos e dos tribunais, o § 6º do artigo 37 constitucional estatui um regime de responsabilidade objetiva. É dizer, provado o dano, estabelecido o nexo causal entre este e o agir estatal, surge a obrigação de indenizar, independentemente de culpa ou dolo de parte do agente público. Este, sim, para ser alvo de ação regressiva, há de ter perquirido o elemento subjetivo, como essencial à sua eventual imputação. Mas, quanto ao Estado (*lato sensu*), não: bastam, repita-se, o fato do dano e o liame causal. Nesse sentido amplo, o Ministério Público (tal como também, por exemplo, os tribunais de contas) também faz parte da administração pública, não havendo razão alguma para eximir a instituição e seus agentes da regra geral da responsabilidade.

Não é o caso de se alongar, aqui, sobre as teorias a respeito da responsabilidade patrimonial do Estado, bastando lembrar apenas o essencial, repetindo, mais uma vez, que o Ministério Público e seus agentes integram a administração pública e, nessa condição, atuam sempre em nome e em benefício da coletividade.

Administração pública é atividade de quem não é dono. O administrador público é sempre gestor de coisa alheia. Quem gere coisa alheia está sempre obrigado a atuar em favor do titular da coisa e, conseqüentemente, deve prestar contas de suas ações. Por outro lado, o titular dos interesses defendidos, que é o beneficiário dos atos praticados pelo gestor, deve, igualmente, suportar os ônus e reparar os danos eventualmente acarretados pela atuação do gestor. É isso que, em síntese, está dito no supratranscrito § 6º, do art. 37, da Constituição Federal.

O Ministério Público e seus agentes exercem uma parcela do Poder Público e, assim como todo e qualquer detentor de prerrogativas públicas, recebe seus poderes do povo, mediante um processo distinto de atribuição de tais poderes, prescrito pela própria Constituição. O povo, a coletividade que lhe outorgou poderes e que é beneficiário de sua atuação.

Muitas vezes, a atuação do agente não é arbitrária, mas, a despeito de uma aparente licitude, configura aquilo que a doutrina chama “desvio de poder”, desvio de finalidade, abuso de poder ou abuso de autoridade, figura essa que o saudoso HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo brasileiro*, 29ª edição, Malheiros, 2004, pág. 108) assim conceitua:

“O abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.

O abuso do poder, como todo ilícito, reveste as formas mais diversas. Ora se apresenta ostensivo como a truculência, às vezes dissimulado como o estelionato, e não raro encoberto na aparência ilusória dos atos legais”.

Toda autoridade, ao atuar, ao decidir, exerce uma competência que lhe foi atribuída por lei. Ocorridos os fatos que ensejam o exercício da competência, a autoridade tem o poder/dever de agir. O problema surge quando a lei confere à autoridade uma competência discricionária, que, em tese, comporta uma pluralidade de opções, decisões ou comportamentos.

No caso do Ministério Público, diante da ciência de fatos que, eventualmente, poderiam determinar a propositura de uma ação civil pública, não está o agente obrigado a propor *incontinenti* tal ação. Ao contrário, no exercício de sua competência discricionária, cabe a ele ponderar todas as circunstâncias do caso para, ao final, decidir pela apresentação, ou não, do feito perante o Judiciário.

Como seres humanos que são, os agentes do Ministério Público podem cometer erros de julgamento, involuntariamente, mas também podem atuar com dolo ou culpa, podendo cometer flagrantes arbitrariedades ou atuar com desvio ou abuso de poder.

Conforme assinala a eminente desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, o abuso de poder não ocorre apenas no âmbito da estrutura administrativa do Poder Executivo, mas pode ocorrer também em qualquer ramo ou segmento da atuação estatal, inclusive no âmbito do Ministério Público:

“As construções teóricas em torno do tema abuso do poder ou abuso de autoridade encontraram campo profícuo no âmbito da administração pública. São modalidades clássicas de abuso de poder, de acordo com as doutrinas administrativistas, o excesso de poder, quando a autoridade, embora competente para a prática do ato, vai além do permitido, e torna o ato arbitrário e nulo; e o desvio de finalidade ou de poder, de caracterização e comprovação mais complexas, e que ocorre quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público, tornando o ato igualmente nulo.

O abuso de poder não se restringe, todavia, à administração pública e seus agentes. Pode ocorrer abuso na prática de atos típicos de quaisquer dos Poderes Públicos, podendo-se falar, de forma mais abrangente, em abuso no exercício dos poderes normativo, fiscalizatório e decisório pelos órgãos e integrantes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como no exercício das funções essenciais da Justiça, quais sejam, a Advocacia e a Defensoria Pública e o Ministério Público”.

CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, *“Interesse público e abuso do Poder Público”, in: Abuso de poder do Estado na atualidade, coordenadores Mauro Roberto Gomes de Mattos e Liana Maria Tabora Lima, editora América Jurídica, Rio de Janeiro, 2006, pág. 157.*

Mas, ainda que o agente do Ministério Público tenha atuado licitamente, com a maior diligência, com o maior cuidado, tendo chegado a uma fundada convicção de que deveria ter ingressado com uma ação civil pública, pode ocorrer que a ação proposta venha a ser julgada improcedente.

Em tal situação, não há como deixar de aplicar ao caso a regra geral da responsabilidade extracontratual do Estado (no caso, o Ministério Público) pelos atos praticados de seus agentes, agindo nessa condição.

Existem sentenças judiciais (embora ainda poucas) aplicando a regra da sucumbência ao Ministério Público, havendo até mesmo confirmação em segundo grau, como a que se transcreve:

“Ação Civil Pública – Sucumbência – Tendo proposto ação civil pública em desalinho com o interesse público, e nela sucumbido, o Ministério Público suportará a condenação no pagamento das despesas, porque parte vencida (CPC, ART.20, caput) – Exercendo

a ação, no processo civil, ao Ministério Público tocam ‘os mesmos poderes e ônus que às partes’ (CPC, ART.81, in fine) – Fica Apenas eximido de antecipar as despesas processuais enquanto fiscal da Lei (CPC, ART. 27).Como o Ministério Público é Órgão do Estado, este responderá, cabendo, oportunamente, imputar o valor da condenação em sua verba orçamentária – Apelação desprovida”.

TJRS – Primeira Câmara Cível – Apelação Cível n.º 592.006688

Apelante: Estado do Rio Grande do Sul

Apelado: Município de Porto Alegre e Ministério Público

Relator: des. Araken de Assis – 16.3.1993

O papel da doutrina é, entre outros, o de apontar caminhos para a jurisprudência e, quando for o caso, corrigir distorções e entendimentos divorciados da ordem jurídica estabelecida da Constituição Federal.

Por isso, ela aponta também para a inevitabilidade da reparação de danos morais na espécie, dado que a propositura de ações civis despropositadas acarreta um constrangimento qualificado, muito acima do ônus inerente a uma normal contenda judicial, pois afeta reputações, carreiras, relações familiares e a honra e a dignidade das pessoas injustamente acusadas, cuja integridade é assegurada pelo art. 5º, X, da Constituição Federal.

Nesse exato sentido é o magistério do consagrado ALMIRO DO COUTO E SILVA, que, depois de acentuar que a responsabilidade do Poder Público por dano moral tem raízes constitucionais, especialmente nos incisos V e X do art. 5º da CF, além do §6º do art. 37, afirma:

“Tão imenso é o número de casos em que se verifica a responsabilidade do Estado por dano moral, que me restringirei apenas a dar alguns exemplos em que ele ocorre ou pode ocorrer, muitos deles colhidos na jurisprudência e outros tantos na doutrina, relacionando-os com as três funções do Estado, a Administrativa (ou Executiva), a Legislativa e a Judiciária’.

...

(iv) - instauração de inquérito policial ou denúncia feita com abuso de poder, por má-fé ou erro manifesto da autoridade. Propositura de ação de improbidade pelo Ministério Público, também manifestamente incabível, como reconhecido por decisão final”.

ALMIRO DO COUTO E SILVA, *“Notas sobre o dano moral no Direito Administrativo”, Revista Brasileira de Direito Público, vol. 25, pág. 99.*

Não obstante a clareza e o vigor do entendimento doutrinário, lamentavelmente o Ministério Público e seus agentes têm desfrutado, na prática de uma absurda inimizabilidade, defendida com unhas e dentes pela corporação, mas que é altamente deletéria para a instituição, porque incentiva o abuso e gera um sentimento de desprezo e repulsa no seio da coletividade, que se sente mais agredida do que amparada.

Uma consequência muito significativa do focalizado abuso foi a apresentação, do Projeto de Lei n.º 265/07, com o propósito de alterar as Leis n.º 4.717, de 29 de junho de 1965; n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; e n.º 8.429, de 2 junho de 1992, de modo a deixar expressa a responsabilidade de quem ajuíza ação civil pública, popular e de improbidade temerárias, com má-fé, manifesta intenção de promoção pessoal ou visando à perseguição política, cujos principais artigos se transcrevem:

Art. 3º. O artigo 18 da Lei n.º 7347, de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública – passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, quando a ação for temerária ou for comprovada má-fé, finalidade de promoção pessoal ou perseguição política, haverá condenação da associação autora ou membro do Ministério Público ao pagamento de custas, emolumentos, despesas processuais, honorários periciais e advocatícios (NR)”.

Art. 4º O artigo 19 da Lei n.º 8.429, de 2 junho de 1992, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade ou propositura de ação contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor o sabe inocente ou pratica o ato de maneira temerária.

Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante ou membro do Ministério Público está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado (NR)”.

Muito expressiva e contundente é a justificativa apresentada para essa propositura, pois, lamentavelmente, aquilo que se aponta como razões para a edição de tal lei, efetivamente corresponde à realidade dos fatos:

“Frequentemente, ações civis públicas são propostas com denotada intenção política de ataque a determinado administrador ou gestão. Em outras ocasiões, ações de improbidade são ajuizadas de maneira indiscriminada, simplesmente com o fim de

atender ao clamor de alguns agentes públicos que buscam mais os holofotes da imprensa do que a verdade.

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

Não há como negar a veracidade dessas afirmações e a constante e reiterada ocorrência da propositura de ações civis públicas totalmente despropositadas, que poderiam ser perfeitamente evitadas se os agentes do Ministério Público tivessem agido com um mínimo de cuidado e, acima de tudo, respeitado as garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Em resumo, defender a responsabilidade da administração pública pela sucumbência nas ações civis públicas em nada enfraquece o Ministério Público. Ao contrário, na medida em que pode concorrer para evitar abusos e poupar o aparelhamento judiciário da sobrecarga de ações despropositadas, isso aumenta a respeitabilidade e a eficiência dessa notável instituição.

V. CONCLUSÃO

A primeira e mais relevante conclusão é no sentido de reafirmar a importância e a essencialidade do trabalho que vem sendo desenvolvido pelo Ministério Público no uso das competências e com força no status que lhe foram conferidos pela Constituição Federal de 1988. Existem, sim, algumas distorções, mas é mais fácil aparar as arestas e coibir os excessos do que conviver com o Ministério Público amorfo, impotente e insignificante de antigamente. No essencial, que é a defesa dos interesses públicos ou, mais exatamente, na defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público tem cumprido seu papel.

Isso, todavia, não justifica qualquer endeusamento que impeça enxergar essa instituição no contexto republicano, no qual não existe espaço para a inimizabilidade, nem da instituição, nem de seus agentes, pois a responsabilidade dos que, de qualquer forma, atuam em nome do Poder Público é um dos princípios fundamentais da República. Confira-se:

“República é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente.

São, assim, características da república a eletividade, a periodicidade e a responsabilidade. A eletividade é instrumento da representação. A periodicidade assegura a fidelidade aos mandatos e possibilita a alternância no poder. A responsabilidade é o penhor da idoneidade da representação popular.

Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido. Como o povo não pode apresentar-se na função de governo, os seus escolhidos o representam. Governam em seu nome, no seu lugar, expressando sua vontade”.

GERALDO ATALIBA, *República e constituição*, Editora RT, São Paulo, 1985, pág. 1X

Essa advertência vale para os agentes públicos em geral, afastando a insindicalidade dos chamados “atos políticos” e, com muito maior razão, vale para todo e qualquer ato administrativo, seja qual for a autoridade que o pratique e seja qual for o seu grau de autonomia e independência.

Não há como deixar de responsabilizar quem, no exercício de sua competência, causa danos a outrem ou, mais gravemente, quem, desbordando dos limites de sua competência, atuando de maneira negligente ou abusiva, ofende a ordem jurídica e viola garantias constitucionais.

Felizmente, os excessos e abusos atualmente ocorrentes podem ser (e estão sendo) pouco a pouco corrigidos, na medida em que o Ministério Público, cada vez mais, respeitando o direito das pessoas ao devido processo legal e à ampla defesa, tem preferido instaurar o inquérito civil antes de ingressar diretamente com a ação civil pública de responsabilidade.

O inquérito civil permite o melhor conhecimento dos fatos e enseja, principalmente, a lavratura do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que permite atingir mais rápida e diretamente o interesse público almejado.

Já foi salientado, no início deste estudo, o nosso entendimento no sentido da obrigatoriedade da instauração do inquérito civil. Seja permitido re-produzir aqui uma pequena passagem do trabalho anterior ali mencionado e já publicado:

“Fazendo-se uma comparação, no campo do direito administrativo, pode-se dizer que o inquérito civil está para a ação civil pública, assim como a sindicância está para o processo administrativo. Não é possível instaurar-se um processo administrativo disciplinar genérico, para que, no seu curso, se apure se, eventualmente, alguém cometeu alguma falta funcional.

Não é dado à administração pública, nem ao Ministério Público, simplesmente molestar gratuitamente e imotivadamente qualquer cidadão, por alguma suposta eventual infração da qual ele, talvez, tenha participado.

Vale também aqui o princípio da proporcionalidade inerente ao poder de polícia, segundo o qual só é legítimo o constrangimento absolutamente necessário e na medida do necessário.

Repugna a consciência jurídica aceitar que alguém possa ser constrangido a figurar como réu numa ação civil pública perfeitamente evitável. Configura abuso de poder a propositura de ação civil pública temerária, despropositada, não precedida de cuidados mínimos quanto à sua viabilidade.

Não há razão alguma para que se deixe de aplicar, em relação ao Ministério Público, o preceito contido no art. 37, §6º, da Constituição Federal, que estabelece a responsabilidade patrimonial da administração pública por danos causados por seus agentes. Da mesma forma, conforme já tem reconhecido (timidamente) a jurisprudência, o Ministério Público enquanto atuar como parte na relação processual civil, deve suportar os ônus da sucumbência, pois o sistema republicano (conforme a magnífica lição de GERALDO ATALIBA) é incompatível com a irresponsabilidade de quem exerce prerrogativas públicas.

A realização ou não do inquérito civil, como providência preliminar à promoção da ação civil pública, pode ser um importantíssimo indicador do nível de correção da conduta do agente do Ministério Público, da sua maior ou menor diligência no exercício de suas funções.

A experiência prática tem revelado a ocorrência desagradavelmente frequente de ações civis públicas totalmente despropositadas, que poderiam ter sido perfeitamente evitadas se o promotor público tivesse tido a mais mínima e elementar das cautelas, que é simplesmente ouvir o suposto infrator”.

ADILSON ABREU DALLARI, “Obrigatoriedade de realização de inquérito civil”, RTDP 26/68-76, São Paulo, Malheiros, 1999.

Mesmo que não se aceite esse entendimento, não há como negar a utilidade do inquérito civil e, principalmente, o fato de que sua instauração, ou não, funciona como um importantíssimo indicador na verificação da regularidade da conduta do agente do Ministério Público nos casos de ação civil pública julgada improcedente.

A defesa da probidade administrativa deve começar dentro de casa. Agentes do Ministério Público (ao contrário da credence reinante) não são vacinados contra atos de improbidade e podem, sim, eventualmente, cometer atos atentatórios à probidade no exercício da função pública.

Assinale-se, porém, que improbidade não se confunde com ilegalidade, pois a configuração daquele vício sancionável depende da verificação do elemento subjetivo, conforme ensina a melhor doutrina, nessas duas passagens que são abaixo transcritas:

“‘Probidade’ significa honradez, honestidade. ‘Improbidade’ é desonestidade, ausência de honradez. O termo de que o Constituinte se serviu para designar a categoria de ilícitos que quis instituir tem carga significativa acentuada, que interfere profundamente com o elemento subjetivo das condutas configuradoras de improbidade administrativa. O elemento subjetivo é o vínculo psicológico, o nexó subjetivo que une o agente ao resultado. A improbidade pressupõe, sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória. Não deve, pois, existir ato de improbidade, ainda que de caráter omissivo, sem impulso subjetivo, sem propósito de violação de um dever jurídico – este, tomado na sua acepção mais ampla, compreendendo tanto a transgressão direta à fórmula literal do preceito legal como a contrariedade velada, que importa desvio em relação aos fins legais ou desatendimento aos motivos legalmente qualificados”.

FRANCISCO OCTAVIO DE ALMEIDA PRADO, *Improbidade administrativa*, São Paulo, Malheiros, 2001, pág. 37.

“Porém, o vício de imoralidade administrativa, para caracterizar improbidade, requer uma especial qualificação do ato e seus efeitos, demonstrativa da inabilitação moral e do desvio ético de conduta do agente público. A improbidade administrativa revela-se quando o agente público rompe com o compromisso de obediência aos deveres inerentes à sua função, e essa qualidade é fornecida pelo próprio sistema jurídico através de seus princípios e de suas normas das mais variadas disciplinas.

Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na administração pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de precaução ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública”.

WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, *Probidade administrativa*, 2ª edição, Saraiva, 2002, pág. 113.

Parece oportuno traçar aqui um paralelo. Nem todo ilícito configura improbidade. Se assim fosse, a cada mandado de segurança concedido deveria seguir-se uma ação civil pública de responsabilidade. Já se sabe que a lei, normalmente, permite uma pluralidade de entendimentos e pode ocorrer que a autoridade im-

petrada tenha, simplesmente, dado à lei um entendimento diferente daquele consagrado pela ordem jurídica. A correção judicial do ilícito, em tal caso, não enseja punição alguma ao agente.

Da mesma forma, uma ação civil pública julgada improcedente não permite concluir, fatalmente, que o agente do Ministério Público vencido tenha agido com dolo ou culpa. Pode ocorrer que ele tenha dado à lei uma das interpretações possíveis, mas que não corresponda àquela consagrada pela ordem jurídica, segundo o entendimento predominante na doutrina e/ou nos tribunais. Mas também pode ocorrer (e efetivamente ocorre) que o agente tenha movido a ação por motivos menos nobres, pessoais, político-partidários ou ideológicos, sem ter dado qualquer oportunidade **prévia** de defesa ao injustamente acusado.

A atuação regular, honesta e escorreita do agente do Ministério Público não exime o Estado de reparar os danos causados ao acusado, quando a ação civil pública é julgada improcedente. Mas a atuação, despropositada, maliciosa e abusiva do agente do Ministério Público, além de gerar o dever estatal de indenizar, deve, também, necessariamente, ensejar a ação regressiva prevista na parte final do § 6º, do art. 37, da Constituição Federal.

Corporativismo é o egoísmo coletivo, que normalmente cega as pessoas envolvidas com determinado assunto que afeta toda uma categoria profissional. O Ministério Público tem defendido tenazmente a inaplicabilidade da sucumbência nas ações civis públicas, seja qual tenha sido a conduta de seu agente, sem considerar o possível ou eventual desvio de conduta. Agindo dessa forma, estimula o abuso e compromete o prestígio da instituição.

Todo advogado sabe que, normalmente, em uma ação judicial, sempre uma das partes haverá de ganhar, enquanto a outra será derrotada. Perder não é demérito ou motivo de vergonha, desde que se tenha agido com correção e denodo, após um estudo cuidadoso do assunto, antes de aceitar a causa.

Da mesma forma, o Ministério Público haverá de entender que sucumbir em uma ação civil pública, não significa demérito ou opróbrio, desde que se tenha atuado com a devida tenacidade e lealdade e, antes de decidir pela propositura do feito, tenha o agente ministerial estudado cuidadosamente o caso e suas circunstâncias, inclusive respeitando o mais elementar direito de qualquer acusado, qual seja o de, previamente, apresentar defesa. Defesa prévia é uma expressão pleonástica.

Em qualquer hipótese, porém, tenha o agente do Ministério Público atuado corretamente ou com abuso de poder, sempre haverá necessidade de indenizar a parte vencedora pelos danos experimentados, pois é exatamente isso que determina a Constituição Federal, que não confere imunidade a qualquer segmento, órgão, entidade ou agente que tenha agido em nome do Poder Público.



DIRCÊO TORRECILLAS RAMOS

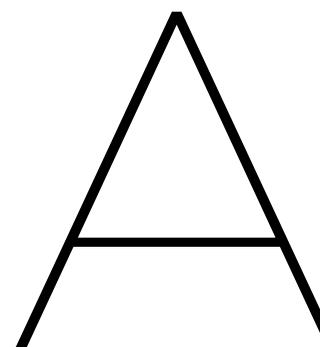
ASPECTOS
DO DIREITO
CONSTITUCIONAL
MILITAR

DIRCÊO TORRECILLAS RAMOS

GRADUADO PELA PUC-SP; MESTRE, DOUTOR, LIVRE-DOCENTE PELA USP; PROFESSOR CONVIDADO PUC/PÓS; MEMBRO DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP; MEMBRO DA ACADEMIA PAULISTA DE LETRAS JURÍDICAS (APLJ); MEMBRO DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO (IASP); IPSA - INTERNATIONAL POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION; APSA - AMERICAN POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION E CORRESPONDENT OF THE CENTER FOR THE STUDY OF FEDERALISM - PHILADELPHIA USA.

SUMÁRIO: POLÍCIA MILITAR NOS MOVIMENTOS; DISPERSÃO NOS MOVIMENTOS; INTERVENÇÃO - DÚVIDAS E ESCLARECIMENTOS; LEI N.º 9.299/96 E LEI N.º 13.491/2017 - CONSTITUCIONALIDADE; O INQUÉRITO POLICIAL MILITAR NOS CRIMES MILITARES DE HOMICÍDIO DOLOSO CONTRA CIVIL; O PROCESSO E O JULGAMENTO; CRIMES PREVISTOS NO CPM E OS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO PENAL; A JUSTIÇA MILITAR; JUSTIÇA MILITAR: ISENÇÃO E EQUILÍBRIO; JUSTIÇA MILITAR NOS CRIMES DOLOSOS CONTRA VIDA PRATICADOS POR MILITARES COM VÍTIMA CIVIL; JUSTIÇA MILITAR - A PROBLEMÁTICA DO JÚRI; CELERIDADE PROCESSUAL, AUDIÊNCIA UNA, JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA MILITAR; O SERVIÇO MILITAR; QUESTIONAMENTOS; OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA; SERVIÇOS ALTERNATIVOS.

POLÍCIA MILITAR NOS MOVIMENTOS



A POLÍCIA MILITAR TEM O DIREITO E O DEVER DE COMBATER OS MANIFESTANTES que se excedem. Segundo o artigo 144 da Constituição da República Federativa do Brasil, constante do capítulo III, que trata da segurança pública, no Título V, da defesa do Estado e das instituições democráticas; “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos”: inciso V – “polícias militares e corpos de bombeiros militares”. O § 5º do citado artigo expressa que “Às polícias militares, cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública...” No § 6º, determina que as polícias militares são forças auxiliares e reserva do exército, subordinadas aos governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos territórios se e quando houver. Depreende-se que para manter a ordem deve haver desordem. Os fatos, ocorridos no Rio de Janeiro e antes em São Paulo, têm demonstrado violência contra os patrimônios público e privado. São destruições, quebram-se vidros, portas, aparelhos, instrumentos e até mesmo chegam a saquear lojas e escritórios. Em alguns casos, foram utilizadas bombas “molotov”. Essa situação coloca em risco as pessoas que não participam e mesmo as que o fazem pacificamente. Para o restabelecimento da ordem, como atividade especializada e ostensiva, a Polícia Militar não tem um direito, mas, sim, um dever constitucional de agir.

Saliente-se que, no exercício de suas funções, deve obediência aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da intimidade, da privacidade, da imagem, do sigilo, previstos, também, em nossa Lei Maior e poderá chegar ao extremo de atingir integridade física, mortes, prisões, porque já estão em flagrante delito ou para averiguação, conforme a resistência e agressões dos atos de vandalismo truculentos e depredação. Evidentemente, as circunstâncias momentâneas verificadas, no Rio de Janeiro, facultam o rigor dos policiais, que não devem ficar apenas apreciando os

acontecimentos, permanecendo em risco pessoas e bens. Entretanto, pelos abusos, estes também respondem com apuração pela corregedoria da Polícia Militar, de acordo com o artigo 144, § 4º, do Texto Supremo e julgamento no Tribunal de Justiça Militar, onde houver, ou na Justiça Comum, ou se for o caso no tribunal do júri. Cumprindo o dever imposto, atentos à necessidade das medidas, a utilização adequada dos meios para atingir seus fins, proporcionalmente às exigências, evitando-se a exposição dos agentes em movimentos, preservando a intimidade, a privacidade e a imagem de pessoas que possam posteriormente provar sua inocência, estarão agindo nos interesses da sociedade. Mesmo aqueles que extrapolam, terão seus atos apurados, pela Polícia Civil, conforme artigo 144, § 4º, da Constituição, e não por comissão especial, serão processados e punidos civil e criminalmente, com respeito às garantias oferecidas pelo Estado de direito. Inclui-se aqui o sigilo de dados e telefônico que somente poder-se-á quebrar por ordem judicial, conforme o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal que assim expressa: “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”.

Conclui-se, pelo exposto, que obedecidas as condições impostas, havendo abusos nas manifestações, impõe-se, sim, à Polícia Militar, subordinada a governador do Estado, a atuação enérgica, para reprimir os excessos e manter a ordem conforme a Lei Máxima e as leis infraconstitucionais.

DISPERSÃO NOS MOVIMENTOS

DISPERSÃO DO AJUNTAMENTO - AGRUPAMENTO.

Existem dois tipos de ajuntamento. Um armado e outro não armado de natureza a perturbar a tranquilidade pública. O armado poderá ser composto de indivíduos que as possuem aparentes ou escondidas. Esses ajuntamentos devem ser dispersos pela autoridade pública. Conforme os ensinamentos de Colliard, exemplificando com o caso francês, mas com possibilidades de adaptação ao Brasil, deve haver uma previsão legal para legitimar o emprego da força, o uso das armas pelas forças de manutenção da ordem. Após uma experiência com o cerimonial estabelecido por lei de 1848, verificou-se que não correspondia diante das aglomerações massivas. Admitiu, em decorrência, que a polícia, poderia, por outro lado, fazer uso de suas armas, fora do protocolo de dispersão se ela se defende, não tem outro meio de proteger um posto ou um terreno que tem a missão de guardar. Um decreto de 24 de agosto de 1960, em seus artigos 4 a 7, re-

gulamenta, atualmente, o procedimento de dispersão naquele país. Estabelece sanções penais às infrações das regras de ajuntamento. As pessoas reunidas podem ser acionadas diante do tribunal correccional. Os danos causados às pessoas e aos bens pelos transtornos resultantes dos tumultos são regidos por regras de responsabilidade, fixadas em lei, consagrando a ideia de riscos, com a partilha, em princípio, pela metade da carga da responsabilidade entre a comuna e o Estado. Leva-se em consideração se a comuna foi omissa ou, pelo contrário, se não dispõe de polícia.

Nessa evolução, demonstrou-se a utilização dos meios necessários para a defesa da ordem, das pessoas e dos bens. Quanto aos danos pessoais e materiais, há a responsabilidade dos órgãos públicos. Não poderia ser de outra forma, porque são os encarregados para manter a ordem e oferecer a segurança. É mais um motivo a justificar a ação das polícias nos movimentos. É um dever, sob pena de serem eles próprios punidos.

No controle incipiente, havia muitas formalidades necessárias para o uso de armas brancas ou de fogo, e não eram assim consideradas as diversas práticas policiais, como golpes de punho, de pés, de botas, uso de bicicletas ou pressão exercida pelos cavalos.

Estes meios hodiernamente utilizados, podem ser, conforme o caso, necessários ou classificados como abusos, porque outras possibilidades existiriam. A polícia atua sob limites estabelecidos em regras. Entre outros requisitos de legalidade, como existência de motivos, a necessidade da medida de polícia, há a proporcionalidade na medida de polícia. Ou seja, tem como objeto evitar uma ameaça real ou ao menos muito provável atentado à ordem pública ou a outra liberdade. Nesse caso, quando as manifestações são violentas há a necessidade da medida de polícia, mas se torna difícil evitar, porque os atores não avisam as autoridades competentes, conforme manda a Lei Magna. Além disso, os grupos podem ocupar um lugar outro e ir de um para outro. São agrupamentos distintos e distantes, apresentam-se como surpresa, iniciam pacificamente e com um determinado tipo de sinal partem para a violência, destruições, atingindo pessoas e bens materiais. Quando a polícia toma conhecimento, os fatos estão consumados total ou parcialmente, conforme o local e a possibilidade de chegar a tempo de agir.

Quanto à proporcionalidade, deve haver uma limitação na medida de polícia segundo uma proporção. Poderá ocorrer um conflito de liberdades, como entre a locomoção a pé, de veículo e a de reunião em um local, a via pública interrompendo o trânsito, ou um conflito com duas reuniões no mesmo local, dia e horário, sem aviso, entre a reunião e a ordem pública. Muitas vezes, sendo pacíficos os movimentos, as liberdades e a ordem são susceptíveis de conciliação, embora não haja o aviso. Por outro lado, poderá surgir o confronto. Desrespeita-se a preferência pelo direito de locomoção em relação à reunião. As ações vão tomando proporções imprevisíveis e justificam as reações para manter a ordem.

A VERIFICAÇÃO DA IDENTIDADE - CONTROLE - PRISÃO.

Em razão das ações delituosas nos movimentos, impõe-se um controle de identidade e condições de verificação desta, além da guarda e da eventual detenção provisória. No sistema francês, faz parte do direito à segurança. Os agentes da polícia nacional são competentes para proceder os controles de identidade. A verificação estabelece um tempo que não poderá exceder a quatro horas. Com relação à guarda *garde à vue*, na ausência de flagrante, não poderá ser efetivada senão num quadro de investigação preliminar. A confissão é exigida pelo Código de Processo Penal, para permitir a colocação em guarda. Eventualmente, poderá ocorrer a detenção provisória, tendo em vista a gravidade da infração perseguida. Esta não é decidida pelo juiz de instrução, mas pelo juiz das liberdades e da detenção, poderá ser decisão tomada por uma proposta motivada do juiz de instrução.

São procedimentos do direito comparado que podem justificar, fundamentar as medidas do Direito brasileiro e em alguns aspectos serem adaptados à nossa realidade, vez que problemas e os objetivos são os mesmos.

INTERVENÇÃO - DÚVIDAS E ESCLARECIMENTOS

Várias são as circunstâncias que condicionam as intervenções da União nos Estados e no Distrito Federal, previstas dos artigos 34 a 36 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Algumas são vinculantes e assim estão expressas, dependendo de solicitação de órgãos do Poder Legislativo ou requisição do Poder Judiciário e ainda do provimento do Supremo Tribunal Federal, de representação do procurador-geral da República. No caso atual, do Rio de Janeiro, prevista no artigo 34, inciso III, para “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública”, trata-se de ato discricionário, independe de solicitações ou autorizações, conforme o Texto Maior, artigo 36, que expressa os casos condicionados. Esse artigo, em seu § 1º determina: “O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa do Estado, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas”. Evidentemente, a Assembleia Legislativa apreciará no caso de intervenção de um Estado-membro em município. Em todas as hipóteses, o decreto será submetido à apreciação parlamentar em 24 (vinte e quatro) horas. O § 4º, do artigo 36, manda que: “Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal”.

Em consonância com a Lei Magna, artigo 49: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional”... IV – “aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas”.

Competência exclusiva quer dizer vedado o exercício ou delegação a outros agentes, como ocorreria nas atribuições, comuns, concorrentes ou privativas. Suspender as medidas poderá significar interromper temporária ou definitivamente ou cessar. Conforme retromencionado, este último caso é decorrência da apreciação pelo Congresso ao lhe ser submetido em 24 (vinte e quatro) horas, e o decreto for rejeitado. Convém lembrar que, sendo decreto, ato discricionário do chefe do Executivo poderá ser revogado por outro dele próprio.

O artigo 57, § 3º, da Constituição Federal, estabelece os casos de reunião em sessão conjunta, no Congresso, entre outros previstos em seu texto, portanto, devem ser expressos e não contemplam o caso da intervenção federal.

O artigo 57, § 6º, determina a convocação extraordinária do Congresso Nacional e far-se-á: I - “Pelo presidente do Senado Federal, em caso de decretação de estado de defesa ou de intervenção federal...” e no inciso II, pelo presidente da República, pelos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal... em caso de urgência ou interesse público relevante..., com aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional. Não exige a maioria qualificada para o inciso I. Evidencia a maioria absoluta, mais da metade de todos os membros, 257 na Câmara e 41 no Senado, em sessões separadas. Para a intervenção, basta a presença da maioria absoluta, 257 e 41, para aprovação pela maioria dos presentes (art. 47 CF).

O artigo 60, § 1º, proíbe a emenda à Constituição, na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Quer dizer que a previdência, o foro não poderá prosseguir por meio de emenda, mesmo que haja uma suspensão temporária. Também não poderá discutir esses projetos para aprovação posterior, visto que a garantia é para situações de anormalidades, evitando medidas autoritárias próprias de regime de exceção. Seria contrariar o sentido teleológico, prospectivo de norma constitucional proibitiva. Uma solução proposta é cessar a intervenção para aprovar emendas e decretar novamente, mas seria declarar a desnecessidade, diante do tempo para findar o processo legislativo, que exige aprovação em dois turnos; por 3/5 (três quintos) dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional. A medida exigiria, ainda, no intervalo, para manter a segurança, a Garantia da Lei e da Ordem (GLO), exercida pelas Forças Armadas, sem a nomeação do interventor e as condições para a intervenção (art. 36, § 1º).

Conforme o artigo 84, inciso X, é da competência privativa do presidente da República, decretar e executar a intervenção federal. Se é de sua competência decretar, também o é para cessar, por meio de outro decreto revocatório, cabendo ao Congresso, exclusivamente, aprovar ou, também, suspender a medida. O chefe do executivo tem o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional. Conforme os artigos 89, 90, 91 são órgãos de consulta, que podem opinar, pronunciar-se, assessorar, não necessariamente, mas a critério do presidente da República, nos casos de Intervenção. Se assim não fosse, o texto da Lei Magna expressaria, conforme o artigo 136, para o estado de defesa, ou o artigo 137, para o estado de sítio: “O presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa

Nacional, decretar ou solicitar...”. No caso da intervenção, não faz tal exigência. Ainda mais, o decreto entra em vigor imediatamente, perderá os efeitos *ex nunc*, se rejeitado, ou seja, após essa não aprovação. Não determina o prazo para apreciação pelo Congresso nem o *quorum* para decisão, como no caso do estado de defesa que é de 10 (dez) dias e por maioria absoluta (art. 136, §§ 4º e 6º). Assim sendo, bastam 257 presentes para deliberar; na Câmara, poderá ser aprovado, o decreto, por maioria dos presentes (simples); da mesma forma no Senado, comparecendo 41 senadores, de acordo com o artigo 47 da Constituição Federal.

Pelo artigo 142 da Constituição federal, “As Forças Armadas constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob autoridade suprema do presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”. E pelo artigo 144, a segurança pública garante a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil (144, § 5º). Define, ainda, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros como forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se com a Polícia Civil, aos governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos territórios.

Deflui dos textos que a autoridade suprema das Forças Armadas é o presidente da República (art. 84, XIII), tem por missão garantir a lei e a ordem por solicitação deste, bem como os poderes constitucionais do Estado, requisitado pelo governador, conjugando esse dispositivo com o artigo 36, § 1º. São tarefas das Forças Armadas e dos policiais militares a preservação da ordem pública e, para tanto, devem estar preparados. Ainda que seja função específica dos militares estaduais, estes se compõem como forças auxiliares e reserva do exército e trabalharão em conjunto, sendo que, no caso de intervenção federal, estarão submetidos ao interventor nomeado general do Exército.

Devemos lembrar que agirão como militares. Estarão sujeitos, os agentes, ao controle da Justiça militar. De acordo com a Lei nº 13.491/2017, passou a considerar, militares, os crimes previstos no Código Penal Militar e os previstos na legislação penal (art.9º do CPM). No § 2º diz: “Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça militar da União se praticados, entre outros, no contexto: I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo presidente da República (art. 84, XIII) ou pelo ministro de Estado da Defesa; II - de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou III - de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no artigo 142 da Constituição Federal...”.

Nos mesmos casos de homicídios dolosos, os policiais militares são julgados pelo tribunal do júri, conforme artigo 125, § 4º, da Lei Magna, entretanto, no caso de intervenção, no Rio de Janeiro, atuarão, sob o comando do Exército e como forças auxiliares e reserva deste, merecendo o mesmo tratamento de órgãos especializados, no exercício de função especializada.

LEI N.º 9.299/96 E LEI N.º 13.491/2017

CONSTITUCIONALIDADE, O INQUÉRITO POLICIAL MILITAR NOS CRIMES MILITARES DE HOMICÍDIO DOLOSO CONTRA CIVIL, O PROCESSO E O JULGAMENTO, CRIMES PREVISTOS NO CPM E OS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO PENAL. ADI 5.804/17 (AINDA NÃO JULGADA)

Há divergências entre a Polícia Militar e a Polícia Civil quanto à competência para o inquérito policial militar (IPM) ou o inquérito policial (IP), na apuração de crimes militares de homicídio contra civil. Isso decorre do fato que o inquérito deve ser enviado à Justiça Comum para julgamento por um júri popular. Agora com o alcance aos crimes previstos na legislação penal, independentes dos códigos Penal Militar e Penal Comum, e a exclusão dos militares das Forças Armadas, do Júri (Lei n.º 13.491/17). Os casos merecem interpretações gramatical, histórica, sistemática, teleológica e hierárquica dos textos constitucional e legal.

Diz o artigo 125, § 4º, da Lei Maior:

“Compete à Justiça militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”.

Note-se que a competência para julgar os militares estaduais em crimes militares definidos em lei é da Justiça militar, estadual, excepcionando-se a competência do júri quando a vítima for civil. A exclusão da Justiça militar para julgar não veda à Polícia Judiciária Militar a apuração por meio do inquérito policial militar. No julgamento dos crimes dolosos contra a vida, homicídio praticado por civis também exclui a Justiça Comum e remete ao júri. É uma decorrência do texto constitucional no artigo 5º, inciso XXXVIII, letra “d”, que diz:

XXXVIII. “É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

(..)

d. a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

Portanto, a exclusão é de ambos para julgar, neste caso, da Justiça militar e da Justiça comum. Nada impede que os inquéritos respeitem a dicotomia. É, na verdade, uma exigência do militar, dada a especialização.

A lei referida, que define os crimes militares é o Decreto-Lei n.º 1.001 de 1969 – o Código Penal Militar, no artigo 9º:

“Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

(...)

II. os crimes previstos neste código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

(...)

c. por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil.

(...)”

O artigo 9º do CPM foi alterado pela Lei n.º 13.491, de 13 de outubro de 2017.

Art. 1º. O art. 9º do Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.9º (...)

(...)

II. os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

(...)

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do tribunal do júri.

§ 2º os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça militar da União, se praticados no contexto:

I. do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo presidente da República ou pelo ministro de Estado da Defesa;

II. de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III. de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica;

Lei Complementar n.º 97, de 9 de junho de 1999;

Decreto-Lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar; e

Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral”. (NR)

O artigo 205 do Código Penal Militar prevê a hipótese de “matar alguém”, “homicídio doloso”, um crime contra a pessoa. Repete o artigo 121 do Decreto-Lei n.º 2.848 de 1940 – o Código Penal, ou seja, a lei comum. Caracteriza-se, desse modo, como um crime impropriamente militar, portanto, não deixa de ser militar. Trata-se de legislação penal nas circunstâncias de crime militar, conforme artigo 1º, da Lei n.º 13.491/17, que altera o CPM.

Deve ser esclarecido que o ato antijurídico poderá ser um crime militar ou um delito comum, apenas, praticado pelo militar. Decorre dos textos que os atos subsumidos ao artigo 9º, caput, inciso II, letra c, são crimes definidos como militares e sujeitos ao IPM, inquérito policial militar, embora o julgamento seja pelo júri. Lado outro, o crime, impropriamente militar, praticado pelo militar, em outras circunstâncias, este, sim, deverá ser apurado por inquérito policial civil, julgado pelo júri, porque previsto, também, no Código Penal comum.

Não é sem razão que o artigo 144, § 4º, da CF/88 assim dispõe:

“Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Ora, se há pretensão de confundir a Justiça militar e julgamento com a Polícia Militar e inquérito para excluir esta, pelo artigo 125, § 4º, o que não está escrito, e afastar a Polícia Civil, como expressamente manda o artigo 144, § 4º, não haverá inquérito e estaremos diante da impunidade do homicida. Não nos é dado colocar nas normas constitucionais o que dela não consta, nem retirar o que nela está inserido. Com efeito, afastada por dispositivo escrito e específico a Polícia Civil, resta a faculdade da Polícia militar para o inquérito.

São excepcionadas as infrações militares das civis. A Lei n.º 9.299, de 7 de agosto de 1996, é anterior à Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, que dá nova redação ao § 4º, do artigo 125, da CF e somente poderá ser recepcionada se interpretada conforme a Constituição. Deu nova redação ao conceito de crime mi-

litar do art. 9º, II, c, do Código Penal Militar, em seu parágrafo único diz que: “os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.” e no artigo 2º, que o artigo 82 do Decreto-Lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1969 – CPPM passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 82. “O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz:

(...)

§ 2º Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça militar encaminhará os autos de inquérito policial militar à Justiça comum”.

Quando o artigo 82 é especial, reconhece suas especificidades, refere-se ao foro e ao excepcionar os crimes dolosos contra a vida com vítima civil é para o processamento e julgamento e não para realização do inquérito. Assim não fosse, qual a razão do § 2º determinar à Justiça militar o encaminhamento dos autos do inquérito policial **militar** à justiça comum. Se fosse crime de atribuição investigatória da polícia civil, por que foi à Justiça militar? Evidente que gramatical e sistematicamente o texto da Lei Maior e da Lei envolvem a Justiça Militar, falam de inquérito policial militar porque este é da competência da Polícia Judiciária Militar (arts. 7º e 8º do CPPM) em harmonia com os artigos 125, § 4º e 144, § 4º, da Constituição Federal, este último excluindo determinadamente a Polícia Civil.

A resolução do secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo – SSP/SP, n.º 110, de 19.7.2010 em flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade diz no seu artigo 1º:

“Nos casos dolosos contra a vida, praticados por policiais militares contra civis, os autores deverão ser imediatamente apresentados à autoridade policial civil para as providências decorrentes de atividade de polícia judiciária, nos termos da legislação em vigor (art. 9º, parágrafo único do Código Penal Militar, e art. 10º, § 3º, c/c art. 82, do Código de Processo Penal Militar)”.

Essa referida resolução acabou sendo apreciada pelo Pleno do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo (TJM/SP), havendo o reconhecimento da inconstitucionalidade, ocasião em que se assentou que, embora a Lei n.º 9.299/96 tenha determinado a remessa do inquérito policial militar à Justiça comum, e, com a Emenda Constitucional n.º 45/04, tenha estabelecido a competência de processo e julgamento pelo júri, não retirou a natureza do crime militar, mas apenas mudou a competência jurisdicional, tanto é que a Lei n.º 9.299/96 man-

teve as atribuições da Polícia Militar, como Polícia Judiciária Militar, disciplinada no Código de Processo Penal Militar (arts. 7º e 8º), procedimento este constitucional, conforme assentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade, n.º 1.494-3. Dessa forma, decidiu o TJM/SP:

“POLICIAL MILITAR. Conteúdo normativo da Resolução SSP 110, de 19.7.2010 reconhecido – Observância da reserva de plenário nos termos do art. 97, da Constituição Federal – A Lei n.º 9.299/96 e a EC n.º 45/04 apenas deslocaram a competência para o júri, para processar e julgar crimes militares dolosos contra a vida, com vítimas civis – Manutenção da natureza de crime militar (art. 9º, CPM) impõe a aplicação do § 4º, do art. 144, do CPM – Competência exclusiva da polícia judiciária militar para a condução da investigação – Inconstitucionalidade reconhecida da Resolução SSP 110, de 19.7.2010 – Decisão unânime.” (TJM/SP – Pleno – Arguição de Inconstitucionalidade n.º 001/10 – rel. Juiz Paulo Adib Casseb – J. 3.12.2010).

Como vimos anteriormente e esclarecemos de forma sistemática, o parágrafo único, artigo 9º, do CPM afirma que “os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da Justiça comum”. Trata do julgamento, e não do inquérito. O § 3º, do artigo 10º, do CPPM, esclarece:

“Se a infração penal não for, evidentemente, de natureza militar, comunicará o fato à autoridade policial competente, a quem fará apresentar o infrator. Em se tratando de civil, menor de 18 anos, a apresentação será feita ao juiz de menores”.

Destaque-se que o § 3º, do artigo 10º, do CPPM, é enfático ao se referir às infrações penais que não são de natureza militar e conjugado com o artigo 82 do mesmo diploma, como já analisamos expressamente em seu § 2º, “a Justiça militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça comum.” Repita-se é inquérito policial **militar**, e, por essa razão, segue para a Justiça militar, que encaminhará à Justiça comum, se crime doloso e não houver excludente de criminalidade.

Se a resolução SSP- 110/2010 cita esses dispositivos, separa a natureza militar dos delitos, da natureza civil, fora do conceito e requisitos do art. 9º do CPM, atribuindo competência para apuração daqueles à Polícia Judiciária Militar e, destes, à Polícia Judiciária Civil estará conforme a Constituição e as leis. Entretanto, ao pretender padronizar e se essa interpretação for no sentido de unificar, incidirá num choque frontal, gramatical e sistematicamente com a Lei Magna e as demais, numa inconstitucionalidade e ilegalidade, além de apresentar contradições entre o que pretende e os próprios textos em que fundamenta as pretensões. Ainda que se entendesse por outras formas, desrespeitaria a hierarquia das regras e princípios, vez que uma lei não poderá prevalecer ante a Constituição e a resolução, por maior razão, não subsistirá em confronto com ambas.

Há de se entender, por acréscimo, o prevalecer de normas específicas em relação às gerais, as superiores em relação às inferiores, as exceções em vista às regras e

a recepção pela Constituição quando não contrariam esta no texto e no espírito. Com Chaïm Perelman encontramos:

“C’est ainsi qu’en cas de conflit entre une loi générale et une loi spéciale, on considèrera que le législateur a voulu, par la législation spéciale, déroger à la règle générale, dont on limitera par le fait même, le champ d’application”. “Methodes du droit”. Logique Juridique, Dalloz, 1979, pág. 40.

Se aqui demonstra a derrogação da lei geral pela especial, as páginas 39 e seguintes constata a superioridade da Constituição diante das demais leis e a repercussão na recepção ou declaração de inconstitucionalidade.

“Le problème est plus délicat quand un tribunal est invité à déclarer l’inconstitutionnalité d’une loi, car en vertu du principe de la séparation des pouvoirs”.

Na página 35, destaca a importância da letra ou do espírito da lei:

“Faut-il faire prévaloir la lettre ou l’esprit du règlement, c’est-à-dire l’intention du législateur?”

Com Otto Bachof, aprendemos que as normas e, entre elas, as constitucionais apresentam regras e exceções, prevalecendo estas:

“(…) em concordância com os princípios basilares da Constituição, ou de que, em desvio a estes princípios, a admitiu conscientemente como exceção aos mesmos.” (Normas constitucionais inconstitucionais?, Coimbra, 1977, pág. 57).

No que diz respeito à jurisprudência, há precedente no Supremo Tribunal Federal. É a Ação Direta de Inconstitucionalidade, n.º 1.494-3, movida pela Associação dos Delegados do Brasil (Adepol), contra os termos da Lei n.º 9.299/96, que reconheceu a constitucionalidade desta e as atribuições da Polícia Judiciária Militar. Esse precedente, aliás, fundamentou o **Recurso Extraordinário n.º 804.269/SP**:

“(…) De qualquer forma, o acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que ‘a Justiça militar dirá, por primeiro, se o crime é doloso ou não; se doloso, encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça comum. Registre-se: encaminhará os autos do inquérito policial militar. É a lei, então, que deseja que as investigações sejam conduzidas, por primeiro, pela Polícia Judiciária Militar’ (trecho do voto do min. Carlos Velloso, na ADI 1494 MC, rel. min. Celso de Mello). (...)” (STF – RE 804269/SP – rel. Min. Roberto Barroso – J. 24.3.2015).

Outras ações diretas – de n.º 4.164 e a mais recente, de n.º 5.804/17 –, requeridas pela mesma associação, tramitam tendo como relator o ministro Gilmar Mendes.

Na ADI n.º 4.164, questionando mais uma vez a **constitucionalidade da Lei n.º 9.299/96** e do art. 82, § 2º, do CPPM, tanto o procurador-geral da República (PGR) como o advogado geral da União (AGU) são convergentes pela constitucionalidade da Lei n.º 9.299/96 e pela regularidade da realização do inquérito pela Polícia Militar, quando, ao fim, se envie os autos ao júri, caso se confirme a competência deste.

Feitas essas considerações, constata-se a compatibilidade dos dispositivos impugnados com o texto constitucional.

Agora na ADI n.º 5.804, pretende e tem por objeto os dispositivos legais contidos no CPM e no CPPM, com suas alterações pelas leis n.º 9.299/96 e n.º 13.491/17 já retroanalísados. O advogado-geral da União se manifestou pela compatibilidade das normas impugnadas com o texto constitucional.

Os argumentos da Adepol sustentam que os dispositivos da legislação militar violariam o art. 5º, incisos LIII e LIV; o artigo 144, § 1º, inciso IV; e o § 4º da Constituição Federal.

Art. 5º (...)

LIII. ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV. ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

(...)

Art. 144, § 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

(...)

IV. exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Ao contrário, os réus, no caso, serão processados e sentenciados pela autoridade competente, ou seja, pelo tribunal do júri ou pela Justiça militar da União, conforme o caso; com estrito respeito ao devido processo legal; em consonância com o artigo 144, § 1º, inciso IV, porque no § 4º excetua das polícias civis a “apuração de infrações penais militares”. O artigo 144, § 1º, inciso IV, ao dar exclusividade à Polícia Federal, para funções de polícia judiciária da União, o faz de forma genérica e limita à União e suas competências. O § 4º do mesmo artigo, nos casos de apuração de infrações penais, atribui às polícias civis, ressalva as da União e excepciona de ambas as militares. Não teria sentido a polícia federal atuar em casos que envolvem o militar de um Estado. O que supõe relevância é a separação entre

as instituições dos Estados e da União, de acordo com o interesse imediato de cada esfera da Federação.

O que faltou às reivindicações foi a interpretação sistemática, considerando a prevalência das leis específicas em relação às gerais, as exceções frente às normas gerais e a hierarquia entre todas.

Cumprir destacar a manifestação do Ministro Carlos Velloso na ADI n.º 1.494:

“É dizer, a Lei n.º 9.299, de 1996, estabeleceu que à Justiça militar competirá exercer o exame primeiro da questão. Noutras palavras, a Justiça militar dirá, por primeiro, se o crime é doloso ou não: se doloso, encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça comum. Registre-se: encaminhará os autos de inquérito penal militar. É a lei, então, que deseja que as investigações sejam conduzidas, por primeiro, pela Polícia Judiciária Militar”.

No mesmo sentido o voto do ministro Néri da Silveira:

“(…) não vejo inconstitucionalidade no texto da lei que, embora havendo qualificado como da competência da Justiça comum crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil por policial militar, haja, todavia, determinado que essa fase preliminar do inquérito se faça no âmbito da própria Justiça militar. O inquérito policial militar, como sabemos, é feito no âmbito da corporação militar, por intermédio de oficiais designados para tal”.

A origem dos dispositivos atuais é resultado do desenvolvimento e aperfeiçoamento histórico. A experiência, aliada à razão, oferece os meios para as informações que levarão, indubitavelmente, a uma prestação jurisdicional mais justa. A Polícia Militar, calcada na hierarquia e na disciplina, exerce uma função especializada. Requer conhecimentos próprios da instituição e só quem nela vive poderá ter uma melhor compreensão. Tem finalidade de uma polícia ostensiva para prevenir e manter a ordem. Para proteger a sociedade, enfrenta a delinquência. Decorre a necessidade de seus atos serem apurados, também, por órgão especializado e mesmo futuramente, julgados por um júri **especializado**, criado na própria Justiça Militar do Estado, vez que os militares das Forças Armadas são processados e julgados pela Justiça militar da União (Lei n.º 13.491/17). O artigo 124 da CF diz: “À Justiça militar, compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”, e no parágrafo único: “A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça militar”.

O artigo 125, § 4º, da Constituição Federal ressalva, expressamente, a competência do júri quanto à Justiça militar estadual. Em relação aos militares das Forças Armadas, a lei referida para competência é a de n.º 13.491, de 13 de outubro de 2017, e estabelece no artigo 1º (CPM, artigo 9º, § 2º). Há uma ressalva para impedir apuração de todos inquéritos policiais militares, da União e dos Estados, pela Polícia Civil (artigo 144, § 4º, CF) e outra para os crimes praticados

por militares dos Estados irem para o júri (artigo 125, § 4º, CF), somente dos Estados, excepciona os das FFAA (124, CF).

Expressa é a ressalva da competência do júri para os militares dos Estados e não vedadas as competências à Justiça Militar da União. Assim determinou a Lei n.º 13.491/2017 quanto aos militares das Forças Armadas, excepcionando estes e preservando as do júri em relação aos militares dos Estados.

A referência ao Código Penal Militar e os crimes previstos na **legislação penal**, no contexto, da Lei n.º 13.491/17, são os crimes propriamente e os impropriamente militares, constantes das duas ordens jurídicas como já previstos anteriormente e ambos militares, atingindo agora os delitos tipificados apenas na legislação penal, sem qualquer alteração técnica e juridicamente substancial. Abrange os crimes da legislação comum, não positivados no Código Penal Castrense, mas de natureza militar, conforme define o CPM em seu artigo 9º, veio, portanto, corrigir uma lacuna. Antes vedados por se referir aos crimes previstos no Código Penal Militar, com igual definição na lei penal comum e permitidos agora, alcançam todos da legislação penal. A Lei n.º 13.491 diz: “Os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal” não requer a previsão nos dois cumulativamente. Basta o conceito como crimes militares no CPM. Qual a diferença entre os crimes previstos no Código Penal Militar ou não, mas conceituados neste (artigo 9º) e os inseridos no Código Penal Comum ou nas leis penais? Poderão estar nos dois códigos, em um ou nas leis penais para merecer o julgamento especializado – militar, se crime militar, ou comum, se não militar, embora praticado por militar.

A Lei n.º 13.491/17 é um **avanço em nossa sociedade**, de forma que ao dimensionar os crimes militares, estendendo-os àqueles da legislação comum, quando praticados por militares em serviço, ou nas taxativas hipóteses do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, **além de permitir à Polícia Judiciária Militar com maior eficiência investigar o crime praticado pelo militar, diante dos rigores da hierarquia e disciplina militares** (art. 42, caput, e 142, caput, da CF).

No que se refere ao **corporativismo**, restou comprovado o inverso, demonstrando o maior rigor da Justiça militar em comparação à Justiça comum. O exemplo é o processo do Carandiru, com muitos mortos, que gerou a controvérsia. Neste, após 20 anos aguardam julgamento do recurso e o Coronel Ubiratan foi absolvido. Imaginem se fossem processados na área militar? Qual seria a repercussão? Mas ocorreu e ocorre na comum, mais lenta e menos eficiente.

É sobre a atuação do tribunal do júri, como bem abordou FERNANDO PEREIRA¹, o jornal *Diário de São Paulo*, em matérias publicadas ao fim de outubro e início de novembro de 2007, ao examinar o baixo índice de condenações de policiais militares, em pesquisa realizada de 1996 a 2006, tomando como base os processos existentes no 1º Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo constatou, como retrata MARCELO STREIFINGER, que “de um total de 148 processos, 65 deles não chegaram nem mesmo à pronúncia; os demais 83 processos tinham 139

policiais militares como acusados, face muitos deles terem pluralidade de autores. Desses 139 acusados, 110 foram absolvidos e 29, condenados. Em síntese, nessa pesquisa, verificou-se que, dos 287 policiais militares acusados de homicídio, 258 foram inocentados e 29 foram condenados, o que representa 10,10% de condenações (...).

Essa significativa pesquisa afasta o pretense corporativismo aludido pela Adepol na ADI 5.840, ou será que o baixo índice de condenação de policiais militares no tribunal do júri decorre da ineficiência do inquérito realizado pela Polícia Civil?

Mais alarmante ainda, como bem enfocou FERNANDO PEREIRA², ao mencionar testemunho de um promotor de Justiça, atuante no 3º Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo, sobre a atuação dos jurados em comparação com os Juizes da Justiça militar, registrou que o quadro atual parece ter se agravado ainda mais desde então, mostrando-se oportuno reproduzir a respeito da notícia publicada no caderno “Metrópole” do jornal *O Estado de S. Paulo*, edição do dia 15.11.2012, pág. C5, informando que três policiais militares haviam sido absolvidos pelo júri:

Desde 1996, quando os casos de resistências seguidas de morte passaram para a Justiça comum, sendo julgados pelo júri popular, a condenação até mesmo de policiais militares matadores se tornou um desafio. (...)

'Basta chegar em plenário, mostrar os antecedentes da vítima (réu) e pintá-lo como um bandido. (...)

Se o júri considerá-lo bandido, o PM que o matou é absolvido. Os oficiais costumavam ser mais rigorosos com erros policiais". (O ESTADO DE S. PAULO, 2002).

E o policial civil investigado pela Polícia Civil? E julgado pela Justiça comum? Ressalte-se que a Justiça militar é composta de juizes de Direito nos Conselhos de Justiça (art. 125, 3º, CF), cinco civis no Superior Tribunal Militar (art. 123, CF) e do quinto constitucional (art. 94, CF).

Violência e abusos existem por parte de policiais militares, pelos criminosos, organizados ou não, bem como pelos policiais civis, devem ser combatidos (e são) com punições a todos.

Somente os conhecimentos históricos e uma interpretação teleológica poderão contribuir para se fazer justiça.

CONCLUSÕES

1. Os inquéritos nos crimes dolosos contra a vida, contra civis, praticados por militares, nos crimes militares, assim definidos e nas condições do artigo 9º do Código Penal Militar e suas modificações, serão da Polícia Militar, encaminhados à

Justiça militar, que, se dolosos, os enviará à Justiça comum, a fim de serem julgados pelo júri popular, salvo os cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, que serão da competência da Justiça militar da União, quando praticados no contexto de Lei n.º 13.491/17, (art. 2º, incisos I, II e III).

2. Os inquéritos nos crimes dolosos contra a vida, com vítimas civis, praticados por militares, não subsumidos aos dispositivos do artigo 9º do Código Penal Militar e suas alterações, serão da Polícia Civil, dirigidos à Justiça comum, que remeterá ao julgamento, da mesma forma, ao júri popular.
3. Os inquéritos nos crimes militares são sempre das polícias militares (144, § 4º, CF). O processo e julgamento do júri quando militares estaduais (125, § 4º, CF) e da Justiça militar da União se militares das Forças Armadas, no contexto do artigo 1º, da Lei n.º 13.491/17.
4. A inclusão dos crimes previstos no CPM e os previstos na legislação penal abrangem todos, o que já deveria ocorrer anteriormente, como crimes militares, corrigindo a omissão quando se referiam à previsão no CPM e na lei penal comum, excluindo crimes militares tipificados apenas nas demais normas penais.
5. Pelo exposto, inconstitucional é a condução do inquérito pela Polícia Judiciária Civil, nos crimes militares dolosos contra vida com vítima civil, praticados por militares e as pretensões na ADI 5.804/17. Ferem os dispositivos constitucionais e legais. Inconstitucional é a desconsideração dos crimes militares previstos na legislação penal, assim conceituados no artigo 9º do CPM, apenas não formalizados, por questão temporal, com o Código, anterior, ou lacuna a ser preenchida, no CPM, posteriormente, embora previstas legalmente as hipóteses.
6. Constitucionais são as leis n.º 9.299/96, modificadora do Decreto-Lei n.º 1.002/69 CPPM e n.º 13.491/17, que altera o Decreto-Lei n.º 1.001/69 CPM, de acordo e conforme com a Lei Magna. São normas específicas, especiais, estabelecem exceções, obedecem o Texto Maior, que é hierarquicamente superior, foram recepcionadas, estão acima da resolução, referida e são posteriores às demais normas.

A JUSTIÇA MILITAR

Alguns néscios acreditam, hodiernamente, que a Justiça militar seja de um tribunal de exceção. Têm, em suas mentes, julgamentos para os militares, e não decisões militares. Afirmam e reafirmam, em suas ignorâncias sobre a matéria, a existência de um órgão corporativo. Jamais buscam a verdade. Aliás, para os mais extremistas, normalmente “cegos da mente”, uma comissão da verdade deve ser uma mentira, parcial, facciosa e unilateral. Mesmo com premissas falsas, impõem-se como afirmações, *juris et de jure*, que não admitem e não aceitam provas em contrário, próprias e plenas de autoritarismo ditatorial.

Todos devem ter conhecimento de que a Justiça militar é especialização, em decorrência de sua atividade de julgar função, também especializada, o que não se confunde com tribunais de exceção. Ela é permanente, orgânica e não temporária, *ad hoc*. É a mais antiga do Brasil, data de 1º de abril de 1808. Conforme o artigo 122 da Constituição Federal, possui um Superior Tribunal Militar e os tribunais e juízes militares são instituídos por lei. A composição do STM, de acordo com o artigo 123, compreende, além dos militares, em número de dez, mais cinco civis. Entre estes, três são advogados e dois são escolhidos entre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar. O critério é seguido nas unidades da federação. A ela, segundo o artigo 124, compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, que, também, estabelecerá, sua organização e funcionamento. É a Lei Maior, no artigo 125, § 4º, atribuidora da competência, da Justiça militar estadual para processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares e as ações judiciais contra atos disciplinares militares e no § 5º, do artigo, aos juízes de Direito do juízo militar, singularmente, os crimes militares contra civis e atos disciplinares militares, além da competência do Conselho de Justiça sob sua presidência para os demais crimes militares. Depreende-se que é uma função para julgar os militares, e não para os militares. Convém, aos insipientes e àqueles com interesses outros, o exercício mnemônico, para consultar as estatísticas e constar que a Justiça Castrense é mais rigorosa do que a comum. Como é sabido, os crimes propriamente militares são os tipificados apenas no Código Penal Militar, e os impropriamente militares os classificados neste e no comum, ou seja, em ambos os códigos. Basta consultar as decisões dos mesmos crimes, na Justiça comum e na militar para constatar que há maior número de condenações nesta última. Por esta última ser mais rigorosa, muitos militares desejariam seu processamento e julgamento pela Corte comum.

A razão dessas consequências é a especialização, inerente à função dos julgados e dos julgadores. Esta permite o exame e a compreensão, percucientes, dos fatos, conducentes à prestação jurisdicional justa e com respeito ao Estado de direito. Numa complexidade e quantidade crescente, de casos, a exigir tecnicidade aliada ao conhecimento jurídico, evidencia-se, na mesma proporção e cada vez mais, a importância e a necessidade da Justiça Castrense e seu estudo.

Conclui-se que a Justiça militar da União e dos Estados-membros, onde houver, não julgam para os militares, mas os militares. Ao contrário das afirmações dos adeptos à necedade, dos interesseiros e daqueles que lhes estão a chaleirar, oferece, com sua experiência, aos seus pares, não o corporativismo, mas o rigor que à Instituição se impõe.

JUSTIÇA MILITAR: ISENÇÃO E EQUILÍBRIO

Os magistrados, de qualquer instância e/ou segmento do Poder Judiciário, devem julgar e têm as garantias, para tanto, de independência e imparcialidade, em consonância com o artigo 95 e seu parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil. Além dessas vedações, outras são impostas, com impedimentos e suspeição previstos nos artigos 134, 135 e 136, do Código de Processo Civil. Da mesma forma, encontramos os casos de impedimento para exercer a jurisdição e de suspeição do juiz nos artigos 37, 38, 39, 40 e 41 do Código de Processo Penal Militar. Mormente, por uma questão de motivo íntimo, oferece a prestação jurisdicional com isenção.

A transferência para Justiça comum, particularmente para o júri, dos crimes dolosos, contra a vida, praticados por militares, com vítima civil, teve como causa e foi o corolário, 111 mortos na Casa de Detenção. Houve a presunção, hoje afastada por casos concretos, da ocorrência de um corporativismo. Já se evidenciou, alhures, o maior rigor da Justiça Castrense em relação à comum. Ainda, poder-se-ia afirmar, por meio do mesmo pensamento, a possibilidade de corporativismo na Corte comum, quando, por exemplo, pelo artigo 102, inciso I, letra “b”, do Texto Maior, o Supremo Tribunal Federal, nas infrações comuns, julga os seus próprios ministros. Haveria demonstração mais clara se não confiássemos na magistratura? O que se torna inadmissível e inaceitável é a discriminação levando em consideração apenas um caso. Ainda assim, na esfera comum, resultou favorável ao acusado militar. Foi suficiente para desmistificar as acusações infundadas.

Por vezes, textos legais são produtos de momentos, acontecimentos que motivaram agentes iracundos, nos quais o estado de espírito revela, produz e conduz à estultícia. Decorre, pelas mesmas causas, processos na Justiça comum, paralelos aos da Justiça militar. Nem por isso deve haver decisões políticas, mas, sim, jurídicas, a despeito de uma possível neutralização. O que se espera é justiça de uma prestação jurisdicional especializada.

Foi o que assistimos no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade n.º 075/12, cujo relator foi o juiz coronel Fernando Pereira. Tratava-se da competência do júri em crime doloso, praticado por militares contra civil e da competência da Justiça militar para ar-

quizar o inquérito quando não há crime. O encaminhamento dos autos apenas quando do reconhecimento da existência de crime e dolo.

Tivemos um debate de teses brilhantes, tanto dos votos vencedores quanto dos vencidos. A exegese dos textos jurídicos, legais doutrinários, jurisprudenciais, no mais elevado uso da hermenêutica, espancando as antinomias com regras, exceções, generalidades e especificidades, hierarquia normativa, na interpretação gramatical, lógica, sistemática, teleológica, autêntica, doutrinal e judicial, cientes de que o escopo do processo é a pacificação na busca da verdade a serviço do Direito e da Justiça. Orgulho e satisfação para os militantes do Direito. Mister se faz alguns comentários sobre o tema, o que faremos no próximo artigo.

JUSTIÇA MILITAR NOS CRIMES DOLOSOS CONTRA VIDA PRATICADOS POR MILITARES COM VÍTIMA CIVIL

O artigo 125, § 4º, da Lei Magna brasileira determina que: “Compete à Justiça militar Estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”. Ora excepciona, este dispositivo, a competência do júri. Qual é a referida atribuição? É a prevista no artigo 5º, inciso XXXVIII, que assim expressa: “É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: ... d. a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. Tão somente o julgamento, restando a decisão de pronúncia à Justiça especializada, conforme as análises gramatical e sistemática dos mandamentos constitucionais e infraconstitucionais, o que analisaremos mais adiante e em artigo seguinte sobre o júri.

A lei que define os crimes militares, em consonância com o mandamento constitucional é o Decreto-Lei n.º 1001 de 21 de outubro de 1969, o Código Penal Militar, alterado pela Lei n.º 9299/96, que dispõe no artigo 9º, letra c. “por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil” e no parágrafo único “Os crimes de que trata este artigo, quando doloso contra a vida de civil, serão da competência da Justiça comum”. Da mesma forma, o Decreto-Lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1969, Código de Processo Penal Militar, também alterado pela citada lei, expressa em seu artigo 82: “O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz: ... § 2º Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça comum”.

Resta saber se houve crime, se o crime é militar, se foi praticado na função ou em serviço, se o inquérito é militar, se deve ser encaminhado à Justiça militar e se esta tem competência para arquivá-lo ou deverá enviar à Justiça comum para julgamento e apenas julgamento pelo júri. À evidência fica demonstrado que, se na função ou em serviço, crime está definido pela Constituição e pela lei como militar – embora impropriamente militar, porque em ambos os códigos, artigo 205 do CPM e artigo 121 do CP continua militar. Assim sendo, o inquérito é militar, pelo disposto no artigo 144, § 4º, da Constituição Federal e no artigo 82, § 2º, do CPPM. O primeiro exclui a Polícia Civil nas infrações penais militares, e o segundo taxativamente coloca “inquérito policial militar”. Sendo assim, enviado à Justiça militar, e, sendo a competência constitucional do júri apenas para julgar, cabe a decisão de pronúncia, se houve dolo ou excludente do ilícito à Justiça militar. Se o crime fosse considerado comum, o inquérito não seria militar. Ainda mais sem a apreciação da Justiça militar, seguiria sem a pronúncia do ór-

gão capacitado, porque ao júri caberia, nesse caso, apenas julgar. Não há um pré-julgamento, porque apenas decisão de pronúncia, como ocorre nos crimes comuns, na Justiça comum. Se o crime fosse comum, por que inquérito militar? Qual a razão para ir à Justiça Castrense e desta à comum? Só e unicamente constatar se houve (ou não) o dolo e se houve crime. Caso contrário, sem essa função, a Justiça Castrense agiria como um cartório ou como despachante. Conclui-se que, havendo o dolo e assim reconhecido, o inquérito será enviado ao júri. Lado outro, havendo excludente do ilícito penal, não haverá crime, por força do artigo 42 do Código Penal Militar, e não havendo crime, *a fortiori* não ocorrerá dolo, sendo o inquérito arquivado.

JUSTIÇA MILITAR - A PROBLEMÁTICA DO JÚRI

Questão polêmica é a ressalva que afasta a competência da Justiça Castrense, pertencente ao júri, quando a vítima for civil. Evidentemente calcada em premissas errôneas e no desconhecimento da realidade fática. Produto de ressentimentos recalcados. O que deveremos levar em consideração, em nome do Direito, é o ato praticado no exercício da função especializada, e não a condição da vítima. O inquérito é feito pela Polícia Judiciária Militar, qualificada para tanto, mas o júri será comum, formado por dignos representantes da sociedade, mas que não têm a informação requerida para compreender as especificidades da função, que requer um julgamento técnico-profissional aliado ao técnico-jurídico. A atividade especializada recebe uma apuração especializada, mas um julgamento não especializado, o que é um contrassenso, que poderá levar à injustiça. Pode-se argumentar que a decisão seria corporativa, mas o colegiado, misto, compor-se-ia, também, por membros da vivência cotidiana da milícia, outros de notório saber jurídico do militar ou somente destes, fora da carreira.

Preserva-se a competência do júri o conhecimento técnico militar, nos crimes militares, distinguindo-se das atribuições do presidente do tribunal do júri nos crimes comuns. No caso de um possível entendimento diverso sobre a existência do dolo e do crime, deverá prevalecer a especialização.

Em nome da coerência, teremos o inquérito, a denúncia, a pronúncia e o julgamento dentro do mesmo âmbito, com todos os participantes conhecedores dos fatos, do sentido, a *mens legis* e do alcance das normas próprias de uma função distinta das demais. É necessária a compreensão da extensão dos direitos, mas também os seus limites, o treinamento, a atuação, a disciplina e a ação em momentos delicados na defesa da ordem, da Pátria, dos Poderes. A polícia ostensiva e a preservação da ordem pública admitem ações delicadas, momentâneas, rápidas, que fogem ao senso comum. Somente será compreensível para quem vive, viveu, participa ou participou dessas circunstâncias ou relacionadas a elas.

Apenas para refletir, destacamos outros órgãos do Poder Judiciário que não são comuns, como a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral, com seus conteúdos específicos. Portanto, não é apenas a militar a especializada.

A complexidade e o aumento dos crimes aumentam a importância do militar. A Justiça militar é uma imposição da realidade brasileira e internacional, e o Tribunal do Júri Militar, afastados os preconceitos superados, traria enorme contribuição às instituições componentes do sistema e à sociedade como um todo.

Além disso, convém lembrar, os julgamentos da Justiça militar têm-se revelado mais rigorosos do que os da Justiça comum. Não faltam as afirmações de que “o julgamento de militares pela Justiça comum levaria os acusados a lograr mais facilmente a absolvição, levando-se a um alto percentual de impunidade”, conforme afirma excelentíssimo magistrado Ronaldo João Roth. O que se procura não é a facilidade de absolvição ou o excesso de rigor para espantar a desconfiança corporativa. Deve-se encontrar a maior compreensão, a lucidez para uma prestação jurisdicional justa, portanto digna e isenta de preconceitos.

CELERIDADE PROCESSUAL - AUDIÊNCIA UNA - JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA MILITAR

Há uma preocupação constante não só dos profissionais do Direito, mas também da sociedade – e, nesta, maior dos interessados –, com a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação. De fato, os juizes e os tribunais abarrotados, e, ainda, de forma crescente, podem sofrer com o tempo para estudos, agilidade e uma prestação jurisdicional que desejam oferecer. Por outro lado, as partes esperam um período longo, de sofrimento, no aguardo da pacificação por meio do processo. Não menos doloroso para o Ministério Público e para os advogados a eternidade para solução final da causa, provocando custos maiores.

Diante desses fenômenos, têm-se procurado soluções mediante várias medidas já tomadas e novas propostas: prequestionamento constitucional, repercussão geral, julgados especiais para conciliação, razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação, audiência una, entre outras possibilidades.

JUIZADOS ESPECIAIS

Com relação a estes, diz a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, no artigo 98: “A União, no Distrito Federal e nos territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os

procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”. No § 1º do artigo, prevê a disposição legal sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. Há aqui uma abertura com simplificação, visando à celeridade processual.

DURAÇÃO RAZOÁVEL E CELERIDADE

Quanto a estes aspectos, expressa a cláusula pétrea do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Lei Maior, acrescentada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004: - “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Tem, a norma, alcances judicial e administrativo, mas o que é razoável duração e celeridade na tramitação do processo? Envolve a quantidade de recursos com destaque àqueles meramente protelatórios, afastados do consequencialismo, da razão, do padrão médio, temporal, resultado de uma intersubjetividade necessária e, por isso, aceitável. Essa purificação e compreensão fornecerão ou terão como efeito meios que garantam a celeridade na tramitação do processo.

AUDIÊNCIA UNA

O Código de Processo Penal – Decreto-Lei n.º 3.689/41, em seu artigo 400, diz: “Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á a tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no artigo 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado”. Evidentemente, estamos com a redação dada pela Lei n.º 11.719, de 2008, com seus avanços de modernização adaptada às novas realidades. A ressalva do artigo 222 são as referências aos precatórios. Mas continua no § 1º: “As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”. No § 2º, “Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes”. Há, nesse caso, a identidade do juiz com todos os participantes e todas as coisas do processo, e é ele quem vai sentenciar com todos os conhecimentos. Garante-se o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, mormente o réu falando por último em seu interrogatório. Não há prejuízo para o réu por ser mais rápido o julgamento, e, em sua defesa, já é possuidor do conhecimento fático que pesa contra si. Em todo esse contexto, resta demonstrada, na audiência una, a celeridade e consequentemente a razoável duração do processo.

AUDIÊNCIA UNA NA JUSTIÇA MILITAR

Os avanços mencionados não foram recepcionados pela Justiça militar, mas poderiam, mormente, após a Lei n.º 13.491/2017, que aumentará consideravelmente o volume de contendas previstas na legislação. A antiga redação do artigo 9º, do CPM, dizia: “Consideram-se crimes militares, em tempo de paz”: (...), II. “os crimes previstos neste código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: (...)” – Em consonância com a lei citada, este inciso passa a ter a seguinte redação: II. “os crimes previstos neste código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (...)”. Aliás, estas já deveriam ser da competência militar, vez que, presentes os elementos do tipo, estando no Código Penal Militar, apenas na lei ou em ambos, caracterizavam-se como crimes militares, previstos no artigo 9º do CPM. Havia e há um conceito com todos os elementos e a submissão fática à hipótese normativa prevista, presentes todas as condições que permanecem as mesmas. Certo é que, esclarecidos e definidos pela norma, acrescentarão, substancialmente, a tarefa da Justiça Castrense. Com isso, poderá comprometer o tempo razoável e a celeridade, processuais, a exigir simplificação, sem prejuízos aos envolvidos.

Qual seria a objeção à adoção da Lei n.º 11.719/2008? Possível benefício ao acusado? Presunções, como exemplo, mentiras? Mentiu intencionalmente ou não? Enfim, qualquer que seja possibilitará seu afastamento, na instrução, diante do conjunto probatório.

Lado outro, a possível adaptação à Justiça Militar, resolverá algumas questões essenciais à prestação jurisdicional eficiente e desejada, evitando consequências malignas para as partes. A primeira poderá ser a rotatividade trimestral, no Conselho de Justiça, dos quatro militares com o resultado de uma formação ter o conhecimento das pessoas e coisas do processo, das declarações, dos depoimentos, do interrogatório, das perícias e com a substituição de outro grupo para participar do julgamento, mitigando o valor das provas, comprometendo o princípio da “identidade física do juiz”, previsto, também, no CPP, § 2º, do artigo 399, acrescentado pela Lei n.º 11.719/2008: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. A segunda questão é a referente ao acusado ser ouvido em primeiro lugar, sem ter ciência das acusações. Se o interrogatório é a possibilidade de se defender, como fazê-lo, sem saber do que e como é acusado? Acrescente-se o oferecimento, nesse caso, do contraditório, da ampla defesa, garantias constitucionais, direitos previstos em cláusula pétrea do artigo 5º, inciso LV, da Lei Suprema. Embora a prática tenha oferecido algumas soluções, como o interrogatório do réu no fim, impõem-se as correções e a necessidade de sistematização e uniformização, gerais.

Entre outras possibilidades de simplificação processual, focalizamos as mencionadas. Merecem reflexão para recepção alterações no CPPM. Sem alteração dos fundamentos da sociedade militar e da Justiça militar, relativas à hierarquia, à disciplina, à obediência, à identidade do juiz militar com apreciação das provas na ins-

trução e na sentença, a preservação do contraditório e ampla defesa, tudo com a audiência una, garantirão a duração razoável da tramitação e a celeridade processual, sem prejuízos dos participantes das lides, destacando-se os acusados.

O SERVIÇO MILITAR - QUESTIONAMENTOS - OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA - SERVIÇOS ALTERNATIVOS

Muitos são os argumentos a favor e contra a certos aspectos do serviço militar, e, entre eles, poderemos citar a obrigatoriedade e a faculdade profissionalizante; os serviços alternativos, o estado de necessidade, a proximidade e a distância do órgão militar; o transporte; o soldo; o conflito constitucional entre deveres familiares e a obrigatoriedade; o voluntariado; a desigualdade entre os alistados ricos e pobres; o excesso de contingente; as consequências na insubmissão e na deserção etc.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 diz em seu artigo 5º, VI, que: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. No inciso VIII, do artigo 5º, afirma que: “Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei”. Pelo artigo 15, IV, da Lei Maior, a “recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII, levará à perda ou suspensão dos direitos políticos”.

Conforme o artigo 143 do Texto Magno, “o serviço militar é obrigatório nos termos da lei, esta é a de n.º 4.375/64, chamada de ‘Lei do Serviço Militar’ (LSM), regulamentada pelo Decreto n.º 57.654/66 e acrescida da Lei n.º 9.982/00”. Todavia, apesar da obrigatoriedade, o § 1º, do artigo 143, abre exceções, nos seguintes termos: “Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar”. A prestação de serviço alternativo ao serviço militar está prevista na Lei n.º 8.239/91, regulamentada pela Portaria n.º 2.681/92 (Cosemi).

Merece definição adequada de quais religiões e da convicção filosófica ou política para fazer valer esse direito. De um lado, temos os defensores da presunção da má-fé para se furtar a esse dever constitucional, alegam interpretações sectaristas ou de proselitismo religioso, que a falta de divulgação, ao alistado, poderá ser suprida por suas próprias religiões e que é inaceitável a alegação de desconhecimento da lei para a escusa de consciência. Por outro lado, temos os

contrários afirmando ser um direito individual do artigo 5º, VIII, incluso nas cláusulas pétreas, conforme artigo 60, § 4º, IV; que a Lei n.º 8.239/91 impõe ao Ministério da Defesa a atribuição de serviço alternativo, e a publicidade é um dever decorrente dos princípios constitucionais do artigo 37; que não se trata de sectarismo ou de proselitismo religioso, mas de crença ou convicção para se eximir de atividades de caráter essencialmente militar; que diante da complexidade legislativa gera as dificuldades para o cidadão comum conhecer todas as leis; que a má-fé deve ser provada pela administração; é decorrência de práticas em razão da falta de divulgação, da mesma forma que se faz propaganda do serviço militar; ao contrário, dificulta o exercício do direito, afrontando a Constituição Federal, a Lei do Serviço Militar e a Lei do Serviço alternativo, artigo 7º, estabelecendo 18 meses para o serviço alternativo contra 12 meses para o obrigatório.

Por paradoxal que possa parecer, os antagonistas têm, em vários aspectos, razão. É verdade que a má-fé, o sectarismo ou o proselitismo para escusa de consciência, sejam uma presunção *juris tantum*, por esse mesmo motivo, poderá ocorrer. Entretanto cabe a quem alega a prova, mas uma abertura descontrolada, aliada a alegações sociais, familiares, no mesmo sentido, poderá conduzir a um déficit, necessidade maior. Os alistados poderão ser alertados por suas religiões, a administração deve divulgar a alternativa e consultar no alistamento, mas não poderemos olvidar o princípio da legalidade do artigo 5º, II, também cláusula pétrea; “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e que ninguém poderá alegar a ignorância da lei para se escusar de obrigação, caso contrário, estabeleceríamos a anarquia, o que é mais grave onde impera a hierarquia e a disciplina.

O serviço alternativo, embora regulamentado, não seja cumprido, nem a existência seja notificada, merece comentários. Mais de 40 mil cidadãos já manifestaram objeção de consciência, mas nenhum prestou o serviço alternativo ou serviço militar alternativo. Nesse caso, seria prestado nos órgãos militares em atividades de caráter não essencialmente militares, como manda a Constituição, art. 143, § 1º, servindo a Pátria, como um *múnus público*, na defesa da soberania, da garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer um destes, da lei e da ordem, conforme art. 142 da Constituição Federal. No primeiro caso, serviços alternativos em órgãos subordinados a ministérios civis e atendidas as aptidões do convocado, geram algumas questões polêmicas: estariam fora de atividades ligadas aos órgãos militares e suas finalidades, essenciais ou não; estariam em concorrência com outros profissionais concursados; soldo comparado representaria gritante desigualdade; sendo serviço civil enfrentaria diversos dispositivos da Lei Magna, relativos aos direitos sociais, trabalhistas, entre outros, o salário mínimo suficiente para o sustento da família (art. 7º, IV), o piso salarial relativo (art. 7º, V), a distinção entre profissionais (art. 7º, XXXII), a questão do funcionário permanente ou avulso (ou temporário) (art. 7º, XXXIV); por não se tratar de serviço militar, deve prevalecer, ainda, o artigo 5º, XIII, para o direito de escolha porque: “É livre o exercício de

qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. A imposição é uma obrigação indevida, fere a liberdade de profissão. Se não houver atividade militar não essencial, nos órgãos militares, deverão ser classificados no excesso de contingente porque extrapolada a necessidade. Já tivemos 2 milhões de cidadãos alistados e foram incorporados 90 mil, sendo 80 mil no Exército, 7 mil na Força Aérea e 3 mil na Marinha. Se há, normalmente, o excesso de contingente considerável, o mesmo deve ocorrer com o serviço alternativo, quando houver razoável aproveitamento.

É evidente que o serviço militar é obrigatório, necessário e um dever com a Pátria. Excepciona e aceita a escusa pelos motivos expostos e impõe serviços alternativos, o arrimo de família, entretanto, em virtude do excesso de contingente vultoso, caberia dar prioridade aos voluntários, conscientes, e se houver necessidade efetuar a seleção e incorporação.

Os critérios exigem cuidados. Podem gerar injustiças. Os voluntários podem estar motivados a seguir uma carreira, e com a dispensa, em locais próximos ou no seu município, de privilegiados como estudantes, o que não está previsto, são designados a servir a longa distância. Os problemas do afastamento da família que dele necessita e a esperança tornam-se desilusão. Normalmente, são das classes mais pobres, e essa situação, aliada ao soldo abaixo do salário mínimo, à restrição do auxílio-transporte, ao desrespeito ao preâmbulo da Constituição e aos princípios do artigo 37, da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da eficiência e principalmente da publicidade, informando o direito à escusa e do arrimo, conduzem à insubmissão e à deserção.

É certo que temos um conflito entre servir a Pátria obrigatória ou alternativamente e o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, conforme art. 229 do Texto Maior, o que se torna incompatível com as condições oferecidas. Apesar de regra e exceção, prevalecendo esta, a solução está na declaração de arrimo e nos ajustes dos problemas retromencionados, incorporados de “ganhos da modernidade tecnológica, arejamento mental-democrático e otimizada observância dos direitos e garantias individuais que se leem no art. 5º da nossa Constituição Federal”. (HC 108811/PR – Paraná – relator: min. Ayres Britto).

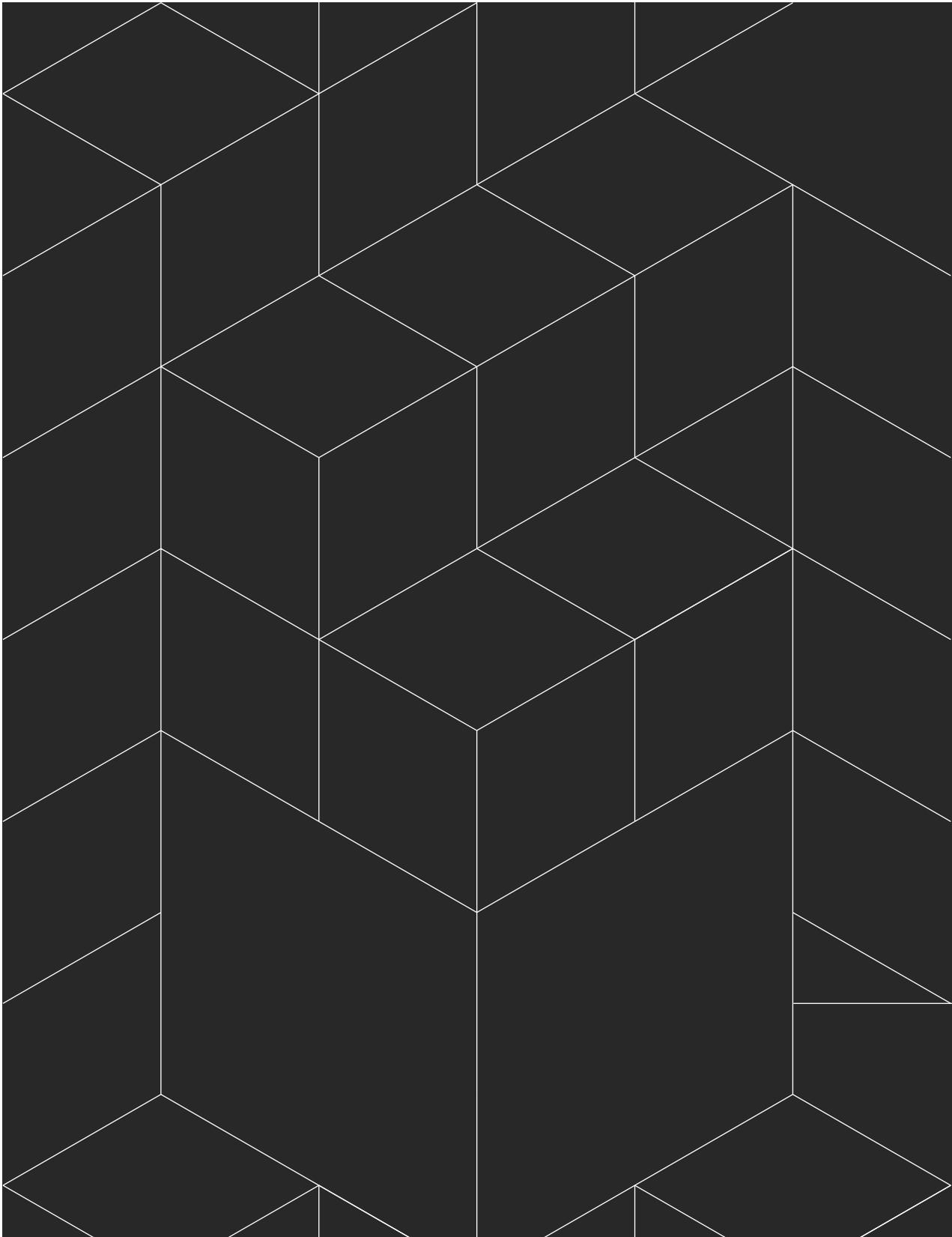
NOTAS

1

PEREIRA, Fernando. “Crime militar doloso contra a vida de civil: inexistência da necessidade de a Justiça militar encaminhar os autos de inquérito policial militar”. Porto Alegre: revista *Justiça Militar & Memória*, do TJM/RS, n.º 10, 2017, set., págs. 62-63. Localizada no link: <https://www.tjms.jus.br/?secao=revista>

2

PEREIRA, Fernando, op. cit. ib idem.



KIYOSHI HARADA

30 ANOS DE
CONSTITUIÇÃO
FEDERAL

KIYOSHI HARADA

ACADÊMICO DA ACADEMIA PAULISTA DE LETRA JURÍDICAS OCUPANDO A CADEIRA N.º 20 (RUY BARBOSA NOGUEIRA). CONSELHEIRO DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP.

1. INTRODUÇÃO

S

SOB O IMPACTO DE 21 ANOS DE DITADURA MILITAR, VEIO À LUZ A CONSTITUIÇÃO liberal de 1988, que neste ano completa 30 anos de vigência.

Na verdade, não temos muito a comemorar a passagem desses seis lustros.

O arcabouço constitucional está inteiramente voltado ao sistema parlamentar de governo. Mas, na última hora, se convolou em sistema presidencialista de governo, inserindo-se demagogicamente o art. 2º no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, segundo o qual “no dia 7 de setembro de 1993 definirá, através de plebiscito a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarista ou presidencialista) que devem vigorar no País”. Essa data foi antecipada para o dia 21 de abril de 1993 e o resultado foi o esperado, o povo “manifestou” a sua vontade “soberana” pela manutenção da república com o sistema presidencialista de governo, conforme o desejo dos eternos manipuladores da opinião pública. Resultado disso é que o presidente se tornou prisioneiro de 28 partidos políticos que estão no poder dentre os 35 existentes. Vem vigorando o chamado “presidencialismo de coalizão”, que está atrasando as reformas importantes de que necessita o País, bem como deixando imensos espaços vazios na Constituição, por falta de regulamentação, por lei complementar, das matérias que exigem a formalidade do *quorum* qualificado no processo legislativo, abrindo espaço para o início do ativismo judicial que, hoje, está generalizado, abrangendo os casos omissos e as hipóteses expressas na Constituição.

2. O DESVIRTUAMENTO DO CONGRESSO NACIONAL

O Congresso Nacional se transformou em um verdadeiro balcão de negócios. É bem mais fácil aprovar uma PEC do que aprovar uma lei complementar. Nada se aprova sem a contrapartida do governo em termos de vantagens financeiras não previstas na Lei Orçamentária Anual (LOA), não bastassem as emendas parlamentares inseridas na LOA cujas verbas delas decorrentes são de execução obrigatória, por força da casuística Emenda Constitucional n.º 86, de 17 de março de 2015, resultante da aprovação parcial da PEC n.º 565/06, que tornava impositiva a execução das verbas consignadas na LOA. Daí a escalada das despesas correntes, notadamente as de pessoal, em prejuízo das despesas de capital destinadas à expansão da capacidade produtiva do País, portanto, imprescindíveis para assegurar a qualidade de vida das futuras gerações. Daí o aumento sistemático do déficit primário que, no exercício de 2017, chegou a R\$ 159 bilhões, sendo que, para o ano de 2018, é previsto um déficit primário de R\$ 136,1 bilhões. Isso comprova a ineficiência e ineficácia da Emenda Constitucional n.º 95/16, que congelou as despesas públicas por 20 anos seguidos – como se a sociedade permanecesse estática por todos esses anos. Indiferentemente a essa emenda, as despesas vão sendo criadas pela legislação ordinária muito além do limite do possível, em nome dos direitos individuais assegurados pela Carta Política, seguidas de desonerações fiscais desordenadas, nebulosas e casuísticas, tudo ao sabor das encomendas legislativas junto aos parlamentares e junto ao legislador palaciano, que vem baixando inúmeras medidas provisórias. Diga-se de passagem, medida provisória como instrumento normativo é incompatível com o sistema presidencialista de governo. Se não há dissolução do Parlamento, não se justifica essa via legislativa rápida. Por pura questão de conveniência, os membros do Congresso Nacional deixam de examinar os requisitos constitucionais da urgência e relevância (art. 62 da CF), para enxertar normas de interesse de cada parlamentar e aprovar a toque de caixa a medida provisória originária do Executivo com uma porção de jabotis.

3. MALES INCURÁVEIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A chamada “Constituição cidadã” padece de males incuráveis, porque ela está recheada de discursos poéticos e utópicos que nada têm a ver com a realidade de nossa sociedade heterogênea e cheia de desníveis socioeconômicos, que não podem ser corrigidos por meio de instrumentos normativos, porque dependentes não só de vontade política, como também (e principalmente) de recursos financeiros possíveis. Nem mesmo um país detentor das maiores economias do mundo seria capaz de executar políticas públicas que pudessem atender a

tantos direitos e garantias inseridos na nossa Carta Magna. Transcrevamos, por oportuno, o que já escrevemos a respeito:

“Em outras palavras, a despesa pública há de ser executada invariavelmente com a autorização legislativa, isto é, nos exatos limites da lei Orçamentária Anual (LOA), que promove o redirecionamento da receita pública segundo as prioridades eleitas pelo governo e referendadas pela sociedade por meio de seus representantes no Congresso Nacional. A execução orçamentária há de ser feita com rígida observância das regras previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), notadamente do artigo 9º que prevê a limitação de empenho e movimentação financeira sempre que o relatório bimestral da execução orçamentária revelar indício de que a receita não poderá comportar o cumprimento das metas do resultado primário ou nominal estabelecidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)”¹.

Entre os inúmeros males, a Constituição de 1988 trouxe o emperramento do Poder Judiciário, com a criação de dupla Justiça – a Federal ao lado da Justiça comum, ensejando conflitos de competência e duplicando as despesas –, responsável pela criação de uma terceira instância, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), como se isso pudesse refletir na melhoria da prestação jurisdicional que passou a ser uma das mais caras do mundo. Mas o aludido tribunal ficou conhecido como o Tribunal da Cidadania. Na verdade, o cidadão brasileiro é o mais desassistido do mundo em termos de prestação jurisdicional de qualidade que envolve, necessariamente, o fator temporal. “Justiça tardia não é justiça”, diz o brocardo popular. Isso sem contar o permanente clima de insegurança jurídica a que estão submetidos os jurisdicionados, que deriva, de um lado, do ativismo judicial e, de outro, da costumeira confusão que se faz entre o Direito e a Justiça. Cabe ao juiz aplicar a lei como proclamado no art. 5º da LINDB, que é norma de Direito geral. Não lhe cabe fazer justiça. Mesmo sendo o juiz uma pessoa inteligente, competente, dotada de sabedoria e de elevado senso de justiça, como acreditamos que seja, não lhe cabe se substituir no critério de justiça adotado pelo legislador.

Outrossim, nunca é demais repetir. Enquanto houve excessiva preocupação do legislador constituinte em conferir direitos e garantias, mas que muitos deles não saem do papel, como aqueles concernentes à liberdade e aos presos, enumerados nos incisos XLVI a LII, do art. 5º, houve a enumeração de poucos deveres e obrigações a cargo do cidadão. Basta dizer que a palavra “dever” figura apenas quatro vezes na Constituição, isto é, exatamente 14 vezes menos do que a palavra “direitos”. E mais, quando se fala em “dever”, inclui-se o Estado como sujeito passivo, conforme prescrito no art. 205 da Constituição: “A educação, direito de todos e *dever do Estado* e da família, será promovida e...”. Ora, como é possível o Estado educar cada um dos milhões de indivíduos? O descuidado legislador constituinte confundiu educação, que é dever da família, com o ensino fundamental obrigatório, por sinal, claudicante, limitando-se a conferir certificados de conclusão, sem avaliação da real aprendizagem. Os egessos do ensino fundamental engrossam a fileira dos chamados analfa-

betos funcionais com gravíssimos reflexos negativos no ensino médio e no ensino superior. O sistema educacional é como uma pirâmide invertida. Gasta-se muito mais no ensino superior do que no ensino fundamental. Há mais gerais na base do que soldados, proporcionalmente aos gastos públicos realizados.

É preciso investir no ensino fundamental, a primeira corrente do Sistema Educacional. O ensino fundamental de primeiro grau continua sem professores preparados para a difícil tarefa educacional. Os verdadeiros heróis do sistema educacional são os professores do ensino fundamental, notadamente aqueles voltados para ministrar o beabá, um trabalho cansativo e desgastante destinado a preparar o cidadão do futuro a serviço do País.

O relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) divulgou recentemente dados que confirmaram as afirmações que fizemos². Analisados os sistemas educacionais de 35 países, entre desenvolvidos e em desenvolvimento, revelaram os seguintes dados estatísticos – considerando os exercícios de 2014 e 2015:

- a. os gastos com a educação no Brasil atingiram 4,9% do PIB contra a média de 5,2% dos demais países;
- b. os gastos com ensino superior no Brasil foram de U\$ 11,7 mil por ano, aproximando-se da Itália (U\$ 11,550); da Eslovênia (U\$ 12, 330) e da Espanha (U\$ 12,440). A média entre os países filiados à OCDE foi de U\$ 16,143 anuais por aluno;
- c. em relação ao ensino fundamental, o gasto médio no Brasil foi de U\$ 3,8 mil anual, representando menos da metade da média desembolsada pelos demais países da OCDE, que foi de U\$ 8,7 mil anuais por aluno no mesmo biênio 2014/2015;
- d. dos países filiados à OCDE, o que mais investiu no ensino fundamental foi Luxemburgo, com a média anual U\$ 21,1 por aluno. Na América Latina, apenas três países ficaram abaixo do Brasil. A Argentina gastou U\$ 3,4 mil; o México, U\$ 2,9 mil e a Colômbia, U\$ 1,5 mil³.

Esses valores devem ser confrontados com os PIBs dos países respectivos para bem adaptar as comparações feitas. O certo é que os resultados das pesquisas da OCDE revelam que o Brasil gasta com o ensino superior três vezes mais do que gasta com o ensino fundamental e o ensino médio. Por isso, é oportuno reproduzir as palavras de Arthur Conan Doyle: *“Nenhuma corrente é mais forte do que o seu elo mais fraco”*.

4. O QUE DEVE SER FEITO PARA COMPATIBILIZAR A CONSTITUIÇÃO COM A REALIDADE SOCIOECONÔMICA DO PAÍS

Com tantos defeitos de que padece a Constituição de 1988, ela já sofreu cem emendas pelo Poder Reformador, que mexeu e remexeu em quase todos os dispositivos, tornando a Carta Magna uma verdadeira “colcha de retalhos”, somente preservando o núcleo protegido por cláusulas pétreas. Mas as garantias fundamentais também vêm sendo alteradas com base na excessiva judicialização da política levada a efeito por parlamentares, concorrendo para a politização do Judiciário que antecede o ativismo judicial, fonte permanente de insegurança jurídica do cidadão. Vejam só o triste fim a que está destinada a “Constituição cidadã” de 1988. Nem as cláusulas pétreas (§ 4º, do art. 60 da CF) são respeitadas.

Fazer uma nova Constituição não seria uma boa alternativa. A minoria barulhenta e, às vezes, violenta, incrustada em ONGs, em MST e em outras organizações não comprometidas com o bem-estar geral, nem com a paz social, certamente conduziria à elaboração de uma Constituição voltada para sustentar os parasitas da Nação.

Assim, é preferível efetuar o enxugamento da Constituição de 1988 retirando cirurgicamente aqueles dispositivos detalhistas próprios de uma legislação ordinária que está atravancando a cúpula do Poder Judiciário, porque uma quantidade infundável de matérias é diariamente levada ao STF por causa dessas normas indevidamente revestidas de natureza constitucional.

Sem essa cirurgia, de nada adiantará o princípio da razoável duração do processo, tampouco o instituto processual da repercussão geral que só vem contribuindo para paralisar os processos nas instâncias ordinárias, dando a impressão que o Poder Judiciário não existe. Ultimar o processo depois de 20 ou 30 anos após a propositura da ação, quando o autor já tiver falecido ou estiver em precaríssimas condições de saúde em razão da avançada idade, anula o princípio da universalidade da jurisdição previsto no inciso XXXV, do art. 5º, da CF.

A retirada da matéria concernente ao direito de família transposta impensadamente para a Constituição de 1988, à vista da incrível demora na aprovação do projeto de lei do novo Código Civil, já representaria um grande avanço em termos de descongestionamento da Corte Suprema, que se veria livre de discussões de teses que não interessam de perto para a sociedade em geral, como o casamento de pessoas do mesmo sexo, a adoção de crianças por casais do mesmo sexo, as hipóteses da alteração cirúrgica do sexo, o estado civil das pessoas transexualizadas etc.

Enquanto isso, processos de maior relevância para o desenvolvimento socioeconômico do País ficam paralisados. Questões tributárias da maior relevância para o empresariado ficam travadas por força de repercussão geral reconhecida, mas não julgadas em seus méritos. Outrossim, todas as ADIs impetradas contra emendas constitucionais versando sobre moratórias de precatórios judiciais foram julgadas num prazo superior a dez anos. Só para ilustrar, a Emenda Constitucional

n.º 30/2000, que parcelou o pagamento de precatórios em dez parcelas anuais, de 2000 até 31 de dezembro de 2010, só foi julgada inconstitucional em sede de liminar em 2011, quando já exaurido o prazo decenal previsto na emenda invalidada. Lembre-se, por oportuno, que as sucessivas moratórias constitucionais do precatório fez com que o art. 100 e parágrafos da CF, que regem o pagamento da condenação judicial pelas Fazendas Públicas, tivessem os seus efeitos suspensos desde a data de sua promulgação até hoje por força do art. 33 do ADCT e de normas semelhantes que se seguiram. Esses dispositivos constitucionais, na prática, foram cirurgicamente extirpados da Carta Magna. Enquanto perdurar a cultura do calote de precatórios, que nasceu e floresceu sob a bandeira da imoralidade e da falta absoluta de ética no exercício do poder, novas emendas constitucionais irão sendo aprovadas, e o art. 100 e parágrafos da Constituição continuarão sem oportunidade de vigência.

Na área do Direito Tributário, também merece enxugamento os textos pertinentes. A Constituição Federal deveria se limitar a enunciar os princípios tributários, a fim de conter o poder impositivo do Estado nos termos do que se encontrava nos seus artigos 150 a 152 em suas redações originais.

A introdução do § 7º ao art. 150 pela EC n.º 3/93, que trouxe uma porção de maldades na área tributária, só contribuiu para lançar uma terrível confusão nas mentes dos ilustres ministros integrantes do STF em torno da expressão “fato gerador presumido”, confundindo o aspecto nuclear ou material do fato gerador com o seu aspecto quantitativo, ou seja, com a base de cálculo sobre a qual incide a tributação antecipada. Levou 13 longos anos para reverter a decisão equivocada, a fim de, finalmente, determinar a restituição da diferença do imposto pago a maior nas operações de substituição tributária para frente. Só que a decisão veio com modulação de efeitos, prejudicando milhares de empresas que arcaram com o pagamento do imposto indevido ao arrepio do princípio da legalidade tributária. Na área tributária, em que vige o princípio da estrita legalidade, é absolutamente descabida a modulação de efeitos para premiar a entidade política infratora desse princípio basilar de Direito Tributário. O que é pior, a restituição determinada foi em forma de créditos do ICMS nos livros fiscais, como se esses créditos decorressem de operações normais de entrada e saída de mercadorias, e não de indevida apropriação do imposto pelo Estado. É o mesmo que o contribuinte, em vez de recolher o ICMS devido no mês, passar a escriturar em seus livros fiscais como débito a ser transferido para o mês seguinte. Se isso estiver errado, igualmente a restituição do indébito tributário em forma de crédito no livro fiscal estará também errada.

O que a Constituição peca por excesso de normas em matéria tributária claudica por ausência de norma expressa no que diz respeito ao pagamento de tributo como dever de todos, conforme consta nas Constituições de outros países adiantados. A inserção de norma nesse sentido tornaria impossível a concessão de uma infinidade de incentivos fiscais das mais variadas espécies e moda-

lidades, inclusive aqueles benefícios fiscais casuísticos outorgados pelo legislador palaciano que, somados todos eles, causam um rombo de mais de R\$ 240 bilhões anuais aos cofres públicos e que são compensados com a exacerbação da carga tributária a ser suportada por aqueles que estão fora dos benefícios. Com a incorporação da norma em questão, os benefícios fiscais limitar-se-iam àqueles referidos na parte final do art. 151 da CF.

Finalmente, é chegado o momento de o Estado devolver à iniciativa privada a exploração de atividades econômicas de conformidade com o art. 170 da Constituição. Instituições bancárias oficiais e empresas estatais se tornaram centros de cabine de empregos e, não raras vezes, instrumentos de alimentação e retroalimentação da corrupção no setor público. A exploração direta de atividade econômica pelo Estado deveria ficar restrita às hipóteses de imperativos da segurança nacional, sem a alternatividade para os casos de “relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, como consta do art. 173 da Constituição, que não foi regulamentado até hoje. “Definidos em lei” pressupõe prévia edição de lei enumerando taxativamente as hipóteses de exploração direta da atividade econômica pelo Estado, por representar uma exceção ao princípio geral da atividade econômica.

Por tudo isso, não há muito o que comemorar a passagem de 30 anos da chamada “Constituição Cidadã”, que não vem oferecendo nenhuma proteção efetiva aos cidadãos normais que produzem a riqueza desse país. Nem sequer segurança física têm os cidadãos normais por causa do desvirtuamento de órgãos e instituições responsáveis pela segurança pública, e também por ausência sistemática de recursos financeiros esbanjados em programas de discutível eficácia e eficiência implantados com fins eleicoeiros. Só para citar, o Bolsa Família desviou nos anos de 2013 e 2014 recursos financeiros da ordem de R\$ 2,577 bilhões, correspondente a 4,5% do total desse período em decorrência de pagamentos feitos a mortos (49.423), a servidores públicos (548.670), a empresários (318.130) e a doadores de campanhas que recuperaram suas doações por via do benefício social (89.586). Esse programa, na verdade, representa o antigo “voto de cabresto” imperante na época do Brasil feudal. E aqui é oportuno citar duas das frases de Henedino de Campos insertas em seu livro *Regovernar – klePTocracia... nunca mais*:

“Não é possível manter 30 milhões de pessoas sob garrote, sendo usados como carneiros pelo marketing político, captados nos currais de votos, devido à distribuição dos cartões eletrônicos inseridos com bolsas e promessas para fins eleicoeiros”.

“O governo usa suas instituições bancárias para fins eleicoeiros promovendo privilégios financeiros a legisladores e os apadrinhamentos contratuais, o governo não pode ser um balcão de negócios, não pode ser empresa de mercado, uma democracia com representantes eleitos dignos não permite a espoliação mercantil de seus cidadãos”³.

Tem-se a impressão de que a Constituição Federal, com a proclamação de tantos direitos, sem as obrigações recíprocas, amoldou um sistema jurídico destinado a sustentar um bando de parasitas que não querem trabalhar.

Como foi dito, elaborar uma nova Constituição não seria uma boa alternativa. Mas, se for convocar uma Assembleia Nacional Constituinte para dar à sociedade uma nova Constituição, seria oportuna a alteração do sistema presidencialista para o sistema parlamentarista de governo, mantida à forma republicana, ou alternativamente retornar ao modelo da Constituição de 1967 (sem a Emenda n.º 1/69), expurgados um ou outro dispositivo que conflita com o princípio federativo, como aquele referido no § 2º, do art. 20, que permite à União conceder isenções heterônomas mediante lei complementar. Aliás, a alteração do sistema de governo pode ser feita pelo Poder Reformador, pois apenas a forma federativa de Estado está sob proteção da cláusula pétrea.

SP, 30-5-18.

NOTAS

1

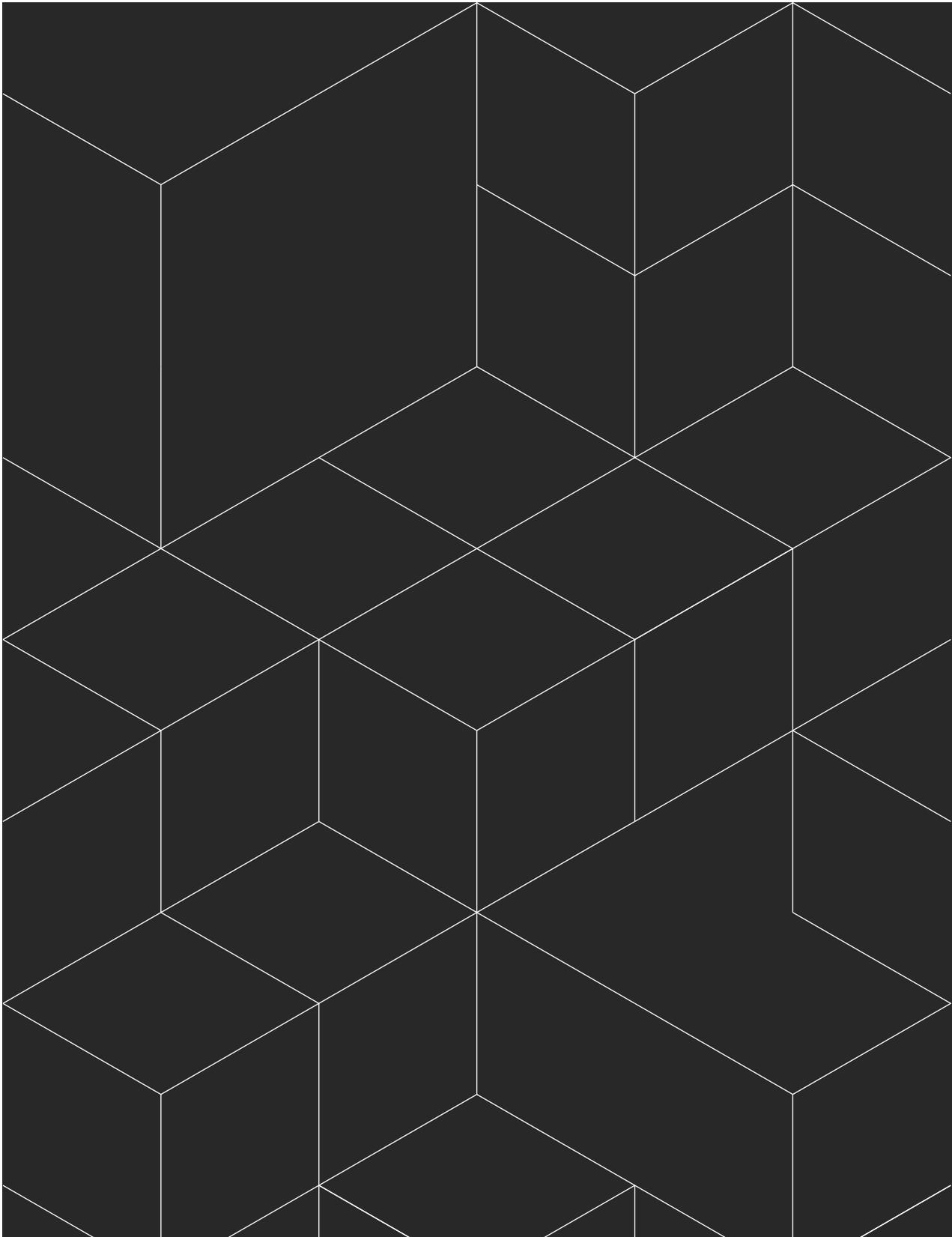
Cf. nosso *Direito Financeiro e Tributário*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, pág. 22.

2

Fonte: *O Estado de S. Paulo*, 15.9.2017, pág. A3.

3

Acesso em 18.5.2018 no site: https://play.google.com/books/reader?id=7R11DQAAQBAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pg=-GBS.PA1



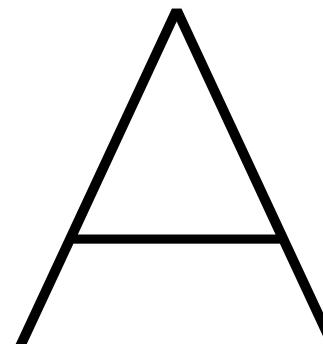
IGOR MAULER SANTIAGO

TRIBUTAÇÃO
E LIVRE
CONCORRÊNCIA:
ALCANCE DO
ART. 146-A DA
CONSTITUIÇÃO
FEDERAL E ANÁLISE
DOS PROJETOS DE
LEI COMPLEMENTAR
DESTINADOS A
REGULAMENTÁ-LO

IGOR MAULER SANTIAGO

MESTRE E DOUTOR EM DIREITO TRIBUTÁRIO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG). MEMBRO DA COMISSÃO DE DIREITO TRIBUTÁRIO DO CONSELHO FEDERAL DA OAB. MEMBRO DO COMITÉ DE RÉDACTION DA REVUE FRANÇAISE DE FINANCES PUBLIQUES. ADVOGADO.

I. RESTRIÇÕES LEGAIS ACEITÁVEIS À LIBERDADE ECONÔMICA



A CONSTITUIÇÃO ASSEGURA A PESSOAS E EMPRESAS “O LIVRE EXERCÍCIO DE QUALQUER atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (art. 170, parágrafo único).

A lei que proíba o exercício de determinada atividade, ou a sujeite a autorização ou qualificação prévia, há de ser, em princípio, federal, por deter a União competência privativa para dispor sobre Direito Civil e Comercial e sobre condições para o exercício das profissões (CF, art. 22, I e XVI).

Contudo, se a proibição ou a restrição forem fundadas em algum dos princípios positivados no art. 24 da Constituição (defesa do meio ambiente, do patrimônio histórico ou da saúde, *v.g.*), admite-se que seja imposta também por lei estadual, desde que esta não contrarie a lei federal de normas gerais acaso existente (§§ 1º a 4º do mesmo dispositivo). Nessa linha, o preciso voto do min. DIAS TOFFOLI na ADI n.º 3.937/DF (j. em 24.8.2017; pendente de publicação).

No limite, atendidas as leis federais e estaduais sobre a matéria, a limitação pode decorrer até de lei municipal, dada a competência desse ente para “*legislar sobre assuntos de interesse local*” e “*suplementar a legislação federal e a estadual no que couber*” (CF, arts. 30, I e II).

Tais amarras à liberdade econômica se justificam pelo impacto que a atividade possa ter sobre outros valores prestigiados pela Constituição: risco de câncer associado ao uso de amianto, risco de acidente ligado à venda de bebida alcoólica à beira de estradas etc.

É certo que, no sempre lembrado caso *American Virginia*¹, o STF admitiu que uma conduta desvinculada da atividade-fim da empresa motivasse a cassação da sua licença de funcionamento. Tratou-se de aferir a validade do art. 2º, II, do Decreto-Lei n.º 1.593/77 (na redação da Lei n.º 9.822/99), segundo o qual o registro especial

para a fabricação de cigarros, outorgado pela Receita Federal, será cancelado em caso de “*não cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal*”.

Observe-se de saída que a Corte fez uma leitura restritiva da regra, especificando que não é toda inadimplência que autoriza o afastamento das suas tradicionais súmulas contrárias às sanções políticas², mas somente a resistência **obstinada e infundada** ao pagamento de tributos e, assim mesmo, desde que se garanta ao particular o devido processo legal na **impugnação das exigências e da própria cassação do registro**.

Mais do que isso, analisando-se de perto os acórdãos da cautelar e do recurso extraordinário, nota-se que, embora desvinculado da atividade-fim da empresa (pois a inadimplência fiscal não agrava a nocividade dos cigarros que fabrica), o comportamento sancionado solapa o principal mecanismo de que dispõe o Poder Público para implementar o valor constitucional por ela afetado (a proteção da saúde).

Com efeito, ao ver do STF, a produção e a venda de cigarros são atividades apenas toleradas pelo Estado, que, infelizmente, não dispõe de meios eficazes para o seu completo banimento.

Donde as violentas intervenções que sofre: limites à propaganda e imposição de advertências ao consumidor (CF, art. 220, § 4º), proibição de aditivos **inofensivos** que tornem o produto mais saboroso (Resolução Anvisa n.º 14/2012, objeto da ADI n.º 4.874/DF) e, principalmente, tributação inibitória.

Nesse sentido, o acórdão regional submetido ao crivo do STF já consignava que o tributo “*tem por objetivo desestimular o contribuinte de fato, em prol de sua própria saúde*”, e que a sua receita é “*imprescindível para que [o Estado] possa arcar com os custos das doenças relacionadas ao consumo de cigarros*”.

A instrumentalidade do tributo para a consecução do valor em que se lastreia a restrição à indústria do tabaco (proteção à saúde) foi, como dito, fortemente ressaltada nos dois acórdãos proferidos pelo STF. A conferir:

“Por um lado, há as vicissitudes e idiosincrasias as próprias do mercado da indústria do cigarro, que segundo se alega podem justificar o tratamento fiscal diferenciado e mais oneroso, tanto por questões de saúde pública (custeio dos serviços de profilaxia e tratamento das doenças causadas pelos produtos da indústria do tabaco) como de concorrência (alta capilaridade da distribuição do produto no mercado e elevado risco de sonegação)”. (MIN. JOAQUIM BARBOSA, cautelar)

“... cuja produção, como aduz o memorial da Fazenda, é meramente tolerada pelo Poder Público, que a respeito não tem alternativa política e normativa razoável. (...)”

Ademais, o caso é do que a doutrina chama de tributo extrafiscal proibitivo, ou simplesmente proibitivo, cujo alcance, a toda evidência, não exclui objetivo simultâneo de

inibir ou refrear a fabricação e o consumo de certo produto. A elevada alíquota do IPI caracteriza-o, no setor da indústria do tabaco, como tributo dessa categoria, com a nitida função de desestímulo por indução na economia.

(...)

... repugna-me, neste caso, tratar-se, na verdade, de uma briga para saber quem vende veneno mais barato”. (MIN. CEZAR PELUSO, cautelar)

“(...) Porque, pelos efeitos nocivos à saúde dos consumidores do tabaco, é um tipo de atividade que muito dificilmente se concilia com o princípio constitucional da função social da propriedade. (...)”

(...) Ou seja, há uma política pública de defesa da saúde expressa na própria Constituição Federal, que parece, também, de difícil conciliação com esse tipo de indústria, de comércio e de consumo tabagista.

(...) Mas subjaz ao voto do ministro Cezar Peluso – quero crer – a afirmativa de que a tributação especial, mais exacerbada, mais elevada, cumpre uma função inibidora da própria atividade. Ora, a sonegação, longe de cumprir uma função inibidora, pisa no acelerador da atividade. Ou seja, se, de um lado, a tributação elevada é um freio, a sonegação contumaz é um acelerador”. (MIN. CARLOS BRITTO, cautelar)

“Com efeito, o Decreto-Lei n.º 1.593/77 concede ao empreendimento tabagista o direito de funcionar, em regime especial, por constituir atividade econômica meramente tolerada pelo Estado, mediante outorga de registro especial expedido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil”. (MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, recurso extraordinário)

“A razão para a exigência de ‘registro especial’ da empresa perante a Receita Federal do Brasil seria, em tese, a mesma que justifica as restrições à propaganda impostas pela Lei n.º 9.249, de 1996, e a carga fiscal elevada incidente sobre esse segmento econômico: a natureza ‘altamente nociva à saúde humana’ dos produtos fumígenos, notadamente o cigarro”. (MIN. GILMAR MENDES, recurso extraordinário)

Em suma, a cassação do registro de funcionamento não decorreu da inadimplência tributária em si mesma considerada, mas da inobservância de medida diretamente vinculada à proteção da saúde pública: por coincidência, dadas as já referidas particularidades do setor, a quitação dos tributos inibitórios, sem a qual o cigarro obterá difusão social indesejada pelo Poder Público.

É só assim que podem ser tomadas as afirmações do min. CEZAR PELUSO, no sentido de que:

“Ora, a previsão normativa de cancelamento da inscrição no registro especial por descumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, antes de ser sanção estrita, é prenúncio desta: uma vez cancelado o registro, cessa, para a empresa inadimplente, o caráter ilícito da proibição de cigarros; se persistente, a atividade, de permitida, passa a ostentar o modal deontico de não permitida, ou seja, proibida”. (cautelari)

A teor do art. 3º do CTN, a licitude do ato (*prius*) é requisito para a incidência do tributo (*posterius*), o que repele a inversão lógica de se qualificar o ato como lícito ou ilícito segundo este tenha ou não sido tributado. A menos – aí está o ponto – que o tributo se descole **inteiramente** de sua função fiscal e se transmude por completo (não se trata da extrafiscalidade ordinária, que não despreza o fim arrecadador) em mecanismo regulatório para a implementação de valor constitucional contraposto, em dado setor, à liberdade econômica.

Mais grave, incorrendo em insolúvel petição de princípio em que não recaiu a Corte, é a tese de JOSÉ AFONSO DA SILVA, em parecer juntado aos autos, de que “o art. 2º daquele decreto-lei não estabelece meio coercitivo para cobrança de tributo, mas, sim, sanções por práticas de ilícitos contra a ordem tributária”. Ora, ilícito punido com o fechamento da empresa não é outro senão a inadimplência, de modo que aquele só pode ser evitado por meio da quitação das dívidas.

Voltando ao acórdão, é importante observar que, preocupados com a indevida generalização das conclusões ali atingidas, três ministros reforçaram a extrema peculiaridade da situação:

“No caso da tributação do fumo, de cigarros, há na verdade quase um monopólio fiscal. (...) Há aí uma atividade sujeita a um regime especial não apenas porque evolue risco à saúde, mas, antes de tudo, em função da sistemática de seletividade do IPI, que já distinguia o imposto de consumo; em segundo lugar, em razão dessa situação a que fiz alusão, de monopólio fiscal”. (MIN. EROS GRAU, cautelari)

“O que eu quero dizer, ministro Joaquim Barbosa, é que a submissão mais rigorosa ao regime especial de tributação para o tabaco, no plano da comercialização, da produção e do consumo, chega a ser da essência da atividade econômica”. (MIN. CARLOS BRITTO, cautelari)

“Estamos a ver, portanto, apenas com esses exemplos, que em tema de produção e comercialização de produtos fumíferos, a atividade regulatória do Estado é realizada com uma maior carga normativo-sancionatória, a qual, se levada para outros âmbitos da atividade econômica, certamente não passaria do teste da proporcionalidade, especialmente por afrontar a liberdade de iniciativa, ou seja, por não conter em si uma justificação plausível para a elevada intensidade com que restringe a livre-iniciativa, direito fundamental e fundamento da República Federativa do Brasil e da ordem econômica”. (MIN. GILMAR MENDES, cautelari)

É mesmo difícil pensar em outra atividade lícita que suscite repulsa semelhante à produção e à venda de cigarros, à qual restrições tão draconianas pudessem ser impostas com o beneplácito da opinião pública e do Judiciário.

Existem outras atividades submetidas à autorização estatal prévia, caso da produção e da venda de combustíveis. Mas o Estado não tem interesse em erradicá-las. Muito pelo contrário: sem deixar de impor-lhes rígida disciplina, na verdade as protege e estimula, por lidarem com insumos básicos para toda a economia. De modo que os tributos que as oneram, ainda que elevados e acaso revestidos de função extrafiscal (induzir o consumo de um combustível em lugar de outro), não visam a limitar a sua abrangência – o que seria incompatível com os benefícios fiscais que o mesmo Estado lhes concede, caso do REPETRO.

Em suma, a autorização prévia aplicável ao setor de cigarros visa à proteção da saúde pública, objetivo perseguido principalmente por meio da tributação inibitória. Já a autorização prévia imposta ao setor de combustíveis tem em mira a segurança dos trabalhadores e usuários e a preservação do meio ambiente, finalidades garantidas pela fixação de regras diretamente ligadas à materialidade das atividades-fim que o integram.

Daí que o inadimplemento substancial e injustificado de tributos acarrete a cassação do registro especial no primeiro caso, mas não no segundo, no qual só será legítimo se decorrer da inobservância das normas de segurança e ambientais julgadas relevantes pela agência reguladora, com respaldo em lei.

Sabe-se que o outro fundamento acolhido pelo STF para dar pela constitucionalidade do art. 2º, II, do Decreto-Lei n.º 1.593/77 foi a defesa da livre concorrência, que ficaria arranhada com a redução de preços e a conquista de mercados que a inadimplência tributária sistemática e injustificada possibilitaria. Mas isso se deu, é preciso não esquecê-lo, no âmbito da discussão dessa regra específica, aplicável a setor no qual o tributo exerce raríssima função de bloqueio.

Deu-se, ademais, sem a análise detida da natureza e do conteúdo do art. 146-A da Constituição, invocado como fundamento da decisão (o que se fará neste estudo), e sem a investigação empírica, mesmo que superficial, do mercado de cigarros e dos efeitos concretos que sobre ele teve o comportamento do contribuinte (ali, a inadimplência tributária), à moda do que se faz no Direito Concorrencial.

É dizer: ao cabo, a controvérsia girou em torno da validade de um comando bastante peculiar, e não do direito de todos os fiscos de cerrarem as portas de qualquer contribuinte em débito, ou mesmo daqueles que venham a tachar de contumazes.

Em conclusão, mesmo após o caso American Virginia, permanece válida a afirmação de que as restrições à atividade econômica – e especialmente aquelas conducentes à eliminação de determinado agente do mercado – só se justificam se forem voltadas a evitar ou mitigar os prejuízos que ela possa causar a outros valores constitucionais eminentes.

2. O ART. 146-A DA CONSTITUIÇÃO

Reza o dispositivo, inserido na Constituição pela EC n.º 42/2003:

“Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.”

A sua atecnia, ao atribuir idêntica competência à lei complementar e à lei federal, é criticada por ALEXANDRE DE MORAES, para quem a emenda, “*estranhamente*”, ignorou “*tradicional diferença material entre as duas espécies normativas*”³. Também JOSÉ AFONSO DA SILVA, “*o texto não é muito claro*” ou é “*confuso (...), porque a lei complementar também é da competência da União*”⁴.

Nenhuma luz poderá ser buscada na exposição de motivos da PEC n.º 41/2003 ou das 446 emendas parlamentares que lhe foram apostas, ou ainda nos anais de sua discussão no Congresso Nacional, visto que – por se falar em *estranheza* – nada se diz quanto à autoria e ao objetivo visado com o comando (a *mens legislatoris*, que não é decisiva, mas ajuda a extrair a *mens legis*).

Segundo o criterioso registro de JOSÉ LUIS RIBEIRO BRAZUNA⁵, o art. 146-A surgiu ao longo da discussão da Emenda Aglutinativa Substitutiva Geral de Plenário n.º 27, aliás, proposta sem justificativa pelas lideranças de seis partidos.

Durante o debate, que entrou pela madrugada, tudo o que se vê é a indignação de diversos deputados com a pressão para se votar um texto a que nem sequer tiveram acesso. A conferir:

“O SR. JOSÉ CARLOS ALELUIA – Posso falar?

Sr. presidente, v. Exa. ouviu, como todos nós, o discurso de um dos deputados mais experientes da Casa, o deputado Alberto Goldman.

(...)

Estamos aqui reunidos, parlamentares experientes, sob os olhares do povo brasileiro, para fixar as regras por meio das quais os governos federal, estaduais e municipais deverão extrair recursos do cidadão, da sociedade brasileira, para organizar o Estado. E o que vemos? São 23h19min46seg. Pretendemos votar um texto, mas todos sabemos que ele não existe.

V. Exa. é um homem de bom senso. Não há como votar um texto que às 23h20min não é do conhecimento de ninguém.

(...)

A SRA. JUÍZA DENISE FROSSARD (PSDB-RJ. Pela ordem. Sem revisão da oradora.) – Sr. Presidente, gostaria de obter um esclarecimento: este texto que tenho em mãos é o que vou votar? É este o texto?

(...)

O SR. JOSÉ CARLOS ALELUIA (PFL-BA. Questão de ordem. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, V. Exa. está colocando em votação a preferência para que seja votado um texto que foi apresentado à mesa às 23h05min. O requerimento que V. Exa. tem em mãos é das 21h. Mesmo V. Exa. dizendo que foi no início, como se pode pedir preferência para algo desconhecido? Isso é irracional. Nós estamos fazendo uma reunião irracional. Estamos atentando contra todos os princípios para o bom funcionamento de um parlamento...

(...)

O SR. ANTONIO CARLOS MENDES THAME (PSDB-SP. Pela ordem. Sem revisão do orador.) – Sr. presidente, diversos deputados esclareceram que têm o texto e querem ter tempo para lê-lo. Nós nem o texto temos. Fomos procurá-lo em diversos lugares e não o encontramos. Foram feitas cópias em número insuficiente.

(...)

O SR. EDUARDO PAES (PSDB-RJ. Sem revisão do orador.) – (...) A oposição suspendeu a obstrução sob o argumento de que haveria negociação para que o texto fosse melhorado quando a reforma estivesse no plenário e fosse discutida pelo colégio de líderes. E o que vemos, Sr. presidente, é uma cena triste, lamentável e absurda: a esta hora da madrugada – faltam 10 minutos para 1 hora – estamos discutindo, como diz o Deputado José Carlos Aleluia, nas coxas, uma reforma que mexe com a vida de todos os cidadãos brasileiros...

(...)

O SR. JOSÉ CARLOS ALELUIA – Sr. Presidente, estamos infringindo o Regimento, estamos infringindo a Constituição. Sabemos que o Governo está mudando o texto agora. Não podemos emprestar o nome do PFL e nosso voto para legitimar a votação às escondidas de um projeto que não conhecemos, que não foi discutido, que não é do agrado do cidadão brasileiro, que não atende aos interesses nacionais, que tem a discordância do setor produtivo, que tem a discordância dos trabalhadores, que tem a discordância da imensa maioria dos prefeitos e dos governadores.

(...)

Sras. e srs. deputados, este projeto pretende regular a concorrência por meio de discriminação tributária, e nós, do PFL, não podemos concordar com essa prática”.

E foi assim, sem nenhum esclarecimento sobre o art. 146-A (salvo o protesto constante do último parágrafo acima transcrito), que a PEC foi votada em segundo turno na Câmara e em dois turnos no Senado. Daí que a doutrina tenha ficado inteiramente desnorteada quanto ao seu alcance, havendo propostas interpretativas para todos os gostos:

- SACHA CALMON⁶ afirma se tratar de norma destinada exclusivamente a combater a concorrência tributária **entre entes políticos** (guerra fiscal), objetivo que HAMILTON DIAS DE SOUZA⁷ exclui por completo do seu âmbito, a seu ver, limitado à promoção da livre concorrência **entre particulares**. LUÍS EDUARDO SCHOUEI⁸ e LUIZ AUGUSTO DA CUNHA PEREIRA⁹ – para nós com razão, pois a guerra fiscal consiste na outorga de vantagens tributárias a particulares, que, com isso, aumentam os seus lucros e/ou a sua participação no mercado – vislumbram **ambos os objetivos** no comando;
- LUÍS EDUARDO SCHOUEI¹⁰, RODRIGO MAITO DA SILVEIRA¹¹ e HAMILTON DIAS DE SOUZA¹² restringem-na à correção de desequilíbrios concorrenciais **de origem tributária** (este último, limitando-a ademais à função de submeter todos os agentes de um dado setor ao efetivo cumprimento de suas obrigações fiscais), enquanto VINÍCIUS ALBERTO ROSSI NOGUEIRA¹³ – com quem concordamos, até mesmo pela dificuldade prática de uma tal distinção – admite o enfrentamento, por meio da lei complementar prevista no art. 146-A, também de distúrbios concorrenciais causados por **outras falhas de mercado**;
- JOSÉ LUIS RIBEIRO BRAZUNA¹⁴ restringe seu alcance à conformação da **obrigação tributária principal**, ao passo que LUÍS EDUARDO SCHOUEI¹⁵, VINÍCIUS ALBERTO ROSSI NOGUEIRA¹⁶, RODRIGO MAITO DA SILVEIRA¹⁷ e LUIZ AUGUSTO DA CUNHA PEREIRA¹⁸ veem nele também a autorização para a imposição de **obrigações acessórias** – o que, a nosso ver, faz sentido, porque uma alteração no tributo pode exigir novas declarações por parte do contribuinte.

Algumas questões merecerão atenção mais detida de nossa parte, dados os rumos que têm tomado os projetos de lei complementar vocacionados a regulamentar o art. 146-A da Constituição.

2.1. A NATUREZA DO ART. 146-A

Viu-se no item 1 que, no caso American Virginia, o STF invocou o art. 146-A da Constituição para fundamentar a decisão pela constitucionalidade do art. 2º, II, do Decreto-Lei n.º 1.593/77.

De fato, para alguns autores, o comando teria incluído ou reforçado o princípio da neutralidade tributária, servindo de guia para o aplicador do Direito em seus juízos quanto à validade e à correta interpretação das regras¹⁹. Sobre a distinção entre regras e princípios, leciona HUMBERTO ÁVILA²⁰:

“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”

O conteúdo possível do art. 146-A da Constituição será dissecado nos itens seguintes.

Por ora, cumpre anotar – e isso é de fundamental relevo – que o dispositivo veicula regra de competência (autorização ao Congresso para editar lei complementar com um dado conteúdo), e não princípio jurídico. Nesse ponto, é irretocável a observação de VINÍCIUS ALBERTO ROSSI NOGUEIRA²¹:

“Da análise de seu texto normativo, logo de seu primeiro trecho, pode-se concluir que o artigo 146-A destina-se tão somente ao legislador complementar. Trata-se de uma autorização, de um permissivo constitucional para que uma lei complementar estabeleça critérios especiais de tributação para evitar distúrbios concorrenciais.

O art. 146-A é, portanto, uma regra de competência e não um princípio ou um valor constitucional. Ele não pode servir para outros propósitos além de legitimar o legislador complementar a editar critérios especiais de tributação.

Essa conclusão é importante pois inviabiliza teorias de que o art. 146-A poderia servir como fundamento jurídico para atos da administração tributária dirigidos à manutenção da livre concorrência nos mercados; ou como base para orientar a interpretação e a aplicação de leis ordinárias, decretos, ou quaisquer outros veículos normativos para este mesmo fim, como se o advento deste artigo representaria a positivação do princípio da neutralidade tributária.

O artigo 146-A não trouxe qualquer inovação para o processo de interpretação e aplicação das normas tributárias. O princípio da livre concorrência, trazido pelo inciso IV, do artigo 170, da Constituição Federal, sempre fez parte da ordem econômica brasileira, muito antes da própria inserção do artigo 146-A da Constituição, e continua sendo a norma-princípio que orienta a interpretação e aplicação da norma tributária, e de qualquer outra norma, para fins concorrenciais”.

A distinção é bem demarcada também por DIEGO BONFIM²² e LUÍS EDUARDO SCHOUERI²³.

Vale anotar, *en passant*, que o fato de a Constituição contemplar a livre concorrência não convalida, por óbvio, medidas arbitrárias que tenham por objetivo real ou suposto a sua proteção ou promoção. Com efeito, tais medidas esbarrariam em outras normas constitucionais (regras, princípios ou postulados) que determinariam a sua invalidade. Na precisa observação de LUÍS EDUARDO SCHOUERI²⁴:

“... o isolamento de um princípio, como o da livre concorrência, para, a partir daí, averiguarem-se as discriminações que este legitimaria, não deve levar o jurista a entender que toda discriminação que encontre uma explicação baseada naquele princípio encontra-se, por tal motivo, amparada constitucionalmente”.

Na análise do tema, é preciso não perder de vista a advertência de HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO²⁵ no sentido de que:

“... a determinação constitucional de preservação da livre concorrência pode vir a ser (indevidamente) utilizada como uma nova vestimenta para um velho (e recorrente) problema: a invocação das razões de Estado para justificar a cobrança de tributos, desta vez com aparência de legitimidade maior. O indigitado princípio passaria a ocupar (e já está fazendo isso) lugar antes preenchido pela prevalência do interesse público e pela solidariedade”.

O tema das formas de realização da livre concorrência no âmbito tributário será retomado no item 2.3 infra.

2.2. A FUNÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR PREVISTA NO ART. 146-A

Além de instituir tributos (empréstimo compulsório, imposto sobre grandes fortunas, impostos e contribuições securitárias residuais – CF, arts. 148, 157, VII, 154, I, e 195, § 4º), do que decerto não se trata aqui, a lei complementar – difusamente referida no capítulo “Da Ordem Tributária” – recebeu três atribuições do constituinte originário nesse campo. São elas:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

I. dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios;

II. regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III. estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

A. definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

B. obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

C. adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

D. definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

PARÁGRAFO ÚNICO. *a lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, observado que:*

I. será opcional para o contribuinte;

II. poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado;

III. o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento;

IV. a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.”

É lógico que a lei complementar, que tem caráter nacional, sempre pressupõe a existência das leis instituidoras dos tributos, a cargo dos diversos entes federados. Contudo, a sua relação com esses diplomas varia segundo o caso. Nos incisos I e II, tem-se a atuação direta da lei complementar, fulminando a lei tributária que por qualquer

forma se distancie dos seus termos (ou melhor, anulando-a naquilo em que dela se diferencie). A seu turno, o inciso III alude ao campo da competência concorrente, em que se permitem tanto a suplementação quanto a subimplementação (um Estado pode, por exemplo, definir que o seu ITCMD se submete à decadência trienal). É esse o sentido dos §§ 1º e 2º do art. 24 da Constituição, a saber²⁶:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I. direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

(...)

§ 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados. (...)”

E a verdade é que, mesmo no campo das normas gerais, há vários casos de incidência exclusiva da lei complementar, bastando considerar que não seria legítima uma definição local de tributos ou de suas espécies (inciso III, *a*) e que o Simples Nacional (inciso III, *d*, e parágrafo único) deixa pouquíssima margem de decisão aos entes federados – caso da imposição de sublimite para o ICMS no âmbito do programa (Lei Complementar n.º 123/2006, art. 19).

No que concerne ao art. 146-A, pensamos que a lei complementar ali prevista tem uma quarta função, não se reconduzindo a nenhuma das três definidas no artigo precedente (ou quinta função, se considerarmos a de instituir certos tributos).

Dos incisos I e II, claramente não há o que se cogitar. Tampouco se trata de norma geral, passível de suplementação pelos entes subnacionais, seja à vista do critério topográfico – se assim fosse, ter-se-ia inserido mais uma alínea no inciso III do artigo 146 –, seja pela razão mais profunda de que, voltando-se contra desequilíbrios ligados a tributos locais (pois, para os federais, basta lei ordinária, como resulta da parte final do dispositivo), o remédio não poderia ficar nem mesmo em parte nas mãos de Estados e municípios, sob pena de ineficácia ou mesmo de manipulação (guerra fiscal de segundo nível, agora fundada em medidas contra-alegadas quebras de concorrência).

A objeção de que os entes políticos ficariam jungidos ao teor da lei complementar já se provou inócua em matéria de conflitos federativos de fundo tributário.

Ficamos, assim, com a primeira das quatro leituras possíveis do art. 146-A listadas por JOSÉ LUIS RIBEIRO BRAZUNA²⁷:

- *“o Congresso Nacional poderá estabelecer critérios especiais relativos à cobrança de todos os tributos. Tratando-se de tributos de competência de Estados, Distrito Federal e municípios, deverá utilizar lei complementar e, para os tributos da União, lei ordinária”;*
- *“lei complementar dos Estados, Distrito Federal ou municípios poderá estabelecer critérios especiais de tributação com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo de a União, mediante lei ordinária, fazer o mesmo com tributos de sua competência”;*
- *“o Congresso Nacional poderá, mediante lei complementar, estabelecer parâmetros para Estados, Distrito Federal e municípios fixarem por leis próprias os critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência, o que também poderá ser feito pela União, por meio de lei ordinária e independentemente da edição da lei complementar”;*
- *“por meio de lei complementar, o Congresso Nacional poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, apenas quanto aos tributos de competência da União, que continuará, por meio de lei ordinária, a poder utilizar outros instrumentos preventivos de defesa da livre concorrência”.*

Estamos, nesse particular, na companhia de VINICIUS ALBERTO ROSSI NOGUEIRA²⁸, para quem:

“(...) Nesse sentido, entendemos ser possível que a autonomia dos entes federativos seja mitigada desde que exista fundamento razoável para tanto. O artigo 146-A traz exatamente essa justificativa razoável, qual seja, prevenir distúrbios concorrenciais.

Ademais, como citado acima, o exercício individual das diversas competências tributárias pode levar a situações de grave risco à unidade jurídico-econômica do País, como é o caso da Guerra Fiscal. Nesses casos, o exercício abusivo da autonomia política por um Estado gera esbulho ao exercício do mesmo direito pelos outros entes federativos e, por esse motivo, o artigo 146-A pode servir, ainda que indiretamente, à própria manutenção do pacto federativo.

Sendo assim, de se perceber que somente a lei complementar é capaz de oferecer uma norma tributária nacional, vinculante a todos os entes federativos, que viabilize uma modificação uniforme e concatenada dos critérios de tributação conduzidos por estes entes federados”.

Discordamos, pois, pelas razões já expostas, de RODRIGO MAITO DA SILVEIRA²⁹, DIEGO BONFIM³⁰ e LUIZ AUGUSTO DA CUNHA PEREIRA³¹, que se inclinam pela terceira interpretação, bem como do próprio JOSÉ LUIS RIBEIRO BRAZUNA³², que opta pela quarta – que, mais do que inócua, por deixar de fora os entes nos quais os maiores problemas acontecem, chega a ser prejudicial à livre concorrência no âmbito federal, por exigir lei complementar onde hoje basta lei ordinária.

Importante registrar, porém, que mesmo os estudiosos que adotam a terceira tese advertem para a imprescindibilidade de lei complementar prévia para a validação dos diplomas estaduais e municipais introdutores dos regimes especiais de tributação³³ – o que basta para inviabilizar qualquer iniciativa local nesse sentido no presente momento.

E tal admissão, embora excepcional e contrária ao art. 24, § 3º, da Constituição³⁴ (lembre-se que tais autores atribuem ao diploma previsto no art. 146-A o caráter de norma geral), encontra respaldo na jurisprudência do STF, como se vê no sempre lembrado RE n.º 140.887/RJ (Pleno, rel. min. MOREIRA ALVES, DJ 14.5.1993), que recebeu a seguinte ementa:

“Adicional do imposto de renda, em favor dos Estados-membros. Inconstitucionalidade da Lei n.º 1.394, de 2.12.1988, do Estado do Rio de Janeiro.

Os Estados e o Distrito Federal só podem instituir tributos, independentemente da lei complementar nacional tributária a que alude o artigo 146 da Constituição Federal, com relação a tributos autônomos, de sua competência, e tributos esses que não possam ter reflexos em outros Estados, no Distrito Federal e na própria União.

- Sentido e alcance dos §§ 3º, 4º e 5º do artigo 34 do ADCT, bem como do § 3º do artigo 24 da parte permanente da Constituição Federal.

O adicional previsto pela Carta Magna, no inciso II do art. 155, é tributo da competência dos Estados e do Distrito Federal, mas não só não é ‘autônomo’ – como adicional que é, está inequivocamente vinculado ao imposto de renda, como instituído e disciplinado pela União –, senão também sua disciplina pelas leis locais pode dar margem a conflitos de competência entre Estados e Distrito Federal, de um lado, e entre estes e a União Federal, de outro, pelos inevitáveis reflexos nacionais.

Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei n.º 1.394, de 2.12.1988, do Estado do Rio de Janeiro.”

Os trechos sublinhados aplicar-se-ão perfeitamente à lei prevista no art. 146-A da Constituição, caso se entenda – contra o nosso parecer – que ela tem natureza de norma geral de Direito Tributário, admitindo suplementação pelos legislativos subnacionais.

2.3. CARÁTER GENÉRICO E NÃO SANCIONATÓRIO DA LEI COMPLEMENTAR DO ART. 146-A

Segundo o art. 146-A, a lei complementar fixará “*critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência*”.

Sendo qualificada como “*de tributação*”, a lei não poderá impor sanções por atos ilícitos (sonegação ou inadimplemento sistemática de tributos, *v.g.*) ou mesmo pelos efeitos anticoncorrenciais de atos lícitos (obtenção de liminares para suspender a exigibilidade de um tributo depois declarado devido, para permanecermos no campo fiscal).

É o que se conclui, *malgré lui*, do parecer de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR juntado aos autos do caso American Virginia. Tratando da chamada “*concorrência proibida*” – ofensa à lei para a obtenção de vantagens competitivas –, e após lembrar que o Direito Econômico brasileiro não mira a conduta, mas os seus efeitos anticoncorrenciais, aduz o professor:

“... a distinção entre as respectivas condutas [mero inadimplemento e sonegação] tem a ver com a noção de concorrência proibida relativa e absoluta. A primeira consiste na possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais mediante uma conduta que viola uma vedação jurídica de prática de determinada atividade considerada antijurídica. Por exemplo, sonegar tributos, praticar contrabando, falsificar produtos, combinar preços numa licitação pública. Nesse caso, o agente pode ser punido por ter cometido uma infração por conduta per se ilegal, podendo também ser punido pela mesma prática por seu efeito anticoncorrencial. A relativa surge quando o Poder Público impõe determinados requisitos que devem ser preenchidos para que se possa desenvolver uma atividade, mas esses, não sendo obedecidos, podem gerar infração meramente administrativa, não sendo punidos se reparados, mas produzindo, não obstante, um efeito anticoncorrencial. Nesse caso, os atos praticados serão punidos apenas como infração à concorrência.

Assim, um mero inadimplemento tributário, que o contribuinte venha a reparar, pagando o devido acompanhado dos respectivos encargos ou que, tendo discutido a obrigação em juízo, venha a perder a ação, será punido como infração contra a livre concorrência se do inadimplemento decorrerem efeitos anticompetitivos (eliminação de concorrência, dominação de mercados, abuso de posição dominante, lucros arbitrários). Já uma prática de sonegação é punível diretamente como delito penal, podendo, acessoriamente, ser punida também como infração contra a ordem econômica”.

Registramos de saída nossa profunda dúvida quanto à punibilidade em qualquer campo da pessoa que perdeu ação judicial em que obtivera liminar (detalhe, é justo observar, não consignado na transcrição). Inclina-nos o art. 5º, XXXV, da Constituição para a conclusão oposta, salvo naturalmente a litigância de má-fé – situação enfrentada pelo STF no MS n.º 24.159-QO/DF (Pleno, rel. min. ELLEN GRACIE, DJ 31.10.2003).

Seja como for, o excerto anota que o contribuinte inadimplente ou vencido em sua ação sofrerá sanção na esfera concorrencial (se aplicável, a teor da legislação específica), não arcando na esfera tributária com mais do que o principal e os consectários. Mesmo o sonegador – que responderá pelo tributo e seus acréscimos, pelo crime contra a ordem tributária e, sendo o caso, pelo ilícito concorrencial – não suportará medida tributária específica baseada no art. 146-A da Constituição. Pelo menos, o texto não a indica.

Essa também a opinião de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO³⁵, para quem o referido artigo não tem “o propósito de coibir e punir o exercício abusivo e arbitrário da atividade econômica”. No ponto, JOSÉ LUIS RIBEIRO BRAZUNA é explícito: o devedor, mesmo contumaz, não é o destinatário do art. 146-A da Constituição³⁶.

Do lado oposto estão LUIZ AUGUSTO DA CUNHA PEREIRA³⁷ e HAMILTON DIAS DE SOUZA³⁸, ligando este último o tratamento tributário restritivo a ações ilícitas ou lícitas, tais a sonegação, a inadimplência sistemática, o planejamento tributário e a obtenção de decisões judiciais que suspendam ou afastem tributos (isto é, decisões definitivas).

Visando a “prevenir” distúrbios concorrenciais, a lei complementar deve impor medidas fiscais para evitar a produção de efeitos anticompetitivos futuros (atuação *ex ante*) – decorram eles do próprio ordenamento tributário ou de falhas estruturais do mercado –, e não medidas punitivas contra o agente que os causa ou deles se prevalece. Ressalta, no particular, a marcada diferença entre os arts. 146-A (“prevenir desequilíbrios da concorrência”) e o art. 173, § 4º, da Constituição (“a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”).

Essa é também a visão de LUÍS EDUARDO SCHOUERI³⁹, RODRIGO MAITO DA SILVEIRA⁴⁰ e VINICIUS ALBERTO ROSSI NOGUEIRA. Para este último, a proteção à livre concorrência pelo Estado se dá por mecanismos diretivos-repressivos (infrações e sanções dos arts. 36 a 45 da Lei n.º 12.529/2011), diretivos-preventivos (submissão prévia ao Cade dos atos de concentração) e indutivos-preventivos (as medidas tributárias do art. 146-A)⁴¹. Segue o autor registrando que tributo não é sanção de ato ilícito, não servindo “como veículo normativo apropriado ao Estado para enfrentar a lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência em função da conduta de um dado contribuinte”⁴². E conclui⁴³:

“Como já demonstramos (...), as medidas corretivas vislumbradas pelo art. 146-A da Constituição se mostram exata e precisamente como uma possibilidade de intervenção estrutural do Direito Tributário e, neste sentido, sua incidência jamais se daria de forma imediata sobre as condutas numa situação concreta intersubjetiva; ela se daria, isto sim, de forma indireta, mediata, afetando todos os agentes do mercado de maneira impessoal”.

A observação é reforçada por RODRIGO MAITO DA SILVEIRA⁴⁴, para quem:

“É importante não perder de vista que os tributos não podem constituir sanção de atos ilícitos (cf. artigo 3º do CTN), motivo pelo qual a utilização da tributação para coibir práticas econômicas consideradas abusivas não seria legítima, sob pena de desvirtuar a própria natureza da imposição fiscal”.

Admitimos no item 2 supra que o art. 146-A autoriza a instituição de obrigações tributárias acessórias. Cabe agora esclarecer que, conquanto a inscrição em cadastro geral de contribuintes e a obtenção de licença para a prática de certa atividade comunguem daquela natureza (uma por definição, a outra, por analogia), a sua cassação não equivale de forma alguma à imposição de obrigação acessória para os fins do dispositivo constitucional em exame.

A teor do art. 113, § 2º, do CTN, “a obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas” – ações ou omissões a cargo do contribuinte, é claro – “no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”. Ora, a perda da inscrição ou da licença especial não são ações ou omissões exigíveis do particular, mas sanções que se lhe impõem por alguma ação ou omissão prévias.

Por isso, e pelas demais razões expendidas nesse item, o senador PEDRO TÁQUEBES, em seu parecer, sugeriu a rejeição nessa parte do Projeto de Lei do Senado n.º 161/2013, de autoria do senador Delcídio do Amaral. A ver:

“Entre os critérios especiais de tributação propostos está a suspensão ou cassação de registro especial para funcionamento de empresas cujas atividades estejam sujeitas à autorização governamental (art. 3º, VII). O § 2º do mesmo art. 3º faculta à lei ordinária impor penas pelo descumprimento de obrigações acessórias que implique conduta anticompetitiva. Trata-se de sanção, como reconhece o próprio autor na justificção. Por ter natureza repressiva, a sanção discrepa do objetivo do art. 146-A, que é preventivo (‘prevenir desequilíbrios da concorrência’), razão pela qual propomos emenda supressiva dos citados dispositivos”.

O acerto da observação salta aos olhos.

3. MÁ COMPREENSÃO DAS NORMAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO DEBATE DO ART. 146-A

No Direito Econômico, berço da matéria, a afirmação de que uma conduta afeta a livre concorrência deve se basear em fundamentos muito mais sólidos do que a mera intuição.

Como lembra RODRIGO MAITO DA SILVEIRA⁴⁵:

“... no ordenamento jurídico brasileiro, as práticas econômicas contrárias à concorrência são condenadas com base na regra da razão (rule of reason) (...), que exige a avaliação das condições particulares da situação concretamente identificada, para só assim, mediante a constatação de nexos de causalidade entre a conduta abusiva ou a estrutura utilizada (monopólio, cartel etc.) e a possível ofensa à livre concorrência, decidir-se pela aplicação da penalidade cabível”.

Em síntese, sempre segundo o autor, “a constatação de práticas abusivas por parte dos agentes de mercado demanda ampla investigação e aprofundada análise econômica acerca dos respectivos efeitos em face dos concorrentes...”⁴⁶.

Fundado na mesma premissa, conclui VINICIUS ALBERTO ROSSI NOGUEIRA⁴⁷ que, “quando se está diante de um agente econômico sem poder de mercado ou diante de um mercado onde não haja a possibilidade de existir um contribuinte com poder de mercado suficiente para modificar a quantidade ou o preço dos bens e serviços ofertados, não há espaço para preocupações sobre a livre concorrência por parte do Direito Tributário”.

E acrescenta, tratando de situação que, no estudo superficial e enviesado que se tem feito da matéria, costuma ser tratada como atraindo severas reações baseadas no art. 146-A⁴⁸:

“Tome-se, por exemplo, o mercado de commodities, como a soja. Caso um produtor decida por não pagar nenhum tipo de tributo, e o fisco (de todas as esferas federativas) permaneça inerte, podemos concluir que tal produtor teria uma vantagem financeira em relação aos seus concorrentes. Contudo, essa vantagem dificilmente seria aplicada pelo produtor numa redução de preços, uma vez que sua produção de soja é limitada (sendo impossível absorver toda a demanda) e não há grandes impedimentos para o surgimento de um novo produtor de soja (o que restabeleceria o preço a níveis competitivos).

Portanto, a economia de tributos não traria quaisquer vantagens concorrenciais ao produtor de soja, na medida em que ele não seria capaz de eliminar a concorrência e conquistar maior parcela de mercado por meio da diminuição dos preços.

No limite, caso esse produtor de soja fosse irracional e promovesse a redução de preço, o resultado seria que uma parcela ínfima da demanda de soja ficaria mais satisfeita, porque obteriam a soja a um preço abaixo do mercado.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) também já demonstrou o mesmo entendimento em algumas oportunidades. Ao analisar a possibilidade de prática de preço predatório por determinado agente econômico inserido num mercado pulverizado, entendeu a autarquia que, embora beneficiado com imunidade tributária, o referido agente não possuía poder de mercado suficiente para utilizar sua vantagem fiscal para alterar a dinâmica concorrencial daquele mercado (desprezando-se, ainda, neste exemplo, o efeito informacional que o preço pode produzir, pois a sua redução poderia até mesmo diminuir a demanda deste contribuinte, na medida em que a assimetria de informação poderia levar consumidores a assumir que aquela soja seria de qualidade inferior, porque oferecida a um preço menor).

Portanto, vantagens fiscais obtidas por contribuinte inserido em mercado perfeitamente competitivo podem (e devem) gerar preocupações estritamente tributárias, isto é, preocupações relativas à justiça fiscal, à isonomia, à legalidade, entre outros princípios e regras que balizam a relação fisco-contribuinte. Não podem, contudo, despertar a preocupação com a livre concorrência, já que a vantagem fiscal é obtida por contribuinte inserido num mercado completamente indiferente à sua conduta, quando individualmente considerado”.

É inadequado, pois, banalizar-se o princípio da livre concorrência, assimilando-o ao da isonomia tributária. Até porque, na acutíssima observação de HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO⁴⁹:

“Não deixa de ser curioso o fato de que, quando o princípio da proteção à livre concorrência é invocado no âmbito tributário, quase sempre os apontados violadores dessa liberdade, responsáveis pelas alegadas distorções, são pequenos contribuintes que se esforçam para sobreviver em fatias irrisórias do mercado. E os supostamente prejudicados pela distorção, que se aliam ao Poder Público contra os concorrentes tidos por desleais, são quase sempre grandes empresas, às vezes detentoras de quase a totalidade do mercado. Isso talvez mostre que, na realidade, não é a proteção da liberdade de concorrência que está realmente em jogo”.

Fixados os contornos do art. 146-A da Constituição, cabe agora proceder ao exame crítico dos projetos de lei que pretendem regulamentá-lo.

4. ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI COMPLEMENTAR EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL

O primeiro deles é o PLS n.º 161/2013, de autoria do senador DELCÍDIO DO AMARAL. Eis os seus principais dispositivos:

“Art. 1º. Com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios ficam autorizados a adotar, mediante lei específica, os critérios especiais de tributação disciplinados nesta lei complementar, em conformidade com o art. 146-A da Constituição Federal.

Parágrafo único. Fica ressalvada a competência suplementar da União para o estabelecimento, mediante lei, de normas tributárias destinadas à prevenção de desequilíbrios da concorrência.

Art. 2º. *Para os efeitos desta lei complementar, entende-se como:*

I. critério especial de tributação: forma diferenciada de tributação, em relação ao regime aplicável aos contribuintes em geral, para cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória;

II. desequilíbrio concorrencial tributário: anomalia no funcionamento de mercado capaz de afetar os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência e a liberdade de iniciativa, em decorrência de atos sob qualquer forma manifestados por agente econômico, que possibilitem o não recolhimento de tributo suportado pelos demais contribuintes.

Art. 3º. *Ficam estabelecidos os seguintes critérios especiais de tributação:*

I. antecipação do fato gerador, inclusive mediante substituição tributária;

II. concentração da incidência do tributo em determinada fase do ciclo econômico;

III. pauta de valores mínimos na determinação da base de cálculo para fins de incidência de alíquota ad valorem, tendo em vista o preço normal do produto ou serviço, em condições de livre concorrência;

IV. alíquota específica, tendo por base unidade de medida adotada;

V. instalação obrigatória de medidores de peso, volume ou vazão;

VI. regime especial de fiscalização e apuração de tributos;

VII. suspensão ou cassação de registro especial para funcionamento de empresa cujas atividades estejam sujeitas a autorização governamental.

§ 1º. *Na hipótese do inciso III, os valores mínimos deverão ter por base pesquisas de mercado e poderão ser revistos periodicamente, nos termos da lei.*

§ 2º. *A lei poderá prever a imposição de penas pelo descumprimento de obrigações acessórias que implique conduta anticompetitiva.*

§ 3º. *A aplicação dos critérios previstos nos incisos I, VI e VII será individual e dependerá de prévia intimação do sujeito passivo, assegurado o direito de defesa, na forma da lei.*

Art. 4º. *Os critérios especiais de tributação estabelecidos nesta lei complementar:*

I. serão instituídos por lei específica do ente da Federação competente para instituição do respectivo tributo, facultada a atribuição de competência ao Poder Executivo para aplicar medidas destinadas ao acompanhamento específico de agentes econômicos identificados como autores de desequilíbrios concorrenciais;

II. poderão ser aplicados de forma conjunta;

III. poderão ser aplicados independentemente da observância dos requisitos e condições previstos nesta lei complementar, quando sua adoção seja autorizada pela Constituição Federal ou por lei complementar específica;

IV. deverão ser objeto de acordo específico, em relação aos tributos incidentes sobre operações ou prestações que ultrapassem os limites territoriais das unidades federativas instituidoras, sem prejuízo do disposto no inciso I deste artigo;

V. salvo disposição em contrário, não afastam a observância dos regimes gerais ou especiais para cumprimento de obrigações principais e acessórias com eles não conflitantes.

Art. 5º. *Fica assegurado às entidades representativas do setor de atividade econômica envolvido o direito de representação ao Ministério Público ou à pessoa jurídica de direito público interessada para que seja requerida, na forma da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992, a suspensão da execução de decisão judicial que implique a inexigibilidade de tributos, com ameaça ao equilíbrio do mercado, em grave prejuízo à livre concorrência.*

Art. 6º. *Os critérios especiais de tributação vigorarão enquanto perdurarem as causas que justificaram a sua instituição, observado o seguinte:*

I. a instituição de critério especial deverá ser acompanhada de motivação expressa que demonstre a ocorrência de situação que caracterize desequilíbrio concorrencial tributário, na forma do art. 2º, II;

II. o prazo de vigência poderá ser indeterminado para os setores da atividade econômica potencialmente mais vulneráveis a desequilíbrios da concorrência, assim entendidos aqueles em que:

a. a tributação constitua fator relevante na composição de preços de produtos ou serviços, de modo que o não recolhimento de tributos possa exercer influência preponderante sobre o respectivo comportamento concorrencial;

b. as condições estruturais de mercado dificultem o controle eficiente das diferentes formas de evasão fiscal como causa recorrente de desequilíbrios concorrenciais;

c. a vantagem competitiva proporcionada pelo não recolhimento de tributo conduza ou reforce situações de posição dominante na estrutura do mercado.

Art. 7º. *Os órgãos integrantes do sistema brasileiro de defesa da concorrência que identificarem situações que possam configurar, nos termos desta lei complementar, desequilíbrios concorrenciais tributários, enviarão representação ao órgão da administração tributária do ente federativo competente, para adoção das providências cabíveis.*

Parágrafo único. *Sem prejuízo da adoção dos critérios especiais de tributação previstos nesta lei complementar, os atos que se enquadrem no art. 2º, II, poderão ser examinados pelos órgãos referidos no caput para efeitos de repressão ao abuso de poder econômico.*

Art. 8º. *Os critérios especiais de tributação previstos nesta lei complementar não se aplicam a tributos incidentes sobre a renda, o lucro, a movimentação financeira ou o patrimônio.*

Art. 9º. *Ficam mantidos os critérios especiais de tributação, previstos no art. 3º, que tenham sido instituídos, anteriormente à vigência desta lei complementar, pela União, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, observado o disposto nos arts. 4º e 6º, no que couber.*

Art. 10. *Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação”.*

O projeto suscita os seguintes comentários:

- os arts. 1º e 4º, I, evidenciam que o legislador adotou a terceira leitura mencionada no item 2.2 supra, da qual discordamos. A prevalecer o nosso ponto de vista, o projeto estará irremediavelmente perdido;

- o conjunto do projeto deixa claro também que se parte da premissa de que os critérios especiais são aplicados de forma individual e *ex post facto*, como sanções de índole tributária a atos reputados ilícitos (ou a efeitos lícitos de atos lícitos): arts. 2º, I; 3º, VI, VII e § 3º; 6º, caput. A impropriedade dessa abordagem foi demonstrada no item 2.3 acima;
- o art. 2º, II, desloca o desequilíbrio concorrencial tributário do mercado (análise comparativa, segundo os critérios esboçados no item 3 acima) para a empresa (análise isolada de seu comportamento, sem perquirição quanto aos seus efeitos sobre a livre concorrência), o que constitui evidente malversação dos conceitos de Direito Econômico invocados como pretexto para a imposição de sanções políticas, conforme exposto no item 3 supra. A análise do abuso de posição dominante, que deveria ser condição *sine qua non* (necessária, mas não suficiente) para a imposição de qualquer medida restritiva é relegada pelo art. 6º, II, c, a simples critério para a sua duração;
- a antecipação do fato gerador ou a concentração de fatos geradores, em se tratando de tributos não cumulativos, levam ao aumento de sua carga, na medida em que dificultam o aproveitamento dos créditos na respectiva apuração (frustração do mecanismo de conta corrente fiscal para exigência de tributo com base no valor cheio – real ou presumido – das operações). A medida já recebeu a censura do STF (2ª Turma, RE n.º 525.802 AgR/SE, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 21.5.2013);
- o art. 3º, VII, impõe a pena de fechamento da empresa por inadimplência fiscal, veiculando a mais grave de todas as sanções políticas. Bem por isso, foi censurado no parecer do senador PEDRO TAQUES, como noticiado no item 2.3 acima;
- o art. 5º estende indevidamente alcance de instituto autoritário, cujo reexame o STF está a dever – a suspensão de liminar ou antecipação de tutela –, para incluir a “ameaça ao equilíbrio do mercado, em grave prejuízo à livre concorrência” entre as causas que atualmente a autorizam: grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas;
- o art. 8º, denunciando o vício de origem, exclui da incidência da lei os tributos sobre a renda, o lucro, a movimentação financeira ou o patrimônio, talvez aqueles que os apoiadores do projeto estão mais propensos a questionar.

A justificação do projeto, assinada pelo senador DELCÍDIO DO AMARAL, confirma os pontos ora destacados. É conferir alguns de seus trechos:

“O art. 146-A foi introduzido na Constituição Federal (CF) por intermédio da Emenda Constitucional (EC) n.º 42, de 19 de dezembro de 2003, com a finalidade de evitar desequilíbrios concorrenciais provocados por ações de particulares que utilizem o tributo como instrumento para interferir no mercado, considerado na sua acepção de patrimônio nacional (CF, art. 219).

(...)

Trata-se do princípio da neutralidade tributária, que tem dois aspectos: **a.** o negativo: evita que a norma tributária seja formulada de modo a privilegiar competidores (igualdade na lei); e **b.** o positivo: impõe a adoção de medidas para tornar eficaz a carga tributária legalmente prevista (**igualdade na aplicação da lei**).

Os critérios especiais de tributação mencionados no art. 146-A da Constituição objetivam concretizar o aspecto positivo do princípio da neutralidade tributária. Consistem eles em regimes diferenciados de cumprimento de obrigações tributárias (principais ou acessórias) destinados a **viabilizar a aplicação da carga tributária legalmente prevista**.

Os critérios especiais de tributação visam, pois, assegurar a **uniformidade da carga tributária**, que de outro modo seria desigual. Tributam-se diferentemente alguns contribuintes com o objetivo de igualar a carga tributária (função fiscal) e, conseqüentemente, prevenir desequilíbrio concorrencial (função extrafiscal). Nesse sentido, não há quebra de isonomia, mas, sim, estrita observância do preceito nela contido”.

O segundo projeto em trâmite é o PLS n.º 284/2017, apresentado pela senadora ANA AMÉLIA. Eis a sua íntegra:

“**Art. 1º.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios poderão estabelecer, por lei específica, os seguintes critérios especiais para o adequado cumprimento de obrigações tributárias principal ou acessória, com o objetivo de coibir práticas que possam interferir com o regular funcionamento do mercado:

- I. manutenção de fiscalização ininterrupta no estabelecimento de sujeito passivo;
- II. controle especial do recolhimento do tributo, de informações econômicas, patrimoniais e financeiras, bem como da impressão e emissão de documentos comerciais e fiscais;
- III. instalação compulsória de equipamentos de controle de produção, comercialização e estoque;
- IV. antecipação ou postergação do fato gerador;
- V. concentração da incidência do tributo em determinada fase do ciclo econômico;
- VI. adoção de alíquota específica, por unidade de medida, ou ad valorem, incidindo sobre o valor da operação ou sobre o preço que o produto ou seu similar alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência;

VII. adoção de regime de estimativa, assegurado ao sujeito passivo o direito de impugná-la e instaurar processo contraditório;

§ 1º. Enquadram-se no campo de aplicação desta lei complementar, especialmente os setores da atividade econômica em que:

- a. o tributo seja componente relevante na composição de preços de produtos ou serviços;
- b. a estrutura da cadeia de produção ou comercialização prejudique a eficiência do controle das diferentes formas de evasão fiscal.

§ 2º. As alíquotas previstas no inciso VI adotarão como parâmetro preços obtidos por levantamento, ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação e revisão ser previstos em lei do respectivo ente tributante;

§ 3º. Na hipótese do inciso VII, ao fim do período, será feito o ajuste com base na escrituração regular do contribuinte, que pagará a diferença apurada, se positiva; caso contrário, a diferença será compensada com o pagamento referente ao período ou períodos imediatamente seguintes.

Art. 2º. Os critérios especiais previstos nesta lei complementar:

- I. poderão ser adotados isolada ou conjuntamente, em função da natureza, gravidade dos atos que tenham ensejado a aplicação do regime especial de fiscalização;
- II. deverão ser motivados, mediante demonstração dos efeitos sobre o mercado dos atos que se pretenda coibir, bem como da necessidade, adequação e suficiência das medidas adotadas para evitá-los ou suprimi-los.
- III. deverão observar as seguintes regras, nas hipóteses dos incisos I, II e VII do art. 1º:
 - a. intimação prévia do sujeito passivo para exercício do direito de defesa, em prazo não inferior a 15 (quinze) dias, e assegurada a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, que deverá ser apreciado em até 90 (noventa) dias, sob pena de imediato cancelamento do regime diferenciado;
 - b. aplicação individual pela autoridade administrativa, por até doze meses, admitida prorrogação por decisão fundamentada;
- IV. não excluem regimes gerais ou especiais de tributação com eles não conflitantes;

IV. não se aplicam a tributos incidentes sobre a renda, o lucro, a movimentação financeira ou o patrimônio, ressalvada a competência suplementar da União para dispor sobre a matéria, em relação aos tributos de sua competência;

V. poderão ser objeto de acordo específico para aplicação conjunta em operações que envolvam interesse de mais de uma unidade federada.

Parágrafo único. *Na vigência de regime diferenciado aplicado na forma do inciso III deste artigo e respeitado o devido processo legal nele previsto, a autoridade administrativa poderá determinar a alteração da situação do sujeito passivo no cadastro de contribuintes do respectivo ente federado, para as seguintes modalidades:*

I. suspensa, enquanto não comprovada a cessão das causas de suspensão, nas hipóteses de:

a. negativa injustificada de exibição de livros e documentos em papel ou eletrônicos de manutenção obrigatória ou de prestação de informações relacionadas à apuração do tributo, quando intimado;

b. negativa injustificada de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as suas atividades;

c. realização de operações sujeitas à incidência tributária, sem autorização do agente regulador e/ou órgão fiscalizador competente;

d. persistência na conduta que motivou a aplicação do regime diferenciado, em pelo menos 3 (três) meses dos 6 (seis) últimos períodos de apuração.

II. cancelada, em sendo constatadas:

a. evidências de que a pessoa jurídica tenha sido constituída para a prática de fraude fiscal estruturada, inclusive em proveito de terceiras empresas;

b. evidências de que a pessoa jurídica esteja constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual;

c. produção, comercialização ou estocagem de mercadoria roubada, furtada, falsificada, adulterada ou em desconformidade com os padrões estabelecidos pelo agente regulador e/ou órgão fiscalizador competente;

d. utilização como insumo, comercialização ou estocagem de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho.

Art. 4º. *Ficam mantidos os critérios especiais de tributação instituídos pela União anteriormente à vigência desta lei complementar, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, observado o disposto no art. 2º, no que couber.*

Art. 5º. *Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação”.*

Comentários:

- o art. 1º, caput, aponta para a adoção da terceira interpretação do art. 146-A referida no item 2.2 acima, atraindo as mesmas ressalvas feitas em relação ao projeto anterior;
- os incisos III e IV do art. 1º instituem a antecipação ou a concentração de fatos geradores, com o prejuízo à não cumulatividade já referido;
- o art. 2º, II, exige que se demonstrem os efeitos deletérios dos autos em causa sobre o **mercado**, mas a justificativa do projeto revela que, para tanto, será suficiente provar que a inadimplência fiscal reduz os **preços** do agente, o que – como visto no item 3 supra – é coisa muito diversa⁵⁰;
- o caráter sancionatório resulta nítido do art. 2º, III;
- o art. 3º, IV, exclui os tributos sobre a renda, o lucro, a movimentação financeira e o patrimônio, sem dar nenhuma razão para isso;
- o art. 3º, parágrafo único, permite a suspensão da inscrição da empresa no cadastro de contribuintes nos casos de: I. negativa de exibição de livros ou de prestação de informações; II. negativa de acesso ao estabelecimento ou a outro local onde atue; III. realização de operações sem autorização do agente regulador ou do órgão fiscalizador competente (quando necessária, claro está); e IV. persistência na conduta que levou à aplicação do regime diferenciado pelo prazo ali previsto;
- o último ponto leva à suspensão das atividades da empresa por inadimplência tributária, constituindo indisfarçável sanção política. As hipóteses de cancelamento da inscrição não serão analisadas aqui por, envolvendo crimes, não entrarem no escopo deste estudo (a perseguição aos chamados devedores contumazes).

Sobre esse específico assunto, lê-se na justificativa do projeto de lei, assinada pela senadora ANA AMÉLIA:

“Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar norma que impõe a regularidade fiscal como condição à manutenção do registro especial para a fabricação de cigarros, inclusive à luz do art. 146-A da Constituição Federal, assentou que: ‘Não há que se falar em sanção

*política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício da atividade econômica deve ser desproporcional e não razoável’ (RE 550.769/RJ, voto do relator ministro Joaquim Barbosa). A propósito, pontuou o ministro Ricardo Lewandowski que ‘... estamos diante de um caso absolutamente excepcional, estamos diante de uma macrode-
linquência tributária reiterada’.*

(...)

O que realmente pode impedir a proliferação dessas práticas ilícitas são as medidas administrativas tomadas tão logo elas surjam, de sorte a possibilitar a suspensão ou cancelamento da respectiva inscrição fiscal; a perda do registro para funcionamento, quando for o caso; a interdição do estabelecimento; a aplicação dos regimes especiais de fiscalização e arrecadação; e outros que se mostrem necessários”.

Como demonstrado no item 1 deste estudo, as decisões tomadas no caso American Virginia não podem ser generalizadas para situações comuns, em que o tributo não exerça o papel precípua de instrumento do valor constitucional justificador da restrição à liberdade econômica (naquele caso, a defesa da saúde pública).

Mesmo quem pretendesse – contra o alerta de diversos ministros – generalizar as conclusões ali adotadas pelo STF, seria obrigado a reconhecer o excesso de ambos os projetos de lei, que não consideram a razoabilidade das objeções do contribuinte como excludente da interdição de estabelecimento. Na visão de HUMBERTO ÁVILA, considerada pela Corte no citado precedente⁵¹:

“Para que se esteja diante de uma medida ordenadora, em vez de uma mera sanção política, terá de haver comprovação (nunca mera alegação) de ‘substancial, reiterado e injustificado’ descumprimento de obrigação tributária principal ou acessória: substancial no sentido de que o descumprimento de obrigações tributárias principais deverá ser de um montante expressivo que cause um impacto adverso e grave para a concorrência, tornando-a desleal, e o descumprimento de obrigações tributárias acessórias deverá ser tão grande que impeça a fiscalização tributária e insira o contribuinte na informalidade; reiterado no sentido de que o descumprimento de obrigações tributárias principais e acessórias deverá ser sistemático e continuado; injustificado no sentido de que o contribuinte, podendo se manifestar a respeito da regularidade de sua situação fiscal por meio do devido processo legal, deixe de se pronunciar e demonstrar que está cumprindo as suas obrigações por meio de defesas, administrativas ou judiciais, no exercício legítimo da ampla defesa e do contraditório”.

Em seu voto condutor no recurso extraordinário, o min. JOAQUIM BARBOSA adota posição um pouco mais favorável ao Fisco, admitindo a sanção não só em caso de silêncio do contribuinte, mas também de apresentação por este de defesa manifestamente frívola:

“Dos três parâmetros expostos, o terceiro apresenta o maior desafio ao órgão jurisdicional. Ele pressupõe o exame, não exauriente, do quadro de impugnações fiscais com o qual o contribuinte se opõe de forma recalcitrante à tributação. A dificuldade consiste na impossibilidade de o juízo que está examinando o cancelamento do registro especial substituir o juízo encarregado do controle de validade do crédito tributário.

(...)

Não obstante, em situações extremas, o órgão jurisdicional que realiza o controle da penalidade não tem outra opção senão indagar se há um mínimo de plausibilidade nas razões do contribuinte, utilizadas para fundamentar o não pagamento do valor do tributo. Tais situações extremas se caracterizam se houver indícios de que a atitude do contribuinte é realmente pautada pela má-fé”.

A desqualificação precoce da defesa do contribuinte, onde cabível – apenas quanto ao IPI dos cigarros, como pensamos, ou em toda situação de inadimplemento sistemático, como admitimos aqui para fim de argumentação –, deve ser imposta com muita cautela pelo juiz encarregado de aferir a validade da medida restritiva (interdição de estabelecimento ou outra), que não é aquele competente para julgar a procedência do débito (e, portanto, da própria defesa).

De fato, para o Fisco, toda (ou quase) toda defesa apresentada pelo contribuinte é oca e protelatória. E muitos são os casos em que teses rechaçadas na esfera administrativa (cada dia menos equilibrada) e nas instâncias judiciais ordinárias só nos tribunais superiores vêm a prevalecer.

5. CONCLUSÕES

- a decisão tomada no caso American Virginia é específica para o setor de cigarros, não sendo generalizável, pois nele o tributo tem caráter inibitório e serve de instrumento para a consecução do valor constitucional ameaçado pela atividade-fim da empresa (a saúde pública);
- em setores como o de combustíveis, a autorização prévia de operação atende a valores, como o meio ambiente e a segurança do trabalhador, cuja consecução não é diretamente afetada pela inadimplência tributária – que, bem por isso, não pode ser erigido em causa de suspensão de atividades;

- o art. 146-A da Constituição é norma de competência, que não interfere na interpretação de outros comandos constitucionais ou infraconstitucionais;
- a lei complementar nele estribada, não sendo de normas gerais, deve instituir exaustivamente os critérios especiais de tributação, repelindo a atuação supletiva de Estados e municípios;
- os critérios especiais de tributação se aplicam *ex ante* para prevenir distúrbios concorrenciais, e não *ex post* para sancionar o contribuinte que os cause ou deles tire partido;
- embora contemplem obrigações acessórias, tais critérios especiais não legitimam a cassação do registro de funcionamento ou da inscrição cadastral do contribuinte, medidas que não consubstanciam obrigações de fazer a cargo do particular em benefício da arrecadação de tributos (CTN, art. 113, § 2º);
- ainda que tivessem feição punitiva, os critérios especiais de tributação só poderiam se aplicar ante verdadeiros desequilíbrios concorrenciais, a serem aferidos mediante rigorosa análise econômica do impacto da inadimplência fiscal sobre o mercado relevante e a situação dos demais agentes e de forma alguma confundíveis com a mera constatação de ofensa à isonomia – mormente quando o segmento em análise seja muito competitivo, e o contribuinte indigitado não tenha porte para nele impor a sua vontade;
- assim, são inconstitucionais os projetos de lei complementar em trâmite no Congresso Nacional para a regulamentação do art. 146-A, seja por suporem competência suplementar dos entes locais; seja por adotarem viés sancionatório (*ex post*); seja por não exigirem nenhuma análise do mercado e do impacto sobre ele da conduta do contribuinte, contentando-se com a constatação da influência do inadimplemento tributário sobre a formação dos preços; seja pelas medidas que impõem, caso do pagamento antecipado de tributos (efeito cumulativo) e da suspensão da inscrição do contribuinte por inadimplência; seja ainda por não se preocuparem com a consistência da defesa apresentada contra os créditos não quitados (recalcitrância fundada ou frívola).

NOTAS

1

STF, Pleno, AC n.º 1.657/RJ, rel. para o acórdão min. CEZAR PELUSO, DJe 31.8.2007; STF, Pleno, RE n.º 550.769/RJ, rel. min. JOAQUIM BARBOSA, DJe 3.4.2014.

2

Súmula n.º 70 do STF: “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”.

Súmula n.º 323 do STF: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

Súmula n.º 547 do STF: “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

3

Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, pág. 843.

4

Comentário contextual à Constituição. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, págs. 645-646.

5

Defesa da concorrência e tributação à luz do artigo 146-A da Constituição. São Paulo: IBDT e Quartier Latin, 2009, págs. 57-59.

6

Curso de Direito Tributário Brasileiro. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, págs. 99-100.

7

“Critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência – reflexões para a regulação e aplicação do art. 146-A da Constituição Federal”. In: *A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites – homenagem ao Prof. Ney Prado*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. São Paulo: LTr, 2011 págs. 385-400.

8

“Livre concorrência e tributação”. In: *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. Vol. 11. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2006, págs. 268-270.

9

“A tributação, a ordem econômica e o artigo 146-A da Constituição Federal de 1988”. Dissertação de mestrado apresentada às Faculdades Milton Campos, 2011, págs. 112-121.

10

Op. cit., pág. 267.

11

Tributação e livre concorrência. São Paulo: IBDT e Quartier Latin, 2011, pág. 108.

12

Op. cit.

13

“Direito Tributário e livre concorrência: da interpretação e aplicação do artigo 146-A da Constituição Federal”. Dissertação de mestrado apresentada à USP, 2014, págs. 90-91.

14

Op. cit., pág. 140.

15

Op. cit., pág. 268.

16

Op. cit., pág. 89.

17

Op. cit., pág. 110.

18

Op. cit., pág. 110.

19

DANIEL GIOTTI DE PAULA. “A constitucionalização da neutralidade concorrencial dos tributos”. In: *Revista Dialética de Direito Tributário* vol. 153. São Paulo: Dialética, junho de 2008, págs. 13-28; JOSÉ LUIS RIBEIRO BRAZUNA, *op. cit.*, págs. 144-146; LUIZ AUGUSTO DA CUNHA PEREIRA, *op. cit.*, pág. 72; HAMILTON DIAS DE SOUZA, *op. cit.*

20

Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pág. 85.

21

Op. cit., pág. 64.

22

Tributação & livre concorrência. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 186.

23

Op. cit., págs. 255 e 265.

24

Op. cit., pág. 251.

25

“Tributação e livre concorrência”. In: *Princípios e limites da tributação 2 – os princípios da ordem econômica e a tributação*. Coord: Roberto Ferraz. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pág. 400.

26

Reitere-se que a possibilidade de suplementação pelos municípios decorre do art. 30, I e II, da Carta – aos quais se junta, tratando-se de matéria tributária, o inciso III.

27

Op. cit., págs. 148-149.

28

Op. cit., pág. 74.

29

Op. cit., pág. 108.

30

Op. cit., pág. 189.

31

Op. cit., pág. 107.

32

Op. cit., págs. 165-168.

33

ROBERTO ABDENUR. “Regulamentação do art. 146-A: como evitar a ineficácia”. In: <http://www.etco.org.br/noticias/etco-informa/regulamentacao-do-artigo-146-a-como-evitar-a-ineficacia/>; LUIZ AUGUSTO DA CUNHA PEREIRA, *op. cit.*, pág. 109; HAMILTON DIAS DE SOUZA, *op. cit.*

34

Art. 24, § 3º. “Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades”.

35

“Tributação e concorrência: breve análise sobre a aplicabilidade do artigo 146-A da Constituição Federal”. In: *Derecho y Cambio Social*. Fecha de publicación: 1º.7.2014. file:///C:/Users/igor/Downloads/Dialnet-TributacaoEConcorrenca-4750306.pdf

36

Op. cit., pág. 207.

37

Op. cit., pág. 114.

38

Op. cit.

39

Op. cit., pág. 265.

40

Op. cit., pág. 103.

41

Op. cit., pág. 57.

42

Op. cit., pág. 58.

43

Op. cit., pág. 94.

44

Op. cit., pág. 106.

45

Op. cit., pág. 105.

46

Op. e loc. cit.

47

Op. cit., pág. 33.

48

Op. cit., págs. 25-26.

49

Op. cit., pág. 416.

50

“O art. 146-A foi incluído no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional n.º 42, de 19.12.2003, como forma de permitir o controle, pelas administrações tributárias federal, estadual e municipal, dos procedimentos de caráter tributário adotados pelos contribuintes que possam repercutir nos preços de produtos e serviços, desequilibrando o mercado.

(...)

Em matéria fiscal, a par de outros, deve ser considerado o princípio da neutralidade tributária concorrencial, segundo o qual não pode a lei prever, para situações similares, cargas impositivas diferentes. Também não pode a administração pública deixar de coibir práticas de natureza tributária que levem, no plano dos fatos, a distorções concorrenciais”.

51

“Comportamento anticoncorrencial e Direito Tributário”. In: Princípios e limites da tributação 2 – os princípios da ordem econômica e a tributação. Coord. Roberto Ferraz. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pág. 438.



GERALDO AFFONSO MUZZI

AGOSTINHO T. TAVOLARO

A CONSTITUIÇÃO
DE 5 DE OUTUBRO
DE 1988

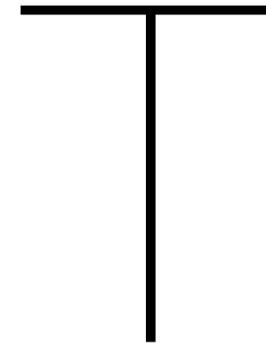
BRASIL NAS
RELAÇÕES
INTERNACIONAIS:
NACIONALIDADE,
VOTO OBRIGATÓRIO
E PASSAPORTE

GERALDO AFFONSO MUZZI

MINISTRO DE PRIMEIRA CLASSE | EMBAIXADOR | ADVOGADO | OF COUNSEL | DIREITO INTERNACIONAL TAVOLARO E TAVOLARO ADVOGADOS | ACADÊMICO: ACADEMIA CAMPINENSE DE LETRAS - CADEIRA Nº 06.

AGOSTINHO T. TAVOLARO

ADVOGADO-SÓCIO DIRETOR DE TAVOLARO E TAVOLARO ADVOGADOS - CAMPINAS/SP. VIVE PRESIDENTE DA IFA - INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION HOLANDA (1983/1985), PRESIDENTE DO ILADT INSTITUTO LATINO AMERICANO DE DIREITO TRIBUTÁRIO URUGUAI (1977/1998), PRESIDENTE DA ABDF ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO TRIBUTÁRIO RIO DE JANEIRO (1996/1998), VICE PRESIDENTE DA ABDT ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO TRIBUTÁRIO SÃO PAULO, PRESIDENTE DA ACL ACADEMIA CAMPINENSE DE LETRAS CAMPINAS/SP (2006/2016), MEMBRO DA APH ACADEMIA PAULISTA DE HISTÓRIA, MEMBRO DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FECOMERCIO SÃO PAULO.



TRANSCORRIDOS 30 ANOS DA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA do Brasil desde 1988, o Ministério das Relações Exteriores, o Itamaraty, rege a política externa e as relações internacionais com base em dez princípios contidos no artigo 4º, Título I, dos Princípios Fundamentais:

“Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I. Independência nacional;

II. Prevalência dos direitos humanos;

III. Autodeterminação dos povos;

IV. Não intervenção;

V. Igualdade entre os Estados;

VI. Defesa da paz;

VII. Solução pacífica dos conflitos;

VIII. Repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX. Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X. Concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Historicamente, a diplomacia brasileira tem mais de 200 anos, desde 1808, quando a corte portuguesa se refugiou no Rio de Janeiro. Os diplomatas brasileiros, então a serviço de Portugal, com a experiência adquirida desde a chegada de Dom João VI e da corte, continuaram a atuar depois da independência sob Dom Pedro I desde 1822, desta feita em busca do reconhecimento internacional, em especial da Inglaterra, dos Estados Unidos e de Portugal. A tradição diplomática, conformada no reinado de Dom Pedro II, amadureceu na negociação das fronteiras brasileiras e dos primeiros tratados de limites na segunda metade do século 19, consolidados sob o Barão do Rio Branco na primeira década do século 20. A criação do Instituto Rio Branco, a Academia Diplomática, no Rio de Janeiro desde 1946, profissionalizou no mais elevado nível a diplomacia brasileira, admirada e elogiada em todo o mundo. Depois da mudança do Itamaraty para Brasília na década de 1970, as relações internacionais do Brasil se ampliaram para quase 200 países, em que operam as embaixadas nas respectivas capitais e também os consulados nas grandes cidades não capitais em todo o mundo.

A Constituição estabelece uma distinção inicial nos seus primeiros cinco artigos entre **princípios fundamentais** (Título I) e **direitos e garantias fundamentais**.¹ Os princípios fundamentais estão nos primeiros quatro artigos, no Título I. Os temas do artigo 4º são exercitados pelas repartições brasileiras no exterior, a saber: embaixadas, consulados e missões em organismos multilaterais, como a ONU e a OEA.

A distinção entre os **princípios** do Título I e os **direitos e garantias fundamentais** do Título II é explicitada na doutrina, sendo que os primeiros são “a base do sistema jurídico, seus fundamentos últimos”², caracterizados por sua abstração e “sinalizadores dos valores prezados pela sociedade; e os **direitos e garantias fundamentais** do artigo 5º, são as regras “concretas e previamente solucionadoras de conflitos sociais”³. Ambos, os princípios e os direitos, exprimem um “dever ser”, diferenciando-se na maneira como atuam, prevendo as situações específicas (hipótese) e prescrevendo uma conduta a ser observada, se e quando essas situações se verificarem (consequência) e os princípios mediante “a observância de todas as condutas que realizem os valores objetivos ou situações neles previstos”⁴.

As relações internacionais, no artigo 4º, os dez incisos e o seu parágrafo único merecem considerações específicas.

- O inciso I – independência nacional – depende da preservação da soberania territorial, política e diplomática, assegurada por seus três pressupostos: território, povo e governo.
- O inciso II – prevalência dos direitos humanos – é reafirmado no Decreto n.º 678 de 6.11.1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou seja, o pacto de São José da Costa Rica. O Decreto n.º 4.463 de 8.11.2002, promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de São José em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. O Decreto n.º 5.174, de 9.8.2004 dispõe sobre a estrutura regimental da Secretaria Especial de Direitos Humanos.
- O inciso III – autodeterminação dos povos – tem sido respeitado em sua integridade pelo Itamaraty e incluso nas declarações oficiais do Brasil.
- O inciso IV – não intervenção – tem sido reiterado oficialmente, junto com o respeito à autodeterminação dos povos, especialmente na parte geral das declarações conjuntas em viagens oficiais dos chefes de Estado estrangeiros quando visitam o Brasil, ou as dos chefes de Estado brasileiros em missão oficial a outros países. Na prática, tem havido exceções, tais como a guerra no Paraguai e, já no novo milênio, quando sua interpretação assumiu conteúdo ideológico, como ocorreu com relação a Honduras.
- O inciso V – igualdade entre os Estados – o inciso VI – defesa da paz – e o inciso VII – solução pacífica dos conflitos – têm sido invariavelmente respeitados pelo Itamaraty, especialmente depois da criação da Organização das Nações Unidas em 1945, da qual o Brasil foi um dos 50 fundadores, signatários da Carta da ONU, hoje com quase 200 membros.
- O inciso VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo – vide o artigo 5º da Constituição, incisos XLII e XLIII, são também petreamente consagrados no Brasil, de forma crescente desde o início do novo milênio, em especial a condenação do racismo, considerado crime inafiançável e imprescritível, num país de pluralidade e mescla de raças.
- O inciso IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade – ocorre de forma crescente à medida em que se amplia a participação do Brasil na diplomacia internacional, particularmente no plano multilateral, especialmente na ONU e outros organismos.
- O inciso X – concessão de asilo político – é um princípio cuja prática tem sido ampliada no Brasil, que recebe número cada vez maior de refugiados de países vizinhos, africanos e de outros continentes, como o Haiti, a Síria e a Venezuela. O Brasil tem assinado numerosos tratados de extradição. Excepcionalmente, o tratado com a Itália não foi cumprido pelo Brasil, no caso do italiano Battisti, asilado em nosso país: por razões ideológicas, o então presidente da República, no princípio do século 21, negou indevidamente o pedido de extradição.

O parágrafo único do artigo 4º afirma a prioridade das relações com os povos da América Latina, reafirmada no Decreto n.º 350, de 21.11.1991, que promulgou o Tratado de Assunção (em que foi criado o MERCOSUL), na busca da integração econômica, política e social da comunidade latino-americana de nações.

TRÊS TEMAS CONSTITUCIONAIS: NACIONALIDADE, VOTO OBRIGATÓRIO E CONCESSÃO DE PASSAPORTES

Mais de 3 milhões de brasileiros vivem no exterior e enfrentam diversos tipos de dificuldades, que exigem a assistência das repartições consulares das embaixadas nas capitais e dos consulados brasileiros em diferentes cidades de cerca de 200 países. A obrigatoriedade da ajuda aos brasileiros motivou a criação de departamentos de assistência a essas pessoas, bem como apoio jurídico e visita a prisioneiros e **consulados itinerantes**, onde os funcionários brasileiros atendem à comunidade em numerosas cidades de muitos países. Foi ampliada a ajuda financeira a fim de financiar passagens aéreas para o retorno ao Brasil em casos especiais. Consulados do País atuam diuturnamente para obter moradia provisória a brasileiros desempregados e sem-teto.

Três temas constitucionais são suscitados no trabalho diário dos consulados brasileiros e também nas embaixadas: 1. o da **nacionalidade** brasileira, artigo 12, I, “c”; 2. o do **voto obrigatório no exterior**, conforme o artigo 14; 3. o da **concessão de passaportes**, direito constitucional de todos os brasileiros, no âmbito do artigo 5º em especial o inciso LXVIII, que assegura o *habeas corpus* e a liberdade de locomoção, regulamentado no Decreto n.º 1.983, de 14 de agosto de 1996, sobre documentos de viagem internacional.

1. NACIONALIDADE

Artigo 12. Da nacionalidade: “Art. 12. São brasileiros: I- natos (...) c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira”.

Esta é a redação ligeiramente modificada pela Emenda Constitucional n.º 54, de 20 de setembro de 2007, que adicionou a cláusula do registro em repartição brasileira competente. Também o artigo 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, passou a vigorar, acrescido do seguinte artigo 95:

“Os nascidos no estrangeiro entre 7 de junho de 1994 e a data da promulgação desta emenda constitucional, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira poderão ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente ou em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil”.

No caso dos brasileiros nascidos no exterior, o Brasil, que adota basicamente o princípio do *jus soli*, ou seja, o direito do solo para adjudicar a nacionalidade brasileira a aqueles que nascem em nosso território, adota cumulativamente o princípio do *jus sanguinis*, o direito do sangue do pai ou da mãe brasileiros, quando nascem no estrangeiro. Adotando os dois princípios da nacionalidade, são brasileiros todos os nascidos em nosso território e também os nascidos no estrangeiro, quando filhos de pai ou mãe brasileira, quando a lei estrangeira os exclui por não lhes reconhecer a condição de estrangeiros e lhes atribui, portanto, a nacionalidade brasileira desde o nascimento.

A Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017, sancionou as disposições sobre a **migração** de forma ampla, com 125 artigos que regulam não só a **imigração** de estrangeiros para o Brasil, mas também a **emigração** de brasileiros para o exterior; cobre também a figura do residente fronteiriço, ou seja, nacional de país limítrofe, que conserva sua residência em município fronteiriço de país vizinho; inclui também os visitantes estrangeiros para estadas de curta duração no Brasil; e ainda os **apátridas**. Essa lei importante é útil no estudo do direito consular, sendo utilizada diariamente na atuação das repartições consulares brasileiras no estrangeiro, inclusive quando atuam na área de tabelionato cartorial.

No que tange ao registro consular de nascimentos no estrangeiro, convém observar que não é mais considerado obrigatório, desde a última Constituição de 1988. Com efeito, apesar do elevadíssimo número de registros de nascimento nos consulados, o não registro não exclui o direito inalienável da criança à nacionalidade brasileira. Numerosos pais e mães que, por viverem longe da jurisdição ou por desconhecerem o preceito constitucional, nunca registraram seus filhos. Nem por isso perdem esses o seu direito aquisitivo. Inexiste também um limite de idade para que o registro seja feito. A criança não pode ser punida pela omissão dos seus pais, nem poderia ela própria se habilitar diretamente ao registro nos balcões do Consulado. O registro é facultativo, opcional e não excludente, em qualquer tempo, em qualquer idade do titular acima dos 12 anos de idade, e é uma medida útil, porque pode servir para esclarecer situações futuras.

Em conclusão, na parte final do artigo 12, letra “c”, a Constituição fixa alternativamente o **registro do nascimento no exterior, na repartição consular brasileira competente ou venha a residir no Brasil em qualquer tempo como condição para opção de nacionalidade**. A condição básica da letra “c” é que o brasileiro nascido no estrangeiro tem de ter o pai, a mãe ou ambos brasileiros (*jus sanguinis*), e a condição suplementar para a opção pela nacionalidade brasileira, seja repito, o seu registro na repartição competente no exterior ou se vier a residir no Brasil em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade civil.

2. O VOTO OBRIGATÓRIO NO EXTERIOR

O artigo 14, da Constituição de 1988, dispõe sobre o voto nas eleições. No seu parágrafo 1º, prevê:

“Parágrafo 1º. O alistamento eleitoral e o voto são:

1. *obrigatórios para os maiores de 18 anos.*
2. *facultativos para:*
 - a. *os analfabetos;*
 - b. *os maiores de 70 anos;*
 - c. *os maiores de 16 e menores de 18 anos”.*

Como se recorda, a Constituição de 1988 implantou o voto do brasileiro no exterior nas eleições, apenas para presidente da República, de quatro em quatro anos. Todavia, a experiência, iniciada em 1990, tem se revelado desnecessária e dispendiosa. Por exemplo, na região do Consulado em Nagoya, Japão, onde vivem cerca de 200 mil emigrantes brasileiros, a Junta Eleitoral tinha apenas 201 eleitores registrados na eleição presidencial de outubro de 2006 (1 de cada mil brasileiros) e apenas 40% compareceram para votar na sede do Consulado, 80 no primeiro turno e 78 votantes no segundo. O desinteresse na comunidade é tão grande que nove entre dez entrevistados afirmam que o voto no exterior não deve ser obrigatório, mas facultativo. O número de eleitores é inexpressivo com relação ao número total dos emigrantes brasileiros, não só no Japão mas também nos Estados Unidos e na Europa.

A lei brasileira define o voto como obrigatório e exige a justificação eleitoral, caso o eleitor não vote. Há uma série de punições para os que não cumprem a letra da lei. No Brasil, justifica-se o cumprimento das exigências, porque os cartórios eleitorais funcionam em todos os lugares.

Infelizmente, para os eleitores brasileiros residentes no estrangeiro, a exigência é de cumprimento muito mais difícil, porque a presença física do interessado é obrigatória, quando é indispensável a impressão digital. O brasileiro no estrangeiro deve comparecer duas vezes ao consulado (ou embaixada) para obter o título de eleitor: a primeira, para preencher o formulário de requerimento; e a segunda, para, pessoalmente, recolher o seu título e assinar o recibo respectivo. Essa exigência praticamente elimina das urnas eleitores no Alasca, pois necessitam seis horas de voo até São Francisco na Califórnia, sede do consulado geral mais próximo do Alasca. O mesmo ocorre com os eleitores que residem em Okinawa, grupo de ilhas que dista duas horas de voo até Nagoya, sede do consulado mais próximo no Japão. A mesma exigência se aplica aos eleitores faltosos que não votavam nas eleições.

Os consulados gerais do Brasil com jurisdição sobre muitos milhares e até milhões de quilômetros quadrados, como São Francisco e Nagoya, mesmo respeitando as exigências legais, não devem punir os eleitores que não votam ou não se justificam no prazo fixado, negando a concessão de passaporte, porque se trata de um direito líquido, insofismável e sem restrições. A orientação é no sentido de se conceder um passaporte com prazo limitado, com o direito de ir ao Brasil para regularizar a situação eleitoral.

Proponho uma pequena emenda ao artigo 14, no seu parágrafo 1º, incluindo a letra “d”, da seguinte forma:

Parágrafo 1º. O alistamento eleitoral e o voto são:

1. *obrigatórios para os maiores de 18 anos;*
2. *facultativos para:*
 - a. *os analfabetos;*
 - b. *os maiores de 70 anos;*
 - c. *os maiores de 16 e menores de 18 anos;*
 - d. *os brasileiros residentes no exterior.*

O simples acréscimo da letra “d” ao parágrafo 1º, inciso II, certamente facilitará a vida de milhões de brasileiros residentes no exterior e representaria substancial economia de despesas com eleições.

No começo do século 21, o Brasil tem aspirações de ingresso no Primeiro Mundo, postulando um assento permanente no Conselho de Segurança da ONU. A maioria dos países do Primeiro Mundo consagra o princípio do voto facultativo, e o Brasil deveria também, para concretizar o seu sonho de se tornar potência, copiar o sábio ensinamento do voto facultativo, tal como nos Estados Unidos, no Japão ou na Suécia.

3. DIREITO DE PASSAPORTE A TODOS OS BRASILEIROS

O Decreto n.º 1.983, de 14 de agosto de 1996, e seu anexo sobre regulamento dos documentos de viagem:

“Capítulo II, artigo 2º, do Passaporte: passaporte é o documento de identificação em viagem internacional exigível de todos os que tiverem de sair ou entrar no território nacional”.

Por sua vez o Decreto n.º 8374, de 11.12.2014 modificou a lei do passaporte, criando dez mudanças: sobre exigências para obtenção de passaporte comum, sobre a devolução de passaporte anterior, aumento de validade para dez anos, regra para a en-

trega dos passaportes no Brasil e no exterior, emissão de passaportes para menores, emissão de passaporte no exterior, exigências para obtenção de passaporte comum no exterior, carteira de matrícula consular, brasileiros em situação de extradição e, finalmente, vistos para estrangeiros que pretendam vir ao Brasil. O portal consular do Itamaraty define as chamadas “obrigações eleitorais” para os brasileiros maiores de 18 anos residentes no exterior. A exigência dos decretos é que o brasileiro no exterior deve estar quite com a Justiça Eleitoral e o Serviço Militar obrigatório, conforme o artigo 20 do Decreto n.º 1.988, de 14.8.1996, como condição para se obter o passaporte comum, no Brasil. Por extensão o mesmo se exige nos consulados.

As exigências e condições para a concessão, são fixadas em decretos, portarias e regulamentos. Todavia, o direito ao passaporte está implícito no artigo 5º da Constituição. Os direitos e deveres individuais e coletivos do artigo 5º totalizam 78 incisos. O inciso que dá direito a todos ao passaporte está implícito no inciso de número LXVIII: “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Ora, a liberdade de locomoção do brasileiro para o exterior ou do exterior para o Brasil, o direito ao *habeas corpus*, não deve ser cerceado porque não pode ser negado ao cidadão o direito a um documento que o identifique internacionalmente.

É interessante observar que os brasileiros presos no exterior, quando terminam o cumprimento de sua pena, fazem jus não ao passaporte, mas a um documento de salvo conduto que o substitui, a ARB (autorização de retorno ao Brasil), uma folha de papel com os dados pessoais e as fotos do brasileiro que está sendo deportado pelas autoridades do país onde esteve prisioneiro. Esse documento (ARB) é um salvo conduto válido apenas para uma viagem ao Brasil e será recolhido no aeroporto de chegada ao País, pela Polícia Federal. O ARB também pode substituir o passaporte em outros poucos casos, por exemplo, na suspeita de extravio fraudulento ou venda de passaporte para fins de falsificação.

O passaporte deve ser dado para que o brasileiro possa vir ao Brasil regularizar a sua situação eleitoral no cartório respectivo ou no Cartório Eleitoral no Brasil, em Brasília, mesmo quando manuais de instrução, emissões de rádio ou programas de televisão informem indevidamente que os cidadãos em falta com a Justiça Eleitoral deveriam ter o passaporte negado.

O mesmo princípio se aplica ao serviço militar. Há mais de 2 milhões de brasileiros entre os 18 e os 45 anos vivendo no exterior, portadores de certificados de alistamento, que anualmente devem comparecer ao consulado ou embaixada mais próxima para aposição de um carimbo no certificado. Há também muitos que não se alistaram aos 16 anos ou nunca tiveram certificado de alistamento no exterior. São considerados “refratários” na Lei do Serviço Militar. Nem por isso lhes será negado o direito ao passaporte porque, afinal, como poderão regularizar a sua situação com a circunscrição militar no Brasil se não tiverem

passaporte e não puderem viajar? A todos deve ser assegurado o direito de defesa. Portanto deve ser-lhes concedido o passaporte novo com validade curta (por exemplo, de um ano), e a observação: “A fim de que o titular possa ir ao Brasil para regularizar a sua situação militar”.

A presença do Brasil na comunidade internacional não se restringe apenas à atuação multilateral nos organismos internacionais e nas tratativas bilaterais com outros Estados. Na verdade, o prestígio internacional do nosso país decorre principalmente da atuação brasileira em todos os níveis, nos mais diversos campos das atividades humanas, independentemente de serem cientistas, artistas, escritores ou desportistas, sem olvidar a presença de nossos jovens nas lides acadêmicas e em atividades de diversas naturezas. Nesse sentido, o amparo prestado pelo Itamaraty aos nossos compatriotas no exterior, na observância das normas constitucionais, reveste-se da maior importância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1967.

Coelho, Luiz Fernando, *Direito constitucional e filosofia da Constituição*. Curitiba: Juruá Editora, 6ª reimpressão, 2011.

Moraes, Alexandre de, *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 33ª edição, 2017.

Rezek, Francisco, *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 13ª edição, 2011.

Accioly, Hildebrando, *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 4ª edição.

Boson, G. B. M., *Curso de Direito Internacional Público*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares Editora, 1º volume, 1958.

Castro, Amílcar de, *Direito Internacional Privado*, 2 volumes, Rio de Janeiro: Revista Forense.

Trindade, Antônio Augusto Cançado, *A recta ratio nos fundamentos do jus gentium como direito internacional da humanidade*. Rio de Janeiro: Del Rey Editora. 2005.

NOTAS

1

COELHO, Luiz Fernando, *Direito Constitucional e filosofia da Constituição*, Curitiba, Juruá Editora, 6ª reimpressão em 2011, pág. 95.

2

TAVARES, André Ramos, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 7ª ed., 2009, pág. 105.

3

MARTINS FILHO, Ives Gandra e PRADO Ney, coordenadores do livro *Os pilares do Direito do Trabalho*, São Paulo, Lex Magister, 2013, pág. 18.

4

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos e MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O caos dos princípios tributários*, em *grandes questões de Direito Tributário*, coordenação de Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo, Dialética, 10ª vol., 2006.



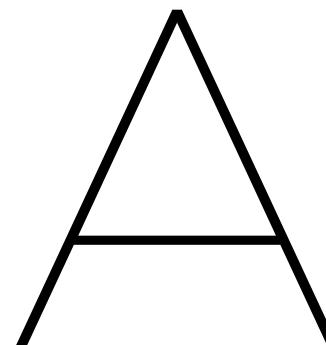
SAMANTHA RIBEIRO
MEYER-PFLUG MARQUES

A LIBERDADE DE
EXPRESSÃO DO
PENSAMENTO E
OS TRINTA ANOS
DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988

**SAMANTHA RIBEIRO
MEYER-PFLUG MARQUES**

DOUTORA E MESTRE EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC/SP). ADVOGADA. PROFESSORA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO (UNINOVE). MEMBRO DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP E DO CONSELHO SUPERIOR DE ESTUDOS AVANÇADOS DA FIESP.

INTRODUÇÃO



A LIBERDADE DE EXPRESSÃO É UM DOS ALICERCES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE direito. Encontra-se assegurada na maioria das Constituições da atualidade e representa uma conquista da sociedade em face do poder opressor do Estado. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é enfática ao assegurar a liberdade de expressão de pensamento em seus mais variados aspectos, vedando expressamente qualquer espécie de censura ou licença.

No entanto, como todos os demais direitos, não pode ser exercido de maneira absoluta, sob pena de violar outros direitos igualmente assegurados no Texto Constitucional. Nesse particular, destaca-se o Texto Constitucional pátrio por prever seus limites expressamente em seu texto.

Na atualidade, verifica-se que o exercício da liberdade de expressão do pensamento se depara com alguns aspectos polêmicos que demandam a atenção especial do Estado e da sociedade. São eles a incitação à pornografia, o sexismo, o financiamento privado de campanhas eleitorais e o discurso do ódio (*hate speech*). O limite entre o exercício da liberdade de expressão do pensamento e da prática do racismo e a violação da dignidade da pessoa humana é muito tênue.

A garantia ao exercício da liberdade de expressão do pensamento tem sido objeto de diversas ações no Supremo Tribunal Federal (STF), que a todo momento tem de analisar os seus limites e a sua abrangência em face dos demais direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Em 2002, ao analisar o HC n.º 82.424/02, um caso de discurso de ódio, o STF se aliou ao sistema americano, embora a tradição brasileira seja de dar prevalência a liberdade de expressão do pensamento. Todavia, a questão não se encontra pacificada, pois, em outros casos, o próprio STF tem se posicionado de maneira diversa, privilegiando a liberdade de expressão do pensamento, o que pode indicar que a posição tomada não tenha sido a mais eficaz

para solucionar a questão. Essa oscilação na jurisprudência do STF representa um perigo para o princípio da segurança jurídica e para o próprio exercício da liberdade de expressão do pensamento.

Imprescindível se faz analisar o sistema constitucional brasileiro no tocante à proteção conferida ao exercício da liberdade de expressão do pensamento e a jurisprudência do STF sobre o tema.

1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Para se verificar a abrangência da liberdade de expressão do pensamento no sistema jurídico brasileiro, importante se faz analisar o tratamento conferido à matéria pelas Constituições pátrias. Desde a primeira Constituição, qual seja, a Carta Imperial de 25 de março de 1824, a liberdade de expressão restou assegurada no ordenamento jurídico pátrio. A Carta de 1824, outorgada, era influenciada pelo constitucionalismo inglês, abordava os direitos e garantias individuais, bem como tratava dos poderes do Estado, com nítida centralização política e administrativa nas mãos do rei. Fazia referência expressa à liberdade de expressão em seu art. 179, IV e V, como um dos pilares dos direitos civis e políticos dos cidadãos e vedava expressamente a prática da censura.

A primeira constituição republicana, qual seja, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, também fazia referência expressa à liberdade de expressão em art. 72, §§ 12, 28 e 29, e igualmente vedava a censura e o anonimato e previa ainda a responsabilização dos autores por eventuais abusos cometidos. Já a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934 sofreu forte influência da Constituição de Weimar de 1919 e da Constituição Republicana da Espanha de 1931, trazendo como traço característico a racionalização do poder. Previa expressamente a liberdade de expressão em seu art. 113, n.º 4, 5 e 9, vedava o anonimato e a censura, com exceção da censura a espetáculos e diversões públicas.

Sob forte influência da Constituição Polonesa, foi outorgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, conferindo proeminência ao Poder Executivo sobre os demais Poderes. Em virtude de seu caráter antidemocrático, impôs maiores limites à liberdade de expressão, que constava do seu art. 122 n.º 4 e n.º 15. Permitia a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinema e da radiodifusão, com o desiderato de garantir a paz e a liberdade de imprensa também sofreu “sérias restrições e foi reforçada a sua função pública, a impossibilidade de se recusar a veicular comunicados de governo, bem como a responsabilidade por eventuais abusos resultariam em pena de prisão”¹.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 restaurou alguns aspectos da Constituição de 1891 e da Constituição de 1934 e as-

segurava a liberdade de expressão em seu art. 141, §§ 5º e 7º e 8º e art. 173 vedava a censura com exceção da aplicada a espetáculos e diversões públicas. O direito de resposta também restava garantido. Todavia, o aspecto mais relevante para o desenvolvimento do presente estudo diz respeito à expressa responsabilização por eventuais abusos no exercício da liberdade de expressão e para a proibição do anonimato e de propagandas de guerras ou que visassem a subverter a ordem política e social. Pioneiramente, na história brasileira, proibem-se propagandas que promovessem preconceitos de raça ou de classe.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967 assegurava a liberdade de expressão em seu art. 150, §5º, §6º e §8º, proibia a censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos e estabelecia a responsabilização por eventuais abusos de direito e proibia a licença de autoridade para a publicação de livros. Também vedava a veiculação de propagandas de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, raça ou de classe, acrescentando, ainda, as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

Importante salientar que, durante a vigência da referida Constituição, foi editado, durante o regime militar, o Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, que estabelecia, além da suspensão dos direitos políticos, a possibilidade desse ato fixar restrições ou proibições relativas ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados. Verifica-se, portanto, que, historicamente, o Brasil sempre conferiu destaque à proteção da liberdade de expressão do pensamento, estando garantida em todos os Textos Constitucionais.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A promulgação da Constituição Federal de 1988, “a Constituição cidadã”, representou o fim do regime militar e a instauração da democracia no Brasil e a proteção de um amplo rol de direitos e garantias fundamentais. Protege-se a liberdade em suas mais variadas acepções: as liberdades de pensamento, de expressão, ideológica e de reunião ganham destaque, bem como veda-se toda e qualquer espécie de censura ou licença. Nesse particular, há uma valorização da liberdade de imprensa como instrumento imprescindível à democracia e à promoção do debate público. A liberdade passa a ser “parte integrante de um regime democrático”².

A liberdade de expressão abrange tanto as exteriorizações de pensamento, ideias, opiniões e convicções como também as de sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam, as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação.³ Para Jorge Miranda: “A liberdade de expressão é mais que a liberdade de comunicação social, porquanto abrange todos e quaisquer meios de comunicação entre as pessoas – a palavra, a imagem, o livro, qualquer outro escrito, a correspondência escrita e por telecomunicações, o espetáculo etc.”⁴.

No inc. IV, do art. 5º, da Constituição 1988, assegura-se a liberdade de pensamento, sendo vedado o anonimato. Trata-se do direito de cada indivíduo “pensar e abraçar as ideias que lhe aprouver sem sofrer qualquer restrição ou retaliação por parte do Estado”⁵, o direito de escolher quais as ideias que quer adotar ou não. É a liberdade de decidir e ser livre para exteriorizar seus pensamentos, sem que o Estado crie obstáculos ao seu exercício.⁶ Abrange também o direito de calar, de não manifestá-lo (direito ao silêncio) e não sofrer qualquer penalidade por permanecer calado.

Em um Estado democrático de direito, o direito de expressar o pensamento⁷ e as ideias “deve ocorrer livre de qualquer castigo ou ameaça, pois ele é a manifestação do raciocínio humano, é a expressão de sua razão”⁸. Trata-se da própria “autodeterminação do indivíduo”. A manifestação de ideias é “dotada de grande poder, pois se reflete diretamente na sociedade, no sistema político adotado e nos valores reinantes”⁹, não se podendo desconsiderar ou subestimar o poder das ideias. Inclusive, durante os regimes ditatoriais, nos quais sempre se limitou a liberdade de expressão, inclusive com a imposição de penas severas, os grupos rebeldes, de resistência, sempre existiram de maneira explícita ou implícita. O direito de resistência é o direito de questionar, de se opor a um sistema político opressor ou injusto.¹⁰ É da liberdade de expressão do pensamento que derivam as liberdades: religiosa, de informação, de imprensa e a própria inviolabilidade de correspondência, uma vez que a liberdade de expressão do pensamento pode dar-se por meio da escrita ou de uso de imagens e não necessariamente pessoalmente. Sob um determinado prisma, a liberdade de expressão do pensamento consiste na neutralidade do ente estatal em face do teor da opinião, para que ela possa ocorrer livremente. Trata-se do denominado “valor da indiferença”.¹¹

Já sob outro prisma, a liberdade de pensamento está a impor que a ideia ou opinião seja respeitada pelos demais e que não venha o sujeito a sofrer nenhuma restrição ou até mesmo retaliação em virtude de sua emissão¹². A liberdade de expressão do pensamento não se restringe apenas ao uso de palavras, mas pode dar-se por meio de gestos, expressões corporais, mídias audiovisuais ou símbolos.¹³

A ênfase na proteção à liberdade de expressão é grande no Texto Constitucional, bem como o receio do Estado em atuar nessa seara, pois se buscou privilegiar a liberdade em seus mais variados aspectos com vistas a consolidar a democracia. No debate público, assegura-se a todas as ideias e opiniões o direito de manifestação, livre de qualquer coação. Não se deve se proclamar nenhuma ideia como única e verdadeira, assegurando-se, desse modo, a paz jurídica e a paz social¹⁴. Por meio da liberdade de expressão do pensamento se possibilita ao indivíduo poder participar do Estado, por meio de uma livre discussão de ideias¹⁵.

O Estado deve incentivar o debate público democrático, conferindo condições para que os indivíduos possam participar dele, precipuamente, por meio do investimento na educação pública. A falta de condições, seja econômica, seja social, de um indivíduo para usufruir um determinado direito fundamental, ou até mesmo

a sua incapacidade individual em fazê-lo, não deve ser confundida com coerção ou censura. O grau de fruição da liberdade vai variar de acordo com questões sociais, culturais e o grupo ao qual o indivíduo pertence.¹⁶ Assim sendo, exige-se não apenas a proteção da liberdade individual, mas também da igualdade, pois sem a garantia desta última não se faz possível o exercício amplo da primeira.

Veda-se expressamente a censura que é a negação do direito à liberdade de expressão. É algo danoso e que deve ser a todo custo extirpada das sociedades democráticas. Ela pode ser prévia ou *a posteriori*, a primeira consiste no impedimento ao lançamento de uma determinada obra, uma exposição ou manifestação popular. Já a segunda é a autorização para a manifestação do pensamento. A garantia da liberdade de expressão do pensamento pressupõe uma harmonia com os demais valores protegidos pelo ordenamento jurídico, pois ela não é absoluta. O Texto Constitucional de 1988 traz restrições expressas à liberdade de expressão, quais sejam, a vedação do anonimato, as proteções à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade, bem como o direito de resposta no caso de abuso do direito de expressar do indivíduo.

Entre os limites constitucionalmente impostos, tem-se a vedação ao anonimato: a expressão do pensamento tem de ser exercida com responsabilidade. Outro limite é a garantia do direito de resposta em todas as modalidades sob as quais o processo de difusão de ideias e opiniões possa ocorrer. Tem-se a proteção no art. 5º, inc. X, do Texto Constitucional da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Portanto, a garantia à liberdade de expressão do pensamento é bastante extensa.

3. ASPECTOS POLÊMICOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Atualmente, os Estados têm se visto às voltas com aspectos polêmicos no exercício da liberdade de expressão do pensamento: a incitação à pornografia, o sexismo, o financiamento de campanhas eleitorais e o discurso do ódio. A incitação da pornografia é revestida de grande polêmica, pois, nela, as pessoas são consideradas meros objetos sexuais, principalmente as mulheres. Acaba por se relacionar com o tema do sexismo, no qual as mulheres são consideradas inferiores aos homens e, como tal, não podem desfrutar dos mesmos direitos ou receber o mesmo tratamento¹⁷.

Já no tocante ao financiamento público às atividades artísticas e culturais, a polêmica no fato, segundo Owen M. Fiss¹⁸, de ser aleatória a distribuição de recursos e, assim, ocorrer o privilégio de um determinado grupo em detrimento de outro – e, conseqüentemente, uma determinada ideia sobre as demais. Nesse particular, a distribuição deve dar-se de maneira igualitária.

Entre os aspectos polêmicos da liberdade de expressão, destaca-se o discurso do ódio, na medida em que consiste na “manifestação de ideias que incitam a discri-

minação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”¹⁹. Em determinadas situações, ele chega a desqualificar esse grupo como detentor de direitos. Todavia, não se restringe apenas à discriminação racial, podendo se voltar contra aspectos religiosos, sexuais, de etnia e de nacionalidade. É uma apologia abstrata ao ódio, que representa o desprezo e a discriminação a determinados grupos de pessoas dotadas de certas características comuns, crenças, qualidades ou, ainda, que estejam nas mesmas condições socioeconômicas – por exemplo, ciganos, nordestinos, negros, judeus, árabes, islâmicos, homossexuais e mulheres²⁰.

O discurso do ódio em muitos casos se utiliza da teoria revisionista para se expressar, na medida em que esta tem por objetivo questionar e até mesmo negar a existência do holocausto, ocorrido durante a Segunda Guerra Mundial. Alguns países, como a Alemanha, criminalizam as teorias revisionistas²¹. O fato de se terem ideologias não constitui crime, uma vez que as Constituições garantem a liberdade de consciência ideológica. Há uma ênfase no valor da tolerância, que consiste em admitir que ideias e opiniões contrárias possam conviver pacificamente.

O discurso do ódio também pode ser manifestado por grupos que historicamente foram objeto de discriminação e se voltar contra um membro do grupo dominante, numa nuance de retaliação²². Ele, na maioria das vezes, é um instrumento incitador do racismo, do preconceito e da discriminação. O preconceito é uma opinião equivocada que é considerada por determinadas pessoas como verdadeira²³. A discriminação é a decorrência do preconceito de grupo²⁴. Ela é mais forte do que a simples diferença, pois é utilizada em um sentido pejorativo e tem por fundamento critérios ilegítimos, normalmente relacionados à ideia de superioridade de um grupo em relação ao outro. O racismo, por sua vez, é “comportamento, hostil, relativamente, a grupos humanos, a pessoas, em razão, por exemplo, da cor de sua pele ou de sua religião”²⁵.

O tratamento conferido ao discurso do ódio não é homogêneo entre os países, sendo possível se identificar em dois grandes sistemas: o americano e o europeu. No sistema americano, constata-se que o Estado privilegia a liberdade de expressão apenas regulando, em determinadas situações, as expressões de ódio desde que denigram o valor da dignidade humana de quem são suas vítimas e dos grupos a que pertencem. Nesse sistema, parte-se do pressuposto que o discurso do ódio se encontra no mundo das ideias, não gerando uma ação concreta.

A Suprema Corte Americana tem entendido em suas decisões que a liberdade de expressão atinge a garantia do próprio conteúdo da expressão e exige uma relação entre esta e uma possível ação ilegal iminente e potencial para que possa restringi-la. Exige-se que o emprego da expressão seja capaz de produzir uma ação eminentemente ilegal. Faz-se uma distinção entre a expressão utilizada e a ação que dela possa resultar. Não há punição para a manifestação de uma ideia ou ideologia em abstrato, apenas quando ela pode representar uma

ação concreta. É o emprego do critério do *clear and present danger*, como forma de combater o referido discurso.

Já no sistema europeu, a maioria dos países, a despeito de assegurar em suas Constituições a liberdade de expressão, fixa limites para o seu exercício. Nele, a proteção à liberdade de expressão não é regida pelo “princípio da neutralidade” do Estado ante quaisquer conteúdos imagináveis de um discurso. Cite-se, por exemplo, que a Bélgica, a Alemanha, a França, a Espanha, a Holanda, a Polônia e a Suíça, por exemplo, consideram crime a banalização do holocausto²⁶.

É ilegal as práticas do racismo, do antissemitismo ou de atos xenófobos, bem como a difusão dessas ideias²⁷. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em suas decisões, também parece caminhar no mesmo sentido. Proíbe-se o discurso do ódio, bem como a teoria revisionista, por se entender que eles estão mais para uma conduta do que para um discurso, portanto, não estão protegidos pela liberdade de expressão do pensamento²⁸.

5. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como visto, a Constituição Federal de 1988 conferiu proteção especial aos direitos fundamentais, garante a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana e veda a prática do racismo. A liberdade de imprensa, na ocasião, era regulamentada pela Lei n.º 5.250/67, que tinha nítido caráter restritivo, pois era fruto do regime ditatorial. O Brasil ratificou vários tratados e convenções que versam tanto sobre a proteção à liberdade de expressão como a proibição de práticas discriminatórias e atentatórias aos direitos fundamentais. Destarte, inexistente no sistema jurídico pátrio uma lei específica vedando o discurso do ódio.

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder judiciário e guardião da Constituição, apreciou o *habeas corpus* n.º 82.424, do Rio Grande do Sul que versava sobre o discurso do ódio e a prática do racismo. Ele foi impetrado em favor do paciente Sr. Siegfried Ellwanger, que havia sido denunciado por crime de racismo, em 14 de novembro de 1991. Ele foi absolvido em primeira instância e condenado em segunda instância a dois anos de reclusão por apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra os judeus, com fundamento no art. 20 da Lei n.º 7.716/89, com a redação dada pela Lei n.º 8.081/90 que estabelece, *in verbis*: “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”.

O paciente, além de ser sócio de uma editora, também era autor de diversas obras literárias de conteúdo antissemita, tal como, *Holocausto, judeu ou alemão? – Nos bastidores da mentira do século*. Foi impetrado *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça em face da condenação constante do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O *habeas corpus* foi indeferido e a questão chegou

ao Supremo Tribunal Federal, que decidiu, por maioria de votos, restando vencidos os ministros Moreira Alves (relator do processo), Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, nos seguintes termos:

“10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam”²⁹.

Num primeiro momento, a análise da Corte Suprema recaiu sobre a circunstância de saber se o crime de racismo era extensível ao povo judeu. Em outras palavras, em saber se judeu é raça ou religião. Aqui não houve um enfrentamento direto do conflito dos direitos fundamentais existentes (liberdade de expressão versus dignidade do povo judeu versus proibição à prática do racismo), por não ser este o ponto central do *writ*. No entanto, alguns ministros em seus votos chegaram a suscitar o conflito existente entre os direitos fundamentais.

Na discussão travada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, questionou-se se a publicação de um livro pode ser considerada prática de racismo ou, ainda, incitação ao racismo. No sistema americano, a resposta é negativa, tendo em vista o critério aplicado pela Corte Suprema do “perigo claro e iminente”, na medida em que não são passíveis de gerar ações concretas de discriminação ou racismo³⁰. No europeu, as decisões das Cortes Constitucionais dos países europeus e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendem que sim, pois consideram que o discurso da intolerância pode se valer das mais variadas formas, entre elas, a imprensa: os livros. Foi esse o entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, como votos vencidos dos ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Ayres Britto³¹. O ministro Moreira Alves, em seu voto, deferiu o *writ* por entender que judeu não é raça, mas, sim, religião, de modo que restava impossível a condenação do paciente por crime de racismo, utilizando para tanto o elemento histórico da interpretação da Constituição³².

Já os ministros Marco Aurélio e Ayres Britto concederam o *writ* por entenderem que o ato do paciente de publicar livros de caráter antissemita estava protegido pela liberdade de expressão e, como tal, não configurava crime de prática de racismo.

Aspecto relevante apreciado na análise do HC 82.424/RS recaiu sobre as particularidades da realidade brasileira e sua relação com o povo judeu, na medida em que não se verifica na história brasileira a prevalência de ideologias que pregam a inferioridade do povo judeu, por meio de discurso de perseguição ou discriminação, como ocorreu na Europa.

Nesse particular, Michel Rosenfeld preleciona que “as circunstâncias fazem toda a diferença” no discurso do ódio, pois o local onde é manifestado vai ter re-

lação direta com o tratamento jurídico a ele dispensado³³. Assim sendo, um discurso do ódio que semeia o antissemitismo manifestado da Alemanha se torna muito mais violento e repulsivo do que nos outros países, tendo em vista as circunstâncias que o envolvem, contudo “o teor do discurso do ódio continua sendo repulsivo numa e noutra situação”³⁴.

Historicamente, o Brasil, em decorrência da escravatura, tem discriminação em relação aos negros e aos índios, mas não em relação aos judeus. Daí decorre que uma obra literária que incitasse o racismo e a discriminação em relação aos negros teria um maior impacto e geraria graves conflitos na sociedade brasileira, o mesmo não ocorrendo com uma obra antissemita³⁵. Cumpre examinar se a simples manifestação do pensamento, ainda que discriminatória ou racista, representaria uma apologia ao crime. Para tanto, foi importante analisar o conflito entre direitos fundamentais, por meio do emprego do princípio da proporcionalidade. Na análise do caso, dois ministros, Gilmar Ferreira Mendes e Marco Aurélio, fizeram uso do princípio da proporcionalidade, mas que os levou a resultados completamente diversos.

O princípio da proporcionalidade impõe que, em caso de aparente conflito entre princípios, deve haver uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles. Um princípio deve renunciar a pretensão de ser aplicado de forma absoluta, devendo prevalecer apenas até o ponto a partir do qual deverá ser aplicado outro princípio que lhe seja aparentemente divergente. Ele se divide em três subprincípios: conformidade ou adaptação dos meios, necessidade ou exigibilidade dos meios empregados e proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade).

O ministro Marco Aurélio argumentou que a circunstância de o paciente expor suas ideias sobre o holocausto não implica necessariamente a concordância dos leitores da obra, muito menos a adoção de medidas discriminatórias em relação ao povo judeu, até porque o momento histórico em que vivemos é diverso³⁶. Para o ministro Gilmar Mendes, a proibição dessas obras é imprescindível para a manutenção de uma sociedade plural e tolerante³⁷. Para o ministro Marco Aurélio, a solução reside na preservação do direito à liberdade de expressão, pois a sua restrição por si só não assegura a dignidade do povo judeu³⁸. Na visão do ministro Gilmar Mendes, a proibição das obras é o menos gravoso, na medida em que a própria Constituição considera o racismo como crime³⁹. O ministro Marco Aurélio defende que responsabilizar o paciente pela propagação de ideias alheias não é (nem pode ser) uma decisão razoável, principalmente quando se tem em vista meios fáceis e baratos de propagar tais ideias, como a internet. Já o ministro Gilmar Mendes auferiu proporção entre a finalidade almejada, preservação da dignidade humana e liberdade de expressão para concluir que ela não protege a intolerância racial e a incitação à violência.⁴⁰

A simples aplicação do princípio da proporcionalidade como meio capaz de solucionar conflitos entre direitos fundamentais pode levar a resultados completamente opostos. Contudo, prevaleceu na decisão do Supremo Tribunal Federal a posição que entendeu que a aplicação do princípio da proporcionalidade leva à condenação do paciente por crime de racismo⁴¹.

A referida decisão do Supremo Tribunal Federal foi histórica e representou a preocupação em se vedar a incitação à discriminação e à prática do racismo contra qualquer grupo étnico, religioso, social ou cultural. Constatou-se, pois, uma nítida prevalência do direito à dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão no caso sobre as obras de conteúdo discriminatório. Contudo, não se tratou de uma decisão unânime, e como se tratava de uma ação de *habeas corpus*, a discussão central no Supremo recaiu sobre o fato de o crime de prática de racismo ser aplicável ao povo judeu ou não, tendo em vista que após a descoberta do genoma humano, não mais se pode falar em raças, eis que só existe a raça humana.

Apesar de alguns ministros, como visto, terem enfrentado a questão do discurso do ódio e do conflito entre liberdade de expressão, vedação ao racismo e proteção da dignidade humana, o tema não foi analisado em toda a sua amplitude, principalmente no tocante aos possíveis limites impostos à liberdade de expressão⁴². Assim sendo, impõe-se analisar as consequências advindas dessa decisão para o ordenamento jurídico brasileiro, pois por meio dela foram impostos limites ao exercício da liberdade de expressão, eis que restaram proibidos na prática, iniciativas ou manifestações de natureza racista e discriminatória no âmbito do discurso.

É importante verificar se a decisão do Supremo Tribunal Federal *sub examine* pode representar um perigo à liberdade de expressão e, ao mesmo não tempo, não se constituir em um instrumento eficaz no combate à proliferação do discurso do ódio. Ademais, por se tratar de uma decisão proferida pelo Guardião da Constituição e órgão de cúpula do Poder Judiciário, ele tem um impacto em todo o sistema jurídico⁴³.

Há de se considerar que o “combate à prática do racismo deve ocorrer por meio do emprego de critérios justos, principalmente, pelo confronto de ideias, por um debate público aberto e forte”⁴⁴. A recusa a ideias racistas deve partir da própria sociedade, por meio de uma discussão livre, eis que a simples condenação de um indivíduo ou a proibição da edição de um livro não parece ser, *a priori*, a melhor solução. Ao se examinar a história da humanidade constata-se que a proibição à divulgação de ideias jamais se constitui um obstáculo suficientemente eficaz para elas desaparecerem.

Muito pelo contrário, elas ainda subsistem. É imprescindível “suscitar o debate aberto, a discussão sobre todos os aspectos e abordando todos os pontos de vistas, pois é por meio dele que as ideias racistas e preconceituosas não obterão êxito na sociedade brasileira”. Contudo, igualmente, deve-se garantir o direito de manifestação das majorias e das minorias no discurso público. A luta pela garantia da liberdade de expressão é uma conquista diária e impõe uma “certa tensão existencial e um forte compromisso” para que não se sucumba diante da intolerância⁴⁵.

Logo após a decisão do Supremo Tribunal Federal, foi apresentado, em 2007 no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n.º 987, pelo deputado Marcelo Itagiba, do PMDB, que altera o art. 20 da Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os

crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.⁴⁶ Ele pretende inserir o §2º no art. 20 nos seguintes termos: “Incorre na mesma pena do §1º deste artigo, quem negar ocorrência do holocausto ou de outros crimes contra a humanidade, com a finalidade de incentivar ou induzir à prática de atos discriminatórios ou segregação racial”. O projeto de lei criminaliza o discurso do ódio na medida em que proíbe a teoria revisionista e se baseia na necessidade mundial de se colocar fim a qualquer prática que fomente o racismo ou xenofobismo, no mesmo sentido que ocorre com as legislações de alguns países europeus. Após a decisão do Supremo Tribunal Federal no tocante aos limites impostos à liberdade de expressão, foi apreciado o caso da Escola de Samba “Unidos do Viradouro” no Rio de Janeiro, cujo enredo era “É de arrepiar” e trazia em suas alegorias um carro que fazia alusão ao Holocausto, que era formado por esculturas de cadáveres empilhados e de pares de sapatos perdidos, juntamente com uma pessoa vestida de Adolf Hitler. O objetivo era demonstrar o arripio causado pelo holocausto e a necessidade de não mais senti-lo.

Todavia, a Federação Israelita do Rio de Janeiro (Fierj) ingressou com uma ação judicial com pedido de liminar visando a impedir o desfile dessa alegoria na Marquês de Sapucaí, no Carnaval. A juíza, Dra. Juliana Kalichszteim, em 31 de janeiro de 2008, concedeu a liminar determinando uma multa no valor de R\$ 200 mil na hipótese de a Escola Viradouro levar o carro para avenida no Carnaval e uma multa adicional no valor de R\$ 50 mil caso houvesse algum membro da Escola com a fantasia de Adolf Hitler⁴⁷. Em sua decisão, a magistrada declarou que o Carnaval não pode ser utilizado como instrumento para o cultivo do ódio nem de qualquer forma de racismo, bem como não se pode banalizar eventos bárbaros, como o holocausto. A escola cumpriu a decisão e não utilizou o carro alegórico, em contrapartida, os seus integrantes saíram com uma mordaza na boca, fazendo alusão à censura.

A finalidade da Escola de Samba não era banalizar o holocausto nem incentivar o racismo ou a discriminação, mas tão somente demonstrar a indignação que essa barbárie representou para a humanidade. Portanto, a despeito da decisão judicial, quer parecer que não há no caso nenhuma incitação a práticas racistas, o que implica o fato de tal manifestação estar sob a proteção da livre expressão artística. É tênue a divisão existente entre as manifestações que incitam o racismo e as manifestações artísticas e de expressão, daí o perigo de se proibir expressões artísticas, por se entender que violam a dignidade humana, sem que isso fique comprovadamente demonstrado.

Outro caso interessante diz respeito à decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro no Recurso Ordinário n.º 64/SP de 2008⁴⁸, que, por unanimidade, reconheceu o direito do francês Salomon Simon de processar a Alemanha na Justiça brasileira por danos materiais e morais em razão do sofrimento pelo qual passou durante a guerra. O autor, posteriormente naturalizado brasileiro, havia sido perseguido na Alemanha e teve sua família morta durante a Segunda Guerra Mundial. A decisão se deu nos seguintes termos:

“A imunidade de jurisdição não representa uma regra que automaticamente deva ser aplicada aos processos judiciais movidos contra um Estado estrangeiro. Trata-se de um direito que pode, ou não, ser exercido por esse Estado. Assim, não há motivos para que, de plano, seja extinta a presente ação. Justifica-se aceitação do Estado estrangeiro para que, querendo, alegue seu interesse de não se submeter à jurisdição brasileira, demonstrando se tratar, a hipótese, de prática de atos de império que autorizariam a invocação desse princípio⁴⁹”.

No entanto, a questão sobre a proteção à liberdade de expressão voltou a ser analisada no Supremo Tribunal Federal em 2008, em sede de controle de constitucionalidade concentrado, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130. Essa ação visava a analisar a compatibilidade da Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67), editada durante o regime militar e, portanto, bastante restritiva da liberdade de expressão, na medida em que autorizava a censura e a licença em face da Constituição de 1988, que veda expressamente a censura e a licença e concede uma ampla proteção à liberdade de expressão do pensamento.

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela não recepção da Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67), por entender que não se mostravam compatíveis com o espírito democrático do Texto Constitucional e com o novo regime de proteção à liberdade de expressão. Em face da revogação total da lei, deixa de ser aplicado, por exemplo, o dispositivo que prevê a censura para espetáculos e diversões públicas, o que trata do sequestro de periódicos (art. 61) que promoverem a propaganda de guerra ou de preconceitos, raciais ou de classe e incitarem à subversão das ordens pública e social. A decisão da Corte Suprema se deu nos seguintes termos:

“A uma atividade que já era ‘livre’ (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de ‘plena’ (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado ‘núcleo duro’ da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o ‘estado de sítio’ (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”.

(...)

Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do ministro Celso de Mello, ‘a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público’.⁵⁰ [grifos nossos]

No acórdão, fica clara a importância da preservação das liberdades de expressão do pensamento e de imprensa para a consolidação da democracia. Entende-se que o Texto Constitucional estabelece a autorregulação da imprensa como instrumento de “permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil”.⁵¹ Estabelece que:

“Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País após o rótulo de ‘plena’ (§ 1 do art. 220).⁵²

Portanto, tem-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, que no caso do *habeas corpus* n.º 82.424/RS, que tratava do discurso do ódio, impôs sérias restrições à liberdade de expressão do pensamento, a despeito da tradição constitucional brasileira dar ênfase à liberdade de expressão, em 2008, quando da apreciação da ADPF n.º 130, que versava sobre a recepção da Lei da Imprensa, profere acórdão ressaltando o caráter pleno da liberdade de expressão do pensamento e da imprensa e rechaça veementemente a interferência do Estado no seu exercício, entendendo que o Texto Constitucional proclama a autorregulação da imprensa. Vale dizer que, em face dessa decisão, até agora o Brasil se encontra sem uma Lei de Imprensa, pois o Congresso Nacional ainda não votou nenhum projeto de lei nesse sentido.

De outra parte, recentemente, o Conselho Nacional de Educação acolheu uma acusação de racismo (discurso do ódio) contra uma das fábulas de Monteiro Lobato, “Caçadas de Pedrinho”, ícone da literatura brasileira, e decidiu retirá-la das salas de aula por entender que ela não se coaduna com as políticas públicas implantadas pelo governo brasileiro para uma educação antirracista⁵³. A citação constante da fábula de Monteiro Lobato é um trecho em que Tia Nastácia, personagem negra, sobe numa árvore “que nem uma macaca de carvão”. O outro trecho é quando a boneca Emília, ao advertir sobre a gravidade de uma guerra das onças contra os moradores do Sítio do Picapau Amarelo, diz: “Não vai escapar ninguém – nem Tia Nastácia, que tem carne preta”.

Quer parecer que considerar um clássico da literatura como incitação ao racismo ou um discurso do ódio, tendo em vista que o próprio autor tinha ascendência negra, é violar veementemente o direito à liberdade de expressão do pensamento. Nesse particular, impõe registrar que o próprio Monteiro Lobato dizia que “um País se faz com homens e livros” e dedicou toda a sua vida a escrever livros para formar homens. Todavia, o Conselho Nacional de Educação decidiu rever sua posição por meio do Parecer CNE/CEB n.º 6, de 1º de junho de 2011, para recomendar a “contextualização histórica das obras literárias abordadas na escola”⁵⁴.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal teve de apreciar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 187, proposta pelo procurador-geral da República, que solicitava a concessão de “interpretação conforme a Constituição” ao art. 287 do Código Penal, que veda a apologia ao crime. Almejava-se que o referido art. 287 fosse interpretado à luz do art. 5º, IV e IX, que garante a liberdade de expressão de pensamento, de maneira a permitir manifestações a favor do uso da maconha. Os tribunais e juízes de primeira instância proibiam manifestações a favor do uso da maconha, as denominadas “Marcha da Maconha”, por entenderem que se tratava de uma apologia ao crime. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, decidiu que essas manifestações estão protegidas pela liberdade de expressão:

“No mérito, também por unanimidade, o Tribunal julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme a Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”⁵⁵.

O tema por si só é polêmico, contudo, o Supremo Tribunal Federal deixa claro em sua decisão que a liberdade de expressão deve prevalecer nesses casos. A necessidade de analisar a liberdade de expressão do pensamento e sua abrangência se faz cada vez mais urgente, tanto pelo Supremo Tribunal Federal, ao levar a efeito a interpretação da Constituição, como pelo Poder Legislativo, ao regulamentar o seu exercício, sob pena de se comprometer o princípio da segurança jurídica.

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.815 e declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias, com fulcro na liberdade de expressão de pensamento⁵⁶. A relatora da ação, ministra Cármen Lúcia, conferiu interpretação conforme a Constituição dos artigos 20 e 21 do Código Civil, em estrita consonância aos direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).

Ela enfatizou em seu voto que a Constituição da República expressamente prevê, nos casos de violações da privacidade, da intimidade, da honra e da imagem, a reparação indenizatória, e proíbe “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Desse modo, uma lei infraconstitucional não tem o condão de abolir o direito de expressão e criação de obras literárias. Ela adverte que: “Não é proibindo, recolhendo obras ou impedindo sua circulação, calando-se a palavra e amordaçando a história que se consegue cumprir a Constituição” e “A norma infraconstitucional não pode amesquinhar preceitos constitucionais, impondo restrições ao exercício de liberdades”.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.451/DF, inconstitucionais dispositivos da Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/1997), que impediam emissoras de rádio e televisão de veicular programas de humor envolvendo candidatos, partidos e coligações nos três meses anteriores ao pleito, como forma de evitar que sejam ridicularizados ou satirizados⁵⁷. O ministro Relator Alexandre de Moraes enfatizou que os dispositivos da lei eleitoral violam as liberdades de expressão e de imprensa e o direito à informação, sob o pretexto de garantir a lisura e a igualdade nos pleitos eleitorais. No seu entendimento, referida previsão é manifestamente inconstitucional, pois consiste na restrição, na subordinação e na forçosa adaptação da liberdade de expressão a normas cerceadoras durante o período eleitoral, com o objetivo de diminuir a liberdade de opinião, a criação artística e a livre multiplicidade de ideias.

Ora, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal estão a indicar uma prevalência do direito à liberdade de expressão e uma inclinação à adoção do sistema americano de proteção da liberdade de expressão do pensamento, afastando-se, portanto, da posição adotada no julgamento do HC n.º 82.424/02, que tratou do discurso do ódio.

CONCLUSÃO

A liberdade de expressão do pensamento sempre esteve presente nos textos constitucionais brasileiros, a atual Constituição garante a liberdade em suas mais variadas manifestações e veda qualquer espécie de censura e licença. Também assegura os valores democráticos, o pluralismo e a dignidade da pessoa humana, visando a garantir a formação de uma opinião pública livre e consciente. No entanto, no tocante a um dos aspectos polêmicos do exercício da liberdade de expressão do pensamento, qual seja, o discurso do ódio, não faz o Texto Constitucional ou o arcabouço normativo existente qualquer menção, não havendo, portanto, nesse sentido qualquer proibição expressa a sua manifestação.

Não há de se negar que o discurso do ódio deve ser combatido pelo Estado e pela sociedade e, nesse particular, não há qualquer divergência. Contudo, há dissenso apenas na forma de se combater a sua eficácia. O Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com um caso de discurso do ódio relativo ao povo judeu, optou por se filiar ao sistema europeu, condenando o autor por prática de racismo e proibindo manifestações desse jaez. No entanto, em face de uma análise acurada da Constituição de 1988 e do constitucionalismo pátrio, verifica-se que tal decisão se encontra em desalinhamento com a ampla proteção assegurada pela liberdade de expressão do pensamento no sistema normativo atual.

Esse descompasso se torna mais evidente quando se constata que, em um curto período de tempo, o próprio Supremo Tribunal Federal ao apreciar o tema se posicionou de maneira diversa, como no caso da recepção da Lei de Imprensa, da Marcha da Maconha, das biografias não autorizadas e das sátiras eleitorais. Essas oscilações na jurisprudência da Corte Suprema parecem indicar a necessidade de uma reabertura da discussão acerca da extensão e dos limites do exercício da liberdade de expressão, sob pena de se colocar em risco a segurança jurídica.

Nesse diapasão, questão relevante que se apresenta é justamente a de saber qual a melhor maneira de se combater o discurso do ódio no sistema brasileiro: se é a solução adotada pelo sistema americano ou pelo europeu. Todavia, parece que a solução não reside na adoção de nenhum dos dois sistemas de forma pura, mas, sim, numa posição intermediária, que seja adequada às realidades cultural e histórica brasileiras e esteja em harmonia com os princípios constitucionais. O discurso do ódio deve ser submetido à crítica contundente, ao humor, ao descrédito, pois as palavras têm de estar relacionadas à vida cotidiana, do contrário restarão vazias de qualquer conteúdo. Posições extremadas devem ser veementemente combatidas por meio do fomento ao livre debate de ideias e opiniões.

A essência do sistema democrático, do pluralismo, e da garantia da liberdade de expressão exigem uma discussão ampla e aberta, na qual impere a convivência pacífica de todas as ideias, ideologias e opiniões. Não existe democracia sem liberdade de expressão do pensamento. A mera vedação do discurso do ódio

tem se mostrado ineficaz no seu propósito, na medida em que as manifestações dessa natureza continuam ocorrendo. Em certos casos, a proibição é vista como um incentivo à transgressão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDDT, Hannah, *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*. Atualizado por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, vol. 2º, 3º ed., 2004.
- BLÁZQUEZ-RUIZ, Francisco Javier. “Introducción: Genealogía, dinámica y propuestas éticas frente al racismo y xenofobia”. In: BLÁZQUEZ-RUIZ, Javier (org.) *10 palabras clave sobre Racismo y Xenofobia*. Estella: Editorial Verbo Divino, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Elogio à serenidade e outros escritos morais*, São Paulo: Unesp, 2002.
- BOYLE, Kevin. “Hate Speech – The United States versus the rest of the world?” In: *Maine Law Review*, v. 53:2, 2001.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 2ªed., 1º vol., Coimbra: Coimbra, 1984.
- CODERCH, Pablo Salvador. *El derecho de la libertad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- COWAN, Gloria; RESENDEZ, Mirian; MARSHALL, Elizabeth; QUIST, Ryan. “Hate Speech and Constitutional Protection: Priming values of equality and freedom”. In: *Journal of Social Issues*, vol. 58, n.º 2, 2002.
- FISS, Owen M. *La ironia de la libertad de expresión*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.
- FONSECA, Pedro. “Justiça proíbe Viradouro de levar carro do holocausto à Sapucaí”. In: Agência Reuters, de 31 de janeiro de 2008. <http://br.reuters.com/article/topNews/idBRN3157209520080131>.

GUEVONTIAN, Richard. “Direitos Humanos fundamentais”. In: *Anais do XIII Encontro de Direito Constitucional*. São Paulo: Instituto Pimenta Bueno, 2004.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “Reflexões sobre a liberdade”. In: *Direito Público*, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, vol. 1, n.º 4, abr./jun, 2004.

MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. “Introducción histórica a las libertades de información y expresión”. In: *Cuadernos y debates: Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional “La libertad de información y de expresión”*, n.º 139, págs. 11-44, Madrid, Tribunal Constitucional: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

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

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra, tomo IV, 1988.

PÁEZ, Darío e GONZÁLEZ, José Luis. “Prejuicio: concepto y nociones diversas”. In: BLÁSQUEZ-RUIZ, Javier (org.) *10 palabras clave sobre Racismo y Xenofobia*. Estella: Editorial Verbo Divino, 1996.

RAZ, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa, 2001.

ROSENFELD, Michel. “Hate Speech in Constitutional Law jurisprudence: a comparative analysis”. In: *Working Papers Series* n.º 41, 2001. http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939, acesso em 5.1.2008.

SENFELD, Michel. *Extremist speech and the paradox of tolerance*. Harvard Law Review, vol. 100, 1987.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24º ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

NOTAS

1
MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: RT, 2009, pág. 63.

2
RAZ, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa, 2001, pág. 165.

3
MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: RT, 2009, pág. 30.

4
MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra, tomo IV, 1988, pág. 374.

5
MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: RT, 2009, pág. 33.

6
Cf. SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24º ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 241.

7
Opta-se pelo emprego da expressão de Celso Ribeiro Bastos: “liberdade de expressão do pensamento”, por ele ser gênero e incluir a liberdade de pensamento. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, vol.2º, 3ªed., 2004, pág. 47.

8
MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op.cit.*, pág.34.

9
MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op.cit.*, pág. 36.

10
Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 2ºed., 1º vol., Coimbra: Coimbra, 1984, pág. 327. Ver também LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, pág. 187.

11
BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*. Atualizado por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 331.

12
MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op.cit.*, pág. 48.

13

Cf. GUEVONTIAN, Richard. “Direitos humanos fundamentais”. In: *Anais do XIII Encontro de Direito Constitucional*. São Paulo: Instituto Pimenta Bueno, 2004, pág. 112.

14

Cf. MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. “Introducción histórica a las libertades de información y expresión”. In: *Cuadernos y debates: Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional “La libertad de información y de expresión”*, n.º 139, págs. 11-44, Madrid, Tribunal Constitucional: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pág. 23.

15

Cf. MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. *Op.cit.*, pág. 30.

16

Ives Gandra da Silva Martins Filho anota que ausência de condições econômicas mínimas impossibilita o exercício da liberdade em todas suas dimensões (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “Reflexões sobre a liberdade”. In: *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese, Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, vol.1, n.º 4, abr./jun., 2004, pág. 43.)

17

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. cit.*, pág. 91.

18

FISS, Owen M. *La ironía de la libertad de expresion*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, pág. 215.

19

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. cit.*, pág. 93.

20

Cf. COWAN, Gloria; RESENDEZ, Mirian; MARSHALL, Elizabeth; QUIST, Ryan. “Hate speech and Constitutional Protection: priming values of equality and freedom”. In: *Journal of Social Issues*, vol. 58, n.º 2, 2002, pág. 247.

21

Cf. BOYLE, Kevin. “Hate Speech – The United States versus the rest of the world?” In: *Maine Law Review*, v. 53:2, 2001, pág. 498.

22

Cf. CODERCH, Pablo Salvador. *El derecho de la libertad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 27.

23

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. cit.*, pág. 96.

24

Cf. BOBBIO, Norberto, *Op. cit.*, pág. 107

25

Cf. Voto do min. Carlos Velloso. In: *Crime de racismo e antissemitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, pág. 81.

26

Cf. BOYLE, Kevin. “Hate Speech – The United States versus the rest of the world?”, *cit.*, pág. 498.

27

Cf. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op.cit.*, pág. 201.

28

Cf. BRUGGER, Winfried, *Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano*, *cit.*, pág. 118.

29

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Crime de racismo e antissemitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, pág. 9.

30

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. cit.*, pág. 214.

31

Cf. *Crime de racismo e antissemitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS. cit.* Pág. 195.

32

Cf. Voto do min. Moreira Alves. *Op. cit.*, pág. 19.

33

Cf. ROSENFELD, Michel. *Hate Speech in Constitutional Law jurisprudence: a comparative analysis*, *cit.*, pág. 9.

34

Cf. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op.cit.*, pág. 215.

35

Cf. *Crime de racismo e antissemitismo: um julgamento histórico no STF: HC n.º 82.424/RS. cit.*, pág. 178.

36

Cf. *Crime de racismo e antissemitismo: um julgamento histórico no STF: HC n.º 82.424/RS. cit.*, pág. 182.

37

Cf. Voto do min. Gilmar Mendes, *Op. cit.*, pág. 76.

38

Cf. *Crime de racismo e antissemitismo: um julgamento histórico no STF: HC n.º 82.424/RS. cit.*, pág. 182-183.

39

Cf. Voto do min. Gilmar Mendes, *Op. cit.*, pág. 76.

40

Cf. Voto do min. Gilmar Mendes, *Op. cit.*, pág. 77.

41

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. cit.*, pág. 217.

42

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. cit.*, pág. 217.

43

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. cit.*, pág. 215.

44

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. cit.*, pág. 217.

45

Cf. BLÁZQUEZ-RUIZ, Francisco Javier. *Introducción: genealogía, dinámica y propuestas éticas frente al racismo y xenofobia*. In: BLÁZQUEZ-RUIZ, Javier (org.), *10 palabras clave sobre racismo y xenofobia*. Estella: Editorial Verbo Divino, 1996, pág. 22.

46

“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.”

47

Cf. FONSECA, Pedro. “Justiça proíbe Viradouro de levar carro do holocausto à Sapucaí”. In: Agência Reuters, de 31 de janeiro de 2008. <http://br.reuters.com/article/topNews/idBRN3157209520080131>.

48

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário n.º, 64/SP (2008/0003366-4). Relatora: min. Nancy Andrigui. Data do Julgamento: 23.6.2008.

49

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário n.º, 64/SP (2008/0003366-4). Relatora: min. Nancy Andrigui. Data do Julgamento: 23.6.2008.

50

Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130/DF. Relator: min. Carlos Britto. Julgamento: 30.4.2009. Tribunal Pleno. Publicação. DJe-208 DIVULG 5.11.2009 PUBLIC 6.11.2009. EMENT VOL-02381-01 PP-00001.RTJ VOL-00213- PP-00020.

51

Cf. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130/DF.

52

Cf. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130/DF.

53

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO (Brasil). Parecer CNE/CEB n.º 15, de 1º de setembro de 2010. Orientações para que a Secretaria de Educação do Distrito Federal se abstenha de utilizar material que não se coadune com as políticas públicas para uma educação antirracista. Relatora: Nilma Lino Gomes. Brasília (DF), 1º set. 2010. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/index.php?...id...>>. Acesso em: 9.6.2011.

54

Parecer CNE/CEB n.º 6, de 1 de junho de 2011. Reexame do Parecer CNE/CEB n.º 15/2010, com orientações para que material utilizado na educação básica se coadune com as políticas públicas para uma educação antirracista. Relatora: Nilma Lino Gomes. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc...>. Acesso em: 8.6.2011.

55

Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 187/DF. Relator: min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 15.6.2011.

56

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.815/DF. Relatora: min. Carmen Lucia. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 10.6.2015.

57

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.451/DF. Relatora: min. Alexandre de Moraes. Data do Julgamento: 21.6.2018.



MARIA ODETE DUQUE BERTASI

CONSIDERAÇÕES
SOBRE O ENFOQUE
CONSTITUCIONAL
DA LEI DE
ARBITRAGEM

MARIA ODETE DUQUE BERTASI

ADVOGADA. CONSELHEIRA DO CONSELHO SUPERIOR DE ESTUDOS DO DIREITO DA FECOMERCIO-SP. EX-PRESIDENTE E CONSELHEIRA NATA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO (IASP). AGRACIADA COM A ORDEM DO MÉRITO SENADOR MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA MACIEL, NO GRAU DE COMENDADORA, PELO CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM (CONIMA). PALESTRANTE, AUTORA E COORDENADORA DOS LIVROS ARBITRAGEM E DESENVOLVIMENTO, 2009, EDITORA QUARTIER LATIN E MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM, 2017, PELA LEX EDITORA.

SUMÁRIO: 1. ARBITRAGEM E SUA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. 2. IMPORTÂNCIA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM. 3. CONCLUSÃO.

1. ARBITRAGEM E SUA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

EM 23 DE SETEMBRO DE 1996, FOI EDITADA A LEI N.º 9.307 DISPONDO SOBRE A ARBITRAGEM no Brasil, estabelecendo que as pessoas capazes de contratar podem se valer da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, estabelecendo, ainda, referida lei, sobre a convenção de arbitragem e seus efeitos, a figura dos árbitros, o procedimento arbitral, entre outros importantes regramentos jurídicos sobre esse meio adequado à solução de conflitos.

Segundo expressos termos legais, as partes escolhem livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública, admitindo-se, ainda, que as partes convençionem que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.

Quanto à convenção de arbitragem, estabelece a lei que as partes interessadas podem submeter seus litígios à solução do juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é a convenção por meio da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato, cláusula essa que deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado.

Já o compromisso arbitral é a convenção por meio da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. Enquanto o compromisso arbitral judicial é celebrado por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal onde tem curso a demanda, o compromisso arbitral extrajudicial é celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas ou por instrumento público.

Eduardo Spinola e Castro¹, ao discorrer sobre “Como recorrer à arbitragem: a convenção arbitral e seu conteúdo”, esclarece:

“A eleição da jurisdição arbitral faz-se: ou antes da existência do litígio, pela inserção, nos acordos, da cláusula compromissória ou cláusula arbitral, ou, uma vez instalado o litígio, pelo compromisso. Cláusula compromissória ou compromisso são as duas formas de convenção arbitral”.

Quanto ao árbitro, reza a lei, em seu capítulo III, que poderá ser qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes, devendo proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção, estando impedidas de funcionar como árbitro as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juizes, aplicando-se, no que viável, os mesmos deveres previstos do Código de Processo Civil.

Ademais, as pessoas indicadas a funcionar como árbitros têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificável quanto à sua imparcialidade e independência, sendo que, no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos para fins da legislação penal.

Ainda no tocante à **figura do árbitro**, registre-se a existência de Projeto de Lei n.º 4.891, de 2005, em tramitação, de autoria do deputado Nelson Marquetzelli, que pretende regular o exercício das profissões do árbitro e do mediador.

Sobre esse assunto, tive a oportunidade de colaborar com o debate, lançando crítica à iniciativa legislativa por entender que a Lei de Arbitragem (n.º 9.307/96) é suficiente na definição da figura do **árbitro** o considerando, como referido anteriormente, qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, e devendo, no desempenho de sua função, proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção, atributos relevantes tanto para o bom desempenho da atividade quanto para o próprio desenvolvimento do instituto da arbitragem, que tem no árbitro a célula central, **já que juiz de fato e de direito no deslinde das questões a ele submetidas.**

Ora, na medida das previsões da Lei n.º 9.307/96 e em face das características do instituto jurídico da arbitragem, inarredável a conclusão pela rejeição do referido projeto de lei, não se admitindo possa o árbitro ser considerado como integrante de profissão regulamentada. O árbitro, por indicação ou por aceitação das partes, em processo específico, cessa essa sua condição de árbitro no encerramento do processo arbitral, não exercendo, portanto, atividade em caráter contínuo e profissional.

Portanto, mostra-se despicienda a suposta necessidade, do regramento da atividade do árbitro no âmbito do processo arbitral, iniciativa legislativa que se revela despropositada diante do contexto da arbitragem. Ademais, a caracteri-

zação do árbitro como profissão poderia comprometer sua imparcialidade e independência no enfrentamento do conflito a ele submetido, o qual deverá decidir de acordo com suas convicções e livre de influências quaisquer.

Quanto ao processo arbitral, a lei destaca no capítulo IV o rito do processo, considerando instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. A constituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração.

As questões relativas a competência, suspeição ou impedimento do árbitro, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverão ser arguidas na primeira oportunidade que a parte tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

O processo arbitral exige postulação por intermédio de advogado, sendo respeitados, ainda, no procedimento, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento.

Ademais, o processo arbitral comporta a tomada de depoimento das partes, a oitiva de testemunhas e a realização de perícias ou, ainda, outras provas que se mostrarem necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

José Carlos de Magalhães² no estudo sobre a “Ordem das provas no processo arbitral”, após lembrar que na arbitragem são as partes que disciplinam elas próprias o processo, seja sobre isso dispondo na convenção arbitral, seja autorizando os árbitros a fazê-lo, seja ainda adotando as normas de uma instituição de arbitragem, conclui:

“Essa liberdade permite-lhes dar ao processo não só mais celeridade e menos formalismo, como eficiência e segurança, propiciando aos árbitros mecanismos eficazes de aferição de provas.

O que se conclui é que o processo arbitral deve pautar-se pela transparência e segurança às partes, sem os entraves rígidos que caracterizam o processo judicial, com o qual não se confunde. Há de prevalecer a vontade das partes, livres para estabelecerem o rito que desejarem, seja na convenção arbitral, seja ao escolherem a instituição especializada, seja, ainda, ao atribuírem essa tarefa aos árbitros. Os parâmetros a serem respeitados, em quaisquer situações, são os princípios que governam o processo arbitral, quais sejam o contraditório, a igualdade de tratamento das partes, a ampla defesa e a imparcialidade dos árbitros”.

Além do destacado papel da arbitragem na solução dos conflitos versando sobre direitos disponíveis, sobretudo como forma de desafogar o Poder Judiciário, oferecendo, ainda, em contrapartida, decisões arbitrais especializadas e maior rapidez, merece destaque os comentários de **Asdrubal Franco Nascimbeni**³ exaltando a prática do contraditório participativo. Confira-se:

“Pois bem, a liberdade das partes, em conjunto com os árbitros, quanto às regras aplicáveis num procedimento arbitral para a produção de provas deve, de toda a sorte, ser devidamente delineada quando da celebração do termo de arbitragem. Depois disso, caso os árbi-

tros entendam pela necessidade de qualquer alteração, ou distinção, deverão proceder de forma prévia e fundamentada, evitando, assim, qualquer tipo de decisão-surpresa”.

Uma vez estando em termos o processo, será proferida a sentença arbitral, cujos requisitos obrigatórios se encontram definidos no capítulo V, podendo ser decisão unânime ou por maioria, caso sejam vários os árbitros. Os requisitos obrigatórios da sentença arbitral são:

- I. o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;*
- II. os fundamentos da decisão, em que serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;*
- III. dispositivo em que os árbitros resolverão as questões que lhes foram submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se o caso;*
- IV. a data e o lugar em que foi proferida.*

Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, enviando-se cópia às partes que poderão, no prazo de cinco dias, solicitar ao árbitro ou ao tribunal que corrija erro material da sentença, esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição ou se pronuncie sobre ponto omitido e a respeito do qual deveria manifestar-se a decisão.

A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

A parte interessada poderá pleitear perante o Poder Judiciário a declaração de nulidade da sentença arbitral em razão da nulidade da convenção arbitral, proferida por quem não podia ser árbitro, não contiver os requisitos obrigatórios, for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem.

Donaldo Armelin⁴ em artigo sobre “Ação de nulidade de sentença arbitral”, ensina:

*“O art. 32, da Lei n.º 9.307/96, estabelece as hipóteses em que se considera ocorrente a nulidade da sentença arbitral. Cada uma delas corresponde a uma causa de pedir autônoma, como sucede com a ação rescisória. Tal significa que as *causae petendi* individualizam ações autônomas, permitindo, não obstante, sua cumulação em um mesmo processo, até porque uma sentença arbitral pode, perfeitamente, estar tarjada por espécies diversas de vícios que geram sua nulidade. Esta, consoante o magistério de Humberto Theodoro Junior, examinada sob a ótica dos efeitos de sua decretação, será absoluta ou relativa, aquela importando a extinção da sentença e do processo de arbitragem e esta apenas impondo a prolação de nova sentença em substituição daquela invalidada.”*

E sobre a natureza jurídica da mencionada ação, o autor professa:

“A natureza jurídica da ação de nulidade da sentença arbitral é a de uma sentença de eficácia preponderantemente desconstitutiva, como já afirmado supra, pois a nulidade não é de ser declarada, mas de ser descartada do mundo jurídico. Mesmo que se admita versar esta ação, como sustentam Barbosa Moreira e Carmona, também hipóteses de mera anulação, esta circunstância não altera o seu tónus preponderantemente desconstutivo, na medida em que implica modificação no mundo jurídico, com a eliminação dele do ato inquinado de tal vício”.

No tocante à intervenção de terceiros, discorre o autor no sentido abaixo:

“A natureza da ação de decretação de nulidade de sentença arbitral não se afeiçoa à admissibilidade de intervenção de terceiros, exceção feita à figura da assistência. Com efeito, considerando-se seu objeto, em relação a ela não se corporificam as hipóteses autorizadoras das demais formas pelas quais os terceiros espontânea ou coercitivamente vem se inserir em processo alheio”.

Posteriormente, foi editada a Lei n.º 13.129/2015, trazendo relevantes alterações na Lei de arbitragem, notadamente a possibilidade de a arbitragem ser utilizada para dirimir conflitos em contratações com a administração pública, direta ou indireta, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, ressalvando, o legislador, que a arbitragem, no caso específico, será sempre de direito, não por equidade, e respeitará o princípio da publicidade.

Sobre a introdução, no sistema jurídico, da arbitragem com a administração pública, **Thiago Luís Sombra**⁵, em seu artigo “Desvendando mitos e crenças”, expõe o seguinte cenário:

“Caberá aos atores estatais e à sociedade definir a identidade e os contornos da arbitragem com a administração pública, em contraste ao modelo de superego vivenciado pelo Poder Judiciário. O árbitro, além da obrigatória imparcialidade e confiabilidade, não deve estar acima das questões a ele submetidas, como se verifica, não raras vezes, no voluntarismo judicial”.

Capítulo específico sobre as tutelas cautelares de urgência também foi introduzido pela legislação de 2015, bem como, em capítulo separado, tema da carta arbitral e outras questões relacionadas ao procedimento arbitral.

No capítulo que trata sobre o reconhecimento da execução das sentença arbitrais estrangeiras, houve acréscimo no sentido de que, para ser reconhecida no Brasil, a sentença arbitral está sujeita unicamente à homologação do Superior Tribunal de Justiça, a quem compete, ainda, denegar tal reconhecimento se constatar: I. segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido pro arbitragem; II. a decisão ofende a ordem pública nacional.

Da mesma forma, referida lei introduziu no instituto jurídico da arbitragem o capítulo IV-B, para o fim de autorizar que o árbitro possa expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato por ele solicitado.

Como visto, promulgada há quase duas décadas, a Lei de Arbitragem, n.º 9.307, de 1996, necessitou de aperfeiçoamento para atender às modificações da sociedade, viabilizado mediante a Lei n.º 13.129/2015, que permitiu sua aplicação a outras formas de relações jurídicas, fazendo com que a arbitragem tenha sofrido importante evolução, seja de maneira quantitativa, seja qualitativa, destacando-se como meio adequado à solução de conflitos.

2. IMPORTÂNCIA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM

Nada obstante a defesa da arbitragem, desde a edição da lei, por parte de ilustres especialistas na matéria, e do reconhecimento de sua eficácia como meio adequado, e de crescente utilização, para a solução de conflitos, fato é que o Supremo Tribunal Federal teve papel relevante na aplicabilidade definitiva da arbitragem ao decidir pela constitucionalidade da Lei n.º 9.307/96.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também chamado de “princípio da indeclinabilidade do controle jurisdicional”, foi o enfoque da indagação acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem.

O citado princípio está insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, o qual prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

À época, a questão da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, frente ao princípio constitucional da inafastabilidade das decisões pelo Judiciário, foi objeto de elevados estudos e debates, conforme exemplos a seguir.

Joel Dias Figueira Junior⁶ sustentou a constitucionalidade pelos seguintes motivos: **I.** a arbitragem é convencionada pelas partes, e não impostas às partes; **II.** há o acesso à jurisdição para a parte que se sentir prejudicada com a sentença arbitral no sentido de intentar um pleito anulatório, seja por demanda anulatória, seja por embargos do devedor; **III.** a execução forçada somente poderá ocorrer mediante provocação da jurisdição estatal, visto que o juízo arbitral não tem competência para perfazer atos executórios; **IV.** as tutelas de urgência (via tutela antecipada ou cautelar), acautelatórias, inibitórias ou coercitivas deferidas pelos árbitros precisam passar pela jurisdição estatal para o seu devido cumprimento; **V.** na dúvida acerca da disponibilidade do direito patrimonial envolto no litígio, as partes podem recorrer ao Poder Judiciário; **VI.** caberá ao Poder Judiciário decidir quando houver a fixação da cláusula compromissória e

uma das partes resistir à instauração do juízo arbitral; e **VII.** o reconhecimento e a execução de sentença arbitral estrangeira estarão sempre sujeitos à homologação do Superior Tribunal de Justiça.

Carlos Alberto Carmona⁷ também favorável ao entendimento de constitucionalidade da Lei de Arbitragem, em especial frente à estipulação de cláusula compromissória, salientou:

“A vontade das partes é absolutamente clara no momento em que firmam a cláusula arbitral, no sentido de quererem afastar a competência do juiz togado para solucionar qualquer pendência que as envolva, decorrente de certa relação jurídica. É o quanto basta para que tal vontade (jurídica e jurígena) tenha efetiva proteção estatal, já que, se assim não fosse, estaria negada a tutela específica da obrigação assumida. Se é verdade que o objeto da contenda, no momento da celebração da cláusula compromissória, ainda é indeterminado (rectius, inexistente, pois no momento em que a cláusula é inserida em determinado contrato não há contenda alguma), também é certo que tal objeto é perfeitamente determinável, cabendo ao juiz togado, se e quando houver litígio – e se houver resistência quanto à instituição do juízo arbitral – fazer valer a vontade previamente manifestada”.

Nelson Nery Junior⁸ igualmente não via na arbitragem violação ao princípio constitucional da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário, ocasião em que sustentou:

“A situação de as partes convencionarem a arbitragem para solucionar os conflitos decorrentes de uma determinada e específica relação, não significa o falecimento ou o prejuízo do princípio do direito de ação. Isto porque, o objeto escolhido para ser decidido pela via arbitral deve ser disponível às partes e o juízo arbitral configura-se como uma escolha do livre-arbítrio dos sujeitos envolvidos na relação jurídica disposta à arbitragem...”

Portanto, o debate da questão foi extremamente relevante e focado na compatibilidade da cláusula compromissória com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional. O resultado, portanto, foi conclusivo no sentido de que as partes têm o direito de submeter eventuais controvérsias de seus direitos disponíveis a outro meio que não exclusivamente o da justiça estatal.

Além do mais, é importante registrar que, de fato, a participação do Poder Judiciário não fica completamente afastada quando as partes optam pela arbitragem, porque a própria lei prevê situações específicas em que o Poder Judiciário poderá ser acionado, a exemplo da declaração da nulidade da sentença arbitral nos casos que expressamente prevê (artigos 32 e 33), a concessão de tutelas cautelares e de urgência (artigo 22-A), a lavratura do compromisso pelo Poder Judiciário decidindo pela instituição da arbitragem quando houver resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória quanto ao cumprimento desta (artigo 7º), para a obtenção do reconhecimento ou execução no Brasil, de sentença arbitral estrangeira que se sujeitará à homologação do Superior Tribunal de Justiça (artigo 35), entre outras previsões.

A súmula decorrente de histórico julgamento, publicada na Ata 40, do Diário Oficial da União de 19.12.2001, foi redigida nos seguintes termos:

“O tribunal, por unanimidade, proveu o agravo para homologar a sentença arbitral, vencidos parcialmente os senhores ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, no que declaravam a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º; do art. 7º e seus parágrafos; no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, inc. VII; e ao art. 301, inc. IX do CPC e do art. 42, todos da Lei n.º 9.307 de 23.9.1996. Votou o presidente, o senhor ministro Marco Aurélio. Plenário, 12.12.2001.

Ademais, a consonância da lei arbitral com a Constituição Federal pode ser destacada nas previsões que a própria Carta Magna assegura, por exemplo, ao exercício da arbitragem nas questões relativas aos dissídios coletivos no âmbito trabalhista (artigo 114, §§ 1º e 2º), conforme adiante destacado, na utilização da arbitragem na demarcação das linhas divisórias entre Estados e municípios (artigo 12, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Ressalte-se, ainda, que o Brasil se coloca como signatário de uma diversidade de importantes tratados internacionais que envolvem a matéria arbitral.

Registre-se, ademais, que ao tempo da discussão sobre a constitucionalidade da predita lei, considerou-se que o preâmbulo da constituição federal, ao mencionar “solução pacificada das controvérsias”, poderia estar contemplando a arbitragem como meio adequado à solução dos conflitos. Sobre o assunto, ponderou o atual ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes:

“O preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma, e consiste em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento de um novo Estado. É de tradição em nosso Direito Constitucional e nele deve constar os antecedentes e enquadramento histórico da Constituição, bem como suas justificativas e seus grandes objetivos e finalidades”.

“Apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação dos diversos artigos que lhe seguem”. “O preâmbulo, portanto, por não ser norma constitucional, não poderá prevalecer contra texto expresso da Constituição Federal, e tampouco poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade, porém, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas”.

Em outro ponto, a Constituição Federal, em seu artigo 114, § 1º, é expressa ao admitir a arbitragem no âmbito do direito do trabalho, em especial quanto ao dissídio coletivo, quando assevera:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

§ 1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”.

Por sua vez, o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna, ao fixar diretrizes para o alcance de uma justiça mais célere, agregou ao rol dos Direitos e Garantias fundamentais, por meio da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, o Princípio da Razoável Duração do Processo, prevendo:

“LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

Respeitável corrente doutrinária entendeu que, ao mencionar os “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, o legislador contemplou a figura da arbitragem, dando-lhe efetividade ao ponto de considerá-la como garantia fundamental, conforme melhor fundamenta **Jonatas Viana**º:

“Tal entendimento visa dar mais efetividade a arbitragem, vez que a coloca como garantia fundamental, sendo, pois, núcleo essencial do direito de acesso à Justiça, não sendo passível de minimização por meio de qualquer espécie legislativa, consoante art.: 60, §4º, IV da CRFB”.

Fale-se, ainda, da Teoria do Bloco de Constitucionalidade, aceita pela Corte Suprema, sendo certo que tal princípio proclama que toda lei que trate materialmente de assunto constitucional tem tal status, na medida em que, sendo minimizada por qualquer forma de processo legislativo existente, este é eivado de inconstitucionalidade, na medida em que fere matéria constitucional⁶. Anote-se que tal doutrina não é muito difundida no Brasil, sendo construção pretoriana dos tribunais franceses, contudo, por ser protetora dos direitos fundamentais, tem aceitação no Brasil, já sendo, inclusive, mencionada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, está a arbitragem abarcada pela Teoria do Bloco de Constitucionalidade, sendo verdadeira norma constitucional, e é, ainda, protegida pelo Princípio da Proteção ao Núcleo Essencial, previsto em nosso ordenamento no art.: 60, § 4º, IV, da Carta Política.

Nesta esteira, sendo a Lei n.º 9.307/96 verdadeira norma regulamentadora de uma das acepções do inciso LXXVIII, do art.: 5º, da CRFB, tem, pois, status constitucional, sendo verdadeira garantia fundamental, gozando da imunidade própria das cláusulas pétreas.

Fato é que, em razão do julgamento da arbitragem frente ao princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, pelo colendo Supremo Tribunal Federal, a arbitragem ganhou força e respeitabilidade, por permitir especialidade e rapidez na solução de conflitos, a exemplo da consolidação jurisprudencial que se verifica na atualidade.

“Superior Tribunal de Justiça – RECURSO ESPECIAL N.º 904.813 - PR (2006/0038111-2)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

EMENTA:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO.

ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE

FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO

ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

....

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo Poder Público, **notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.**

6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.

7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.

8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

9. A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenções do equilíbrio econômico e financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

11. Firmado o compromisso, é o tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido”.

3. CONCLUSÃO

A arbitragem, prestigiando a autonomia da vontade ao permitir que as partes possam livremente estabelecer o meio adequado para a solução de controvérsia, teve seu reconhecimento e avanço com base na decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que sua aplicabilidade não implicava a violação do princípio constitucional de controle do Poder Judiciário.

A partir do importante julgamento, a arbitragem vem se fortalecendo por meio de legislações complementares, a exemplo da Lei n.º 13.129/2015, e do Código de Processo Civil de 2015, com dispositivos inspirados na prática arbitral.

Para encerrar este breve ensaio, **Arnoldo Wald** bem ilustra a importância da arbitragem e a necessidade de seu constante aprimoramento.

Confira-se:

“É muito importante que a arbitragem seja vista sob os ângulos mais diversos, de um modo dinâmico, acompanhando-se a sua evolução quantitativa e qualitativa, os novos domínios em que pode ser empregada e os métodos que pode usar para se tornar um instrumento ainda mais útil para solucionar os conflitos que surgem na sociedade brasileira, numa fase de dificuldades, que estamos superando. A eficiência do Direito depende da qualidade e eficácia das soluções que oferece e da forma pela qual são utilizadas pelo público”. (op. cit abaixo, página 14)

NOTAS

1

Eduardo Spinola e Castro. “A convenção de arbitragem – uma abordagem prática”, página 19, da obra *Arbitragem e desenvolvimento*, editora Quartier Latin, 2009, coordenação Maria Odete Duque Bertasi e Oscavo Cordeiro Corrêa Netto.

2

José Carlos de Magalhães. “A ordem das provas no processo arbitral”, página 59, da obra *Arbitragem e desenvolvimento*, editora Quartier Latin, 2009, coordenação Maria Odete Duque Bertasi e Oscavo Cordeiro Corrêa Netto.

3

Asdrubal Franco Nascimbeni. “A sistemática probatória do CPC/2015 e a sua relação com o processo arbitral”, página 28, da obra *Temas de mediação e arbitragem*, editora Lex Produtos Jurídicos, 2017, coordenação Asdrubal Franco Nascimbeni, Maria Odete Duque Bertasi e Ricardo Borges Ranzolin.

4

Donaldo Armelin. “Ação de nulidade da sentença arbitral”, página 123, da obra *Arbitragem e desenvolvimento*, editora Quartier Latin, 2009, coordenação Maria Odete Duque Bertasi e Oscavo Cordeiro Corrêa Netto.

5

Tiago Luís Sombra. “Desvendando mitos e crenças: o estágio evolutivo da arbitragem com a administração pública”, página 335, da obra *Temas de mediação e arbitragem*, editora Lex Produtos Jurídicos, 2017, coordenação Asdrubal Franco Nascimbeni, Maria Odete Duque Bertasi e Ricardo Borges Ranzolin.

6

Joel Dias Figueira Junior. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo. Editora RT, 1999.

7

Carlos Alberto Carmona. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

8

Nelson Nery Junior. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Editora RT, 2004.

9

Jonatas Viana. *Arbitragem: uma visão constitucional*, Direito Net (www.direitonet.com), de 24.11.2011.



ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS

BREVES REFLEXÕES
FILOSÓFICAS
SOBRE OS 30 ANOS
DA CONSTITUIÇÃO
DENOMINADA
“CIDADÃ”

ANGELA VIDAL
GANDRA MARTINS

SÓCIA DA ADVOCACIA GANDRA MARTINS,
DOUTORA EM FILOSOFIA DO DIREITO.

RESUMO

E

ESTE BREVE ARTIGO VISA A REFLETIR A RESPEITO DA HARMONIA ENTRE FORMA, conteúdo e interpretação, após 30 anos de vivência da Constituição que denominamos “cidadã”, à luz da Filosofia do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal de 1988 – Filosofia do Direito – Hermenêutica Jurídica Interpretação – Democracia

ABSTRACT

This brief article aims to reflect on the harmony between form, content and interpretation, after 30 years of the so called Citizen Constitution's existence, through the lens of Jurisprudence.

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Breves considerações jusfilosóficas sobre as características da Constituição de 1988 2. Forma e conteúdo da Constituição em vigor 3. Hermenêutica jurídica: dificuldades internas e externas na interpretação da Carta Magna 4. Conclusão 5. Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

O que é uma Constituição? É um traje de um povo feito sob medida.

JOHN BADLEY

Após alguns anos vivendo nos Estados Unidos uma experiência de cidadania fundamentada na união com base na Constituição e, por outro lado, a observação de uma cautelosa prudência em *ouerrule*, apesar de se tratar de um sistema de *common law*, estou vivenciando uma profunda perplexidade ao ver nossa Constituição violentada por seus próprios guardiães, ultrapassando até mesmo a teoria neoconstitucionalista na qual supostamente se baseiam. Por essa razão, gostaria de refletir brevemente sobre os pressupostos jusfilosóficos do Estado democrático de direito instituído pelo preâmbulo de nossa Constituição, para levantar algumas questões sobre a necessidade de respeitá-los, de forma a poder garantir, como consequência, todos os direitos que visa a assegurar.

De fato, ainda que nosso sistema federativo possa ter se espelhado na trajetória americana¹ *mutatis mutandis*, seu berço é radicalmente distinto, o que vem sendo demonstrado pelas buscas contínuas de estabilidade constitucional. De qualquer forma, a inspiração é a mesma, o que ficou plasmado no desejo – bastante ampliado, infelizmente, já que gera inúmeras dificuldades práticas – de garantir as liberdades fundamentais; a separação de Poderes e os limites no exercício da autoridade, bem como a regulamentação da vida econômica, fundamentada também na liberdade, ideais a serem conquistados pela democracia e bem estampados em nossa Constituição denominada “cidadã”, como fruto de anos de experiência e luta.

Ao analisá-la, não é possível desprezar suas virtudes, porém, ficam patentes também as raízes das crises que suscita, principalmente interpretativas, em razão da sua adiposidade. Refletir, portanto, sobre nossa Constituição Federal, exigimos necessariamente focar em sua defesa formal mediante a atividade daqueles a quem foi confiada. Por não contar em nossa tradição com um tribunal constitucional que possa julgar a última instância judiciária, zelando pelo perfeito funcionamento das instituições, é preciso que um exercício cultivado de cidadania mantenha a Constituição realmente cidadã, representando a Nação, limitando-se o seu intérprete máximo ao que bem expressou a referência à ministra Rosa Weber do Supremo Tribunal Federal, no recém-publicado *Anuário da Justiça de 2018*: “Nada mais do que a letra da lei. Para a ministra, o voto é a expressão da forma como ela aplica os preceitos constitucionais ao fato concreto²”. A observação do ministro Marco Aurélio no mesmo Anuário, “inconformado com o contexto”, também pode orientar esta reflexão: “Sob a justificativa da crise – e ninguém nega que haja crise –, estamos decidindo contrariamente à Constituição e às leis³”.

Passamos a adentrar nas importantes questões que envolvem essas afirmações.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES JUSFILOSÓFICAS SOBRE AS CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O conceito de democracia aparece como elemento central da nova ordem constitucional.

LUIS FERNANDO BARZOTTO

Destacaremos apenas as características mais relevantes – que podem também englobar outras –, sem analisar o tema em sua completude, por causa da brevidade do estudo.

Nesse sentido, tendo em conta o teor da abordagem, ressaltamos especialmente duas qualidades e um aspecto que entendemos como negativo, predicando, portanto, nossa lei máxima de democrática, cidadã e abrangente, ou, como coloquialmente é denominada, de “adiposa”. Vejamos o que cada uma dessas referências pode abarcar:

DEMOCRÁTICA:

Nossa Constituição nasce de um intenso debate constituinte, visando a efetivamente instituir um Estado democrático de direito, já destacado em seu preâmbulo, com base na democracia deliberativa.

Como acentua o professor Luis Fernando Barzotto:

“A democracia constitucional brasileira não é reedição atualizada da república aristotélica. Porém, a nosso ver, a sua filosofia prática contém os conceitos mais adequados para pensar a nossa democracia constitucional: o povo como uma comunidade, a ideia de império de direito como império de justiça, a noção de vida boa para o homem como telos do Estado, e principalmente, a concepção da atividade política como atividade guiada pela razão prática⁴”.

Por outro lado, o Estado democrático sob o qual se edifica apoia-se principalmente na independência e harmonia de poderes preconizada em seu artigo 2º, para que seja assegurado ao povo o exercício dos direitos sociais e individuais, sua liberdade, igualdade, segurança, bem-estar e desenvolvimento, em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e comprometida na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias, o que foi prioritariamente salientado em seu preâmbulo.

Nesse sentido, a separação de Poderes garantirá em seus respectivos âmbitos a devida representatividade, a segurança jurídica e a correta administração do País por meio delas, de acordo com o povo como comunidade, entendido como sujeito da democracia⁵.

Em consequência, pode-se afirmar que a qualidade de cidadã decorre principalmente de sua raiz democrática.

CIDADÃ

De fato, a Constituição foi assim denominada desde o início por representar o baluarte da redemocratização, em que ao povo como comunidade política⁶ é oferecido seu próprio protagonismo representativo, visando precipuamente ao bem comum, finalidade maior do conteúdo constitucional. Dessa forma, é o povo que constrói a democracia pelo exercício da cidadania, como bem destacado em seu artigo 1º: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Sua gênese dialógica, argumentativa e plural, acompanhada das inúmeras sugestões dos cidadãos, refletiu em sua consolidação, a vontade do povo – bem como certa pressão de interesses de grupo – recompilada de forma bastante abrangente, o que terminou por gerar sua embaraçosa adiposidade.

ABRANGENTE

Em uma tentativa hercúlea de unificar de forma sistêmica direitos diversificados, garantias fundamentais, organização do Estado, dimensões financeiras, econômicas e sociais, o texto constitucional se tornou, de certa forma, ambíguo e inconsistente em sua completude sistêmica, com falta de hierarquia e certa banalização do essencial, dificultando principalmente sua aplicação⁷.

De fato, como bem expõe o saudoso professor Celso Ribeiro Bastos, citando, antes de tudo, o eminente professor Canotilho, com referência ao postulado da unidade da Constituição em sua interpretação:

“Obriga a considerar a Constituição na sua globalidade”⁸ (...) criando-se “a obrigatoriedade de se ter sempre em conta a interdependência de todas as normas de natureza constitucional”⁹

Entretanto, a tarefa configura-se extremamente árdua, se é preciso harmonizar 250 artigos, 96 disposições transitórias e 106 emendas constitucionais em seus 30 anos de existência. Se compararmos com a Carta vigente nos Estados Unidos da América desde 1787, a mais curta constituição escrita em vigor, com 7 artigos e 27 emendas em 230 anos, em um país em que, em geral, a democracia e o exercício da cidadania são cultivados e respeitados, percebemos que há problemas a serem enfrentados para que o Estado democrático de direito seja efetivamente promovido, sem pragmatismos pontuais que possam desconfigurar nossa Lei Suprema, e, conseqüentemente, a segurança jurídica que visa a oferecer para pautar a vida livre e responsável dos cidadãos brasileiros na busca do “bem como tal”¹⁰ ou, em palavras de Luis Fernando Barzotto, o bem para o ser humano, a vida “boa” para cada membro da comunidade¹¹, desta-

cando a dignidade de cada pessoa humana, de forma, ao mesmo tempo, igualitária, assim respeitando integralmente os princípios fundamentais acolhidos de antemão por seu artigo 1º.

Nesse sentido, visamos a considerar, em seguida, o binômio forma-conteúdo, capital para uma abordagem jusfilosófica, aplicando-o à nossa Constituição, para poder refletir sobre o Estado democrático de direito.

3. FORMA E CONTEÚDO DA CONSTITUIÇÃO EM VIGOR

Forms Liberate

LON FULLER

Sendo o Direito um caminho seguro para fortalecer as instituições¹², sua forma deve ser respeitada para garantir efetivamente o conteúdo e orientar as condutas dos cidadãos¹³. Por outro lado, o propósito veiculado pela forma é o que pode ser racionalmente captado, fomentando a adesão do agente por convencê-lo sobre sua normatividade¹⁴.

Nesse sentido, deve ser principalmente¹⁵:

- a. **CLARO:** a cognoscibilidade do conteúdo permite que as regras possam atuar sobre a vontade¹⁶;
- b. **COERENTE E CONSISTENTE DENTRO DO SISTEMA:** as regras não devem solicitar ações contraditórias¹⁷, garantindo a calculabilidade das conseqüências¹⁸;
- c. **CONGRUENTE:** deve estar assegurada a harmonia entre as regras declaradas e administradas, ou seja, entre a lei promulgada e sua aplicação, o que fortalece a confiança no sistema, pois é possível antecipar o agir das cortes¹⁹ com relação ao direito em vigor.

Em nosso caso, a formalização do **variado conteúdo** constitucional se apresenta excessivamente **extensa**, como já comentado, exigindo maior esforço do intérprete. Entretanto, não deve ser, por essa razão desrespeitada, frustrando as expectativas dos cidadãos e abrindo as portas para uma ilimitada arbitrariedade que mina o sistema. A forma deve também orientar a compreensão do conteúdo de forma equilibrada (sem radicalismos²⁰) em direção à correta *determinatio*.

Por outro lado, o volume de princípios e regras constantes na Carta conduz à ambigüidade em detrimento da clareza; a dificuldades com relação à consistência e na prática a uma palpável falta de congruência.

Vejam se é possível compatibilizar forma e conteúdo constitucional na interpretação da proposta cidadã.

4. HERMENÊUTICA JURÍDICA: DIFICULDADES INTERNAS E EXTERNAS NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Courts should not usurp the authority of the legislature by manipulating legislative enactments to bring them into line with the judges' political preferences.

ROBERT P. GEORGE

O constitucionalista norte-americano citado na epígrafe propõe uma via oportuna àqueles que juraram fidelidade ao Direito²¹:

- a. atenção ao sentido pleno do texto a partir de sua literalidade e seu propósito;
- b. procurar compreender a lógica e as implicações e consequências visualizadas a partir do legislador, com desprendimento da visão pessoal²²;
- c. ter em conta a estrutura do capítulo específico da Constituição em que se insere o ponto em questão, sem perder de vista a coerência sistêmica;
- d. assegurar-se no respectivo entendimento histórico que sustenta a adesão à Constituição.

Esses elementos agregados abrangem, portanto, a literalidade, o propósito, as implicações lógicas, história, sistema e valores. Conjugá-los não é tarefa fácil, tendo em conta a proximidade constitucional. Entretanto, é o que cabe aos juízes e, principalmente, ao Supremo Tribunal Federal, tendo em conta que não contamos com um Tribunal Constitucional, sendo sua função primordial aplicar, respeitar e fazer valer a Constituição em seu molde original, fazendo jus à missão de máximo guardião, destacada no art. 102 do texto constitucional, e garantindo, dessa forma, a todos os brasileiros a segurança jurídica própria de um Estado democrático de direito.

Para tal, é preciso que seus ministros adiram, primeiro, a seu conteúdo, com mentalidade jurídica, despojada de uma vontade política e uma autocompreensão de sua função de intérpretes. Analogamente, podemos imaginar um intérprete de Bach que alterasse a pauta original e as consequências para a posteridade. Nesse sentido, o ativismo judicial protagonista e a vulnerabilidade à opinião pública vão desconfigurando a responsabilidade que lhes foi indiretamente atribuída pelo povo, por meio da própria Constituição.

Daí o clamor nacional, bem veiculado em inúmeras palestras proferidas pelo professor Ives Gandra nos últimos anos, para que nosso Supremo Tribunal exerça sua importante e decisiva missão de forma basal, dentro dos limites de poderes que lhe foram equilibradamente (e esperançosamente) conferidos pelos cidadãos, por intermédio de seus constituintes. Em palavras do mestre: “Que o Supremo volte a ser Supremo: por um Supremo, supremo!”, exemplar no respeito e proteção à nossa Constituição.

CONCLUSÃO

*Se fazemos as coisas da forma correta, é mais fácil que façamos a coisa certa*²³.

LON FULLER

Após 30 anos, nossa grande questão jusfilosófica baseada em suas consequências práticas gira em torno da consolidação do Estado democrático de direito por ela instituído. Em tese, sua estrutura exigiria uma sólida independência e harmonia entre os Poderes; um profundo respeito pela forma do Direito com base na Constituição, sustentando a segurança jurídica e a confiança dos cidadãos e fomentando a paz nas relações entre os cidadãos, bem como seu livre desenvolvimento; e, por fim, a promoção da democracia deliberativa fundamentada na representatividade popular.

Se há dúvidas e insatisfação com relação a seu conteúdo, é preciso discutí-las no espaço democrático próprio das casas legislativas sem deslocar o diálogo, provocando o Poder Judiciário para assumir de forma paternalista a competência das decisões que cabem ao povo mediante seus representantes. Para que as discussões sejam produtivas, elas devem ser efetuadas nos limites estabelecidos pela Carta Magna. Só mantendo a ordem e a estabilidade oferecida pela Constituição é que se pode ponderar e argumentar sobre as possíveis mudanças, de forma civilizada e eficaz.

De fato, percebemos que 30 anos foram poucos para um amadurecimento fecundo da experiência constitucional cidadã. Há muitos progressos, sem dúvidas, porém, se realmente não for dominada por um neoconstitucionalismo arbitrário e contraproducente, poderemos crescer com ela e, oportunamente, modificá-la, com base no espírito democrático que a sustenta.

Como bem expõe o professor Luis Fernando Barzotto:

*“O Estado democrático de direito expressa a estrutura jurídico-política de uma comunidade que, sob um Estado de Justiça, delibera sobre o conteúdo da vida boa e do bem comum*²⁴”.

Se a justiça pode ser definida como a vontade constante de dar a cada um o que é lhe é devido, comecemos por exigir que as competências dos Poderes não sejam intercambiadas e que se preste a correspondente interpretação de acordo com o

sentido original do conteúdo da Constituição, permitindo, assim, experimentar efetivamente o exercício de direitos que visa a garantir com base no Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ACEMOGLU, Daron e ROBINSON, James A. *Why Nations Fail? The origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York. Crown Business, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. Porto Alegre: ed. Unisinos, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 4ª edição revisada por Juliana Bastos São Paulo: ed. Malheiros, São Paulo, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New York: Fawcett, 1964.

GEORGE, Robert P. McCormick Professor of Jurisprudence. Princeton University. Entrevista concedida à revista *Persona y Derecho* (UNAV, n.º 76, 2017).

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual a racionalidade?*, São Paulo: Loyola, data

RUNDLE, Kristen. *Forms Liberate: Reclaiming LO Fuller’s Jurisprudence*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

SAUL. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

SIEGAN, Bernard. *Drafting a Constitution for a Nation or Republic Emerging into Freedom*. The Institute for Humanae Studies, 1992.

SUMMERS, Robert. *Lon L. FULLER*. Stanford: Stanford University, 1984.

NOTAS

1
SIEGAN, Bernard. *Drafting a Constitution for a Nation or Republic Emerging into Freedom*. The Institute for Humanae Studies, 1992.

2
Anuário da Justiça Brasil 2018. Consultor Jurídico, pág. 57.

3
Ibidem, pág. 49.

4
BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. Porto Alegre: ed. Unisinos, 2005, pág. 175.

5
BARZOTTO, 2005, págs. 176 *et seq.*

6
Ibidem.

7
BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 4ª edição revisada por Juliana Bastos São Paulo: Ed. Malheiros, São Paulo, 2014, págs. 59 *et seq.* e págs. 129 *et seq.*

8
CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, pág. 232 *Apud* BASTOS, 2014, pág. 125.

9
BASTOS, 2014, pág. 125.

10
MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual a racionalidade?*, São Paulo: Loyola, p. 137, *Apud* BARZOTTO, 2014, pág. 176.

11
BARZOTTO *in: Ibidem*.

12
ACEMOGLU, Daron e ROBINSON, James A. *Why Nations Fail? The origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York. Crown Business, 2012.

13
RUNDLE, Kristen. “Form and Agency”. *in: Forms Liberate: Reclaiming LO Fuller’s Jurisprudence*. Oxford: Hart Publishing, 2012, págs. 8 *et seq.*

14

FULLER, Lon. “*Law is the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules*”. *The Morality of Law*. New York: Fawcett, 1964, pág. 110.

15

Ibidem, págs. 59 et seq.

16

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 320.

17

FULLER, Lon. (...) “*incompatibilities – things that do not go together or do not go together well*”, 1964, pág. 69.

18

Ibidem, pág. 321.

19

ÁVILA, 2011, pág. 106.

20

“*Procedimentalistas x Substancialistas*”. In: *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, págs. 113 et seq.

21

GEORGE, Robert P. McCormick. Professor of Jurisprudence. Princeton University. Entrevista concedida à revista *Persona y Derecho* (UNAV, n.º 76, 2017).

22

“*Judges have a moral obligation to be, and the law requires them to be, very strict with themselves, holding to the actual logic of the provision and not simply using their raw power to substitute their own judgements for the judgments of those who ratified the constitution, making it law.*” *Ibidem*.

23

SUMMERS, Robert. “*If we do things the right way we are likely to do the right thing*”. In: Lon L. FULLER. Stanford: Stanford University, 1984, pág. 30.

24

BARZOTTO, 2005, pág. 207.



MARILENE TALARICO MARTINS
RODRIGUES

30 ANOS DA
CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988

DIREITO TRIBUTÁRIO

REPERCUSSÃO
GERAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO
E SÚMULA
VINCULANTE NA
INTERPRETAÇÃO
DO STF

**MARILENE TALARICO
MARTINS RODRIGUES**

ADVOGADA EM SÃO PAULO; SÓCIA DA ADVOCACIA GANDRA MARTINS; ESPECIALISTA EM DIREITO TRIBUTÁRIO PELO CENTRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA - ESCOLA DE DIREITO; MEMBRO DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DO ESTADO DE SÃO PAULO; MEMBRO DO IASP; MEMBRO DA DIRETORIA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO TRIBUTÁRIO (ABDT); E MEMBRO DA ACADEMIA PAULISTA DE LETRAS JURÍDICAS (APLJ).



“A CONSTITUIÇÃO É O INSTRUMENTO DO MANDATO OUTORGADO AOS VÁRIOS PODERES do Estado. Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nulidade. *Nullus est major defetus quam defectus potestatis...*”

RUY BARBOSA

O Conselho Superior de Direito da FecomercioSP, neste ano em que a Constituição Federal de 1988 comemora 30 anos de vigência, convidou seus conselheiros a escrever sobre **temas constitucionais**, principalmente sobre a efetividade de suas normas, para serem reunidos em livro a ser editado.

O conselho tem se reunido mensalmente para discutir temas de Direito, principalmente a legislação tributária, que, em alguns aspectos, tem sido bastante polêmicos, demandando critérios legislativos mais claros e interpretações de nossos tribunais em dar maior efetividade às normas constitucionais – observando seus limites – que, muitas vezes, têm sido violadas.

O interesse público pressupõe arrecadação de tributos nos parâmetros constitucionais para ter condições de validade. Vale dizer, de acordo com o ordenamento jurídico, respeitando o devido processo legal e as peculiaridades de cada situação jurídica.

Sempre que a Constituição é descumprida pelos entes tributantes – para efeitos de arrecadação de tributos –, o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle.

Isto, entretanto, não tem ocorrido com a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), que, nos últimos tempos, em algumas de suas interpretações tem ultrapassado os limites da Constituição, invadindo a competência de outros Poderes, pela intervenção direta no processo político legislativo, que resulta num ativismo judicial que traz insegurança jurídica para a sociedade.

A Suprema Corte, em sua função de guardiã da Constituição, deve examinar as questões e dizer o direito, conforme a Constituição, para manter a harmonia e independência dos poderes, como exige o Estado democrático de direito.

A advertência de **Ruy Barbosa** feita no passado permanece atual, ao afirmar que **“A Constituição é o instrumento do mandato outorgado aos vários poderes do Estado. Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência...”**.

Em outras palavras, um Poder não pode invadir a competência do outro, mantendo a harmonia e independência dos Poderes como exige a Constituição.

A iniciativa dos coordenadores, para compilação em livro, de temas discutidos no Conselho Superior de Direito, portanto, deve ser aplaudida pela comunidade jurídica, em especial pela FecomercioSP.

Passamos a examinar, a seguir, o tema do presente estudo.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema “repercussão geral no recurso extraordinário” à evidência não interessa exclusivamente ao Direito Tributário. Nada obstante, o seu debate, nessa área específica, tem se mostrado mais intenso e com maior densidade que em outras áreas. Em certa medida, isso pode ser atribuído ao fato de ser nas discussões judiciais tributárias que se tem constatado as maiores divergências de interpretação e alterações jurisprudenciais de questões enfrentadas pelos tribunais superiores, com **morosidade da prestação jurisdicional, resultando em insegurança jurídica**.

Tais divergências de interpretações são mais acentuadas nas questões tributárias pelo fato da relação jurídica entre contribuinte e fiscalização envolver discussão de **crédito tributário, com repercussão econômica no orçamento das receitas públicas e no patrimônio do contribuinte**.

Um dos problemas mais discutidos e relevantes no Poder Judiciário é o **acesso à Justiça**. No Estado Democrático de Direito, o acesso de todos à justiça é indispensável e **um direito fundamental** que consta do rol do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988: **“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”**.

Celso Ribeiro Bastos, sobre a função jurisdicional, escreve: “Ao lado da **função de legislar e administrar**, o Estado exerce a **função jurisdicional**. Coincidindo

com o próprio envolver da organização estatal, ela foi absorvendo o papel de dirimir as controvérsias que surgiam quando da aplicação das leis. Esta, com efeito, não se dá de forma espontânea e automática. Cumpre que os seus destinatários a ela se submetam, para o que se faz mister que tenham **uma correta inteligência do ordenamento jurídico**, assim como estejam **dispostos a obedecer à sua vontade**. (...) **À função jurisdicional**, cabe esse importante papel de fazer valer o **ordenamento jurídico**, de forma coativa, toda vez que seu cumprimento não se dê sem resistência”¹.

A lição do **professor Arruda Alvim** é primorosa a respeito:

“Podemos, assim, afirmar que a função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes”².

Essa garantia de acessibilidade ampla ao Poder Judiciário, contudo, não foi suficiente para **proteger o acesso à Justiça**, já que, apesar de todos poderem levar seus litígios ao Poder Judiciário, não havia nenhuma garantia de que o processo seria apreciado **em um tempo razoável**.

Com base na EC n.º 45/2004, que introduziu a **reforma do Poder Judiciário**, foram incluídos alguns dispositivos na Constituição com objetivo de promover **maior celeridade dos processos e segurança jurídica**, como segue:

1. Inciso LXXVIII, ao art. 5º, da CF:

“A todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”.

2. § 3º ao art. 102, da CF:

“No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

3. Art. 103-A da CF, que instituiu a **súmula vinculante**, nos seguintes termos:

“Art. 103-A – O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício, ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

“§ 1º, do art. 103-A: A Súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

A Emenda Constitucional n.º 45/2004 trouxe ao sistema jurídico pátrio a **repercussão geral** das **questões constitucionais discutidas e a súmula vinculante**, que foram regulamentadas, respectivamente, pelas leis n.º 11.418/2006 e n.º 11.417/2006.

O fundamento do ingresso da **súmula vinculante** em nosso sistema jurídico é o de alcançar a **segurança jurídica**, pois a existência de decisões divergentes no âmbito constitucional gera **instabilidade social**.

Enquanto que a **repercussão geral** ressaltou a importância do **Supremo Tribunal Federal** como corte constitucional. Nesse caso, o controle concentrado de constitucionalidade é apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, por intermédio do **recurso extraordinário**, que também é um instituto de direito processual constitucional, por ser um meio adequado para provocação da jurisdição constitucional.

A exigência de **repercussão geral** da questão constitucional suscitada, em sede de recurso extraordinário deixa claro que o **Supremo Tribunal Federal** não analisará **todos** os recursos interpostos, julgando aqueles que **ultrapassem o interesse das partes litigantes**, ou seja, que apresentem a denominada **repercussão geral**. Trata-se de mais um instrumento a **confirmar a tendência de maior objetividade do recurso extraordinário, de modo a privilegiar a defesa de interesses que efetivamente tenham significativa importância**.

REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos pode se dar por meio de **controle concentrado** ou por meio de **controle difuso**.

O **controle concentrado** ou abstrato de constitucionalidade é feito diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de ação própria, que poderá ser Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); **Ação Declaratória de Constitucionalidade** (ADC); ou pela **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** (ADPF). Trata-se de **competência originária** ou exclusiva da Suprema Corte, que é legitimada para o controle abstrato das leis, com eficácia **erga omnes** e efeito **vinculante** aos demais órgãos do Poder Judiciário.

O **controle difuso** ou concreto de constitucionalidade decorre da competência que detém todas as instâncias judiciárias para decidir incidentalmente

sobre a compatibilidade das leis com a Constituição, sempre que esse juízo seja necessário em pedido formulado em ação própria, podendo ser realizado por qualquer juiz ou tribunal que compõe o Poder Judiciário.

No **controle difuso**, para que a questão possa chegar ao Supremo Tribunal Federal, é necessário que da decisão proferida pelo tribunal de origem seja interposto **recurso extraordinário**, cabível nas hipóteses do art. 102, III da Constituição Federal, assim disposto:

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

III. julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a. Contrariar dispositivo desta Constituição;*
- b. Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*
- c. Julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;*
- d. Julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.*

Como regra geral, existia um juízo de admissibilidade desse recurso, pelo tribunal *a quo*, que apreciava o cabimento do recurso extraordinário sob uma dessas hipóteses acima referidas.

Este mecanismo foi alterado a partir da EC n.º 45/2002, regulamentada, primeiro, pela Lei n.º 11.418, de 19.12.2006. Essa lei acrescentou os artigos 543-A e 543-B, ao Código de Processo Civil. Atualmente, com base no novo Código de Processo Civil, a matéria consta dos artigos 1.035 e 1.036. Interposto o recurso extraordinário, caberá ao Supremo Tribunal Federal a sua admissibilidade ou não.

Com isso, o processo civil sofreu alterações substanciais. A ideia central dessas alterações no processo, foi introduzir uma fórmula mediante a qual o Supremo Tribunal Federal possa estabelecer quais **recursos extraordinários analisará**.

Para tanto, foi instituído o requisito da **“repercussão geral”**, na forma do § 3º do art. 102 da CF, que estabelece:

“§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

A recusa do recebimento do recurso extraordinário sob o fundamento da falta de demonstração da “**repercussão geral**” somente pode ocorrer pela manifestação de **dois terços de seus membros**.

Esse requisito da “**repercussão geral**” foi introduzido como mais **uma condição de admissibilidade do recurso extraordinário**, e não como a única condição, uma vez que permanecem as exigências constantes do art. 102, inciso III, “a”, “b”, “c” e “d” da Constituição Federal.

“*Art. 102. (...)*”

III. julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a. Contrariar dispositivo desta Constituição;*
- b. Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*
- c. Julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;*
- d. Julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.*

O conceito de “**repercussão geral**” foi estabelecido diretamente pelo § 1º do art. 1.035 do CPC, que menciona: “**Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos do processo**”.

É necessário, portanto, que a **questão constitucional ultrapasse o interesse das partes litigantes, para se caracterizar como de interesse público, em seus aspectos econômico, político, social ou jurídico**.

Na hipótese disciplinada pelo art. 1.035, § 3º, “**haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal**”, ou seja, estará sempre presente, por força da própria norma, quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do STF.

A existência de “**repercussão geral**” deverá ser demonstrada em preliminar no **recurso extraordinário**. A decisão de seu cabimento será **de exclusiva competência do STF**, nos termos do regimento interno do tribunal, em decisão irrecurável (§ 2º). Se a Turma decidir pela **existência de repercussão geral**, por no mínimo 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário (§ 4º). Negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal** (§ 5º). O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação

de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal** (§ 6º). A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão (§ 7º).

Tais requisitos estabelecidos pelos parágrafos do art. 1.035 do CPC são necessários para o “**juízo de admissibilidade**” da repercussão geral, a partir do qual deverá ser apreciado o mérito da causa sob julgamento, ou seja, se determinada norma em discussão pela via difusa é ou não inconstitucional.

A decisão de mérito que vier a ser proferida nesse sistema de repercussão geral terá “**efeito vinculante**” e valerá para todos os recursos em matéria idêntica.

Como se constata, há uma grande convergência entre as duas espécies de controle de constitucionalidade pelo STF (método difuso e método concentrado).

Esse foi o entendimento do **ministro Gilmar Mendes**, relator do **Recurso Extraordinário n.º 388.830-7/RJ**, em decisão de 14.2.2006, que, em seu voto, consignou:

“A proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional. Esse posicionamento foi adotado pelo Plenário (...), quando o relator min. Sepúlveda Pertence afirmou: ‘E a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante – especialmente na prática deste tribunal – é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado’.”

REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSOS DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA

O art. 1.035 do CPC trata em seu caput e no § 1º, dos casos de “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”. O exame da repercussão geral será feito por amostragem. Os tribunais de origem deverão selecionar uma ou mais deles, representativos da controvérsia, enviando-os ao Supremo Tribunal Federal. Os demais recursos permanecerão sobrestados na instância de origem, aguardando a decisão da Corte sobre a questão.

Nesse caso, resta claro que o legislador, ao se referir a recursos com fundamento em **idêntica controvérsia**, quis atingir os processos que estão para serem julgados pelo Poder Judiciário em que estão em discussão uma mesma tese, ou seja, uma mesma questão jurídica que demanda uma resposta jurisdicional da controvérsia. Isso ocorre com frequência no Direito Tributário.

Negada pelo Supremo Tribunal Federal a existência de **repercussão geral** nos recursos paradigmáticos, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente indeferidos, devendo o tribunal de origem proferir decisão em cada um dos processos com afetação, negando-lhes seguimento, com base no entendimento da Suprema Corte (art. 1.036).

Reconhecida, porém, a **repercussão geral** nos recursos paradigmas e julgado o seu **mérito pelo Supremo Tribunal Federal**, os recursos paralisados poderão ser imediatamente apreciados pelos tribunais de origem, que “poderão declarar-los prejudicados ou retratar-se” (art. 1.036, § 1º).

Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do regimento interno, **cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada** (art. 1.036).

O art. 1.036 do CPC dispõe que caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu regimento interno, os **procedimentos necessários à execução da lei de repercussão geral**, o que já foi feito pelas emendas regimentais n.º 21 a n.º 24.³

A SÚMULA VINCULANTE

Tal como colocado no § 1º do art. 103-A da CF, a súmula terá por objetivo a **validade, a interpretação e a eficácia** de normas determinadas, sobre as quais haja controvérsia entre **órgãos judiciários** ou entre esses e a **administração pública** que resulte **insegurança jurídica e multiplicação de processos sobre questão idêntica**.

REQUISITOS PARA A SÚMULA VINCULANTE:

- a. Deve haver controvérsia atual entre órgãos do Judiciário ou entre esses e a administração pública;
- b. Essa controvérsia deve resultar **insegurança jurídica** e relevante **multiplicação de processos** sobre questão idêntica;
- c. O STF deve proferir **reiteradas decisões sobre a matéria constitucional** (o que revela a própria natureza constitucional da controvérsia), pois é a seu respeito que o STF deverá se manifestar;
- d. Necessidade de aprovação de pelo menos **dois terços dos membros do tribunal**.

Os âmbitos materiais para a criação de súmulas vinculantes serão a **validade, a eficácia e a interpretação das normas**. E em matéria tributária, a interpretação de normas sobre tributação nem sempre é de fácil compreensão, podendo comportar diversas interpretações, todas elas válidas pela doutrina, que em temas sobre o Direito pode ocorrer variadas exegeses, necessitando de **pronunciamen-**

to definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição. Isso faz com que ocorram **recursos repetitivos** que necessitem de solução pela **Suprema Corte para maior celeridade do Poder Judiciário**.

De tal forma que um dos principais objetivos a serem perseguidos com a instituição da **súmula vinculante** é a **redução dos processos repetitivos no âmbito do STF**, pois um dos requisitos para sua criação é a **existência de controvérsia atual que acarrete “multiplicação de processos sobre questão idêntica”** (§ 1º, art. 103-A, CF). O objetivo, portanto, é descongestionar o Poder Judiciário.

A súmula vinculante igualmente se concretiza como **sedimentação de uma linha interpretativa que o STF consolidou ao construir sua jurisprudência sobre determinada questão**. Ela representa a opção jurídico-constitucional que a Suprema Corte reiteradas vezes considerou como devida para uma série de situações semelhantes. À medida que atribui **efeito vinculante** às diretivas interpretativas constantes das súmulas, devendo ser aplicadas às situações em andamento, elas significam um relevante **instrumento de padronização da interpretação jurídica da Constituição**.

De tal forma que a **súmula vinculante** é a **síntese da jurisprudência constitucional consolidada pelo STF**, órgão encarregado de dizer o Direito, interpretando a Constituição. **A interpretação constitucional firmada pelo STF pode se sobrepor às demais interpretações de outros tribunais, desenvolvidas como outros intérpretes da Constituição**.

Com a edição da súmula vinculante, o que se pretende é **impor a visão consolidada do STF e acabar com decisões conflitantes de outros tribunais**, que deverão acatá-la em suas decisões. Se houver descumprimento da linha jurisprudencial da Suprema Corte, caberá, diretamente, **RECLAMAÇÃO**, ao Supremo Tribunal Federal.

APROVAÇÃO, REVISÃO OU CANCELAMENTO DE SÚMULA

O § 2º do art. 103-A da Constituição Federal está assim conformado:

“§ 2º, do art. 103-A: sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade”.

A **aprovação, revisão** ou **cancelamento de súmula** poderá ser provocada por aqueles que podem propor a **Ação Direta de Inconstitucionalidade** (art. 103 da CF).

QUEM PODE PEDIR A EDIÇÃO DE SÚMULA VINCULANTE?

O rol dos legitimados consta do art. 103 da CF:

- o presidente da República;
- a mesa do Senado Federal;
- a mesa da Câmara dos Deputados;
- a mesa da Assembleia Legislativa ou a Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- o governador de Estado ou do Distrito Federal;
- o procurador-geral da República;
- o Conselho Federal da OAB;
- Partido político com representação no Congresso Nacional;
- Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

DA RECLAMAÇÃO AO STF

O § 3º do art. 103-A da Constituição Federal preceitua:

“§ 3º, do art. 103-A: do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

O alcance da **vinculação da súmula** se estende não só aos órgãos do **Poder Judiciário**, mas também às **administrações públicas direta e indireta** em todas as esferas (**federal, estadual e municipal**).

Nos termos do § 3º, do art. 103-A, da CF, do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável, **caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal**, que, julgando-a procedente, **anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial** e determinará que outra seja proferida.

A súmula vinculante é de observância obrigatória não apenas contra decisão judicial, mas também pela administração pública.

A súmula vinculante tem sido objeto de **críticas e de grandes debates** com argumentos favoráveis e contrários à sua adoção:

ARGUMENTOS FAVORÁVEIS:

- a. A súmula vinculante torna a Justiça mais ágil;
- b. É injustificável a repetição de demandas sobre teses jurídicas idênticas, já pacificadas na Corte Superior;
- c. A preservação do princípio da igualdade de todos perante a interpretação da lei, eliminando o perigo de decisões contraditórias;
- d. Necessidade de resguardar o princípio da **segurança jurídica**, assegurando a previsibilidade das decisões em causas idênticas;
- e. A inexistência do perigo do engessamento da jurisprudência, por ser possível o cancelamento e a revisão dos enunciados sumulares.

ARGUMENTOS CONTRÁRIOS:

- a. A súmula vinculante seria uma atribuição de função de natureza legislativa ao Poder Judiciário, contrariando o princípio da separação dos Poderes e a liberdade de decidir dos juizes, com a supressão do duplo grau de jurisdição, violando cláusulas pétreas da Constituição;
- b. A súmula restringe a criação do Direito pela jurisprudência, impedindo o seu progresso;
- c. A súmula leva a uma demasiada concentração de poder nos tribunais superiores;
- d. A súmula restringe o princípio constitucional do direito de ação.

COMENTÁRIOS:

1. Trata-se de analisar o que merece ser mais prestigiado: a **segurança jurídica** e a **celeridade processual** ou a vontade subjetiva de amplos e constantes debates sobre a mesma tese.
2. O STF, sobre a **matéria constitucional**, tem a última palavra sobre as questões afetas à sua competência, cuja apreciação deve ser **unificada em nome da necessidade de segurança jurídica e de resguardar a Federação e o ordenamento jurídico**.
3. A **súmula vinculante**, em tese, torna mais célere a prestação jurisdicional e mais efetivo o respeito à **jurisprudência consolidada da Corte**, nada obstante a morosidade com que a Suprema Corte tem decidido as questões constitucionais, que será objeto de **súmula vinculante**.
4. As **súmulas vinculantes** surgem com base em **decisões reiteradas** sobre determinada matéria constitucional. O seu conteúdo é a interpretação feita pelo STF de enunciados normativos em casos concretos de forma reiterada.
5. Dessa forma, o STF não estaria legislando, uma vez que o “**enunciado da súmula apenas sintetiza a essência do entendimento jurisprudencialmente sobre determinada matéria**”, a fim de assegurar a **estabilidade judicial** e a **segurança jurídica**. Esse entendimento jurisprudencial é produto da interpretação de enunciados normativos que foram elaborados pelos legisladores, em confronto com a Constituição.
6. Ao interpretar os enunciados normativos, os ministros do STF não estariam criando normas, mas **interpretando a lei em face da Constituição**, o que **não é admissível é o Supremo Tribunal legislar a pretexto de examinar questão constitucional. Essa é função do Poder Legislativo**, conforme antes mencionado.

A NATUREZA JURÍDICA DA SÚMULA VINCULANTE

As **súmulas vinculantes** são, na verdade, a fixação de determinado sentido interpretativo a determinada norma, vinculado à hipótese fática que deu origem a esse sentido interpretativo.

Vincula-se a **atividade jurisdicional**, a partir do estabelecimento de um **sentido interpretativo**, vinculam-se as **decisões futuras a esse sentido**.

A atribuição do efeito **vinculante à súmula** não muda a sua **natureza de decisão jurisdicional consolidada** com base na repetição sistemática de entendimento em um mesmo sentido.

Cria-se, no máximo, uma norma de decisão, específica para um caso concreto que, em razão da repetição de hipóteses idênticas, **vincula a interpretação de casos futuros**. Não se cria proposição hipotética, abstrata e geral, mas a **obrigatoriedade de seguir determinado entendimento sobre o assunto**.

A FUNÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE

A **súmula vinculante** possui três funções principais:

- a. **Tornar conhecida a jurisprudência consolidada no âmbito do STF**, facilitando a sua observância;
- b. **Evitar que sejam tomadas decisões divergentes daquela sumulada** por economia, celeridade processual e política judiciária;
- c. **Dar segurança jurídica ao sistema** e às relações sociais;
- d. A **súmula vinculante** reflete a necessidade de assegurar a **segurança jurídica**. A experiência tem demonstrado que, além da **celeridade e economia processual**, é **essencial para que se tenha outra forma de dar segurança jurídica ao sistema**.

Existe a norma geral que, interpretada pelo Supremo Tribunal Federal, **dá origem a uma decisão** que, se refletir a posição dominante na Corte, **será vinculativa**, obrigando os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública. Isto ocorre para que não haja **divergência do posicionamento consolidado do STF e cause insegurança jurídica** com decisões em diferentes sentidos.

EDIÇÃO, REVISÃO E CANCELAMENTO DE SÚMULAS VINCULANTES

A própria Constituição Federal trata de **edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante** no art. 103-A.

A **edição** ocorrerá quando, após **reiteradas decisões** sobre matéria constitucional, o STF, por decisão de dois terços de seus membros, aprovar a súmula com efeito vinculante (que obrigará os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública), ficam com sua jurisprudência vinculada pela edição da súmula.

A **revisão e/ou cancelamento** de súmulas pode ocorrer apenas quando houver real necessidade em face de nova argumentação e de aspectos novos do problema.

Em razão da **alteração da realidade social** e da percepção dos fatos da mesma problemática, **os motivos que levaram à edição de uma súmula podem ser modificados, e o enunciado consolidado venha a ser revogado**. Some-se a possibilidade de a atividade legislativa ser alterada acelerando o processo de alteração da realidade, regulamentando ou modificando normas que tenham servido de base para o entendimento sumulado.

A alteração da **súmula vinculante** convive com conflito constante: **imutabilidade** (segurança jurídica) *versus* mutabilidade (realidade social) e a sua funcionalidade ideal **depende da correta e razoável valorização** entre esses valores constitucionais e a realidade social.

REGULAMENTAÇÃO LEGISLATIVA

A Lei n.º 11.471 de 19.12.2006 regulamentou o art. 103-A da CF.

DOIS ARTIGOS SÃO IMPORTANTES PARA COMENTAR:

“Art. 3º. São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:”

Além do rol constante do art. 103 da CF,

“IX. A Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

x. O governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI. Os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça ou do Distrito Federal e territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

§ 1º. O município poderá propor, incidentalmente ao curso do processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de Súmula Vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo”.

O art. 3º da Lei n.º 11.471/2006 alargou o número de legitimados para propor **edição, revisão** ou **cancelamento** da súmula vinculante, não constantes do texto constitucional, o que tem sido objeto de críticas sobre a sua constitucionalidade.

“Art. 4º. A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.

Como regra geral, a **súmula vinculante** tem eficácia imediata, mas o STF, por decisão de dois terços de seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes, a partir de outro momento, por razões de **segurança jurídica ou interesse público**.

Sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **Humberto Theodoro Junior** lembra que:

“Em matéria de Direito Processual Civil, o clamor social maior é contra a morosidade da prestação jurisdicional, e para contornar essa mazela, sucessivas alterações têm sido introduzidas no Código de 1973, todas justificadas com argumentos relacionados

à efetividade e à celeridade do processo. Reconhecidamente a causa maior da demora processual decorre quase sempre de um sistema de recursos obsoleto e propício a manobras protelatórias dos litigantes de má-fé. Nada obstante, as reformas do CPC não conseguem abolir recursos (nem mesmo quando se trate de figuras estranhas e injustificáveis como os embargos infringentes e a remessa ex officio) e, ao contrário, criam cada vez mais recursos internos nos tribunais. Por outro lado, medidas que sabidamente poderiam contribuir para expurgar atos e provas desnecessários, como a audiência preliminar (CPC, art. 331, § 3º) são reformadas para pior, porque de expediente obrigatório acabou por se transformar em mera faculdade dos juizes, graças à infeliz alteração provocada pela Lei n.º 10.444, de 7.5.2002.” (“A onda reformista do Direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica” – Revista Autônoma de Direito Privado, n.º 2, pág. 227, ed. Juruá, jan./mar., 2007) [grifos nossos].

Tanto é assim que, para **dar efetividade à uniformidade das decisões judiciais em nome da segurança jurídica**, existem na legislação infraconstitucional diversos dispositivos destinados a evitar a proliferação de discussões judiciais de matérias sobre as quais já haja entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal.

O art. 932 do CPC, ao dispor sobre os processos nos tribunais, **consagra a inadmissibilidade de recursos que contrariem jurisprudência consolidada do STF**, do STJ ou do próprio tribunal *ad quem*:

“Art. 932, inciso IV. incumbe ao relator:

IV. Negar provimento a recurso que for contrário a:

a. Súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b. Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c. Entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”.

O art. 496 do CPC, ao estabelecer que a sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal (...).

Nesses aspectos, a **súmula vinculante é, portanto, positiva e merece a confiança da sociedade**. A **segurança jurídica e a celeridade processual** serão prestigiadas, valores fundamentais constitucionalmente consagrados.

Nada obstante a esperada celeridade da prestação jurisdicional não tenha ocorrido como se esperava.

SÚMULAS VINCULANTES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

(até a data da elaboração do presente trabalho)

SÚMULA VINCULANTE 8

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

SÚMULA VINCULANTE 10

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

SÚMULA VINCULANTE 19

“A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal”.

SÚMULA VINCULANTE 21

“É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”.

SÚMULA VINCULANTE 24

“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n.º 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

SÚMULA VINCULANTE 25

“É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

SÚMULA VINCULANTE 28

“É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”.

SÚMULA VINCULANTE 29

“É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra”.

SÚMULA VINCULANTE 31

“É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre operações de locação de bens móveis”.

SÚMULA VINCULANTE 32

“O ICMS não incide sobre alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras”.

SÚMULA VINCULANTE 33

“Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica”.

SÚMULA VINCULANTE 37

“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”.

SÚMULA VINCULANTE 38

“É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial”.

SÚMULA VINCULANTE 40

“A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”.

SÚMULA VINCULANTE 41

“O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”.

SÚMULA VINCULANTE 42

“É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária”.

SÚMULA VINCULANTE 43

“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

SÚMULA VINCULANTE 47

“Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza”.

SÚMULA VINCULANTE 48

“Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro”.

SÚMULA VINCULANTE 50

“Norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade”.

SÚMULA VINCULANTE 52

“Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, ‘c’, da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas”.

SÚMULA VINCULANTE 54

“A medida provisória não apreciada pelo congresso nacional podia, até a Emenda Constitucional n.º 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de 30 (trinta) dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição”.

CONCLUSÕES:

- A exigência de repercussão geral no recurso extraordinário e a edição da súmula vinculante são claras tentativas de substituir decisões judiciais em desconformidade com a interpretação atribuída pelo Supremo Tribunal Federal de conferir unidade ao direito constitucional brasileiro e de valorizar os processos denominados objetivos.
- A Lei n.º 11.418/2006, junto com a súmula vinculante, foi além de regulamentar o § 3º, do art. 103, da Constituição Federal: considerou a eficácia do **princípio fundamental à razoável duração do processo** e aos meios que garantem a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF).
- No contexto do elevado volume de recursos no STF, a ideia é positiva, por obrigar os órgãos inferiores (judiciais e administrativos) a respeitar as **súmulas da Suprema Corte**.
- Devem ser considerados **certos valores**, como: a. o **acesso à Justiça**; b. a **celeridade processual**; c. a **isonomia** no tratamento de **questões constitucionais**, interpretadas de **forma uniforme**. Esses valores são indispensáveis ao **Estado Democrático de Direito**.
- De fato, se **uma questão constitucional foi apreciada** e já está **consolidada no âmbito da Suprema Corte**, nada justifica que seja reexaminada inúmeras vezes.

- **Segurança jurídica** é considerada como o **valor principal do sistema**, obtido por meio da **garantia de que determinada lei** preexistente será aplicada pelo magistrado conforme o **entendimento do STF**.
- Com base na **previsibilidade das decisões judiciais**, toda a sociedade se organiza e adota condutas de forma segura, antevendo as consequências futuras no caso de questionamentos judiciais. **É essa previsibilidade que garante a segurança jurídica** e é fundamental para a vida organizada e para que seja possível a pacífica convivência em sociedade.
- Não seria coerente, com base em **decisões reiteradas da Suprema Corte** sobre determinada matéria que deu origem à **súmula vinculante**, que essa mesma matéria continuasse a ser interpretada de forma diversa por magistrados de instâncias inferiores ou pela própria administração pública, razão pela qual a súmula vinculante é necessária para dar estabilidade às relações processuais e concretizar a **segurança jurídica**.
- Por fim, tanto a repercussão geral como a súmula vinculante são positivas, na medida em que o exame dessas questões seja feito de modo a concretizar o princípio da celeridade processual.

NOTAS

1

Comentários à Constituição do Brasil, coautoria com Ives Gandra da Silva Martins, 2ª vol., 2ª edição, ed. Saraiva, pág. 184.

2

Curso de Direito Processual Civil, vol. I, ed. Revista dos Tribunais, 1989, pág. 149.

3

Notícias publicadas no clipping eletrônico da Aasp em 13.6.2011 informam que:

“Repercussão geral reduziu em 56% o estoque do Supremo. A implantação da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (STF), no segundo semestre de 2007, já trouxe resultados práticos para desafogar a Corte. Até hoje, 49.663 processos foram devolvidos aos tribunais de origem e foram sobrestados no STF 10.371 processos recursais. A redução na distribuição dos processos recursais foi de 72%, enquanto a diminuição no estoque de processos recursais é de 56%. A decisão tomada em sede de repercussão geral vale para todos os processos sobre o assunto em tramitação no Judiciário do País.”



FERNANDO PEREIRA

PAULO ADIB CASSEB

JUSTIÇA MILITAR NO
BRASIL - EVOLUÇÃO
CONSTITUCIONAL

FERNANDO PEREIRA

JUIZ CORONEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. FOI PRESIDENTE DA CORTE NO BIÊNIO 2008/2009. BACHAREL EM DIREITO PELA USP, COM ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA.

PAULO ADIB CASSEB

JUIZ DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR NO BIÊNIO 2012/2013 E PRESIDENTE DO TRIBUNAL NO BIÊNIO 2014/2015. DOUTOR E MESTRE EM DIREITO PELA USP. PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA FACULDADE DE DIREITO DA FMU. PROFESSOR DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA FACULDADE DE DIREITO DO IDP-SP. TITULAR DA CADEIRA N.º 40 DA ACADEMIA PAULISTA DE LETRAS JURÍDICAS (APLJ).

INICIANDO A ABORDAGEM DO TEMA-ALVO DESTA ABORDAGEM, MOSTRA-SE NECESSÁRIO destacar, preliminarmente, a relevância da inserção nos ordenamentos jurídicos dos Estados contemporâneos de princípios que estabeleçam o respeito continuado e a defesa dos direitos humanos, uma vez que estes constituem a base da democracia.

De forma diversa do direito humanitário, que foi idealizado originariamente para regular situações que fujam da normalidade, tais como quando da ocorrência de guerras ou de graves comoções internas nos Estados, os direitos humanos, segundo Guido Fernando Silva Soares¹:

“Foram concebidos tendo em vista uma situação de paz, quer dizer, de normalidade interna, em que o Estado poderia estabelecer e realizar seus fins, sem excepcional influência de fenômenos externos ou interveniência de outros Estados, portanto, tendo por campo de atuação o próprio ordenamento jurídico nacional, naqueles casos em que os indivíduos colocavam-se em face do Estado sob cujo ordenamento encontravam-se submetidos, seja por força de sua nacionalidade, seja pelo fato de nele estarem fisicamente localizados”.

Em consonância com esse entendimento doutrinário, o Código de Conduta para os Encarregados da Aplicação da Lei, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução n.º 34/169, de 17.12.1979, prevê, entre outros dispositivos, em seu artigo 2º, que os encarregados da aplicação da lei, no cumprimento do dever, devem respeitar e proteger a dignidade humana, mantendo e defendendo os direitos humanos indistintamente.

Nesse contexto, destinando-se as Forças Armadas à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem, bem como as Forças Policiais à preservação da ordem pública, atuando ambas em sentido amplo como responsáveis por assegurar o respeito aos direitos humanos, é conveniente que esteja previsto no ordenamento constitucional dos Estados que os integrantes dessas instituições sejam submetidos a rigoroso controle. Controle este que se revela mais efetivo quando, de forma similar às Forças Armadas, as instituições policiais se constituam militarmente com base na hierarquia e na disciplina.

A partir do momento em que o ordenamento constitucional de um Estado define que os integrantes de determinada instituição se sujeitem ao regime militar e, conseqüentemente, submetam-se a estatutos que contenham deveres e direitos diversos dos estabelecidos para os civis, nada mais justo que seus atos apontados como irregulares sejam apreciados por uma Justiça especializada, no caso, a Justiça militar.

Sua existência passa a ser imposição da natureza peculiar da disciplina e das especificidades próprias dos integrantes de instituição que o ordenamento constitucional estabelece como regrada por normas militares.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho² ensina que:

“Num Estado submetido ao Direito, a atuação do Poder tem como pauta a lei. Obedece ao princípio de legalidade. Entretanto, da legalidade decorre como princípio também a igualdade. E ambos, legalidade e igualdade, estão sob o crivo de uma justiça, daí o terceiro princípio, garantidor dos demais, o princípio da justicialidade. (...) A justicialidade pressupõe a separação absoluta entre quem diz o Direito e quem o edita ou executa. Ou, pelo menos, se o ideal é inatingível, a maior separação ou especialização possível entre jurisdição, legislação e administração. Assim, é inegável existir um vínculo entre a fórmula clássica, que é a separação de Poderes, e o Estado de direito”.

Oportuna, portanto, a citação do ensinamento de Montesquieu³ na famosa obra *O espírito das leis*, na qual afirma que:

“Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”.

Naturalmente, é sabido que, em vários países, a Justiça militar atua com o Poder Executivo e cumpre com exemplar correção o seu papel, mas se revela mais adequado que o ordenamento constitucional dos Estados preveja a inserção dos órgãos que a compõe no Poder Judiciário.

Posto isso, vale salientar que o respeito aos direitos humanos é essencial para o Estado democrático de direito, que essa preservação deve ser observada pelas instituições responsáveis pela ordem pública e o controle sobre os integrantes dessas instituições se mostra mais eficiente diante da existência de uma Justiça especializada, com as garantias próprias do Poder Judiciário.

Cabe, então, a apresentação dos contornos constitucionais da Justiça militar no Estado brasileiro, promovendo-se breve síntese histórica do tratamento conferido à Justiça Castrense, com base na evolução constitucional pátria.

Interessante mencionar que a Justiça Militar foi implantada no Brasil mesmo antes de sua independência, uma vez que, com a chegada da família real portuguesa ao Brasil, em 1808, um dos primeiros atos adotados foi o da criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça.

Logo após a independência do Brasil, declarada em 1822, a primeira Constituição nacional, de 25 de março de 1824, não enumerou os órgãos do Poder Judiciário, tampouco fez qualquer referência à Justiça Castrense nem assegurou foro especial para os militares quando da prática de delitos militares.

Após a Proclamação da República, a Constituição promulgada em 1891, embora não tivesse conferido à Justiça militar a qualidade de órgão do Poder Judiciário, previu expressamente que os militares seriam submetidos a foro especial.

Já a Constituição de 1934, além de inserir a Justiça militar no rol dos órgãos do Poder Judiciário, ampliou o alcance do foro militar, estendendo-o também aos civis nos casos definidos em lei para a repressão dos crimes contra a segurança externa do País ou contra as instituições militares, tendo a Constituição de 1937 mantido inalterada essa disciplina da matéria.

A Constituição de 1946 não produziu grandes transformações no âmbito da Justiça militar quanto à sua competência, mas alterou a denominação de Supremo Tribunal Militar para Superior Tribunal Militar e, na esfera dos Estados-membros, pela primeira vez tratou da Justiça militar estadual.

Em 1965, a edição de um ato institucional modificou a Constituição vigente (1946), ampliando a competência da Justiça militar, que passou a processar e julgar os civis não apenas nos casos de crimes praticados contra a segurança externa do País ou contra as instituições militares, mas também pelo cometimento de crimes contra a segurança nacional de modo geral, incluídos os crimes praticados contra a segurança interna.

Na sequência, a Constituição de 1967, no seu texto original, não trouxe modificações significativas para a Justiça militar. Mas a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, que deu nova redação à Constituição de 1967, vedou a criação de tribunais de Justiça militar nos Estados-membros da Federação brasileira, subsistindo apenas os então existentes.

No atual ordenamento constitucional brasileiro, promulgado em 1988, a Justiça militar está relacionada entre os órgãos do Poder Judiciário, prevendo o artigo 92 o seguinte:

“Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I. o Supremo Tribunal Federal;

I-A. O Conselho Nacional de Justiça;

II. o Superior Tribunal de Justiça;

III. os tribunais regionais federais e juizes federais;

IV. os tribunais e juizes do Trabalho;

V. os tribunais e juizes eleitorais;

VI. os tribunais e juizes militares;

VII. os tribunais e juizes dos Estados e do Distrito Federal e territórios”.

A Constituição brasileira prevê a existência dos militares integrantes das Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, subordinados ao presidente da República, e dos militares estaduais, que são os membros das polícias militares e dos Corpos de Bombeiros militares, subordinados aos governadores dos Estados.

Enquanto as Forças Armadas se destinam à defesa externa e à garantia dos poderes constitucionais, as polícias militares e os Corpos de Bombeiros militares são instituições que atuam no âmbito da segurança pública, realizando atividades de polícia ostensiva, preservação da ordem pública e defesa civil, nos respectivos Estados-membros, sendo consideradas, também, forças auxiliares e reserva do Exército.

Em decorrência da forma federativa adotada e da existência de militares federais (Forças Armadas) e estaduais (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros militares), a Justiça militar se divide em dois ramos: Justiça militar da União e Justiça militar dos Estados-membros.

Relativamente à União Federal, a Constituição, na seção VII do capítulo relativo ao Poder Judiciário prevê, no artigo 122, que são órgãos da Justiça militar da União o Superior Tribunal militar e os tribunais e juizes militares instituídos por lei.

Já com relação aos Estados, a Constituição também prevê no capítulo referente ao ao Poder Judiciário a seção VIII, com o título “Dos Tribunais e Juizes dos Estados”, na qual é estabelecido que os Estados organizarão sua Justiça, observando os princípios ali estabelecidos.

No § 3º, do artigo 125, do Texto Supremo, consta que lei estadual poderá criar, mediante proposta do tribunal de Justiça, a Justiça militar estadual, constituí-

da, em primeiro grau, pelos juizes de Direito e pelos conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio tribunal de Justiça, ou por tribunal de Justiça militar.

Merece destaque, na estrutura interna dos órgãos da Justiça militar, a figura do escabinato, que expõe a atuação colegiada de magistrados civis e de magistrados militares, no qual se identifica o somatório do conhecimento jurídico com a experiência profissional da caserna, representando um dos importantes princípios norteadores da Justiça militar no Brasil, nas esferas federal e estadual.

A Justiça militar é especializada e não uma Justiça de exceção, até porque a própria Constituição brasileira, em seu artigo 5º, ao enunciar os direitos e garantias fundamentais, prevê no seu inciso XXXVII que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

Dircêo Torrecillas Ramos⁴ ensina que:

“Quando falamos em Justiça especializada, devemos distingui-la da Justiça de exceção, que são tribunais de exceção ou foros privilegiados, ad hoc, para casos concretos, temporários, arbitrários. A justiça especializada é permanente, orgânica; aplica-se a todos os casos de sua competência. Esta é prevista na Constituição, leva em consideração as funções típicas, distintas; a disciplina, a hierarquia, a legislação específica dos militares e suas instituições”.

A justiça de exceção é transitória e arbitrária, enquanto que a Justiça especializada é permanente e orgânica, aplicando a lei indistintamente a todos os casos previamente estabelecidos no rol de competências legais, observado o princípio do devido processo legal, garantia do cidadão contra a atuação arbitrária do poder do Estado.

Despropositada seria eventual alegação de que a existência da Justiça Militar afrontaria o princípio da igualdade, tratando de forma diferenciada os militares, uma vez que esse princípio deve ser interpretado como o direito de todo o cidadão não ser tratado de forma desigual senão quando observados critérios fixados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional. Em outras palavras, a lição secular da dimensão da isonomia induz à noção de que a lei tratará igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, tal como a Constituição procedeu em relação a civis e militares.

Merecem, a seguir, breves considerações sobre a Justiça Militar estadual, segundo a disciplina constitucional vigente.

A redação originária do artigo 125, § 3º, da CF, previa a possibilidade de criação da Justiça militar estadual composta, em primeiro grau, pelos conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal de Justiça militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar ultrapassasse 20 mil integrantes.

A Emenda n.º 45/2004 introduziu duas alterações na redação desse dispositivo: a composição da primeira instância e a substituição do texto “efetivo da polícia militar” pela expressão “efetivo militar”.

A composição da primeira instância que, antes da Emenda n.º 45/2004 era formada exclusivamente pelos conselhos de Justiça, compostos por militares e juizes auditores (concursados), foi objeto de interessante alteração. Todo julgamento rea-

lizado em primeiro grau era colegiado, recaindo sobre matéria penal militar. A mesma emenda ampliou a competência da Justiça militar estadual, passando a abranger ações concernentes a atos disciplinares (direito administrativo) e, conseqüentemente, pedidos de indenização por danos materiais e morais deles decorrentes (direito civil).

A disciplina dos conselhos de Justiça cabe à lei estadual. A título ilustrativo, vale citar a organização da Justiça militar do Estado de São Paulo, com base na Lei Estadual n.º 5.048/58 que, conjugada com as disposições do art. 125, da Constituição da República, apresenta o seguinte regramento da primeira instância:

Juízes de Direito – concursados especificamente para a Justiça militar. A Emenda n.º 45/2004 alterou a denominação “juiz auditor” para “juiz de Direito” e, antes de sua promulgação, os magistrados concursados somente julgavam nos conselhos de Justiça e passaram a atuar, também, isoladamente.

Conselhos de Justiça – de dois tipos:

- a. Conselho Permanente de Justiça: julga praças e funciona pelo período de três meses. A Polícia militar encaminha à Justiça militar uma relação de oficiais para sorteio eletrônico e os quatro oficiais sorteados permanecem por três meses à disposição da Justiça. Depois desse período, precede-se a novos sorteios para as composições sucessivas do conselho.
- b. Conselho Especial de Justiça: julga oficiais e praças coautoras. Os oficiais são sorteados para cada processo e, em decorrência do princípio da hierarquia, compõe-se de quatro oficiais com patente superior ao do réu.

Os dois tipos de conselhos, existentes nas auditorias, são presididos pelo juiz de Direito. Antes da Emenda n.º 45/2004, o oficial de maior patente os presidia. A normatização dos institutos do impedimento e da suspeição aplicável aos oficiais é a mesma dos juízes togados. Os oficiais não são remunerados para participar dos conselhos e, no permanente, ficam à disposição da Justiça militar, enquanto no conselho especial, os oficiais seguem para o Judiciário no dia designado, permanecendo com os trabalhos regulares na corporação.

No julgamento promovido nesses colegiados, vota primeiro o juiz de Direito e, depois, na ordem inversa de hierarquia, do mais moderno ao mais antigo, para que este não influencie o de menor hierarquia.

O juiz de Direito atua singularmente para processar e julgar as ações disciplinares, vez que a denominada competência cível da Justiça militar é exclusivamente exercida pelos magistrados togados, cabendo a eles também os processos por crimes militares no caso de vítima civil. Na Justiça militar do Estado de São Paulo, tem prevalecido o entendimento de que nos crimes militares praticados contra a administração militar, o Estado, ou seja, a administração militar, situa-se como sujeito passivo principal e a vítima civil como sujeito passivo se-

cundário, o que impõe a transferência da competência para processar e julgar esses crimes aos conselhos de Justiça. Cumpre lembrar, outrossim, que os processos por crimes militares, com vítima militar, competem aos conselhos.

Os tribunais de segunda instância possuem competências recursais e originárias. Entre estas últimas, destacam-se as que visam à perda de posto e da patente de oficiais e perda de graduação das praças, nos termos do § 4º, do artigo 125, CF.

Quanto aos oficiais, a Constituição da República estendeu a eles (art. 42, § 1º) a disciplina contida no art. 142, § 3º, VI e VII, relativa aos membros das Forças Armadas. Assim, os oficiais estaduais possuem também a garantia da vitaliciedade, pois só podem perder o posto e a patente mediante decisão judicial.

Para tanto, são duas as vias. A primeira, com base no citado inciso VI, pressupõe a instauração, na seara administrativa, de processo denominado “Conselho de Justificação” (Lei n.º 5.836/72), o qual, ao concluir que a conduta do oficial não se justifica, será remetido ao Tribunal de Justiça militar, que avaliará sua indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, promovendo análise ético-administrativa do comportamento do miliciano.

A segunda via se dá com fulcro no inciso VII, do § 3º, do art. 142, da CF. Havendo condenação penal transitada em julgado, com aplicação de pena privativa de liberdade superior a dois anos, a Procuradoria de Justiça oferecerá representação perante o Tribunal de Justiça militar, que avaliará se a condenação penal imposta atingiu o decoro militar, tornando imperiosa a perda do posto e da patente.

Quanto às praças, embora o art. 125, § 4º tenha fixado a competência originária do tribunal para julgar a perda de graduação, o que a praxe forense denominou de processo de perda de graduação de praça resta patente que a Constituição da República não estendeu às praças a garantia da vitaliciedade.

Por fim, ressalte-se a importância e a imprescindibilidade da Justiça militar, como bem destacou Georges Clemenceau, primeiro-ministro francês no início do século 20: *“Como há uma sociedade civil fundada sobre a liberdade, há uma sociedade militar fundada sobre a obediência, e o juiz da liberdade não pode ser o mesmo da obediência”*.

Na mesma linha, o ministro Carlos Velloso⁵, em manifestação no Supremo Tribunal Federal, ressaltou a importância da Justiça militar como órgão do Poder Judiciário, asseverando que:

“Os militares têm características próprias e as Forças Armadas e as Polícias Militares assentam-se na hierarquia e na disciplina. No momento em que esses pilares – hierarquia e disciplina – forem abalados, essas instituições podem transformar-se em bandos armados. Assim, torna-se necessária a existência de uma Justiça Especializada capaz de entender de perto esses valores, capaz de tornar cada vez mais firmes os pilares das instituições militares, a hierarquia e a disciplina”.

Observadas as características próprias existentes em cada país, a Justiça militar certamente continuará a exercer o papel que lhe cabe, sempre de acordo com a ordem constitucional vigente em cada Estado.

NOTAS

1

SOARES. Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002, págs. 335-336.

2

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e a Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, págs. 23, 35 e 36.

3

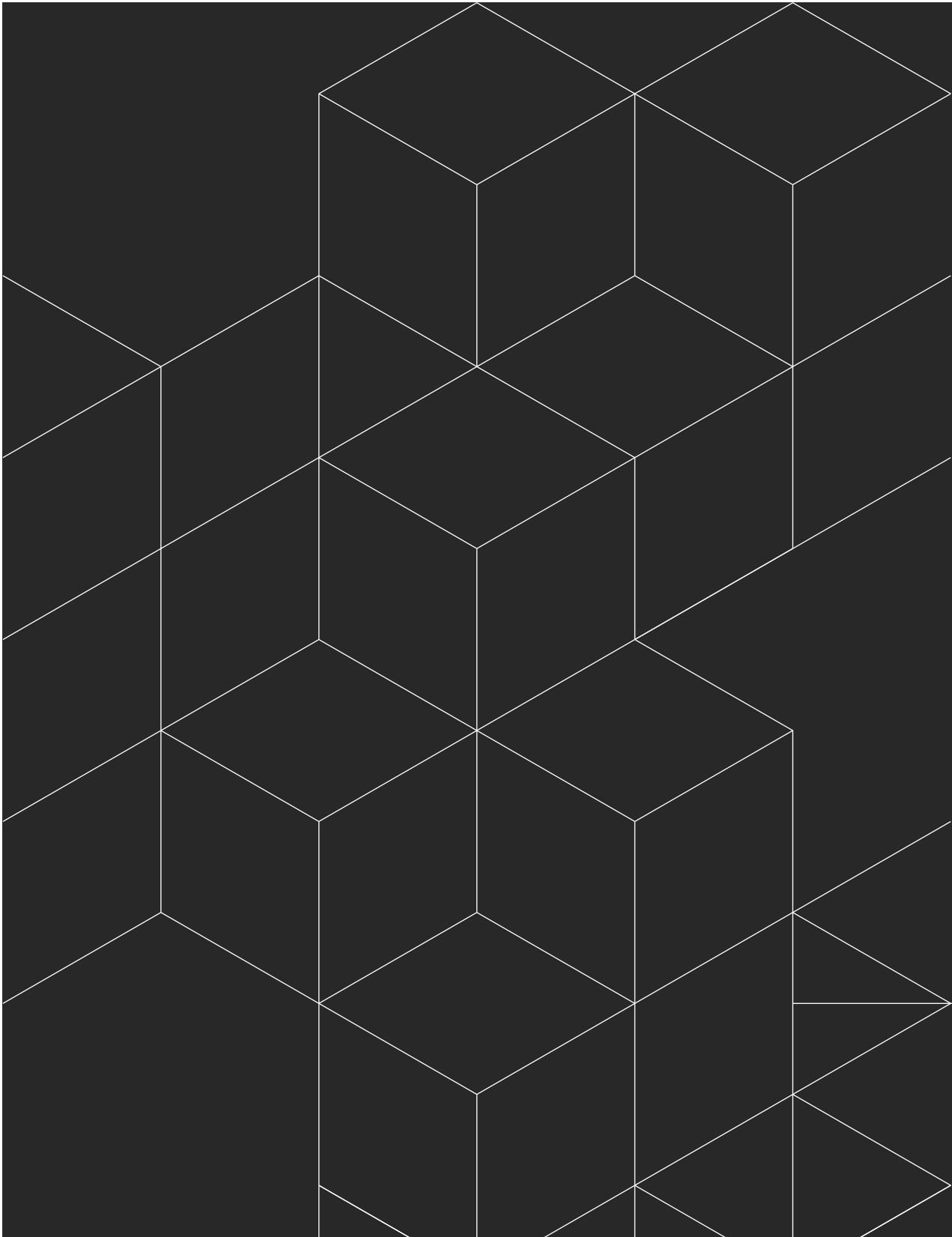
MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução: Cristina Murachco. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág. 168.

4

RAMOS. Dircêo Torrecillas. "As forças militares na defesa dos princípios fundamentais: soberania, independência nacional, paz, garantia dos poderes constitucionais. Relevância do ensino do Direito militar no curso de Direito". In: *Estudos de Direito Constitucional em homenagem à professora Maria Garcia*. IOB Thomson, 2007, pág. 79.

5

VELLOSO, Carlos Mário. Entrevista publicada na *Revista de Estudos & Informações* n.º16. Belo Horizonte: Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, maio de 2006, pág. 9.

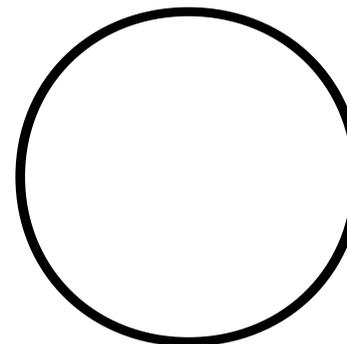


FERNANDO PASSOS

O REGIME
JURÍDICO DA
LIVRE-INICIATIVA
ADOTADO PELA
CONSTITUIÇÃO
DO BRASIL

FERNANDO PASSOS

ADVOGADO, PROFESSOR TITULAR DE DIREITO EMPRESARIAL E COORDENADOR DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE ARAQUARA, CONSELHEIRO DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP, MEMBRO DA COMISSÃO DE JURISTAS DA COMISSÃO ESPECIAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, QUE ANALISA O PROJETO DO NOVO CÓDIGO COMERCIAL.



“O MERCADO E A CONCORRÊNCIA PODEM SER VISTOS COMO UMA GROCIANA LUTA DE todos em prol de todos.” Celso Lafer

No fim da década de 1980, o Brasil caminhava decididamente para a consolidação de um Estado democrático de direito. São vários os marcos dessa caminhada. Mas o mais importante deles todos foi, realmente, a Assembleia Nacional Constituinte, instalada em 1987 e agente da Constituição de 1988. À época, os constituintes já vislumbravam a importância da inserção do Brasil na ordem econômica mundial e, apesar de certo espírito nacionalista¹ a dominar a Assembleia, ainda assim, a duras penas, foi instituído o capítulo constitucional intitulado “Dos princípios gerais da atividade econômica” de forma a adaptar um sistema de livre-iniciativa sem a ocorrência da predominância da “lei da selva”². Basta a simples leitura do artigo 170, no qual dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, para se verificar a amplitude determinada pela Carta Magna. Como se o enunciado não bastasse, exigiu a Lei Maior que, para a sua efetividade, fossem observados diversos princípios, relativos ao tema ora tratado, destacando-se os da “livre concorrência”, “defesa do consumidor”, “busca do pleno emprego”³ e “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte”. Ora, essa não é uma normatização liberal, nem estatizante. Trata-se de predominância da livre concorrência, de liberdade máxima ao exercício da atividade comercial, sendo que esses princípios somente encontram sentido quando visam à valorização do homem. Na verdade, como todos pensam assim, (os liberais dizem que o mercado livre é o que propicia empregos e riquezas e os contrários dizem que somente o Estado pode propiciar o bem-estar, pois o capital será sempre individualista); como nas

intencões os objetivos são os mesmos, havendo divergência acentuada quanto às consequências da adoção de um ou outro modelo, necessária a verificação exata da aplicabilidade de cada um em cada ordenamento e de maneira especial o adotado pela nossa Carta Magna.

Os princípios constitucionais brasileiros, a propiciar mercado livre, desde que não seja único e opressor, estiveram bastante evidenciados no parágrafo 4º do artigo 173, a saber: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”. Assim, longe de intervencionista, o nosso sistema constitucional emitiu recados precisos dos limites da não intervenção.

Assim explica nosso mestre maior IVES GANDRA DA SILVA MARTINS: “A medida do liberalismo é a igualdade de oportunidades. Quando as oportunidades são desiguais, e a livre concorrência, prejudicada por tais desigualdades, o liberalismo é danoso. Gera domínio de mercados, abuso do poder econômico e eliminação da concorrência”⁴.

Na efetividade desse dispositivo constitucional se editou a Lei n.º 8884/94, tendo sido substituída 17 anos mais tarde pela Lei n.º 12.529/11, em que estiveram delineados todos os contornos do órgão fiscalizador da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Isso somente ocorreu nos moldes internacionais – os mais modernos possíveis – graças ao texto constitucional já mencionado. Jamais teríamos conseguido efetivar moderno sistema de garantia legal da exigência da concorrência no País com seus mais diversos instrumentos não fosse a Constituição de 1988.

Nem ao menos há pretensão de que a análise dos artigos constitucionais brasileiros justifique determinado sistema. Não se trata de justificativa, mas de verificação de que esses artigos encontram coerência com este sistema de liberdade “responsável” a que todos pretendemos construir. Importante essa ressalva, tão incomum em nossos tempos. No início deste século, poucas coisas eram tão unânimes no Brasil como a crítica à Constituição atual. Entretanto, em cuidadosa análise se pode observar que, apesar de sua prolixidade e de outros erros gravíssimos, relativos à ordem econômica, a Constituição caminhou em direção à nova era. Principalmente após a aprovação das emendas constitucionais de números 5, 6, 7, 8 e 9, que acentuaram ainda mais um caráter não intervencionista e não preconceituoso quanto à origem do capital investidor, quer nacional, quer estrangeiro. O capital de investimento direto não tem nacionalidade. É propiciador de empregos e desenvolvimento expressivo e direto no país para onde se desloca – essa a verdadeira lógica que o Brasil teimava não aceitar.

Em recente publicação, Ives Gandra da Silva Martins e Rogério Vidal Gandra Martins, decorridos três décadas de vigência do texto Constitucional, reafirmaram já com base na experiência desse tempo: “De rigor, a maior dimensão da ordem econômica dá-se pelo regime do art. 173, visto que a grande maioria das atividades econômicas não está vinculada à obrigatoriedade de prestação de ser-

viços públicos nos quais o Estado, pela Lei Suprema, só pode participar se houver interesse nacional relevante ou segurança nacional, nos termos do caput do art. 173. Há, portanto, nítida opção do legislador maior pela economia de mercado e de escala, de resto, enunciada no caput do art. 174”⁵.

Também para as “falhas de mercado”, o País opta pela regulação como uma espécie de mediação entre a intervenção e a liberdade responsável. Não se passaram dez anos da Constituição e o Poder Legislativo já havia aprovado a existência de três novas agências setoriais regulatórias: a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP). Portanto, fosse intervencionista o sistema adotado, não seria o governo “neoliberal” que teria administrado o Brasil; fosse realmente o governo “neoliberal”, não teria havido tais agências, odiadas pelos liberais puros. Portanto, a Constituição que, na verdade, foi a base sólida de toda legislação adotada a seguir – e, na verdade, mais do que a base sólida, foi mesmo a fonte instituidora do novo sistema, muito responsável e distante dessas teses ideológicas apontadas acima.

Houve verdadeira inversão de papéis nos órgãos de monitoramento econômico por assim dizer. Tanto a Superintendência Nacional de Abastecimento (Sunab) como outros órgãos de governo, que estavam a serviço do Estado para exercerem a função de polícia de preços, com suas excrescências jurídicas como a Lei Delegada n.º 4º, foram suprimidos. De xerife para observador, regulador, mediador. Essas as novas funções, que infelizmente ainda não se definiram por completo, mas que ajustaram o Brasil aos novos tempos. Liberdade com responsabilidade. Talvez essa seja a palavra de ordem adotada. Esse lado danoso do controle de preços foi muito bem analisado tanto em nosso país como na literatura estrangeira. Primeiro, Ives Gandra⁷, quando afirmou: “O controle de preços não resolve o problema de quem não tem como pagar e prejudica aqueles que podem fazê-lo”. Classificou ainda o controle de preços como “técnica que dificulta a concorrência e gera distorções”. Sobre congelamento de preços afirmou: “Tal mecanismo retrógrado tem apresentado péssimos resultados ao longo da história (desde Hamurábi, há 3,8 mil anos, não dá certo)”.

Corroborando com a assertiva acima, OSBORNE E GAEBLER demonstram os danos propiciados pelo controle de preços, técnica ultrapassada de monitoramento econômico, mas que, ao tempo da Constituinte, ainda imperava no Brasil, por meio de exemplos ocorridos nos Estados Unidos: “Tomemos o caso de Massachusetts, que, como vários outros Estados, se vale da iniciativa privada para a prestação de serviços de seguros sobre automóveis, mas que, diferentemente dos outros Estados, não permite a competição. Os preços são estabelecidos por meio de uma comissão regulatória, como se se tratasse de uma empresa pública. Em consequência, as companhias seguradoras não têm qualquer motivação para baixar os custos, buscar maior eficiência ou se manterem vigilantes contra fraudes. Exibem por seus clientes um descaso maior que a pior das burocracias governamentais. Como era de se esperar, Massachusetts paga os maiores prêmios do país e é o Estado com a mais alta frequência de sinistros comunicados, bem como, também, o de maior número de furtos de veículos”⁸.

Constatado ser retrógrado o controle intervencionista de preços, o País esteve paulatinamente optando por um sistema de liberdades econômicas, com forte viés concorrencial ou, como se disse, instado pela própria Constituição.

Mas, apesar da importância relatada, o direito da concorrência no Brasil, demorou a ser abordado tanto pela doutrina como pela falta de atuação efetiva do órgão e propriamente casos analisados pelo mesmo. Percebeu-se, posteriormente, ser o tema de enorme relevância econômica e social, fato acentuado pela globalização em marcha no final do século passado. Somente para exemplificar, o número de julgamentos do Cade, já no ano de 1996, superou a soma das três primeiras décadas de sua existência. Portanto, embora criado em 1962, somente em 1996, o CADE julgou mais casos do que em toda existência do órgão⁹.

O espantoso crescimento do papel do órgão regulador da economia pátria, pelos motivos mencionados, relacionado com o processo de globalização e com o “desembarque maciço de investimentos no País”¹⁰, propiciaram completa reformulação legislativa relativa ao Cade, materializada na Lei n.º 8.884/94, hoje, Lei n.º 12.529/11. A importância, porém, da Lei n.º 8.884/94 para a consolidação do sistema deve sempre ser estudada. Além de redefinir o papel do órgão regulador conforme afirmado, garantiu-lhe autonomia e distância da influência política do executivo. Ademais, em consonância com as melhores técnicas internacionais, foram ampliados os tipos concorrenciais a serem observados, além de acrescentar novas modalidades, como a exigência de aprovação prévia de atos de concentração, modificada posteriormente, mas que cumpriu relevante papel à época.

Assim, importante ressaltar uma vez mais o quanto o sistema concorrencial brasileiro alicerçado pelo Cade, como instância máxima, auxiliado à época pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Economia (Seae) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculada ao Ministério da Justiça, esta última, mais que um órgão auxiliar, um verdadeiro polo ativo do sistema, cumpriu a relevante missão constitucional “delegada” a tais órgãos nos termos do parágrafo 4º do artigo 173 da Carta Magna.

O modelo foi bem delineado. O órgão julgador assessorado por uma visão econômica (de governo) e uma visão jurídica (mais vinculada às relações de consumo *strictu sensu*). Com relativa independência funcional modificada a melhor posteriormente.

Importante destacar o papel do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP nesta construção do modelo do novo Cade, pretendido em 1994. Em memorável reunião presidida pelo presidente Dr. Ives Gandra, o presidente do Cade e alguns conselheiros participaram de extensa reunião em que se analisaram os problemas da nova lei, especialmente onde foram delineados contornos de aplicabilidade dos dispositivos legais que vieram a se consolidar no futuro. Lembro-me das enormes preocupações externadas pelos Conselheiros Celso Bastos e Geraldo Vidigal, pelo nosso presidente e diversos juristas que na ocasião se manifestaram. Posso até mesmo afirmar que o meu próprio envolvimento com o Direito

Econômico, vindo a presidir posteriormente a Comissão da Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP, teve início com o denso e produtivo debate havido nessa reunião. Assim, como o Cade se encontra hoje, pelo menos em nível legal, comparado com as grandes agências do mundo moderno, necessário analisarmos a sua verdadeira extensão na economia brasileira. Iniciamos com a indagação: quando é que a concorrência no Brasil passou a merecer a tutela do ordenamento jurídico, pois há bons tempos o tema já trazia preocupações relevantes ao País?

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA BUSCA DE UM SISTEMA CONCORRENCIAL NO BRASIL

O liberalismo imperou absoluto nas duas primeiras Constituições do Brasil, a de 1824 e a da República, de 1891. Esta, a primeira Constituição Republicana, sendo claro ter havido preocupação em dar certa liberdade à ordem econômica. Entretanto, fazendo eco às transformações sociais europeias, diga-se queda do *laissez-faire* e surgimento do *welfare state*, a Constituição de 1934 incorpora a nova ordem, conforme nos ensina VIDIGAL.

“A Constituição de 1934, consagrando as tendências predominantes, rompeu os laços que nos vinculavam a um radicalismo liberal. No ordenamento da atividade privada, desejou aproximar-se a Constituição de motivações sociais. Surgiu então pela primeira vez, em nosso quadro constitucional, um título dedicado à estruturação da ordem econômica e social, título que se manteria presente – com significação e abrangência sempre ampliadas – nas sucessivas Constituições de 1937, 1946 e 1967/69”¹¹.

O art. 115 da Constituição de 1934, assim disciplinava: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. Paula A. Forgioni ressaltava e comenta: “Note-se que o texto constitucional utiliza a expressão ‘limites’, ou seja, a liberdade dos agentes econômicos pode ser restringida para garantir a justiça e as necessidades da vida nacional. A liberdade econômica aparece, assim, em nosso ordenamento, intrinsecamente ligada à ideia de que ao Estado é facultado intervir na e sobre a economia, no resguardo de interesses maiores que aquele dos agentes econômicos individualmente considerados”¹².

É *welfare state* puro. A intervenção do Estado a garantir aquilo que o liberalismo não conseguiu satisfazer. Esse sentimento dominava a sociedade brasileira e boa parte da sociedade mundial, e, graças a ele, houve verdadeira intervenção direta do Estado na ordem econômica brasileira. O setor de infraestrutura foi totalmente dominado diretamente pelo Estado. Evidente haver aí também a motivação econômica, pois eram escassos os recursos nacionais a garantir o setor essencial

da economia. Mas essas razões meramente da economia encontram espaço no sistema produtivo, tendo em vista a permissão e, mais que isso, quase exigência da Constituição para que o Estado assim agisse.

Fernando Henrique Cardoso demonstra que “entre as cem maiores empresas brasileiras em 1975, 56 eram estatais” e esclarece: “Apesar de ser importante o papel do setor produtivo estatal na economia brasileira, as empresas estrangeiras controlam entre 40% e 55% dos grandes grupos, conforme a medida seja o ativo fixo, o patrimônio líquido, o emprego ou o faturamento”¹³.

A partir da década de 1940, foram criados órgãos de defesa da concorrência, entre eles, o Cade (1962) e várias leis que ampliaram e efetivaram a atuação deste no Brasil. Desde a Constituição de 1946, no artigo 148, como na de 1967, artigo 157, na emenda de 1969, artigo 160 e na Constituição de 1988, parágrafo 4º do artigo 173, se fez a exigência de que o sistema infraconstitucional fizesse produzir leis de repressão ao abuso do poder econômico.

Na Carta de 1937 o artigo 135, no título “Da Ordem Econômica”, trouxe pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro a expressão “intervenção do Estado no domínio econômico”.

Já em seu art. 141, determinava os tipos penais descritos como crimes contra a ordem econômica: “A lei fomentará a economia popular assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e severa punição”. Esse artigo foi regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938, em que foram enunciados os crimes contra a economia popular, de autoria de Nelson Hungria.

*“Sob o manto da proteção da economia popular, é no Decreto-Lei n.º 869/38 que se colocam, pela primeira vez em nosso sistema jurídico, algumas normas antitrustes que perduram até hoje: coibição do açambarcamento de mercadorias (art. 2º, IV), manipulação da oferta e da procura (art. 2º, I e II), fixação de preços mediante acordo entre empresas, venda abaixo do preço de custo (art. 2º, V), exclusividade (art. 3º, I) etc.”*¹⁴
Mas, embora alguns desses tipos sejam até hoje utilizados, as normas tinham puro caráter interventor.

Eram, porém, normas esparsas, não vislumbrando ainda preocupação relevante; um sistema, por assim dizer, a constituir a defesa da ordem econômica. Foi verdadeiramente com o Decreto-Lei n.º 7.666 (chamado de “Lei Malaia”), de 22 de junho de 1945, considerado como a primeira lei antitruste brasileira, de autoria de Agamemnon Magalhães, em que se vislumbraram fumaças de sistematização concorrencial. Definia o referido decreto-lei as práticas abusivas do poder econômico de maior relevância e criava a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, curiosamente também conhecida como “Cade”. A referida Lei Ma-

laia se voltava de forma firme e direta contra o abuso do poder econômico. Se a mudança de rumos é bastante evidente, sempre se perguntou o que teria levado Getúlio Vargas à promulgação da Lei Malaia.

Talvez em uma visão romanceada, Paulo Germano Magalhães (filho de Agamemnon Magalhães) afirma que “teria levado o Sr. Getúlio Vargas a assinar o Decreto-Lei n.º 7.666 a convicção de que grupos financeiros nacionais e internacionais estariam por trás da violenta reação política que contra ele se manifestara, no País, logo após a Guerra Mundial”. Realmente, Getúlio pode ter estado seduzido pela ideia de controlar as empresas, os grandes capitais produtivos. Somente o fato de que esses grupos lhe viessem fazer visitas de bajulação, justificava o caráter interventivo da nova legislação. O controle do poder sobre o poder econômico, seduz a quem o pratica, engrandece quem o controla e desserve a sociedade quando é praticado nas bases ora expostas.

Mas fácil constatar que o “referido Decreto-Lei n.º 7.666 colocava nas mãos do Poder Executivo um instrumento apto a controlar a atividade do poder econômico em território brasileiro, facultando até mesmo a intervenção em empresas que praticassem atos nocivos ao interesse público. As ponderações efetuadas, à época, que tocavam a questão da hostilidade ao capital estrangeiro eram pertinentes porque, ao menos em termos de instrumento jurídico, a Lei Malaia dava ao governo possibilidade de efetuar uma forte política protecionista. Como não poderia deixar de ser, a oposição ao Decreto-Lei n.º 7.666, foi das mais ferrenhas e sistemáticas. Alguns setores da oposição chegaram a qualificar a Cade de órgão ‘nazifascista’, que ameaçava a economia brasileira. Com a queda de Getúlio Vargas, o Decreto-Lei n.º 7.666/45 foi revogado, em 9 de novembro do mesmo ano, pelo presidente provisório José Linhares, não tendo superado três meses de vigência”¹⁵

Conforme afirmado por diversas vezes, essas leis da concorrência não são leis de interferência nazifascista, não servem para intervir no mercado ao ponto de impedi-lo de progredir. Mas é forçoso lembrar que a forma como fora introduzida no Brasil, no período histórico em que ocorrera, com as certezas que Getúlio transmitira de controle absoluto e ditatorial do poder, somente poderia gerar as incompreensões que gerou.

Já a Constituição de 1946 trouxe norma específica de defesa da ordem econômica, mais precisamente em seu art. 148, assim disposto: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar os lucros”.

Até então caminhará bem a Constituição democrática. O problema esteve concentrado no artigo 146, da mesma Carta Magna. Importante que se reproduza o artigo em sua íntegra. “Art. 146. A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.” Não era a modernidade, senão o retrocesso, ainda mais sofisticado que o ocorrido em 1936.

Também necessário que se analise o momento histórico, pois o País embriagado pelo nacionalismo exacerbado e sem poupança interna suficiente para os investimentos que o desenvolvimento exigia não via outra alternativa a não ser estatizar os serviços essenciais. Como o dinheiro público envolvido era de enorme monta e fazia sacrificar outras demandas, era importante assegurar o monopólio desses setores a serem efetivados graças ao dinheiro público, por isso a exclusividade estaria justificada.

Justificável ou não, o certo é que havia grande preconceito ao capital externo. E como o Direito regula a vida social, assim o fez a Carta Magna a refletir tal pensamento social. Fonseca assim analisa o novo período: “A intervenção no domínio econômico é posta como atribuição da União, que poderá também monopolizar determinada indústria ou atividade. Mas o próprio Constituinte determina que a intervenção deve ater-se a objetivar o interesse público e não poderá ferir os direitos fundamentais garantidos pela Constituição (art. 146)”.¹⁶

Pouco mais tarde, com ares democráticos, o Brasil conheceu a Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, de autoria de Agamenon Magalhães, na qual então se criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), agência no âmbito do Ministério da Justiça, com competência para investigar e julgar as práticas infrativas contra a ordem econômica e reprimi-las.

Forgioni assim procede a análise desta legislação: “A promulgação deste diploma, desconsiderando a opinião dos que entendiam que a repressão ao abuso do poder econômico deveria dar-se pela modernização e aplicação das Leis n.º 1.521 e n.º 1.522, de 1951, aparta a lei antitruste, finalmente, dos dispositivos que tratam da economia popular e do abastecimento”.¹⁷ Há, assim, um avanço em marcha. Entretanto, a experiência demonstrou não ter o Cade cumprido as suas nobres funções. Extremamente atrelado a políticas governamentais, sem independência alguma, os seus agentes não puderam ou simplesmente não fizeram uma regulação ou qualquer forma de fiscalização do mercado para ao menos verificar se este realmente operava livremente. É verdade que, em menos de dois anos após a promulgação da referida lei, o País mergulhava na escuridão de uma ditadura, violenta, repressiva, concentradora e supressora das liberdades públicas, sem precedentes entre nós.

Se o Estado perde o caráter e a ação democrática, não há como se exigir de qualquer de seus operadores que o faça nesse espírito. Seria contrariar a ordem. Assim, a legislação instituidora do Cade nasceu “morta” e assim permaneceu até pouco tempo antes da nova lei, a n.º 8.884, de 1994. O período coincide com a redemocratização do País.

Mas, importantes as lições de Fonseca sobre esse período: “A Constituição de 1967 foi votada sob pressão do Ato Institucional n.º 4, de 7.12.1966. Ali ressalta a ideia da segurança nacional, a partir do art. 89 (‘Toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei’). Este dispositivo deve ser visto em consonância com o inciso V do art. 157, em que se destaca como

*um dos princípios da ordem econômica o desenvolvimento econômico. Tais princípios figuram na Emenda constitucional n.º 1, de 17.10.1969, nos artigos 86 e 160. O princípio do desenvolvimento nacional deixa de figurar num inciso para surgir no caput do art. 160: ‘A Ordem Econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça, com base nos seguintes princípios: V. Repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros’. A ordem econômica e social adquire um valor teleológico. Ela tem por fim o desenvolvimento nacional e a justiça social. A ordem enunciativa dos fins da ordem econômica e social pode não ter uma importância de prioridade de conceitos, mas, na verdade, o que a Revolução priorizava, em obediência aos princípios da Doutrina da Segurança Nacional, era a segurança do Estado. A pessoa humana não estava em primeira linha de cogitação”.*¹⁸

Como, aliás, em todo o sistema de poder sem liberdades. Não há saída: a pessoa humana realmente não está na primeira linha de cogitação desses sistemas, por mais que seja o próprio poder muitas vezes assim justificado.

Finalmente, a Constituição de 1988, que, como visto, lança as bases do sistema econômico e de livre-mercado nos artigos 170 a 192. “A livre concorrência é uma manifestação da liberdade de iniciativa, e para a sua garantia a constituição dispõe no art. 173, parágrafo 4º, ‘A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Os dois dispositivos se complementam e ‘visam a tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista”.¹⁹

Embora com o respeito que o ilustre autor mencionado merece, não vislumbramos possibilidade de concordância com o início da frase exposta. A livre concorrência não significa necessariamente uma manifestação da liberdade de iniciativa, pois esta pode existir sem que exista concorrência, e a concorrência também pode existir sem que exista liberdade de iniciativa. Explica-se: pode haver um Estado que garanta a liberdade de iniciativa econômica plena, mas não faz, em concomitância, reprimir o abuso de quem detenha o poder econômico. Outro, de tal forma coíbe a liberdade de iniciativa, mas garante para aqueles que estão autorizados a possibilidade de, uma vez estabelecidos, concorrerem plenamente entre si. É verdade que a livre-iniciativa se torna absoluta quando há concorrência plena. Nessa hipótese, como reprimido o abuso do poder econômico não haverá possibilidade que se abuse da liberdade em se estabelecer e assim, não haverá obstáculos privados a que novos se estabeleçam. Pode parecer sutil a diferença, e o é. Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma: “A livre concorrência não é incompatível com a intervenção do Estado na atividade econômica. Ela apenas exige que esta intervenção seja indireta, quer dizer, respeitosa da liberdade de formação dos preços”.²⁰ Entretanto, necessária a delimitação do tema, para bem se conhecer as especialidades neste mundo da ordem econômica livre.

Ives Gandra e Celso Ribeiro Bastos apontam muito bem essa diferença a que se pretende demonstrar quando afirmam que a livre-iniciativa “equivale ao direito que todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa. A liberdade de iniciativa e de empresa pressupõe o direito de propriedade da mesma sorte que é de certa forma uma decorrência deste. O seu exercício envolve uma liberdade de mercado, o que significa dizer que são proibidos os processos tendentes a tabelar os preços ou mesmo a forçar a sua venda em condições que não sejam as resultantes do mercado. A liberdade de iniciativa exclui a possibilidade de um planejamento vinculante. O empresário deve ser senhor absoluto na determinação do que produzir, como produzir, quanto produzir e por que preço vender. Esta liberdade, como todas as outras de resto, não pode ser exercida de forma absoluta. Há necessidade, sim, de alguns temperamentos. O importante, contudo, é notar que a regra é a liberdade. Qualquer restrição a esta há de decorrer da própria Constituição ou de leis editadas com fundamento nela”.²¹

É o que chamamos “liberdade em se estabelecer”. Já a livre concorrência é um princípio a ser alcançado por aqueles que se estabeleceram livremente. Segundo os mesmos autores acima mencionados, a livre concorrência “consiste essencialmente na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado. O contrário da livre concorrência significa monopólio e oligopólio, ambas situações privilegiadoras do produtor, incompatíveis com o regime da livre concorrência”.²²

Pensamento também corroborado por Américo Luís Martins da Silva, quando sentencia: “A livre concorrência é uma das manifestações da liberdade de iniciativa econômica privada”.²³

Portanto, o § 4º do artigo 173 tem a função de oferecer instrumentos jurídicos para se garantir que a concorrência realmente seja livre. Já o artigo 174 da Constituição de 1988 está, sim, a garantir o mercado livre (sem interferência direta), pois ao estabelecer o Estado como “agente normativo e regulador da atividade econômica” nas três funções que preconiza – ou seja, fiscalização, incentivo e planejamento – o faz de forma “determinante” para o setor público e “indicativo” para o setor privado. É plenamente possível concordar com a assertiva de que “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o privado. É a chamada ‘intervenção indireta do Estado’, quando esse não assume nenhum papel de produtor ou distribuidor de bens ou serviços. O artigo sob comento limitou a intervenção

a três funções: a de fiscalização, a de incentivo e a de planejamento. Portanto, o Estado está autorizado a exercer fiscalização, que quer dizer, nos dizeres de Celso Ribeiro Bastos “exercitar o seu poder de polícia para verificar se os agentes econômicos estão cumprindo as disposições normativas incidentes sobre suas respectivas atividades”.²⁴

A ponto de Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirmar: “O art. 174 é a chave do sistema econômico desenhado pela Constituição de 1988. Dá ele ao Estado um papel capital na ordem econômica, na medida em que lhe manda exercer o papel de ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’. Como se sabe, na economia de mercado ‘pura’ é exatamente o mercado que regula a atividade econômica. E, para os liberais clássicos, essa regulação deveria ocorrer sem intromissão estatal. Se o Estado há de regular a atividade econômica, nem por isso a economia projetada pela Constituição é a de cunho centralizado, à moda soviética. Isto se depreende do próprio caput do art. 174, em que se prevê um setor privado sujeito a um planejamento apenas indicativo. Para cumprir o seu papel econômico, na forma da lei, portanto com estrito respeito à legalidade, o Estado haverá de exercer três funções. São elas as de fiscalização, de incentivo e de planejamento. Atentando-se bem para estas três tarefas, resulta inequívocos que para a Constituição em vigor a participação do Estado na atividade econômica não há de ter um caráter coercitivo: o planejamento (para o setor privado) é indicativo; o incentivo tem em si mesmo a ideia de estímulo para uma ação autônoma; a fiscalização, a de acompanhamento, com a verificação da observância das normas cabíveis. Assim, na visão da Constituição, a empresa, constituída pela livre-iniciativa, atua em livre concorrência, estimulada pelo incentivo estatal, orientada pelo planejamento, sob a fiscalização do Estado para o respeito às leis e às normas essenciais ao interesse público”.²⁵

Mas o artigo constitucional referido (174) gerou inúmeras incompreensões. De maneira especial, críticas de que estaria com a sua aplicabilidade, voltando à situação intervencionista da década de 1940. Miguel Reale, com a sua capacidade inigualável de clarificar as situações jurídicas mais complexas, desfaz de forma absoluta essa visão, afirmando:

“Vem, a seguir, o art. 174 que tem sido o cavalo de batalha dos que persistem em proclamar a natureza intervencionista do Estatuto Político de 1988. Nada melhor do que a reprodução desse preceito: ‘Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá na forma de lei (nota-se) as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado’ [grifei]. Em face de um texto tão claro, custa-me crer que se possa pensar em dirigismo econômico, cuja característica principal é a natureza imperativa e não meramente indicativa do planejamento para os particulares, considerados individualmente ou consorciados em empresas. O importante é que se declare, tal como consta do mencionado art. 174 que, naquela realidade, o Estado deverá exercer suas funções de fiscalização e planejamento ‘na forma da lei’. Mais uma vez o princípio da legalidade baliza a ação estatal e de modo puramente indicativo. Praticam, pois, um grande erro, aqueles que não contribuem com uma

interpretação objetiva e serena do texto constitucional, assumindo atitude hostil ou depreciativa perante o Estatuto de 1988, o qual, apesar das múltiplas contradições que o comprometem, abre clareiras à defesa tão necessária da livre iniciativa, o que quer dizer, da economia de mercado”²⁶

Como visto, a Constituição de 1988 altera substancialmente o caráter intervencionista dominante no Brasil desde a Carta de 1937. A modernização não esteve concentrada apenas nos princípios constitucionais invocados. E essa visão realmente contaminou o legislador infraconstitucional a ponto de nova legislação concorrencial surgir a partir daquela data.

A Medida Provisória n.º 204, de 2 de agosto de 1990, convertida posteriormente na Lei n.º 8.158, de 1991, foi a primeira manifestação do pensamento constitucional em termos de legislação ordinária. O problema é que a sua aplicabilidade estava amplamente justificada no controle de preços. A simples leitura da lei, publicada em 8 de janeiro de 1991, demonstra (a despeito de haver inserido nela muitos aspectos concorrenciais modernos), uma excessiva preocupação com controle de preços, até mesmo injustificada.

Para piorar o quadro relatado, a referida lei foi utilizada amplamente de forma política, a fim de propiciar surtos demagógicos governamentais a “favorecer” a opinião pública. A atuação policialesca do governo, louvando-se do novo instrumento legal, fez, por assim dizer, destruir os objetivos de modernização almejados pela lei.

É Paula Forgioni que bem relata os equívocos ocorridos nesse período: *“O panorama do direito antitruste brasileiro parecia que seria alterado com a promulgação da Lei n.º 8.158, de 8 de janeiro de 1991. O novo governo alardeava a abertura do mercado brasileiro e a liberalização da economia. A intenção declarada era deixar, na maior medida possível, que o mercado se autorregulasse, aplicando, para tanto, suas próprias leis. Procurou-se no novo diploma celerizar o procedimento administrativo de apuração das práticas em violação à ordem econômica, com a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), do Ministério da Justiça, que tinha função de ‘apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica’. Sem a revogação da Lei n.º 4.137/62, o Cade passa a funcionar junto à SNDE, que lhe dava suporte de pessoal e administrativo”²⁷*

Após demonstrar que realmente o Cade agilizou os seus procedimentos e, pela primeira vez, passou a analisar e julgar sob a nova égide constitucional, esclarece a fatalidade: *“Esse breve período de euforia, quando parecia que, afinal, teríamos uma legislação antitruste aplicada efetivamente como um instrumento de política econômica, pouco durou aos olhos do público. Com o novo governo*

instalado aos olhos do público, não obstante o Cade continue sua atuação destinada a coibir o abuso do poder econômico, esta acaba sendo sufocada, na imprensa, pelo triste papel que a lei antitruste passa a desempenhar no contexto econômico brasileiro: instrumento de ameaça e retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia. Dilui-se a aplicação da Lei n.º 8.158, de 1991, como uma lei antitruste, quer para corrigir disfunções que se apresentam no mercado, quer para auxiliar a implementação de uma determinada política pública. Ao contrário, tirada do bolso em momentos de conveniência política, a lei antitruste foi lançada, com grande bulha por parte do governo e da imprensa, contra agentes econômicos que auferissem ‘lucros abusivos’”²⁸

Não era possível conviver com essa histeria de controle de preços e perseguições políticas ao empresariado nacional. Houve um grande bradar contra as medidas adotadas, que de certa forma culminaram na Lei n.º 8.884, de 1994. Esta, sim, incorporadora do sistema constitucional idealizado e de maneira especial regulamentadora do § 4º do artigo 173 da Carta Magna, já referido.

A Lei n.º 8.884/94 consagrou nova política de concorrência, incluindo de forma decisiva o consumidor como o grande beneficiário da concorrência. Toda a sua estrutura é voltada para a sociedade, recaindo nela a grande beneficiária da concorrência.

Realmente, a aplicabilidade dos instrumentos jurídicos descritos na Lei n.º 8.884, aperfeiçoada em parte pela Lei n.º 12.529/11, atual “Lei da Concorrência no Brasil”, demonstrou que a ótica da defesa da concorrência, nos termos propostos, nem sempre existira em nosso país. Nesse sentido, Américo L. M. da Silva esclarece que o modelo econômico brasileiro era um modelo fechado que, como preposição política, mantinha a reserva de mercado, impunha barreira às importações e estimulava a criação de empresas estatais, o que por si só restringia o papel e a ação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e da Lei de Proteção à Concorrência, ou antitruste. A verdade é que a política industrial dos anos 60/70 era, pois, inadequada a um sistema de livre concorrência, razão pela qual a Lei n.º 4.137/62 (que regulava a repressão ao abuso do poder econômico e criou o Cade) nunca foi efetivamente aplicada. Felizmente a situação brasileira mudou, partindo hoje na direção de uma economia de mercado mais moderna. Com a estabilidade econômica, surge a oportunidade para a prática de estratégias competitivas voltada para a redução de preços e custos, bem como grandes movimentos daquilo que se vem chamando de reengenharia das empresas, isto é, uma revisão completa das suas estruturas”²⁹

Em tempos de globalização, citando Gesner Oliveira, são importantíssimas regras bem definidas de defesa da concorrência, assim como uma legislação eficiente na repressão das práticas anticompetitivas. Nesse sentido, a ausência de regras claras e conhecidas de defesa da concorrência não constitui fator de atração, mas, pelo contrário, representa fator inibidor ao investimento estrangeiro. Na verdade, esse fato já é constatado desde a Idade Média, quando as cidades portuárias faziam convênios entre si para a aplicabilidade de normas comuns, refletidas em seus estatutos. A segurança jurídica propiciada aos comerciantes medievais pela certeza de

quais regras seriam aplicadas aos seus direitos já produziam maior intercâmbio mercantil entre aqueles povos que assim o agissem, ocasionando, a partir daí, enorme surto desenvolvimentista.

Nesses termos, apesar de inúmeros defeitos como vários deles apontados nesta importante obra sobre os 30 anos da Constituição Federal, a meu ver como explanado neste artigo, pelo menos no capítulo da ordem econômica, em nenhum momento a Constituição se colocou contra os interesses do Estado. O que se pretendeu fundamentalmente foi propiciar o surgimento – que, à época, em 1988, era necessidade urgente – de uma nova forma de governar, representada por um Estado eficiente a garantir o bem-estar social, que, somente com o desenvolvimento econômico se pode propiciar, como observado no importantíssimo artigo 173 da Carta Magna. Osborne e Gaebler sintetizam essa ideia dizendo:

*“Não estamos diante de um desaparecimento do Estado: Até mesmo Peter Drucker, o primeiro advogado da privatização – foi ele que inventou o termo, falando originalmente em ‘reprivatização’ –, dizia que precisamos de mais orientação governamental, não menos. Foi o que escreveu em 1968, em The Age of Discontinuity: Não estamos diante de um ‘desaparecimento do Estado’. Pelo contrário, precisamos de um governo forte, vigoroso, muito ativo. Mas enfrentamos a escolha entre o governo extenso e impotente e o governo que é forte porque se limita a decidir e a dirigir, deixando o ‘fazer’ para outrem. Precisamos de um governo que pode e deve governar. Isto é, não um governo que ‘faz’; não um governo que ‘administra’ – mas, sim, um governo que governa”.*³⁰

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FORGIONI, Paula A. “Fundamentos do antitruste”. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1998, págs. 100-101.

GAEBLER, Ted e OSBORNE, David. *Reinventando o governo*. Goiânia: MH Comunicações, 1998.

MARTINS, Carlos Estevam. *Estado e capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec, 1997, pág. 209.

MARTINS, Ives Gandra. *Uma visão do mundo contemporâneo*. São Paulo: Pioneira, 1996.

MARTINS, Ives Gandra e MARTINS, Rogério Vidal Gandra. “Inteligência do art. 173 § 4º da Constituição Federal”. *Revista Conceito Jurídico*. Edição n.º 16, abril de 2018, pág. 90.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Tributos e medicamentos”. *Jornal Folha de S.Paulo*. Edição de 26 de dezembro de 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, *O Direito Econômico na Constituição*. Disponível em: <https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/02/o-direito-econ-c3b4mico-na-constituic3a7c3a3o.pdf>. Acesso em: 22.6.2018.

OLIVEIRA, Gesner de, revista *ISTO É*. Edição n.º 1.453, publicado em agosto de 1997.

Relatório Anual 1996, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Brasília: Cade, 1997. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes_2003/rel_1996.pdf. Acesso em: 22.6.2018.

SILVA, Américo Luis Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. “Teoria geral do Direito Econômico”. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1997, pág. 80.

NOTAS

1
O que era absolutamente normal, tendo em vista a democratização encerrar longo processo autoritário que possuía forte ingerência internacional, especialmente por parte dos Estados Unidos, que financiara e dera apoio incondicional à ditadura.

2
A significar a expressão muito comum à época: “capitalismo selvagem”.

3
Importante verificar o quanto o Cade tem se preocupado com a questão do emprego, em diversos de seus julgados. No emblemático caso Ambev, foi notadamente a primeira vez que efetivamente o problema do emprego foi também cuidado em uma decisão do órgão estritamente concorrencial.

4
MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma visão do mundo contemporâneo*. São Paulo: Pioneira, 1996, pág. 137

5
MARTINS, Ives Gandra da Silva e MARTINS, Rogério Vidal Gandra. “*Inteligência do art. 173 § 4º da Constituição Federal*”. Revista Conceito Jurídico. Edição n.º 16. Publicado em abril de 2018, pág. 90

6
A Lei Delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962, é considerada um marco no intervencionismo estatal baseado no “interesse público”. No seu artigo 1º, já afirma estar baseada no artigo 146 da Constituição de 1946, a Constituição intervencionista, conforme se verá. Consta da ementa da referida lei delegada: “Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo no país”. Poucas formas intervencionistas estavam tão disfarçadas.

7
MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Tributos e medicamentos”. Jornal *Folha de S.Paulo*. Edição de 26 de dezembro de 2000, pág. A3

8
GAEBLER, Ted e OSBORNE, David. *Reinventando o governo*. Goiânia: MH Comunicações, 1998, pág. 86

9
Relatório Anual 1996, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Brasília: Cade, 1997. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes_2003/rel_1996.pdf. Acesso em: 22.6.2018.

10
OLIVEIRA, Gesner de. Revista *ISTOÉ*. Edição n.º 1.453, publicado em agosto de 1997.

11
VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 80

12
FORGIONI, Paula A. “Fundamentos do antitruste”. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1998, págs. 100-1.

13
CARDOSO, Fernando Henrique. *apud* MARTINS, Carlos Estevam. *Estado e capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec, 1997, pág. 209.

14
FORGIONI, *op. cit.*, págs. 106-7.

15
FORGIONI, *op. cit.*, págs. 113-4.

16
FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pág. 77.

17
FORGIONI, *op. cit.*, pág. 120.

18
FONSECA. *op. cit.*, pág. 83.

19
SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999, pág. 727

20
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

21
BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 27.

22
BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 27.

23
SILVA, Américo Luis Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, págs. 57-58.

24

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra, *op. cit.*, pág. 108.

25

FERREIRA FILHO, *op. cit.*, págs. 192-193.

26

REALE, Miguel apud MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA, *O Direito Econômico na Constituição*. Disponível em: <https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/02/o-direito-econ3b4mico-na-constituic3a7c3a30.pdf>. Acesso em: 22.6.2018.

27

FORGIONI, *op. cit.*, pág. 132.

28

FORGIONI. *op. cit.*, págs. 131-133.

29

SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda apud. SILVA, Américo Luís Martins, *op. cit.*, pág. 59.

30

GAEBLER, Ted e OSBORNE, David, *op. cit.*, 1998.



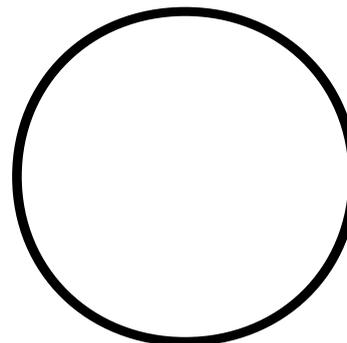
ANDRÉ L. COSTA-CORRÊA

REPRESENTAÇÃO
POLÍTICA E
LEGITIMIDADE:
UMA ANÁLISE
SOBRE O MODELO
DE ESCOLHA DOS
REPRESENTANTES
PARLAMENTARES
NO BRASIL

ANDRÉ L. COSTA-CORRÊA

JURISTA. PROFESSOR E CONFERENCISTA EM DIREITO PÚBLICO (CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO). PROFESSOR DO UNICIESA (AM), DA FACULDADE DA AMAZÔNIA OCIDENTAL (AC) E DO NÚCLEO DE DIREITO TRIBUTÁRIO DO CEU LAW SCHOOL (SP). PROFESSOR E PESQUISADOR VISITANTE NA BROOKLYN LAW SCHOOL (USA) E NO CENTRO DIDÁTICO EUROAMERICANO SULLE POLITICHE COSTITUZIONALI (CEDEUAM) DA UNIVERSITÀ DEL SALENTO (ITÁLIA). MESTRE E DOUTOR EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC/SP). MEMBRO DA ACADEMIA PAULISTA DE LETRAS JURÍDICAS (APLJ), CADEIRA 26. MEMBRO DA UNIÃO DOS JURISTAS CATÓLICOS DE SÃO PAULO, DA INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION E DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO FINANCEIRO. MEMBRO DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP. MEMBRO DO NÚCLEO DE ESTUDOS ESTRATÉGICOS EM TRIBUTAÇÃO (NEET).

INTRODUÇÃO



O QUE CONSTITUI UMA COMUNIDADE É A SUA FORMA DE GOVERNO (POR SER A AUTORIDADE SUPREMA). E a “Constituição” de um governo é soberana para seus cidadãos, sendo virtuosa apenas quando promover e garantir os interesses gerais para todos os seus membros. Assim, nas democracias, a soberania reside no próprio povo que, possuindo o gene da virtude social, constitui as bases da constituição de seu governo de forma democrática, porque os cidadãos se veem como iguais em buscar os interesses gerais e em garantir que todos busquem os seus próprios interesses particulares.

Sendo que “democracia” e “Constituição” (*politeia*), desde os tempos clássicos, são conceitos distintos, inclusive, em alguns casos, representando ideias contrapostas na medida em que aquela representava um modo ruim de governar (ou um modelo ruim ou degenerado de república), enquanto que esta era a forma boa de governo; apesar de que, quando contraposta, a ideia de democracia a outros modelos mais autocráticos ou mais monocêntricos (por exemplo, monarquia, aristocracia e oligarquia), a democracia passava a ser considerada como um bom modelo de governo. Então, democracia deve ser compreendida como um modelo específico de governo em que se verifica a igualdade absoluta entre os seus cidadãos e que é expresso por meio de uma “*constituição*” (conjunto de leis).

O conceito de democracia não representa o modelo de governo no qual a multidão é soberana (*oclocracia*), mas, sim, o modelo de governo em que o poder soberano está nas mãos dos homens livres – e que esses são a maioria dos membros de uma dada sociedade. Liberdade, inclusive, que é o traço característico da democracia.

Entretanto, a ideia de liberdade como autonomia e como obediência à lei prescrita pelos cidadãos de um dado Estado se torna um dos fundamentos para a utilização das Constituições como instrumento de governo democrático e para a preferência

desse regime de governo a todas as formas autocráticas de poder. Podendo-se, inclusive, afirmar que o Estado liberal é um pressuposto histórico e jurídico do Estado democrático moderno – e, também, dos modelos constitucionais de Estado.

Assim, Estado liberal e Estado democrático são interdependentes, porque o exercício de certas liberdades é fundamental para o exercício correto do poder democrático, bem como o poder democrático é necessário para garantir a existência das garantias fundamentais. E, como tais garantias fundamentais são expressas em Constituições, estas são, em último grau, interdependentes com os Estados democráticos, razão pela qual é pouco provável que um Estado democrático não se configure como um Estado liberal e constitucional – tanto que, segundo Bobbio, “Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos”¹.

Razão pela qual o anseio por democracia leva diretamente à necessidade de instituição de um Estado liberal constitucional.

Os recentes protestos populares nos últimos anos em países como Egito, Líbia e outros países africanos e do Oriente Médio não democráticos demonstram que o anseio democrático ainda é uma esperança para milhões de pessoas que vivem em regimes não democráticos no tocante à busca de modelos políticos com menos corrupção e que promovam a ampliação de direitos e garantias individuais, a institucionalização de meios de participação política e de representação e controle do poder do Estado e de seus agentes públicos. Sendo possível, inclusive, afirmar que o mundo vive hoje a transição entre a terceira e a quarta ondas de democratização.

Entretanto, os recentes protestos na Ucrânia e, em especial, no Brasil evidenciam que a democracia também apresenta fortes problemas e crises – sobretudo em razão da quebra de representação da sociedade pelos agentes políticos “ungidos” democraticamente e pela crescente onda de corrupção que invade as relações públicas nesses países. Situação que faz com que parcela da população clame por modificações nas condições e meios de exercício da democracia ou, em situações ainda mais graves, a resolução dos conflitos democráticos pela suplantação das normas constitucionais vigentes pela adoção de medidas “não democráticas” para a instauração posterior de um modelo mais democrático de Estado ou de representação política. Razão pela qual a democracia se encontra em um momento delicado – apesar de 63% da população mundial viverem em regimes democráticos – porque, desde 2006, verifica-se um retrocesso democrático no mundo com a ruptura recente da democracia no Egito, na Líbia, no Iêmen, na Síria e no Iraque².

Entretanto, é impossível afirmar se este momento é um retrocesso efetivo para o regime democrático ou apenas um recuo momentâneo para uma ampliação das bases democráticas.

O exercício da democracia em um Estado de direito republicano implica a definição de um modelo de escolha dos membros das Casas legislativas. Tal mecanismo visa não apenas a indicar quais membros da sociedade serão de-

signados como representantes parlamentares, mas, sobretudo, conferir-lhes legitimidade para o exercício do mandato parlamentar. Entretanto, a legitimidade dos representantes parlamentares ou a falta dessa deriva da maior (ou menor) representatividade que estes possuam em relação aos representados (sociedade), porque em uma República é condição *sine qua non* que os mandatários representem proporcionalmente os interesses do conjunto de eleitores (mandantes)³.

Do contrário, se o sistema de escolha para as Casas legislativas permitir o ingresso de representantes com baixa ou inexpressiva representatividade social, a não representação dos anseios sociais provocará desde a ilegitimidade das ações parlamentares (por desvio ético ou moral na condução das atividades legislativas)⁴ até a ruptura democrática e a descaracterização da própria República.

Isto acontece porque a força de qualquer democracia reside na necessidade de que o governo seja conduzido com base na vontade e no consentimento dos governados e, preferencialmente, na necessidade de que os governantes sejam empossados mediante eleição, visto que o povo é a primeira, verdadeira e eficaz fonte da lei⁵.

Além disso, a democracia representativa deve possibilitar que as minorias sociais consigam tentar a sua representação política nas mesmas condições que o conjunto majoritário da sociedade – mesmo que as minorias, pelo devido processo eleitoral, não consigam efetivamente a eleição de seus representantes – e que sejam protegidas (institucionalmente ou pela força dos direitos fundamentais) face o interesse da maioria. Somente dessa forma é que se pode obter a máxima autodeterminação em um Estado de direito democrático, na medida em que é indispensável uma representação equilibrada dos grupos de interesse e das forças de opinião existentes em uma dada sociedade para que se verifique uma legítima vontade política nos órgãos legislativos. Considerações iniciais sobre o momento democrático no mundo

Independentemente da nota introdutória, compreende-se que, antes de se avançar sobre o estudo dos mecanismos constitucionais para implementação e manutenção de democracias, é necessário compreender de forma efetiva o atual momento democrático no mundo, pois somente dessa maneira é que será possível compreender a eficácia dos mecanismos constitucionais de implementação e de manutenção dos regimes democráticos.

Preliminarmente, é importante compreender que, apesar dos atuais vícios democráticos em muitos países, a democracia ainda é um verdadeiro anseio para quem busca melhorias sociais e o combate às práticas ditatoriais em pleno século 21. Sobretudo porque ainda existe a compreensão de que o regime democrático, ao contrário dos países não democráticos, possibilita a ampliação e melhor distribuição da riqueza entre os indivíduos, estimula a paz nas relações sociais (inclusive, pela maior tolerância entre seus membros) e promove a diminuição considerável da corrupção. Além do que, nos Estados democráticos, verifica-se uma maior esfera de liberdade (inclusive, de expressão e de sexualidade), de estímulo às escolhas individuais e de proteção à propriedade e às relações individuais dos seus membros do que nos Estados não democráticos.

Além disso, as ideias de participação dos cidadãos na condução das ações sociais (tão forte na origem do modelo democrático na Grécia Antiga) e de equalização das relações entre sociedade e Estado (que possibilitou o modelo democrático norte-americano e que inspirou inúmeros Estados) vêm se transformando e possibilitando a piora das condições democráticas em muitos Estados – seja porque em muitos destes se verifica a instituição de “*democracias ilusórias*” (porque tais regimes legitimam verdadeiras autocracias por meio de eleições supostamente livres) ou porque a divisão político-partidária nessas sociedades faz com que o poder seja exercido em prol de apenas uma parcela da sociedade (transformando, inclusive, muitas dessas sociedades em verdadeiras oligarquias) – na medida em que tal transformação possibilita a diminuição ou exclusão de direitos ou instituições que são importantíssimas para a manutenção de democracias efetivas.

Outro elemento de pressão aos regimes democráticos tem sido a demonstração dada por alguns regimes não democráticos de que estes podem possibilitar maiores expansões e distribuição da renda em relação àqueles, mesmo que não consigam garantir ampla liberdade aos seus cidadãos (como se verifica nos regimes democráticos). E também porque, para muitos dos cidadãos dos países não democráticos, a falta de democracia não é efetivamente um problema; podendo, inclusive, ser compreendida como uma medida profilática a inúmeros problemas econômicos e sociais, porque aqueles compreendem que a democracia e a ampla liberdade nos Estados democráticos ocidentais levaram inúmeros países a crises institucionais nos últimos anos.

Por outro lado, tão perigoso quanto Estados não democráticos no tocante às liberdades individuais são os Estados supostamente democráticos, i. e., Estados que não mantêm a substância da democracia em suas relações sociais – como Rússia, Síria, Irã, Venezuela, Bolívia e Argentina. Tais Estados são meras democracias de fachada, porque seus líderes são ungidos por eleições, nem sempre livres e isentas, à condição de responsáveis pela manutenção dos valores “revolucionários” que lhes possibilitaram assumir o poder ou porque passam a ser os responsáveis pela manutenção dos valores do Estado para os quais foram eleitos. Assim, para manter as condições políticas pelas quais foram eleitos, seus líderes sobrelevam os direitos e garantias fundamentais a fim de prender ou perseguir os opositores ao regime, para interferir profundamente na liberdade de imprensa a fim de distorcer a realidade para se manterem no poder e, sobretudo, para justificar a ação de políticas públicas – como nacionalização e estatização de ativos internacionais e privados, restrição às trocas comerciais internas e externas, o controle de fluxos cambiais etc.

Da mesma forma, tão perigoso quanto os Estados não democráticos são as tentativas de se institucionalizar a democracia por meio de intervenções militares para deposição de ditadores – por exemplo, o ocorrido no Iraque – ou pelo incentivo de grupos armados de oposição aos regimes não demo-

cráticos – por exemplo, o que se verifica atualmente na Síria. Isto porque tais práticas não possibilitam o surgimento de efetivas democracias, mas, pelo contrário, possibilitam o surgimento de grupos extremistas fortemente ditatoriais e não democráticos ou a tomada democrática do Estado por grupos organizados que procuram manter afastada a sociedade dos valores democráticos, exemplo dessa situação aconteceu recentemente no Egito, quando, após a queda do ex-presidente Hosni Mubarak, houve a tomada “democrática” do poder pela Irmandade Muçumana, o que possibilitou com que a incipiente democracia egípcia se transformasse em um regime em prol dos vencedores, o que possibilitou, inclusive, a deposição do presidente eleito por um golpe militar, fazendo com que o Egito deixasse efetivamente de ser, pelo menos até o presente momento, uma efetiva democracia.

Ademais, outra evidência do colapso da democracia no mundo são os regimes democráticos que promoveram, mesmo que de forma não institucional, a formação de regimes democráticos unipartidários. Exemplos dessa situação são a África do Sul (com o Congresso Nacional Africano), a Argentina (com os peronistas), o México (com o Partido Revolucionário Institucional) e a Venezuela (com o Partido Socialista Unido da Venezuela). No caso do México, por exemplo, o PRI só não esteve na presidência do país no período entre 1928 e 2012, nos anos entre 2000 e 2012. Nesses países, apesar da democracia poder ser exercida, ainda, com relativa participação social, o modelo democrático possibilitou que um determinado partido fosse o responsável pela prática política. Institucionalizou-se, assim, a democracia unipartidária, posto que o partido da situação, por manter fortes vínculos com o Estado, é o principal captador de recursos para as campanhas políticas e, por consequência, passa a ser a representação política que consegue manter a maioria nos parlamentos e dos governos locais, o que promove a manutenção do partido político na condução “democrática” do poder e da sociedade nesses Estados. Tal prática possibilita, ao longo dos anos, o desaparecimento da noção popular do que seja “democracia”, possibilitando com que tais países migrem para modelos não democráticos e, por consequência, enfraqueçam as instituições democráticas e os regimes de liberdades e garantias individuais e, inclusive, possibilitem o surgimento de grupos parademocráticos que se apoderam de parcelas significativas de territórios do Estado (como grupos guerrilheiros, de narcoguerrilhas, milícias etc.).

Entretanto, se tais situações têm promovido um novo enfraquecimento dos regimes democráticos, por outro lado, têm possibilitado a atenuação de suas críticas e o surgimento de propostas para sua otimização⁶.

Todo esse cenário possibilita a conclusão de que “existem democracias mais sólidas e menos sólidas, mais invulneráveis e mais vulneráveis. Existem diversos graus de aproximação com o modelo ideal, mas mesmo a democracia mais distante do modelo não pode ser de modo algum confundida com um Estado autocrático e menos ainda com um totalitário”⁷.

Pelo exposto, é possível afirmar que a democracia não se mantém apenas e tão somente pelo anseio popular ou pela sua institucionalização como modelo de regime político. É necessário que as instituições democráticas sejam criadas, mantidas e promovidas integralmente, sob pena de o regime democrático se transformar em mera ideia retórica.

CONSIDERAÇÕES SOBRE DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Desde a idade clássica até os dias atuais, o termo “democracia” foi sempre empregado para designar uma forma de governo (i. e., uma das formas pelas quais se pode exercer o poder político). Contudo, múltiplas são as concepções do que seja uma democracia.

Para Platão⁸ e para Aristóteles⁹, a democracia é uma degeneração ou da cidade ideal ou da constituição modelo. Aristóteles define que a degeneração se dá porque a democracia, enquanto governo dos pobres em contraposição à aristocracia, tende à corrupção do governo porque dirige à constituição modelo não aos interesses de todos (interesses gerais), mas, sim, apenas aos particulares dos pobres – mesmo que estes sejam a maioria no Estado. Apesar disso, Aristóteles considera a democracia como o regime no qual o poder político se encontra na mão da maioria livre de uma dada população. Sendo que a democracia podia ter como fundamento a igualdade (i. e., modelo em que ricos e pobres não tenham privilégios políticos, sendo ambos soberanos na mesma proporção), a condição da magistratura ser exercida por um número reduzido de pessoas – as que fossem dotadas de censo (valor monetário) para o exercício da função pública ou que fossem incorruptíveis – ou que os cidadãos façam a gestão desta (nesse caso, a soberania é firmada na lei) ou, em último caso, o desejo da multidão.

Bobbio afirma que a democracia, como as demais formas de governo, pode ser boa ou má. Mas, independentemente dessa premissa, defende que a democracia – enquanto definição mínima – é uma forma contraposta a todas as formas autocráticas de governo. Sendo que a democracia caracterizar-se-ia como um “conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos¹⁰”; sendo indispensável, também, a existência de “alternativas reais” de escolha para os indivíduos postos em condição de poder escolher as decisões vinculatórias à sociedade, bem como as condições fundamentais, indisponíveis e invioláveis (por exemplo, de liberdade, de opinião, de reunião, associação etc.), para que tal escolha seja “livremente” construída por aqueles. Bobbio ressalta, ainda, que a regra basilar da representatividade democrática é a “regra da maioria¹¹”, ou seja, a regra que impõe como decisão coletiva – e, portanto, vinculatória a todos do grupo social – a decisão que vier a ser aprovada pela maioria (simples ou qualificada) dos agentes competentes a tomar a decisão.

Contudo, defensores do neoconstitucionalismo e da posição ativista das Cortes constitucionais acreditam que cabe a estas assegurar o *governo da maioria* e a igual dignidade de todos os cidadãos. Isso porque partem da premissa de que as Casas Legislativas e os Executivos não representam os anseios da *maioria da sociedade* e, por conseguinte, acabam por privilegiar os interesses de uma *minoria identificada nos mandatários eleitos em vez de representar os reais anseios sociais* – visto que, por vezes, as *maiorias* representadas nas casas legislativas provocam a “tirania das maiorias” e oprimem minorias. Em especial, porque compreendem que a política majoritária, fundamento do sistema democrático, é apenas um aspecto puramente formal da democracia e que as dimensões *a. substantiva¹²* e *b. deliberativa¹³* da democracia não podem ser ignoradas pelas Cortes constitucionais¹⁴; bem como que o conceito atual de democracia transcende a ideia de governo da maioria, porque exige a incorporação de outros valores fundamentais¹⁵ (como liberdade e justiça – expressos na compreensão de que cabe a cada indivíduo o igual respeito e consideração). Logo, às Cortes constitucionais caberia o dever de encontrar soluções políticas necessárias quando estas não se encontrem enunciadas no ordenamento jurídico.

Apesar das posições acima identificadas, pode-se afirmar que a democracia não é efetivamente uma onicracia, tampouco tem a pretensão de se tornar uma, visto que esse fim é inatingível (apesar de ser um ideal-limite). Isso porque nem todos os membros de uma dada sociedade estão legitimados a tomar partido nas decisões coletivas¹⁶. Contudo, maior será o status democrático de uma sociedade quanto menor for o número de agentes sociais afastados das decisões coletivas, visto que a democracia é efetivamente uma policracia.

Pelo exposto, compreende-se que democracia representa a contraproposta a todas as formas de governo autocrático e/ou invisível¹⁷ da “*teatocracia*”, e que, por isso mesmo, aquela pode ser compreendida como sendo o conjunto de regras (primárias e fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas ou concordadas e quais são os procedimentos legítimos para tanto¹⁸ – isso porque “para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos¹⁹”. E que, por isso mesmo, é o regime em que são mantidos os direitos naturais de liberdade, que se garante a existência do pluripartidarismo político e da universalidade e periodicidade de eleições e, sobretudo, que preserva as decisões de seus membros e/ou de seus representantes²⁰.

Assim, a compreensão moderna de democracia implica o reconhecimento de uma forma de legitimação e de controle das decisões políticas em uma dada sociedade. Isto é, a democracia hodierna se traduz em um modelo de auto-organização política da sociedade em que uma minoria aceita livremente ser temporariamente “dominada” por uma maioria, a qual se obriga a somente modificar o plano jurídico

por meio das regras anteriormente fixadas pelo conjunto da sociedade e, sobretudo, a garantir a participação política daquela até o momento em que esta procure romper com a democracia²¹ – e, em especial, com o *establishment*.

Dessa forma, pensar em democracia é pensar em participação nas escolhas vinculatórias e, por consequência, em renúncia ao princípio da liberdade como autonomia absoluta do indivíduo. Isso porque todos os legitimados passam a ser os responsáveis diretos pela formação da vontade social (e não apenas alguns, por exemplo, na tecnocracia, na plutocracia ou na burocracia) ou os responsáveis pela escolha dos representantes que passarão a ser os responsáveis pelas escolhas vinculatórias e, também, passam a ser os responsáveis (diretos ou indiretos) pela condução das ações coletivas que limitam os interesses individuais ou meta-individuais – no caso de democracia direta, da “*cidadania ativa total*” ou na “*computadorocracia*”²². Mas em ambos os casos, constata-se uma ideia de representação de uma minoria por uma maioria, a qual passa a conduzir as práticas sociais em seu nome e, inclusive, em nome daqueles que não lhe integram – representação inclusive que pode ser implementada de forma contramajoritária quando a maioria dos representantes se relacionar com a minoria dos representados.

Por essa razão, a ideia de democracia implica a existência dialética de participação (escolha/consenso) vinculatória(o) e de dissenso, os quais se consubstanciam nas ideias de representados e de representantes, bem como na de interesses a serem livremente representados ou não nos centros de poder do Estado democrático. No entanto, a representação não é uma condição fundante para a existência de democracia, visto que esta pode ser exercida sem a presença de representantes, i. e., de forma direta. Mas é impossível se falar em democracia sem se falar em dissenso e em vinculação ao consenso contraposto àquele.

E da mesma forma que “democracia” apresenta uma pluralidade de significados, verifica-se uma pluralidade de modelos para democracia representativa e para o exercício direto da democracia.

O exercício direto²³ da democracia se verifica quando os agentes sociais participam das escolhas vinculatórias sem a intermediação de representantes. Tais deliberações podem se dar por inúmeras formas, como por meio de “assembleias de cidadãos”, pela “*computadorocracia*”, pelos institutos do referendo, do plebiscito ou do *recall* (revocação popular) e, inclusive, pela possibilidade do veto popular.

A complexidade das relações políticas em um Estado moderno acaba por dificultar ou inviabilizar o exercício da democracia política direta – tanto que nenhum Estado contemporâneo consegue funcionar apenas com um ou com outro desses institutos de democracia direta ou, inclusive, com todos conjuntamente. Mas o mesmo não se pode dizer do aumento da participação social nas escolhas vinculatórias. Tanto isso é verdade que a ampliação da democracia direta é percebida pelo aumento do processo de democratização em si, i. e., pelo aumento da participação social no processo político e/ou social. Os indivíduos

têm, em suas relações sociais, ampliado o sentido de sua própria cidadania e ocupado “espaços até agora dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático”²⁴. Compreendendo-se, inclusive, que a ampliação da participação democrática nas relações sociais é condição para a utilização possível dos mecanismos de democracia direta, para o bom exercício de uma democracia representativa nos Estados democráticos e para a ampliação do status democrático para as zonas sociais (ou polos de poder) ainda não democráticas (os).

Percebe-se, assim, nas democracias consolidadas uma ampliação, mesmo que de forma tangencial, da participação direta dos agentes sociais em distintos fóruns de deliberação social, v. g., nos conselhos escolares e tutelares das crianças e adolescentes, nas agências de fiscalização e planejamento das políticas públicas, nos fóruns de deliberação orçamentária, nos sistemas de vigilância pública, nas sub-sedes administrativas etc. Além disso, mesmo os movimentos sociais têm se consubstanciado em importante vetor de democracia, porque interferem diretamente nas ações e escolhas dos representantes políticos nas democracias representativas.

Ademais, Bobbio ressalta que “o ideal da democracia direta como a única verdadeira democracia jamais desapareceu, tendo sido mantido em vida por grupos políticos radicais, que sempre tenderam a considerar a democracia representativa não como uma inevitável adaptação do princípio da soberania popular às necessidades do grandes Estados, mas como um condenável ou errôneo desvio da ideia originária do governo do povo, pelo povo e por meio do povo”²⁵.

Por outro lado, no tocante à democracia representativa, esta não pode ser considerada como mero sinônimo de democracia parlamentar – apesar de esta ser a forma mais comum de democracia representativa em vigor no mundo moderno. Sobretudo porque, conforme mencionado alhures, democracia é modelo político que estabelece “*quem está autorizado a tomar decisões coletivas ou concordadas e quais são os procedimentos legítimos para tanto*”. Assim, na democracia representativa existe tão somente a necessidade de se identificar quem serão os responsáveis pelas deliberações coletivas (i. e., que dizem respeito à coletividade), membros eleitos para um parlamento ou não. Por consequência, as democracias podem ser representativas, apesar da inexistência de parlamentos; bem como um Estado parlamentar pode não ser uma democracia representativa.

Nas democracias representativas, os representantes passam – por meio de modelos de escolha universal, livre e paritária – a representar não mais os cidadãos que os escolheram, mas, sim, as escolhas sociais e políticas que possibilitaram com que parcela da sociedade os escolhessem para representá-los e, em menor escala, os interesses daqueles que não os escolheram (as minorias). Os representantes passam a representar interesses sociais gerais ou particulares de parcela da sociedade, por isso que o produto da participação social em uma democracia não é somente a escolha de representantes, mas sobretudo a escolha da representação programática dos interesses políticos, sociais, ideológicos, religiosos, culturais e, entre outros, econômicos, que representarão a sociedade nos centros de decisão.

Entretanto, o termo “representação” apresenta uma pluralidade de significados, dos quais é possível estabelecer alguns questionamentos comuns e relacionáveis às distintas significações deste nos campos da sociologia, das ciências política e jurídica. Assim, da ideia de representação, é possível se questionar: **a.** quais são os limites da representação e **b.** qual o conteúdo da representação.

Em face disso, pode-se dizer que a representação é limitada (ou vinculada), quando o representante o faz por meio de uma delegação (mandato) extremamente limitada e revogável *ad nutum* (i. e., quando o representante exerce seus poderes de representação nos limites e na finalidade definidos pelo representado). Ou que a representação é não vinculada (fiduciária), i. e., quando o representante, tendo o poder de agir com certa liberdade em nome dos representados – “na medida em que, gozando da confiança deles, pode interpretar com discernimento próprio os seus interesses²⁶” – exerce seu poder de representação sem um vínculo de mandato, i. e., sem um mandato imperativo.

O modelo de representação por delegação por possibilitar a revogação do mandato do representante se aproxima da democracia direta. É, segundo Bobbio, um modelo “anfíbio²⁷”. Contudo, tal modelo de representação pode ser menos democráticos que os modelos de representação fiduciária, porque a delegação impõe o reconhecimento de um poder autocrático que determina os limites para o exercício do poder de representação; bem como porque a representação fiduciária tende a ser constituída por um fluxo de poder de baixo para cima enquanto que o modelo por delegação pressupõe uma vetorização de poder de cima para baixo, i. e., do delegante para o delegatário²⁸.

Além do que, segundo Bobbio, existe uma relação entre a representação por delegação e a representação dos interesses particulares; bem como uma relação entre a representação fiduciária e a representação dos interesses gerais. Razão pela qual Bobbio afirma que “as duas coisas caminham juntas²⁹”.

Assim, os representantes em uma “democracia representativa”, enquanto agentes fiduciários, nem sempre representam os interesses específicos de seus representados.

Conforme mencionado alhures, a representação sempre está relacionada à existência de interesses gerais e/ou particulares (i.e., relacionados a uma dada característica dos representados – v. g., de ser comerciante, de ser mulher, de ser de uma dada cidade etc.) dos representados. A representação não se faz, portanto, de forma geral, i. e., a representação não está relacionada a interesses gerais dos representados, mas, sim, a uma multiplicidade de interesses particulares destes. Da mesma forma, o representante não está necessariamente conectado aos interesses particulares de seus representados. Em outros termos. Um homem pode representar os interesses femininos (v. g. o direito à ampliação da licença-maternidade), da mesma forma que uma mulher pode representar os interesses dos comerciantes ou dos indivíduos de uma dada região – independen-

temente de serem representados apenas homens ou mulheres. Assim, a representação será sempre mais efetiva (ou, legítima) quando representados e representantes comunguem dos mesmos interesses gerais e particulares.

Apesar disso, concorda-se com Bobbio³⁰ que, na maioria das vezes, os representantes, nas democracias representativas, mesmo gozando da confiança do corpo eleitoral, passam, a partir de sua eleição, a não ser mais responsáveis perante os próprios eleitores que os elegeram porque são escolhidos para tutelar os interesses gerais daqueles, em vez dos interesses particulares de categorias específicas de seus representados. Isso se dá porque, nessa hipótese, “a solidariedade de partido e, portanto, a visão dos interesses gerais é mais forte que a solidariedade de categoria e, portanto, a consideração dos interesses particulares³¹”.

Isso poderá fazer com que os interesses dos representantes não sejam equivalentes aos interesses da sociedade – e, inclusive, à da própria parcela da sociedade que estes deveriam representar – o que pode provocar uma percepção de não representação por parte dos representados e a convicção dos representantes de que seus interesses são equânimes aos dos representados.

Ademais, a melhor ou maior articulação de determinados grupos de interesses e, também, o próprio modelo de formação e/ou escolha dos representantes pode possibilitar com que, apesar de uma relativa homogeneidade dos representados, que os representantes eleitos apresentem uma desconexão com a totalidade dos representados, i. e., os representantes eleitos podem não efetivamente representar de forma proporcional o conjunto da sociedade, posto que podem representar apenas parcela da sociedade, pois somente os votos que elegem os representantes é que interferem no fluxo político das escolhas vinculatórias em uma democracia representativa.

Não obstante, a desconexão entre mandatários e sociedade pode ser agravada pela baixa compreensão por parte dos membros desta de que aqueles devem, com base na diplomação, não mais representar apenas os interesses dos que lhe elegeram, mas, sim, de toda sociedade para os quais aqueles foram eleitos para representar. Ou seja, a sociedade pode ter a falsa percepção de que os mandatários devem ser os delegados imperativos dos interesses sociais que lhes elegeram e não de toda a coletividade – desconhecendo, assim, o princípio basilar e principiológico do mandato livre que embasa a compreensão de representação política desde a França revolucionária.

Ademais, a percepção de possível não representação, por parte dos representados, por ser agravada, também, pela possibilidade de que os representantes eleitos mudem de organizações partidárias durante o mandato, migrem do polo oposicionista para o polo situacionista ou vice-versa, pela possibilidade de que um representante relacionado a um número menor de votos seja guiado ao centro de poder no lugar de um outro representante que tenha angariado um número maior de votos durante o processo de eleição destes (i. e., pela existência de mandatos partidários em vez de mandatos individuais), pela baixa conexão entre as propostas aprovadas e a condução “filosófica” dos partidos políticos representados nos parlamentos

e nos Poderes Executivos – i. e., por vezes os partidos políticos professam diretrizes para seus associados que são diametralmente opostas às escolhas que seus membros fazem na ação política cotidiana (por exemplo, partidos trabalhistas que votam contra os “interesses” dos trabalhadores ou partidos de “centro-esquerda” que adotam diretrizes de “centro-direita”) – e pela baixa participação da maioria dos mandatários no dia a dia dos parlamentos (pois a maioria destes apenas figura no processo legislativo como “optantes” pela aprovação ou rejeição dos projetos legislativos que são de autoria de uma minoria dos membros do parlamento). Além disso, a percepção de baixa representatividade dos mandatários eleitos no processo democrático pode ser derivada, ainda, do baixo envolvimento dos mandatários na deliberação das propostas populares.

Tais situações agravam a percepção da não representação em uma democracia representativa e acabam por provocar, também, uma crítica infundada ao modelo de democracia representativa porque, na verdade, a crítica deveria ser dirigida ao modelo de representação. Da mesma forma, o distanciamento dos representantes dos anseios particulares dos representados possibilita, também, o anseio por parte desses da instauração de métodos alternativos de democracia direta ou da ampliação dessa.

Essas práticas podem possibilitar, inclusive, com que o empenho de poucos nas ações políticas seja, frequentemente, a indiferença de muitos³². Ou seja, as situações descritas podem aumentar a abstenção de participação da sociedade no momento de escolha dos parlamentares ou, no pior sentido, possibilitar a diminuição do voto de opinião (inclusive, em sua modalidade de protesto) e o crescimento do voto de escambo ou *clientelar* – em que os representados buscam obter vantagens pessoais ou a manutenção de privilégios públicos (como a manutenção de benefícios sociais) de seus possíveis representantes.

Sendo que todas as situações mencionadas levam à descrença do próprio sistema político partidário que possibilita a representação social em uma democracia, o que acaba por agravar o próprio sentimento de não representação e, conseqüentemente, possibilita a quebra da legitimação do exercício do poder político e, *vis a vis*, gera instabilidades institucionais que podem levar à ruptura da própria democracia.

Talvez por isso que Bobbio tenha ressaltado que a extensão do processo de democratização não deveria passar pela extensão da democracia representativa para a democracia direta ou pela transformação da democracia política em democracia social³³, mas deve passar obrigatoriamente pela ampliação dos espaços políticos em uma dada sociedade, ou seja, pela ampliação dos espaços onde seja possível a sociedade desenvolver e exercer a política na medida em que “a única garantia de respeito aos direitos de liberdade está no direito de controlar o poder ao qual compete esta garantia³⁴”.

Entretanto, é forçoso reconhecer que as críticas e ponderações acima realizadas são mais relacionadas a modelos de representação parlamentar do que aos modelos de representação democrática.

Em face do exposto, concorda-se com Bobbio que “a representação por mandato não é propriamente a democracia direta, é uma estrada intermediária entre a democracia representativa e a democracia direta³⁵”. E também que “entre a democracia representativa pura e a democracia direta pura não existe, como creem os defensores da democracia direta, um salto qualitativo, como se entre uma e outra existisse um divisor de águas e como se a paisagem mudasse completamente tão logo passássemos de uma margem à outra³⁶”.

Destarte, é importante ressaltar que o conceito de “representatividade” é amplo o suficiente para incluir inúmeras formas de representação dentro de si – não apenas a mera representação político-partidária ou parlamentar. No entanto, a representatividade pode ser por fidiúcia ou por delegação, i. e., que os representantes escolhidos possam ou não escolher livremente os interesses que representarão (interesses gerais) ou se estarão sempre delimitados pelos interesses que devem representar (interesses particulares) – condição que possibilita, inclusive, a conclusão de Bobbio de que “as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por representante se entende uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: **a.** na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; **b.** não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria³⁷”.

Mas seriam os juízes representantes políticos legitimados pela sociedade para escolher discricionariamente interesses políticos a serem representados em suas decisões? Para os neoconstitucionalistas, ao intérprete constitucional cabe o dever de aproximar o direito da moral e de outros domínios do conhecimento (por exemplo, a filosofia política) para construir uma solução *política* que não se encontra no enunciado normativo emitido pelos Poderes Legislativo e Executivo. Isso porque compreendem que, por vezes, o correto (i. e., a melhor decisão política possível) não estaria sempre e unicamente no enunciado legislativo, mas no enunciado judicial – o qual encontra sua legitimidade democrática na “promoção do bem comum”, na teoria da justiça, na moralidade e na dignidade humana³⁸. Além disso, a legitimidade democrática dos juízes decorre da própria argumentação normativa racional que justifica seus enunciados (despachos, sentenças e acórdãos), bem como de não serem agentes políticos mandatários.

Em relação à resposta política correta, talvez o principal fundamento de legitimidade seja a discricionariedade judicial. Sendo que essa somente é possível no novo ambiente de interpretação jurídica, o qual possibilitou a separação da crença de que cabe ao juiz apenas realizar subsunções mecânicas dos fatos aos enunciados normativos, porque ao juiz cabe o papel proativo de conferir sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados.

Segundo o min. Luis Roberto Barroso a:

Discricionariedade judicial (...) traduz o reconhecimento de que o juiz não é apenas a boca da lei, um mero exegeta que realiza operações formais. Existe uma dimensão subjetiva na sua atuação. Não a subjetividade da vontade política própria – que fique bem claro –, mas a que inequivocadamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época^{39 40}.

Por outro lado, como o inciso III, do parágrafo único, do art. 95, da Constituição Federal de 1988 prevê que aos juízes é vedada a dedicação político-partidária são possíveis duas interpretações. A primeira, que a Constituição Federal veda apenas e tão somente a filiação aos membros do Poder Judiciário a fim de manter a harmonia e a independência entre os Poderes da República. Por outro lado, pode-se compreender que aos membros do Poder Judiciário é vedada atuação política passiva plena, i. e., que sua atuação não seja direcionada a legitimar interesses políticos por meio de suas decisões; assim, sendo vedada a atuação política passiva aos magistrados, a esses é vedada a legitimidade política para expressar sua subjetividade política por meio de sua atuação jurisdicional.

PROMESSAS NÃO CUMPRIDAS PELA DEMOCRACIA

Segundo Bobbio, é possível indicar seis promessas não cumpridas pela democracia (face o aumento da complexidade dos regimes sociais democráticos e das transformações da sociedade civil). A saber: **a.** nascimento da sociedade centrípeta⁴¹, i. e., com múltiplos polos de poder; **b.** instalação de um modelo efetivo de representação livre e não correlacionado a outros interesses que não os interesses dos eleitores dos representantes democraticamente eleitos; **c.** a derrota do poder oligárquico, visto que o modelo hodierno de democracia é caracterizado pela existência de inúmeras elites e, sobretudo, pela existência de uma oligarquia política que, por vezes, sequestra os partidos políticos; **d.** a ampliação do espaço democrático na sociedade; **e.** a eliminação do poder invisível; e **f.** a construção de uma educação para a cidadania – a erosão desta é decorrência da apatia política e na diminuição preocupante da participação social na escolha dos representantes políticos.

Além dessas promessas não cumpridas, pode-se afirmar que nas democracias atuais se verifica um crescimento da “participação permutativa” dos eleitores e uma diminuição constante do “voto de opinião”. Bem como é possível afirmar que a democracia moderna tem se transformado, aos poucos, em uma efetiva tecnocracia burocrática, fazendo com que o vetor do poder social seja redirecionado, em vez da base para vértice, do vértice para a base social – sendo o vértice ocupado por uma classe burocrática “altamente” especializada. Condição, inclusive, que possibilita afirmar que muitas das democracias atuais não mais podem ser caracterizadas como Repúblicas.

Outra promessa não cumprida pela democracia é de que a garantia do pluralismo político melhora as práticas democráticas. Seja porque o pluralismo político-partidário exacerbado promove e preserva as “monoligarquias” e, por consequência, enfraquece a democracia em uma dada sociedade, seja porque o pluralismo político-partidário deturpa e corrompe o modelo de representação nas democracias representativas⁴², na medida em possibilita (ou, inclusive, estimula) o consenso por cooptação ou porque impede o consenso dos representantes em torno de uma única escolha vinculatória em face de divergências quanto à vinculação da pluralidade dos agentes sociais a uma única escolha política. Assim, a pluralidade político-partidária extremada não garante mais democracia; porém, conforme mencionado alhures, a inexistência de pluralidade político-partidária ou de representação social é tão ou mais prejudicial à democracia, pois transforma essa em uma “pseudodemocracia”.

Em face disso, toda e qualquer democracia deve ser, portanto, pluralista, visto que a inexistência mínima de pluralidade política em um Estado promoverá a instauração de modelos de governo autocráticos e/ou monocráticos, os quais são incompatíveis com a policracia democrática. A pluralidade em uma democracia garante a existência do dissenso – o qual é característica fundamental desta –, e este garante permite uma “maior distribuição do poder⁴³” e uma “democratização da sociedade civil⁴⁴”.

A questão da própria representatividade é uma promessa não totalmente cumprida em alguns regimes democráticos (como o Brasil), porque em determinados regimes os representantes eleitos (em especial, deputados e vereadores) passam a ser mandatários das organizações partidárias pelas quais foram eleitos porque passam a sofrer penalizações por parte destas (quando se subtraem à disciplina do partido político) ou pelo próprio regime eleitoral (quando retira o mandato do representante quando, após a diplomação, o representante troca de partido político). Além disso, inúmeros partidos políticos acabam por estimular e preservar oligarquias regionais (ou locais), impedindo com que aqueles sejam representativos dos interesses gerais dos eleitores.

Por consequência, outro efeito não totalmente combatido pela democracia representativa foi a própria quebra das relações oligárquicas, visto que o custo elevado e crescente das campanhas políticas fez com que o sistema democrático representativo fosse, aos poucos, transformando-se em um sistema plutocrático – em que os mais ricos possuem maiores chances de vir a se tornarem um dos representantes eleitos. Situação essa que é agravada, inclusive, pela vedação de doações de empresas privadas aos candidatos, pela autorização de doação de recursos para campanha político apenas aos partidos políticos e pela fixação de limites para doações de indivíduos.

A democracia representativa também não conseguiu possibilitar a renovação gradual da sociedade por meio do livre debate de ideias e da mudança das mentalidades e do modo de vida de seus participantes porque, apesar dos direitos fundamentais de liberdade serem condições fundantes para a construção de

qualquer regime democrático, a prática democrática pelo grupos técnico-oligárquicos acaba por não desestimular a renovação da sociedade, pois aqueles preferem manter o *status quo* a implementar fortes e constantes mudanças no estrato social, visto que estas podem, inclusive, vir a lhes ocasionar a perda do poder. Tal compreensão é reforçada pela comprovação de que as recentes “revoluções silenciosas” de cunho supostamente “democráticos” (como a “Primavera árabe”) não implicaram nem a efetiva renovação do status cultural dos membros dessas sociedades (inclusive, arraigando-se, em alguns casos, alguns “vícios” culturais dessas sociedades – por exemplo, a segregação de participação do sexo feminino nas decisões sociais), nem a implementação de modelos democráticos de Estados.

Apesar disso tudo, concorda-se com Bobbio de que o conteúdo mínimo (a saber: garantia dos principais direitos de liberdade, existência de vários partidos políticos em concorrência entre si, eleições periódicas, sufrágio universal, decisões coletivas ou concordadas ou adotadas por maioria, manutenção do livre debate entre as partes ou entre os aliados de uma coalizão política⁴⁵) do Estado democrático não encolheu – apesar de se verificarem democracias mais ou menos sólidas, mais ou menos vulneráveis a interferências internas e/ou externas, bem como Estados mais ou menos democráticos.

PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO: A IDENTIFICAÇÃO DE UM PROBLEMA

A principal crítica que tem sido realizada ao sistema político no Brasil é quanto ao modelo do “presidencialismo de coalizão” que se tem praticado nos últimos anos.

A expressão “presidencialismo de coalizão” foi adotada por Sérgio Abranches no estudo “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro^{46 47}”. Nesse estudo, Abranches pondera que o plano macropolítico brasileiro é marcado por disparidades de comportamento – desde as formas mais atrasadas de clientelismo até os padrões de comportamento ideologicamente estruturados – e por um “pluralismo de valores⁴⁸”, o qual é marcado pela constatação de que “diferentes grupos associam expectativas e valorações diversas às instituições, produzindo avaliações acentuadamente distintas acerca da eficácia e da legitimidade dos instrumentos de representação e participação típicos das democracias liberais⁴⁹”, que não possibilitam a “adesão generalizada a um determinado perfil institucional, a um modo de organização, funcionamento e legitimação da ordem política⁵⁰”. Da mesma forma, verifica-se um pluralismo no tocante aos objetivos, aos papéis e atribuições que a sociedade atribui ao Estado, o que possibilita “matrizes extremamente diferenciadas de demandas e expectativas em relação às ações do setor público, que se tradu-

zem na acumulação de privilégios, no desequilíbrio permanente entre as fontes de receita e as pautas de gasto, bem como no intenso conflito sobre as prioridades e as orientações do gasto público⁵¹”; além disso, possibilita o acúmulo de “insatisfações e frustrações de todos os setores, mesmo daqueles que visivelmente têm se beneficiado da ação estatal⁵²”.

Abranches afirma que o modelo de presidencialismo de coalizão no Brasil é marcado por uma “certa informalidade pré-institucional nas transações políticas, superposta à continuidade da gestão por meio de um aparelho estatal marcado ainda pelas distorções produzidas pelas regras burocrático-autoritárias de direção política⁵³”. O que possibilita com que o referido autor conclua que: “No plano político, é como se o governo precedesse o regime⁵⁴”.

Segundo Abranches,

(...) a dinâmica macropolítica brasileira tem se caracterizado, historicamente, pela coexistência, nem sempre pacífica, de elementos institucionais que, em conjunto, produzem certos efeitos recorrentes e, não raro, desestabilizadores. Constituem o que se poderia classificar, com acerto, as bases de nossa tradição republicana: o presidencialismo, o federalismo, o bicameralismo, o multipartidarismo e a representação proporcional. Seria ingênuo imaginar que este arranjo político-institucional se tenha firmado arbitrariamente ou fortuitamente ao longo de nossa história. Na verdade, expressa necessidades e contradições, de natureza social, econômica, política e cultural, que identificam historicamente o processo de nossa formação social. Tais características compõem uma ordem política que guarda certas singularidades importantes no que diz respeito à estabilidade institucional de longo prazo, sobretudo quando analisadas à luz das transformações sociais por que passou o País nas últimas quatro décadas, do grau de heterogeneidade estrutural de nossa sociedade e da corrente propensão ao conflito⁵⁵.

No entanto, segundo demonstrado por Abranches⁵⁶, o Brasil adota muitas das mesmas características institucionais das 17 democracias mais estáveis e relevantes do pós-guerra⁵⁷.

Ressalte-se, porém, que, no Brasil, existe um multipartidarismo exagerado⁵⁸, i. e., existe uma proliferação exagerada de agremiações políticas – tanto isso é verdade que no momento de formulação deste estudo, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) reconhecia a existência de 35 partidos políticos, mas apenas 27 deles possuíam “representantes eleitos” na Câmara Federal e tão somente 17 possuíam representantes no Senado Federal⁵⁹.

Tal multipartidarismo, associado ou não ao modelo de escolha proporcional dos representantes políticos dos parlamentos, faz com que os sistemas presidencialistas de governo busquem a implantação de uma necessária coalizão partidária, porque quase sempre o partido político do chefe do Poder Executivo não consegue obter votos suficientes para eleger a maioria nos referidos parlamentos – em especial, no tocante ao Congresso Nacional.

Pondere-se, por outro lado, que essa situação não é uma exclusividade do sistema político brasileiro, porque o governo de coalizão se repete, também, em outras democracias (presidencialistas ou parlamentaristas) que apresentam um número elevado de partidos políticos⁶⁰ – independentemente de possuírem ou não o mesmo modelo de representação popular.

Mas o caso brasileiro destoa das demais democracias pluripartidárias de coalizão porque o nosso pluripartidarismo não decorre de uma efetiva pluralidade e heterogeneidade social porque não apresentamos uma elevada clivagem cultural e/ou religiosa (como a Holanda, a Finlândia, a Itália e, entre outros, a França⁶¹). O multipartidarismo no Brasil é mais fisiológico do que uma decorrência político-social.

Em face disso, Abranches identifica como “presidencialismo de coalizão” o modelo composto pelas seguintes características: **a.** escolha proporcional de representantes; **b.** multipartidarismo; **c.** presidencialismo “imperial”⁶²; **d.** existência de grandes coalizões político-partidárias para a eleição do chefe do Poder Executivo; **e.** instabilidade (alto risco)⁶³; e **f.** ser baseado, quase exclusivamente, no desempenho corrente do governo e na sua disposição de respeitar estritamente os pontos ideológicos ou programáticos considerados inegociáveis dos partidos políticos que integra, a coalizão – que são, inclusive, evidenciados quando da formação da própria coalizão.

Assim, o presidencialismo de coalizão brasileiro implica que a governabilidade e a estabilidade institucional dependam de alianças políticas regionais e de uma grande capacidade de negociação do chefe do Poder Executivo com o Poder Legislativo.

Outro ponto importante que merece reflexão no sistema de governo presidencialista de coalizão é a divisão dos ministérios entre as forças políticas que compõem a coalizão. Nem sempre a divisão dos cargos nos ministérios ou na máquina pública é realizada de forma a manter a proporção eleitoral entre os partidos políticos no parlamento ou das forças políticas regionais. Por vezes, inclusive, a divisão obedece um critério partidário-regional a fim de atender à “ocupação” de ministérios ou de cargos de “qualidade” inferior – situação que pode possibilitar com que determinados ministérios e/ou posições na máquina administrativa menos importantes se transformem em “jurisdições mais ou menos cativas de partidos ou Estados⁶⁴”, o que possibilita com que “as lideranças políticas criem redes ou conexões burocrático-clientelistas que elevem os ‘prêmios’ (*pay-offs*) associados a ministérios secundários⁶⁵”. Além disso, a divisão dos ministérios e/ou dos cargos na máquina pública, em um sistema de coalizão, leva em consideração, também, a feição mais “política” ou “econômica” (relacionada aos gastos) das posições políticas a serem ocupadas, visto que normalmente os cargos políticos são indicados pelos partidos políticos, em face de seus interesses eleitorais, enquanto que os cargos de feição econômica (relacionados ao elevado grau de “despesas”) são ocupados por membros de elites regionais. A importância se dá porque a divisão das forças políticas na coalizão é um elemento constante de instabilidade institucional à sua própria existência.

Em face disso, em um sistema presidencial de coalizão, é necessário um mecanismo de arbitragem adicional aos possíveis mecanismos de regulação de conflitos partidários, a fim de conferir estabilidade à própria coalizão e de defender institucionalmente o regime (e, inclusive, a autoridade presidencial) e a autonomia legislativa. Tal mecanismo é fundamental para diminuir possíveis tensões entre o Executivo e o Legislativo, visto que possibilitará resolver possíveis impasses e contrariedades políticas de conjuntura que ponham em risco a coalizão – e, por consequência, o próprio governo.

No tocante ao presidencialismo de coalizão brasileiro, concorda-se com Victor que:

(...) as principais críticas veiculadas ao sistema de governo brasileiro estão atreladas ao sistema eleitoral, mais especificamente à combinação do sistema eleitoral com o sistema de governo. Isso porquanto o sistema eleitoral influencia em fatores outros, tais como o número de partidos, a representatividade de setores da população, a governabilidade, a alternância de poder, a prestação de contas dos eleitos em relação aos eleitores, a legitimidade do regime, o nível de corrupção, entre outros⁶⁶.

E, também, quanto à compreensão de que as críticas realizadas ao modelo de presidencialismo por coalizão brasileiro partem das regras eleitorais para criticar o modelo presidencialista com representação popular. Tanto é verdade que as críticas geralmente afirmam que:

“(...) o fato de as eleições para o Poder Executivo e para o Poder Legislativo (representação do povo) obedecerem a processos distintos, com lógicas distintas, torna altamente instável a dinâmica do processo político, em razão de não haver garantia alguma de que o partido do presidente eleito seja o mesmo a alcançar a maioria das cadeiras do parlamento.

É de se ressaltar que não apenas há a possibilidade de que o partido do presidente eleito não alcance maioria no Parlamento, como existe a elevadíssima probabilidade de que isso de fato venha a ocorrer. Isso porque o sistema de eleições proporcionais, apenas por si, não possui mecanismos que possam impedir a fragmentação partidária, o que aumenta a probabilidade de dissolução entre as vitórias eleitorais para o Executivo e para o Legislativo.

A análise desse corrente chega à conclusão, portanto, de que as consequências que se podem esperar da combinação de sistema presidencialista com representação proporcional são a dificuldade de construção e manutenção de maiorias estáveis no parlamento, a ocorrência de barganhas sucessivas entre membros do Poder Legislativo e o Poder Executivo, o que gera a dificuldade sistêmica de o Estado responder aos anseios do eleitorado no que concerne à produção de políticas públicas, e, por fim, põe em risco o próprio regime democrático, ameaçado pela instabilidade, inoperância e patronagem⁶⁷.

Além disso, o presidencialismo por coalizão brasileiro estimula que as coalizões sejam montadas de forma a estimular o “paroquialismo” e o “clientelismo⁶⁸”, porque o regime de escolha proporcional possibilita com que os “caciques políticos”

consigam se eleger por meio dos votos nominais dos candidatos derrotados – destaque-se, inclusive, que são poucos os membros do parlamento que conseguem efetivamente obter o quociente eleitoral para se eleger de forma direta, o que favorece com que aqueles que tenham uma *constituency* eleitoral consigam votos necessários para obter as vagas do partido político nas coligações. Tal prática gera uma elevada instabilidade para o sistema de governo (e para a contenção dos gastos públicos e para implementação de políticas públicas⁶⁹), porque promove, em parte, a infidelidade partidária, a indisciplina, a imprevisibilidade de comportamento dos agentes políticos e dos partidos políticos, a “barganha” e a cooptação. E, também, possibilita a manutenção do próprio sistema de coalizão porque são inúmeros os parlamentares que se elegem face os votos nominais dos candidatos derrotados da coligação – assim, o sistema de voto proporcional no Brasil implica que as coalizões sejam fundamentais para a manutenção do próprio sistema presidencialista de coalizão –, porque é impossível o controle da transferência dos votos derrotados para os candidatos da coalizão.

Outro problema do sistema presidencial por coalizão brasileiro é a não uniformidade ou não verticalização das coligações políticas, i. e., a inexistência e uma coalizão nacional entre os partidos políticos que conferem “legitimidade” para a eleição do presidente da República.

Além disso, é possível afirmar que o multipartidarismo exagerado brasileiro indica menos uma ampla heterogeneidade social – i. e., a divisão múltipla dos interesses sociais em distintos segmentos sociais significativos – do que uma necessidade política de “janela” (tempo de propaganda político-partidária gratuita e obrigatória) e de interesses regionais e de fundos partidários. Assim, os partidos políticos no Brasil pouco representam os interesses dos distintos grupos de pressão social, visto que, por vezes, acabam por se transformar em “feudos” regionais ou setoriais de poder⁷⁰ – afastando-se, assim, da legitimidade social para o qual foram supostamente criados, a fim de dar legitimidade político-social à sua casta de direção. Situação que, no Brasil, é agravada, inclusive, pela adoção de um sistema proporcional misto – que estimula os “puxadores” de voto e as coligações ou frentes parlamentares⁷¹ –, porque impede com que a sociedade limite o acesso de alguns partidos políticos aos Parlamentos.

Em parte, os problemas de representação política e, atualmente, de descrédito do regime de governo presidencialista decorrem dos conflitos entre Legislativo e Executivo, os quais tem se processado, desde antes da atual Constituição Federal, “sem limites definidos⁷²” porque não existem mecanismos institucionais e legítimos para a mediação e arbitragem daqueles.

Todavia, Abranches adverte que “nossos problemas derivam muito mais da incapacidade de nossas elites em compatibilizar nosso formato institucional com o perfil heterogêneo, plural, diferenciado e desigual de nossa ordem social⁷³”.

DEMOCRACIA E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

O exercício da democracia está relacionado ao direito-dever de votar e de ser votado. E, portanto, de exercer o poder popular reconhecido pelo parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal brasileira para escolher seus representantes, para ser um dos representantes da sociedade perante os Poderes da República e para diretamente propor e opinar sobre as questões legislativas que lhe forem levadas à participação.

No tocante ao conceito de democracia, Dworkin afirma que um conceito possível é o de compreender um governo exercido pelo povo, o qual pode ser exercido de duas maneiras radicalmente distintas. Em uma concepção “*majoritarista*”, o governo é exercido pelo maior número de pessoas – “nessa visão majoritarista, o ideal democrático repousa na compatibilidade entre a decisão política e a vontade da maioria, ou pluralidade de opinião⁷⁴” –; sendo que essa visão majoritarista pode ser explicada de forma *populista* (“o Estado é democrático, segundo esta versão, até o ponto em que o governo aprova as leis ou procura exercer a política que tenha, na época, a aprovação do maior número de cidadãos⁷⁵”) ou *oportunista* (nessa versão, “(...) a opinião da maioria não conta como sua vontade, a não ser que os cidadãos tenham tido uma oportunidade adequada de se informar e deliberar sobre os assuntos. O Estado é democrático, nessa teoria mais elaborada, quando suas instituições dão tal oportunidade aos cidadãos e, então, permitem que a maioria deles escolha os representantes cujas políticas respeitem sua vontade⁷⁶”). Por outro lado, a concepção “coparticipativa” implica um governo de todo o povo – onde esse age em conjunto como parceiros plenos e iguais no empreendimento coletivo do autogoverno.

Então, democracia deve ser compreendida como um modelo específico de governo em que se verifica a igualdade absoluta entre os seus cidadãos e que é expresso por meio de uma “*constituição*” (conjunto de leis). Assim, o conceito de democracia não representa o modelo de governo no qual a multidão é soberana (*oclocracia*), mas, sim, o modelo de governo em que o poder soberano está nas mãos dos homens livres – e que esses são a maioria dos membros de uma dada sociedade. Liberdade, inclusive, é o traço característico da democracia.

Assim, em muitos Estados democráticos, a população não se vê efetivamente representada pelos agentes públicos e pelos partidos políticos e seus membros e, também, porque está distante das discussões e da condução das escolhas políticas – como quando seus representantes decidem socorrer instituições financeiras e/ou industriais com recursos públicos que poderiam ser utilizados para a melhoria das condições sociais de uma parcela significativa da sociedade, possibilitando àqueles, inclusive, o pagamento de bônus elevados aos seus presidentes e diretores ou a distribuição de lucros aos seus acionistas.

PROPOSTAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA EM NOSSO SISTEMA DEMOCRÁTICO

Antes de tudo, é importante ressaltar que se concorda com o min. Alexandre de Moraes que “o estudo dos sistemas eleitorais e sua influência sobre a representação política e sobre a estrutura e o funcionamento dos diversos e complexos sistemas políticos é inerente ao próprio estudo da democracia⁷⁷”, porque, conforme evidenciado por Reinhold Zippelius, “o voto dos eleitores encerra não só a manifestação da confiança pessoal nos deputados a eleger, mas simultaneamente uma decisão a favor de determinados programas políticos e de determinados elencos governativos a constituir⁷⁸”.

Em face disso, algumas propostas para melhorar a representação política no Brasil passam pela: a. alteração do momento de eleição de parcela dos membros do Poder Legislativo para o período posterior à eleição a fim de possibilitar uma melhor representação política da ideologia político-partidária do governo; b. modificação do sistema de representação política legislativa para o sistema distrital; c. modificação do sistema de escolha de representação política legislativa de proporcional para um sistema misto (com parcela igual de mandatários escolhidos de forma majoritária e proporcional), a fim de que os candidatos mais votados sejam efetivamente os eleitos e que se mantenha a possibilidade de acesso das minorias às casas legislativas; d. impedimento de coligações regionais diferentes da coligações nacionais em pleitos comuns; e. concessão de igualdade plena no direito de antena no período não eleitoral para as agremiações político partidárias, a fim de que possam veicular suas ideias políticas e suas propostas para a sociedade; f. concessão de igualdade plena no direito de antena no período eleitoral a fim de consagrar a igualdade como valor fundamental dos direitos políticos.

Além disso, com base no pressuposto de Zippelius (de que “a participação relativa dos indivíduos na formação da vontade coletiva é tanto menor quanto maior for uma comunidade⁷⁹”), compreende-se como fundamental para se melhorar a representatividade política no Brasil a revisão da relação proporcional entre o número de eleitores e o número de representantes parlamentares, visto que a desproporção nessa razão pode levar a uma quebra de representação e, por consequência, uma fragilização democrática e uma falta de legitimidade dos mandatários em face ao conjunto da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, in: *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 31, n.º 1, 1998, págs. 05-34.

ARISTÓTELES, *A política* – trad. Nestor Silveira Chaves, 2ª ed., Bauru: Edipro, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, in: *A razão e o voto – diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso* – Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer (org), São Paulo: Editora FGV, 2017, págs. 25-77.

BEÇAK, Rubens. *Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento*, São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política* – trad. Marco Aurélio Nogueira, 8ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *O futuro da democracia* – trad. Marco Aurélio Nogueira, 9ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2000,;

COSTA-CORRÊA, André L. “Presidencialismo e parlamentarismo: ponderações críticas”, in: *Parlamentarismo: realidade ou utopia?*, São Paulo: FecomercioSP, 2016, págs. 379-409.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade* – trad. Jus-sara Simões e revisão técnica e da tradução Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade* – trad. Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da trad. e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FUKUYAMA, Francis. *Por que o desempenho da democracia tem sido tão ruim?* – trad. Fabio Storino. *Journal of democracy* em português. São Paulo: Fundação iFHC e Centro Edelstein, vol. 4, n. 02, outubro, p. 47-62, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Direto e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II, 2ª ed. – trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KARSTEN, Frank e BECKMAN, Karel. *Além da democracia* – trad. Fernando Manças Ferreira, rev. Fernando Fiori Chiocca. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Presidencialismo*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado: ciência política*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOTAS

1

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia* – trad. Marco Aurélio Nogueira, 9ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2000, pág. 33.

2

Nesse sentido, ver: FUKUYAMA, Francis. *Por que o desempenho da democracia tem sido tão ruim?*, pág. 48.

3

Nesse sentido, Zippelius ressalta que a teoria democrática da justificação do Estado identifica que “(...) a ordem comunitária, reconhecida como inevitável, seja organizada de tal modo que se conserve um máximo de autodeterminação individual: as pessoas sujeitas ao poder do Estado devem simultaneamente participar neste mesmo poder. Neste pressuposto, o poder do Estado, só é, pois, legítimo se procurar realizar a sua função de ordenação e compensação, com base no máximo consentimento possível e participação nas decisões por parte de todos” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado: ciência política*. São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 196).

4

Nesse sentido, concorda-se com Zippelius que a legitimação não pode ser reduzida nem ao princípio da universalidade da lei nem a regras procedimentais (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado: ciência política*. São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 201).

5

Nesse sentido, ver: ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado: ciência política*, pág. 215.

6

Nesse sentido, ver: BEČAK, Rubens. *Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento*, pág. 29.

7

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 50.

8

PLATÃO. *A República*, livro 8.

9

ARISTÓTELES. *A política*, livro 4, Capítulo IV, § 2, pág. 129.

10

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia* – trad. Marco Aurélio Nogueira, 9ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2000, pág. 30.

11

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 31.

12

Cuja dimensão abrange a preservação de valores e direitos fundamentais.

13

A qual é composta por debate, argumentos e persuasão – são caracteres que não podem ser ignorados.

14

Nesse sentido, ver: BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria, in A razão e o voto – diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso – Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer (org). São Paulo: Editora FGV, 2017, p. 25-77, p. 26-27.

15

Nesse sentido, ver: BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria, in A razão e o voto – diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso – Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer (org). São Paulo: Editora FGV, 2017, p. 25-77, p. 49.

16

A constituição Paraguaia determina que podem participar ativamente os cidadãos paraguaios radicados no território nacional e que tenham 18 anos completos de idade (vide art. 120). A Constituição Venezuelana prevê que os direitos políticos ativos são privativos dos venezuelanos (por nascimento ou ou naturalizados, desde que tenham ingressado no país antes de completar 7 anos de idade e residido permanentemente no país até atingir a maioria) e que somente os venezuelanos por nascimento e sem outra nacionalidade podem exercer o cargo de Presidente e de vice-presidente da República, de presidente e vice-Presidente da Assembleia Nacional, de magistrado no Tribunal Supremo de Justiça, de presidente e vice-presidente do Conselho Nacional eleitoral, de Procurador da República, de Controlador da República, Fiscal Geral da República, de Defensor dos Povos, de Ministro de Estado (restrição imposta apenas aos ministérios relativos à segurança nacional, finanças, energia e minas e de educação), de Governadores e Alcâides dos Estados e dos Municípios (desde que fronteiriços

e contemplados na lei orgânica da Força Armada Nacional) – vide arts. 41, 42.

17

Nesse sentido, ver: BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia, pág. 41.

18

Nesse sentido, ver: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 30.

19

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 31.

20

Nesse sentido, ver: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 50.

21

HABERMAS, Jürgen. *Direto e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II, 2ª ed. – trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, págs. 13-15.

22

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 39.

23

Buçak prefere crer que o exercício do instituto do referendo faz com que a democracia deixe de ser representativa e passe a configurar um modelo autônomo (BEÇAK, Rubens. *Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento*, pág. 32).

24

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 67.

25

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política* – trad. Marco Aurélio Nogueira. 8ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2000, pág. 154.

26

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 58.

27

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 64.

28

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 64.

29

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 59.

30

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 59-60.

31

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 60.

32

Nesse sentido, ver: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 39.

33

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 40.

34

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 41.

35

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 64.

36

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 64.

37

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, págs. 59-60.

38

Segundo o min. Luis Roberto Barroso, "(...) a legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a. a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b. a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos" (BARROSO, Luís Roberto. "A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria", in: *A razão e o voto – diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer (org). São Paulo: Editora FGV, 2017, págs. 25-77, págs. 48-49).

39

BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, *in: A razão e o voto – diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer (org). São Paulo: Editora FGV, 2017, págs. 25-77, pág. 42.

40

Segundo o min. Luis Roberto Barroso, “(...) o juiz não faz escolhas livres nem suas decisões são estritamente políticas. Essa é uma das distinções mais cruciais entre o positivismo e o não positivismo. Para Kelsen, principal referência do positivismo normativista romano-germânico, o ordenamento jurídico forneceria, em muitos casos, apenas uma moldura, um conjunto de possibilidades decisórias legítimas. A escolha de uma dessas possibilidades, continua ele, seria um ato político, isto é, plenamente decisionário. A concepção não positivista aqui sustentada se afasta desse ponto de vista. Com efeito, o Direito é informado por uma pretensão de correção moral, pela busca de justiça, da solução constitucionalmente adequada. Essa ideia de justiça, em sentido amplo, é delimitada por coordenadas específicas, que incluem a justiça do caso concreto, a segurança jurídica e a dignidade humana. Vale dizer: juizes não fazem escolhas livres, pois são pautados por esses valores, todos eles com lastro constitucional” (BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, *in: A razão e o voto – diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer (org). São Paulo: Editora FGV, 2017, págs. 25-77, págs. 42-43).

41

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 36.

42

Beçak pondera que, inicialmente, os partidos políticos eram compreendidos como “grupamentos de convergência de interesses, verdadeiros ‘clubes’”; razão pela qual eram “hostilizados e vistos como ameaça real à existência do bem comum”. Sendo, inclusive, “entendidos como entidades dissociativas”, porque “buscam a prevalência de um interesse particular por sobre o coletivo”. Mas a inserção destes na afirmação do jogo democrático possibilitou com que estes fossem um “verdadeiro antídoto” à oligarquização da democracia representativa (BEÇAK, Rubens. *Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento*, págs. 24-25).

43

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 76.

44

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 76.

45

Nesse sentido, ver: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, pág. 50.

46

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”. *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 31, n.º 1, 1998, págs. 5-34.

47

Ressalte-se que tal estudo, apesar de ter sido escrito em 1988, ainda é atual porque suas reflexões sobre as causas macropolíticas de nossas fragilidades ainda são aplicáveis aos problemas

de nossa sociedade nos dias atuais, bem como as consequências apontadas pelo autor ainda continuam gerando externalidades negativas para a sociedade brasileira.

48

Para Abranches, tais situações evidenciam uma “heterogeneidade econômica, social, política e cultural bastante mais elevado, seja na base técnica e nos níveis de produtividade na economia, seja no perfil de distribuição de renda, seja nos graus de integração e organização das classes, frações de classe e grupos ocupacionais, apenas para mencionar algumas dimensões mais salientes do problema” (ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*, pág. 7).

49

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, pág. 6.

50

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, pág. 6.

51

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, pág. 6.

52

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, pág. 6.

53

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, pág. 9.

54

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, pág. 9.

55

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, pág. 10.

56

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, pág. 11.

57

Conclusão que pode ser atestada conforme visualização da tabela a seguir.

Características institucionais das principais democracias ocidentais e do Brasil (1946-1964)
(Dados referentes aos outros países – década de 1970)

País	Regime eleitoral	Estrutura do parlamento ¹	Forma de governo	Número de partidos ² +5% Cam. pop.	% Grandes Coalizões ³
ALEMANHA	Misto (prop. maj.)	Bicameral	Parlam.	3	28
AUSTRÁLIA	Majoritário ⁴	Bicameral	Parlam.	3	0
ÁUSTRIA	Proporcional	Bicameral	Parlam.	3	19
BÉLGICA	Proporcional	Bicameral	Parlam.	6	16
CANADÁ	Maj. distrital	Bicameral	Parlam.	4	0
DINAMARCA	Proporcional	Unicameral	Parlam.	5	0
EUA	Maj. distrital	Bicameral	Pres.	2	0
FINLÂNDIA	Proporcional	Unicameral	Pres. ⁵	6	42
FRANÇA	Maj. distrital	Bicameral	Parlam.	4	74
HOLANDA	Proporcional	Bicameral	Parlam.	7	49
ITÁLIA	Proporcional	Bicameral	Parlam.	5	43
JAPÃO	Maj. distrital ⁶	Bicameral	Parlam.	4	20
NORUEGA	Proporcional	Bicameral	Parlam.	5	0
N. ZELÂNDIA	Maj. distrital	Unicameral	Parlam.	2	0
INGLATERRA	Maj. distrital	Bicameral	Parlam.	2	13
SUÉCIA	Proporcional	Bicameral	Parlam.	5	0
SUIÇA ⁷	Proporcional	Bicameral	Colegiado	5	74
BRASIL (1946)	Proporcional	Bicameral	Pres.	5	80
BRASIL (1986)	Proporcional	Bicameral	Pres.	4	
% PROPORCIONAL	69%				
% DISTRITAL	41%				
% BICAMERAL	88%				
% PARLAM.	88%				
MÉDIA N.º DE PARTIDOS	4				

OBS.:

1. Fonte: V. Herman e F. Mendel, *Parliaments of the world*, Londres, MacMillian, 1977.
2. Fonte: T. Mackie e R. Rose, *The International Almanac of Electoral History*, New York, Free Press, 1974.
3. Fonte: A. Lijphart, "Power-Sharing versus Majority Rule...", op. cit.
4. O sistema australiano é majoritário por transferência simples.
5. Presidencialista, mas o parlamento pode demitir o gabinete.
6. Regime majoritário, mas com distritos plurinominais.
7. O Executivo é composto por um conselho federal, de sete membros, eleitos pelo parlamento. O presidente e vice-presidente são escolhidos entre os sete, para mandatos de um ano. Inexiste o voto de desconfiança.

58

Segundo Abranches, existe um multipartidarismo exagerado no Brasil porque "o próprio sistema eleitoral atua como regulador desse processo, incentivando ou desincentivando a formação de partidos, na medida em que torna os custos, em votos, proibitivos para pequenas legendas de ocasião" (ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. "Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro", pág. 12).

59

Nesse sentido, Abranches afirma que "(...) a segunda razão pela qual a preocupação com a proliferação de partidos é exagerada refere-se ao fato de que os regimes proporcionais, mesmo quando adotam critérios de transformação de votos em cadeiras que promovem a máxima proporcionalidade e não desincentivam a fragmentação partidária, apresentam diferenças ponderáveis entre o número de partidos que disputam as eleições e o número de partidos com efetiva representação parlamentar. Assim, a garantia de representação a minorias significativas não determina, necessariamente, a inviabilidade de maiorias estáveis, embora implique, com frequência, a necessidade de coalizões governamentais" (ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. "Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro", pág. 13).

60

Nesse sentido, Abranches ressalta que "a capacidade de formar maiorias estáveis e a necessidade de recorrer a coalizões não são exclusivamente determinadas pela regra de representação, nem pelo número de partidos, mas também pelo perfil social dos interesses, pelo grau de heterogeneidade e pluralidade na sociedade e por fatores culturais, regionais e linguísticos, entre outros, que não são passíveis de anulação pela via do regi-

me de representação. Ao contrário, a tentativa de controlar a pluralidade, reduzindo artificialmente o número de partidos representados no parlamento e aumentando as distorções distributivas na relação voto/cadeira, pode tornar-se um forte elemento de deslegitimação e instabilidade" (ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*, págs. 13-14).

61

Nesse sentido, ver: ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*, pág. 20.

62

Abranches afirma que "(...) fica evidente que a distinção se faz fundamentalmente entre um 'presidencialismo imperial', baseado na independência entre os Poderes, se não na hegemonia do Executivo, e que organiza o ministério como amplas coalizões, e um presidencialismo 'mitigado' pelo controle parlamentar sobre o gabinete e que também constitui gabinete, eventual ou frequentemente, através de grandes coalizões" (ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*, pág. 22).

63

Segundo Abranches, “em formações de maior heterogeneidade e conflito, aquela estratégia é insuficiente ou inviável. Nestes casos, a solução mais provável é a grande coalizão, que inclui maior número de parceiros e admite maior diversidade ideológica. Evidentemente, a probabilidade de instabilidade e a complexidade das negociações são muito maiores. Estes contextos, de mais elevada divisão econômica, social e política, caracterizam-se pela presença de forças centrífugas persistentes e vigorosas, que estimulam a fragmentação e a polarização. Requerem, portanto, para resolução de conflitos e formação de ‘consensos parciais’, mecanismos e procedimentos institucionais complementares ao arcabouço representativo da liberal-democracia”. Além disso, pondera que “(...) a formação do governo, e elaboração de seu programa de ação e do calendário negociado de eventos têm impacto direto sobre a estabilidade futura. Numa estrutura multipartidária, marcada pelo fracionamento, o sucesso das negociações, na direção de um acordo explícito que compatibilize as divergências e potencialize os pontos de consenso, é decisivo para capacitar o sistema político a atender ou conter legitimamente demandas políticas, sociais e econômicas competitivas e a formular um programa coerente e efetivo. Nesse acordo, têm importância tanto a substância das medidas quanto o seu calendário. Somente assim é possível estabelecer uma base concreta de compromisso, alicerçada na seleção encadeada de medidas, que evita, ao mesmo tempo, a sobrecarga inicial de reivindicações contraditórias e a frustração precoce dos principais setores que compõem a coalizão. A observância desses compromissos, ainda que ajustada às circunstâncias, constitui um dos requisitos essenciais para a legitimidade e continuidade da coalizão” (ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*, págs. 27-28).

64

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, pág. 25.

65

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, pág. 25.

66

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. “Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro”, pág. 89.

67

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. “Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro”, págs. 90-91.

68

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. “Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro”, pág. 91.

69

Nesse sentido, ver: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. “Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro”, pág. 92.

70

Nesse sentido, Victor afirma que “quanto menor a dependência eleitoral dos candidatos com relação às respectivas lideranças partidárias, menor também serão a disciplina e a coesão desses

partidos em sua atuação parlamentar. Ou, de maneira inversa, quanto maior for o peso da reputação pessoal do candidato em sua própria eleição e menor a influência do fator partidário, maior deverá ser o paroquialismo expresso no comportamento congressual desse futuro legislador” (VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*, pág. 92).

71

Abranches afirma que a existência de ligações partidárias “subverte o quadro partidário, confundindo o alinhamento entre legendas e contaminando as identidades partidárias”. E também que “a possibilidade de alianças e ligações amplia adicionalmente o campo de escolhas eleitorais, elevando a fragmentação partidária, na medida em que não apenas garante a sobrevivência parlamentar de partidos de baixa densidade eleitoral, mas também multiplica as possibilidades de escolha além das fronteiras das legendas partidárias” (ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*, pág. 14).

72

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, pág. 9.

73

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”, pág. 21.

74

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade* – trad. Jussara Simões e revisão técnica e da tradução Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pág. 502.

75

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade* – trad. Jussara Simões e revisão técnica e da tradução Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pág. 502.

76

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade* – trad. Jussara Simões e revisão técnica e da tradução Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pág. 502.

77

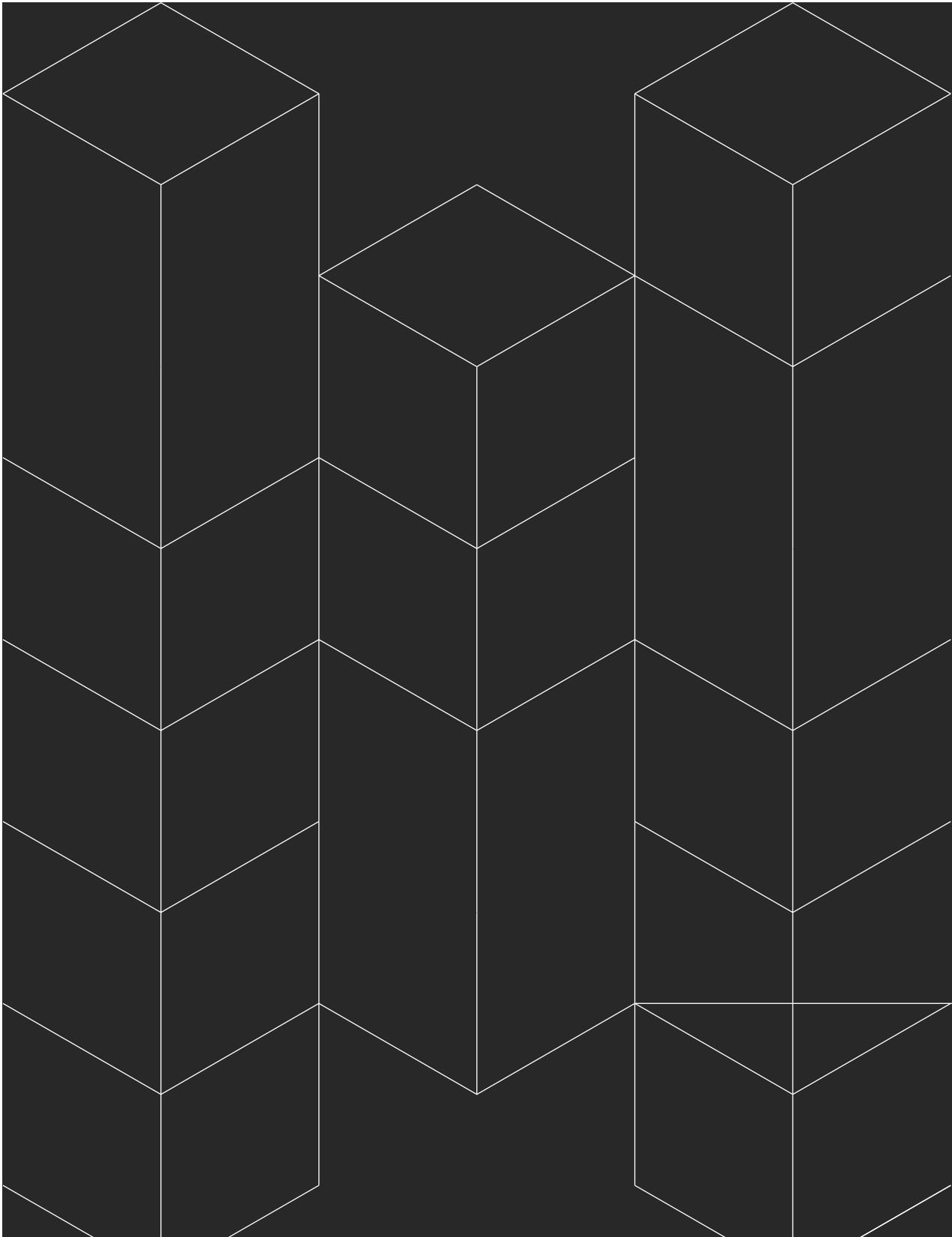
MORAES, Alexandre de. *Presidencialismo*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, pág. 77.

78

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado: ciência política*, São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 318.

79

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado: ciência política*. São Paulo: Saraiva, 2016, págs. 206.



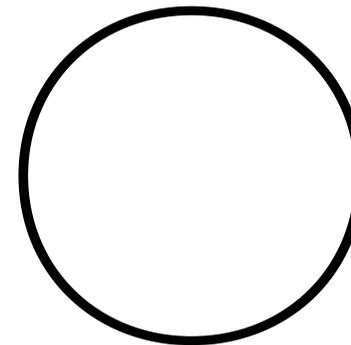
ANTONIO CARLOS RODRIGUES
DO AMARAL

OS 30 ANOS DA
CONSTITUIÇÃO
DE 1988 E ALGUNS
DESAFIOS AO
AVANÇO DA
DEMOCRACIA
BRASILEIRA

**ANTONIO CARLOS
RODRIGUES DO AMARAL**

PROFESSOR VISITANTE (VISITING SCHOLAR) NA COLUMBIA LAW SCHOOL (NOVA YORK). PROFESSOR DE ESTUDOS AVANÇADOS EM DIREITO CONSTITUCIONAL NA UNIVERSIDADE MACKENZIE (LICENCIADO). PRESIDENTE DA COMISSÃO DE DIREITO E NEGÓCIOS INTERNACIONAIS DA OAB-SP. DOUTOR E MESTRE EM EDUCAÇÃO (USP). MASTER OF LAWS (LL.M.) (HARVARD LAW SCHOOL). ACADÊMICO TITULAR DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO (EPD), DA ACADEMIA PAULISTA DE LETRAS JURÍDICAS (APLJ) E DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO TRIBUTÁRIO (ABDT). LEGAL CONSULTANT CERTIFICADO PELA SUPREME COURT OF NEW YORK (APPELLATE DIVISION, MANHATTAN). ADVOGADO.

INTRODUÇÃO*



OS 200 ANOS DE JUDICIÁRIO INDEPENDENTE NO BRASIL, COMEMORADOS EM 2008, quando a Constituição Brasileira comemorava 20 anos de vigência, foram coincidentes com as comemorações da chegada, no século 19, do príncipe regente D. João VI e decorrente abertura dos portos em 1808. Assim, o Judiciário brasileiro acompanhou os movimentos políticos, sociais e institucionais mais destacados e indissociáveis dos avanços, retrocessos, oportunidades e desafios enfrentados pela nação brasileira. A última década, que resulta agora na comemoração de 30 anos da Constituição de 1988, levou a uma participação e influência ainda maior dos tribunais na vida do País, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A história pátria dos últimos 200 anos, traçada desde a inserção do Brasil no âmbito do comércio internacional em 1808 até os tempos atuais, foi sempre marcada pela evolução e alteração rotineira dos textos constitucionais. A própria independência em 1822 foi resultado dos conflitos com a coroa portuguesa quanto à Constituição então pretendida por Portugal para regência de seu império.

É de certa maneira paradoxal que o povo brasileiro tenha, ao longo destes últimos dois séculos, sustentado a edição de diversos textos constitucionais como se neles vislumbrasse um instrumento hábil para a promoção de avanços e soluções dos graves problemas nacionais, ao mesmo tempo em que o afastamento da realidade das mesmas disposições constitucionais foi o tônus dominante. A vida real do brasileiro, desde os seus primórdios, não foi a plasmada nos textos legislativos. O Tratado de Tordesilhas, séculos atrás, já desenhara uma realidade afastada do mundo concreto. O parlamentarismo *de fato* praticado na segunda metade do século 19 – um período de grande estabilidade política – era *de direito* tecnicamente impossibilitado pela Carta de 1824, uma vez que esta concentrava no imperador

tanto as chefias do Poder Executivo (art. 102) quanto do Poder Moderador (art. 98), que era indelegável. Ou seja, o mundo real não foi o mundo desenhado pelas constituições e pelas leis, e daí as constantes mudanças, as sucessivas emendas ao texto constitucional e a incontrolável proliferação de leis e regulamentos.

A partir do século 19, a história do Brasil é refletida nos diversos textos constitucionais que vigoraram no País. Todas as Cartas brasileiras, sem exceção, sofreram com os avanços e as contradições de suas épocas. A Carta Imperial de 1824, que perdurou 65 anos, auriu substância no liberalismo reinante da Europa, embora deixasse transparecer um caráter autoritário e centralizador. O diploma de 1891 sofreu o impacto das instituições republicanas existentes nos Estados Unidos e da filosofia positivista de Augusto Comte, em moda na Europa naquele século. Em 1934, o texto pretendeu incorporar as evoluções da cultura jurídica europeia, principalmente no campo dos direitos sociais, constantes da Constituição de Weimar de 1919. Getúlio Vargas, ao instituir o Estado Novo, em 1937, foi buscar na Constituição da Polônia de 1935 os fundamentos para o fortalecimento do Executivo. Em 1946, refletindo o término do regime ditatorial de Vargas e da Segunda Grande Guerra, os constituintes lograram conformar aquele que foi visto por muitos como o melhor estatuto da República. Em 1967 e também em 1969, na esteira dos “anos de chumbo” que se iniciaram em 1964, o regime militar sufocou o Estado de direito. Em 1988, os 21 anos de silêncio das oposições fizeram com que a Assembleia Constituinte pretendesse erigir o mais democrático dos estatutos brasileiros. Fez, todavia, o mais longo e complexo, talvez o mais contraditório e permeado de matérias típicas da legislação ordinária, mas que por grave intemperança legislativa foram equivocadamente elevadas ao nível de rigidez da Carta Magna. Por isso, já são mais de uma centena de emendas ao texto original de 1988. Apesar de suas incongruências e disfuncionalidades, a Constituição atual permitiu uma transição pacífica do regime militar, restaurando a democracia e permitindo o avanço das instituições.

Sendo a Constituição um documento feito para perdurar – estando mesmo sua eficácia e legitimidade diretamente vinculadas à sua permanência –, resta nítido não ter logrado o País conformar um diploma que se adaptasse satisfatoriamente à natureza das instituições e demandas nacionais, permitindo que ultrapassasse, incólume, as conjunturas próprias de cada época.

O quadro a seguir demonstra a baixa duração e pouca estabilidade das Cartas políticas pátrias:

CONSTITUIÇÃO	INÍCIO DA VIGÊNCIA	FIM DA VIGÊNCIA	NÚMERO DE EMENDAS	DURAÇÃO
Império	1824	1889	1	65 anos
República	1891	1930	1	40 anos
Rev. 1930	1934	1937	1	3 anos
Estado Novo	1937	1945	21	8 anos
Redemoc.	1946	1967	27	21 anos
Rev. 64	1967	1969	–	2 anos
AI – 5	1969	1987	26	18 anos
Nova República	1988	–	105 (*)	–

(*) 99 emendas constitucionais até dezembro de 2017. A Constituição de 1988 previu, ela mesma, a data de sua revisão: cinco anos contados da sua promulgação, tendo sido aprovadas, em 1994, 6 (seis) emendas constitucionais de revisão.

O PAPEL DOS TRIBUNAIS NA INTERPRETAÇÃO DOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS E NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É indubitável que os tribunais, na interpretação e criação do direito vivo baseado nos mutáveis textos magnos pátrios, tiveram de empreender esforços hercúleos para aproximar o direito da vida, ao mesmo tempo em que as sucessivas e constantes alterações dos textos constitucionais geram movimentos de fricção contínua entre a legalidade formal e a dimensão jurídica real, na busca da objetividade da Justiça. É isso ao passo que a objetividade da Justiça deve ser veículo de expressão dos princípios maiores de dignidade do ser humano *vis-à-vis* os ordenamentos político, legal, econômico e social, pois o direito é feito para o homem, e o homem real jamais poderá ser formatado pela letra fria, formal, abstrata e árida albergada pelos textos legislativos. O direito somente se compreende sob a perspectiva da ampla relação de sentido pleno que se manifesta na atuação dos vários atores da vida em sociedade, com seu vasto caldo social, antropológico, histórico, econômico, científico, religioso e cultural. E considerando o ser humano sob o prisma de suas essenciais dimensões física e metafísica.

Daí que a função jurisdicional, no concerto das nações civilizadas, seja a verdadeira fiel do Estado de direito e do *rule of law*, apreendendo o império da lei em sua dimensão mais substancial. Daí a referida *objetividade* da Justiça (o *ius*, como o grego *tò dikaion*, é substantivo), que tem o direito por objeto, a ser construído segundo os princípios maiores derivados do *ius* natural, que são a verdadeira pedra fundamental e que deveriam ser o desiderato último do ordenamento jurídico. Isso para evitar o efeito nefasto de se transformar o homem, que é *sujeito* de direito, em *objeto* de direito, portanto manipulável pelos poderosos de plantão, seja um ditador, seja uma maioria.

Assim, a Justiça é a coluna mestra da *inalienabilidade* dos direitos fundamentais, cuja guardiã máxima é a Suprema Corte. Sem o reconhecimento do valor objetivo da Justiça sedimentada nos direitos humanos inalienáveis, os textos positivados nada mais são do que meros repositórios de acordos legislativos precários, de soluções limitadas pela extensão das oportunidades das negociações políticas, nem sempre pelas razões mais relevantes ou acertadas. Os direitos humanos fundamentais são justamente necessários quando se pretende a sua destruição ou inobservância. Destarte, as cláusulas constitucionais que os albergam tanto asseguram a sua primazia quanto os excepcionam do escrutínio pelo princípio magno das democracias modernas, que é a formação das leis pelo voto da maioria. É para evitar que a democracia se corrompa em ditadura de uma maioria circunstancial que os direitos e garantias fundamentais são declarados e enaltecidos pelos textos constitucionais e pelos tratados internacionais de direitos humanos e, assim, excepcionados do juízo majoritário.

As experiências de engenharia social representadas pelo nazismo, fascismo, comunismo e tantos outros “ismos”, instrumentalizando o ser humano

como um mero escabelo para os detentores temporários do poder, dão a resposta da razão de ser a letra da lei insuficiente para a proteção da dignidade da vida humana em toda a sua dimensão de inalienabilidade e como direito fundamental por excelência. Essa proteção requer um amplo espectro de abrigo pela força do direito vivo a ser ditado pelos tribunais em geral e pelas Supremas Cortes em particular. E isso somente se faz possível pelo exercício pleno e independente da jurisdição, quando se reconhece o valor objetivo da Justiça em toda a sua dimensão de alteridade: reconhecendo o outro como sujeito de direitos e a quem um *suum* inalienável é garantido, em função de sua indissociável natureza humana e espiritual, pois *iustitia est ad alterum* e os romanos já ensinavam que *ius suum cuique tribuere* (em que o “seu” e o “direito” são termos equivalentes, sendo o “direito” de cada um justamente aquilo que é o “seu”, paralelo ao *justo* aristotélico e tomista, que sedimentam os critérios jurídicos, sociais, éticos e políticos responsáveis pela criação do moderno Estado de direito). Assim como o direito deveria exprimir o objeto da ação justa, compreende-se o porquê de ele ser o objeto da Justiça objetiva a ser declarada e enaltecida pelos tribunais.

ALGUMAS QUESTÕES ATUAIS DA PRÁXIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. HIPERTROFIA DO PODER EXECUTIVO E CERCEAMENTO DO PODER LEGISLATIVO PELAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Desde a promulgação da “Constituição cidadã” pelo presidente da Assembleia Constituinte, deputado Ulisses Guimarães, as alterações do texto original foram imensas, tanto de forma quanto de fundo. Na forma, o simples manuseio do texto impresso, acrescido das 105 emendas constitucionais (das quais seis são emendas de revisão), demonstra que se dobrou o tamanho original. De fundo, são notáveis os casuísmos, a restrições de direitos ao cidadão, em especial na órbita tributária, e a manutenção de seu pior instrumento legislativo, que é a medida provisória.

Desde a Assembleia Constituinte, já se afigurava claro que travestir o famigerado decreto-lei — instrumento tipicamente ditatorial — pela versão aparentemente *light* de medida provisória seria danoso para o aprofundamento da democracia no Brasil. Isso porque, ao se desviar o núcleo da atividade legiferante do Poder Legislativo para o Executivo, minimiza-se substancialmente o debate das razões subjacentes às disposições legais e à formulação das políticas públicas. Assim, perde o cidadão, pois o acesso à burocracia estatal, que cresce em tamanho e importância, é obstaculizado por diversas barreiras. Entre elas, a difusão de cargos e funções não permite visualizar os núcleos verdadeiramente responsáveis pela ela-

boração legislativa. Há barreiras físicas, pois o cidadão não tem ingresso aberto à maioria das repartições públicas. E quanto maior o escalão da autoridade, menor a pressão que a sociedade pode sobre ela legitimamente exercer. Desse modo, os poderes financeiro e econômico não encontram grandes dificuldades para acessar autoridades de nível ministerial e até mesmo presidencial, mas os cidadãos e suas associações normalmente não terão franco acesso às autoridades públicas. Desse modo, salvo algumas exceções, a pressão do cidadão sobre autoridades do Poder Executivo não causa maiores impactos, pois as medidas provisórias, com força de lei e vigência imediata, sufocam o debate democrático das ideias. Ademais, como de instrumento legislativo excepcional passou a ser a regra, a medida provisória transformou o Parlamento, em geral, em um mero centro de troca de favores e de benefícios com o Executivo. Editadas por razões de “relevância e urgência”, parecem indicar que ao Legislativo restariam apenas as questões “não relevantes e não urgentes”. Portanto, o Congresso Nacional, no qual as grandes discussões políticas nacionais deveriam ocorrer, fica à margem da formulação das políticas públicas de maior relevo, sempre a reboque do Poder Executivo (ou dos tribunais, quando decidem criando leis ou revogando as existentes, tolhendo as competências legislativas). Com as medidas provisórias, os presidentes da República, depois de eleitos, mais se aproximam de um ditador a prazo certo do que de mandatários submetidos às legítimas leis editadas pelo parlamento. Dessa forma, as medidas provisórias não são apenas mais uma consequência perversa das disfunções das instituições públicas pátrias, mas causa de tantas mazelas e da falta de sintonia do parlamento com a sociedade.

Considerando que a Constituição Federal trata da medida provisória como veículo normativo de caráter absolutamente excepcional, apenas podendo ser editada em casos de relevância e urgência, tais contornos constitucionais demandam parcimônia no seu uso, mas de instrumento legislativo extraordinário passou a ser a regra na condução de matérias de amplos alcances jurídico, econômico e social. É próprio do Estado democrático de direito que o Congresso Nacional seja o foro competente e adequado para que a sociedade brasileira possa debater as matérias de natureza legislativa que tanto afetam a vida do cidadão e de seus negócios. Assim sendo, é salutar para o País que se homenageie a democracia e que sejam enaltecidas as competências do Congresso Nacional, hoje fortemente obscurecidas seja pelos graves escândalos de corrupção da última década, seja pela falta de moderação na edição de medidas provisórias, que não se coadunam com o exercício harmônico dos Poderes da República, indubitavelmente um desiderato essencial, princípio e regra expressa da Carta de 1988.

2. O CRESCIMENTO DO TAMANHO DO ESTADO E A SUA REPERCUSSÃO NO AUMENTO DA CARGA TRIBUTÁRIA, NA IMPLOÇÃO DOS DIREITOS DOS CONTRIBUINTES E NO EXCESSO NORMATIVO: O PRINCÍPIO DA “DOMINAÇÃO” VIS-À-VIS O PRINCÍPIO DA “LEGALIDADE”

As sucessivas emendas constitucionais nos últimos 30 anos da Carta de 1988, no campo tributário, foram responsáveis por um aumento crescente da carga tributária, ampliação excessiva de obrigações acessórias – que representam a burocracia fiscal – e a implosão dos direitos dos contribuintes. Além disso, cada vez mais o contribuinte encontra menos espaço de defesa no âmbito administrativo ou judicial. Tendo em vista a presunção de liquidez e a certeza do débito tributário ao fim da instância administrativa que validar um lançamento de ofício, o contribuinte amargará diversos constrangimentos administrativos, que futuramente podem se mostrar ilegítimos e ilegais, antes mesmo que os tribunais judiciais possam reavaliar a decisão dos órgãos fiscais de julgamento. Além da franca expansão legislativa e regulamentar que tudo tributa, tudo alcança e tudo pune, a fiscalização da Receita Federal tem usualmente adotado um critério muito grave na lavratura de autos de infração, disseminando equivocadamente o conceito de *fraude* e *simulação* para qualificar a multa aplicada, que passa a ser de 150%, mesmo que decorrentes de questões controversas em termos de exegese ou de mudança interpretativa pelo próprio Fisco e seus órgãos de julgamento.

Note-se bem, não se está aqui falando da prática de crimes, como falsificação documental ou adulteração de livros fiscais, mas da grave opção por parte de alguns agentes fiscais de simplesmente apontarem *fraude criminal* ante hipóteses tratadas, por anos, como possível e legítima economia tributária mediante planejamentos fiscais de boa-fé, ou controvérsia na interpretação do conteúdo e alcance da legislação aplicável. Insista-se, não se está discorrendo de evasão ou práticas criminosas pelos contribuintes, mas da adoção de interpretações jurídicas mais favoráveis ou então de legítima economia decorrente da fruição de lacunas legais ou de exegese da legislação, ainda que de boa-fé. Ora, não é juridicamente razoável que se aponte como *prática criminal* o que seria, no máximo, um eventual abuso ao espírito da lei – uma *fraude civil* –, o que é matéria de discussão no âmbito da *elisão* e de *normas antielisivas*. Ao se alterarem paradigmas hermenêuticos construídos e aceitos por décadas como legítimos, transformado-os em *matéria de cunho penal*, joga-se atualmente na vala comum da marginalidade empresários honestos e honrados e cujas empresas são cumpridoras de complexas e custosas obrigações tributárias principais e acessórias, que geram empregos e legitimamente contribuem para os crescimentos econômico e social do País.

Desde a promulgação da Carta de 1988, com a disseminação de medidas provisórias em matéria tributária e uma invulgar ampliação de regulamentos, portarias, instruções normativas etc., o grande paradigma de proteção ao cidadão, representado pelo *princípio da legalidade* (decorrente do *no taxation without representation*)

foi substituído por um verdadeiro *princípio da dominação*, de matriz *weberiana*. O cidadão, em sua dimensão de contribuinte, está cercado de atos normativos por todos os lados e em todos os graus, tornando-o um mero produtor de tributos e sufocado por uma carga burocrática ainda mais excessiva. Ultrapassam-se níveis razoáveis de exigências fiscais e é feita *tabula rasa* dos princípios magnos de proteção ao cidadão em sua dimensão de contribuinte.

Daí que os tribunais sejam diuturnamente conclamados a proteger o contribuinte e a limitar as injustas voracidades fiscal e burocrática. E sem uma resposta eficaz do Poder Judiciário sobre o alcance e o correto significado de *fraude à lei*, *legítima economia* e *planejamento tributário* e *elisão e antielisão*, os fiscos federal, estaduais e municipais têm levado muitos à bancarrota, de forma ilegítima e em claro desacordo com os contornos das disposições constitucionais erigidas à proteção do contribuinte e de seus negócios. Ou então, o governo é obrigado a recorrentemente editar programas de perdão de débitos fiscais, ainda que parciais, pois quando os tributos são acrescidos de multas elevadíssimas e juros estratosféricos decorrentes da mora do contribuinte, são impagáveis. Isto resulta também em um tratamento injusto àqueles contribuintes que lutam para manter em dia suas obrigações fiscais.

3. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

E CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS: UMA QUESTÃO DE "DÉFICIT NORMATIVO". A ATUAL QUESTÃO DA PRETENSÃO DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO PELO STF

Ao mesmo tempo que se convive com excesso de normas, como se dá com a disseminação de medidas provisórias e na regulamentação de matéria tributária, há uma clara ausência de disposições legais efetivas tratando da questão de produção em laboratório de células-tronco embrionárias e de controle e fiscalização sobre as pesquisas científicas. É no mínimo paradoxal que em um país com níveis quase medievais de tratamento de algumas doenças tropicais – i.e., crises de dengue, tuberculose, malária e fogo-selvagem, que atingem milhares de cidadãos brasileiros e submetem milhões a riscos reais de contaminação –, a Suprema Corte fosse provocada a discutir temas altamente controversos no âmbito científico, eticamente questionáveis e de eficácia muito aquém de qualquer comprovação efetiva.

Esse assunto poderá ser analisado sob duas vertentes básicas: na ótica do embrião ou da célula tronco-embriônica criada a mãos cheias e descontroladamente pelas clínicas de fertilização in vitro; ou segundo uma visão tecnicista de alguns modelos científicos que sustentam que a ciência deve progredir inexoravelmente e sem limites constitucionais ou legais de relevo. Com a devida vênia dos que pensam em contrário, a visão de que o direito é capaz de formular mode-

los *definitivos* para solucionar os mais complexos problemas da existência humana não representa mais do que exacerbação de um fundamentalismo jurídico-iluminista do século 19, em que a fé positivista tinha a pretensão, inutilmente como a história demonstrou, de levar a ordem e o progresso a toda a humanidade e de tornar o direito objeto de aferição por um modelo científico-exato e não decorrente de amplos e complexos fenômenos e relações humanas e sociais.

Por outro lado, a dignidade da vida humana que está *em ato* presente no embrião e na célula-tronco embrionária, torna-os *sujeitos* de direito, e não *objetos* de direito. Assim, a proteção que lhes concedem os direitos e garantias fundamentais deverá ser inexoravelmente reconhecida e declarada pelos tribunais. Essa consideração decorre de uma visão *compreensiva* do ser humano e da sua *relação de sentido* com a realidade e com os ordenamentos jurídico e social. A vida humana, em todas as suas etapas, é uma realidade que não pode ser propriamente *explicada*, mas, sim, deve ser *compreendida* à luz de toda uma fenomenologia social, cultural, científica, antropológica, religiosa, cultural e, sobretudo, ética.

Como o autor já pôde sustentar em sua tese de doutorado, o tema da ética e da ampla compreensão do direito e da Justiça – que dizem respeito à forma *correta* de se viver, nas lições socráticas – são nucleares às profissões jurídicas, à formulação das políticas públicas, à criação, aplicação e interpretação das leis. Afinal de contas, “*em direito, as opiniões de juízes e advogados sobre o que é o direito são o próprio direito*”², pois “*as leis são em grande parte complexas, ambíguas e indeterminadas*”³. E é um truismo concluir da experiência diária que “*as leis guiam, mas não controlam decisões*”⁴, sendo necessário também considerar que entre a criação e a aplicação das leis há, em geral, um amplo campo para interpretação, largas zonas cinzentas e profundas divergências de opinião, conforme a perspectiva de cada um. Não há lei ou decisão judicial de um problema complexo que não comporte opiniões diferentes: “*Em todos os campos, em todos os pontos, quando há uma dúvida, o direito oferecerá técnicas e regras, respeitáveis, que fundamentarão qualquer um dos objetivos*”⁵. No extremo, *fatta la legge, trovato l'inganno*, diz o conhecido ditado italiano que se espalhou pelos povos. Daí que a questão ética e a análise compreensiva de um problema jurídico, sob todas as suas vertentes relevantes, exsurtem com toda a sua ampla carga valorativa, pois conforme quem seja o criador da norma, seu aplicador ou intérprete, os *valores pessoais* que abraça, os *meios* à disposição e as *metas* que pretende atingir, necessariamente condicionarão o resultado.

Os cínicos e os sofistas na antiguidade grega já demonstraram que a busca dos *fins* sem preocupação com os *meios* fará da justiça um ideal meramente secundário, tema que será retomado pelo relativismo moral⁶, que tudo aceita e a tudo se conforma⁷. Os romanos já ensinavam que *Non omne quod licet honestum est* (Paulo, Digesta 50.17.144) [*“Nem tudo que é legal é moral”*]. Desse modo, já chamaram a atenção para a insuficiência do formalismo jurídico perante a complexidade das relações sociais, à luz da natureza humana. Por isso, Tomás de Aquino, embora reconhecendo que “*a lei não proscree todos os vícios nem indica o cumprimento de todas*

as virtudes”⁸, afirmou que deveria ser “sempre elaborada com vista a alcançar o bem comum”⁹. Isso, sem dúvida, exige respeito e ampla proteção ao bem de cada um. A dignidade da vida humana refletida na célula tronco-embrionária – considerada como o *todo que é*, e não apenas como uma *pequeníssima parte* que alguns gostariam que fosse – apresenta sua dimensão mais dramática, pois em sua infinitesimal extensão é a mais indefesa. A ideia de que a lei possa ser moralmente neutra é falsa. Daniel Coquillette, em sua renomada obra *Lawyers and Fundamental Moral Responsibility*¹⁰, sublinhou que: “Os antigos ideais de uma norma jurídica ‘neutra’ foram desmascarados, na melhor hipótese, como um mito piedoso e, na pior, como um esforço deliberado dos poderosos para explorar os fracos [...]”. Não é factível fazer um corte asséptico entre as leis e a ética nem pretender que o direito se esgote em si mesmo, afastando uma vasta compreensão do fenômeno jurídico à luz das mais amplas perspectivas, em suma, na perquirição da objetividade da Justiça. Ao se afastar o direito da ética, da antropologia, da cultura, da ciência, da religião e da própria realidade social e histórica dos povos, muitos daqueles que exercem profissões jurídicas se convenceram, por um falacioso relativismo moral e maquiavélico “tecnicismo”, que deveriam buscar os fins pretendidos independentemente dos meios adotados¹¹. Nessa perspectiva, o ideal de justiça é visto como um mero figurante no grande drama da criação, aplicação e interpretação do direito, levando a se prender a um estrito legalismo à margem de toda a Justiça, o que condena os direitos e garantias fundamentais a um plano meramente teórico e de abstrações jurídicas afastadas da realidade. Ou seja, é o mesmo perverso fenômeno que levou a Suprema Corte dos Estados Unidos, há cerca de 200 anos, a sustentar a escravidão por vislumbrar no escravo uma mera mercadoria, um *objeto* de direito, portanto, e não um *sujeito* de direito.

Por isso que o *déficit legislativo* pátrio com a matéria, além das graves violações a direitos fundamentais e a preceitos éticos, é particularmente danoso no Brasil, considerando que as clínicas de fertilização in vitro não são submetidas a um controle estatal real (normativo ou fiscalizatório efetivos), somado à ausência de recursos (materiais e científicos) a serem aplicados em tais pesquisas (vide dengue e outras doenças tropicais cuja cura não avança por evidente falta de recursos públicos). De se destacar que, mesmo os países que admitem a produção de células-tronco embrionárias em clínicas de fertilização in vitro, fortemente limitam ou mesmo vedam a produção de embriões ou células-tronco embrionárias para fins de pesquisas. Portanto, muitas vezes o que é aparentemente moderno não passa de um olhar pelo retrovisor, com o positivismo que ora renasce de suas cinzas do século 19 pela equivocada deificação das normas e por decisões judiciais que as implemente com desconsideração do fundamental direito à vida e à dignidade do ser humano. Isso tudo mesmo após as monstruosidades do nazismo e das experiências eugênicas do século passado, que volta e meia rondam com seu espectro maligno e cativam certos amantes de

uma ciência livre e ilimitada. Como dizia Kennedy, é preciso enaltecer os benefícios da ciência e extirpar as suas monstruosidades. Exige-se, pois, que a questão da ausência de controles jurídico e normativo eficazes das clínicas de fertilização in vitro sejam objeto da ponderada reflexão dos tribunais e também dos órgãos legiferantes. Vários princípios e valores constitucionais estão em perspectiva, e as consequências de seu descumprimento são graves para a sociedade e deletérias para a proteção da dignidade da vida humana.

O mesmo se diga agora, quando a Constituição de 1988 está prestes a completar 30 anos, e o STF está a analisar a pretensão de se descriminalizar o aborto, de forma ampla e irrestrita, apenas com insuficientes limitações quanto ao tempo de gestação. Além de o STF estar a tratar matéria de competência legislativa e quiçá mesmo vedada de ser alterada à luz dos princípios do direito natural que informam os direitos humanos e fundamentais plasmados no texto magno, uma análise compreensiva do fenômeno jurídico em que se insere a vida humana permitirá que o controle de constitucionalidade atinja o seu verdadeiro desiderato, que é o de alcançar a objetividade da Justiça sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais *inalienáveis*, em que a dignidade da vida humana justamente apresenta sua maior expressão na imensidão e infinitude de uma célula-tronco embrionária e na vida da criança ainda por nascer no ventre materno.

CONCLUSÃO

Neste breve apanhado de ideias, que foram originalmente apresentadas para a elevada reflexão dos eminentes Ministros do STF e das altas autoridades acadêmicas, judiciais e governamentais, brasileiras e estrangeiras, reunidas para as comemorações do bicentenário do judiciário independente no Brasil, percebe-se a necessidade de serem enaltecidas, agora que se comemoram os 30 anos da Constituição de 1988, as instituições pátrias, muito especialmente o Poder Legislativo, que é por definição o centro do debate democrático e da apreciação das matérias *de lege ferenda*. Igualmente, o Judiciário pátrio, na esteira de mais de 200 anos de honrosa tradição na prestação de Justiça, deverá continuar à altura de bem enfrentar com grandeza, serenidade, parcimônia e apuro os grandes desafios jurídicos com que se deparam e que, muitas vezes, afetam não apenas os jurisdicionados brasileiros, mas produzem reflexos além-fronteiras em face da interdependência das nações, nos âmbitos econômico, político e social. Em face de eleições gerais que se avizinham, é também de se esperar que os novos governantes e os representantes eleitos, que são os que exercem o poder em nome do povo, nos termos da Constituição¹², estejam à altura dos graves desafios domésticos e internacionais. Um Poder Legislativo sério e capaz, ao lado de governantes executivos éticos e competentes, e de juízes que julgam com sobriedade e fiéis à Constituição e às leis, são imprescindíveis ao desenvolvimento pleno da vida do cidadão, desde o ventre materno, visando ao bem comum de todos e de cada um.

NOTAS

*

O presente texto, ora atualizado, serviu de roteiro básico para a palestra do autor proferida no evento “2008: Bicentenário do judiciário independente no Brasil”, no Supremo Tribunal Federal (STF), em Brasília (DF), em 17.3.2008, na presença do presidente do Tribunal Constitucional da Itália, Francisco Bile, a convite da então presidente do STF, ministra Ellen Gracie, em sessão presidida pelo ministro Carlos Ayres Britto e com a presença de demais ministros do STF, de altas autoridades judiciárias, governamentais e acadêmicas, brasileiras e estrangeiras.

2

LAPIANA, William P. *Logic and Experience: The Origin of Modern American Legal Education*. New York: Oxford University Press, 1994, pág. 19.

3

RODHE, Deborah L; LUBAN, David. *Legal Ethics*. 4ª ed., New York: Foundation Press, 2004, pág. 7.

4

LLEWELLYN Karl N. *The Bramble Bush*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, 1960, pág. 13

5

(LLEWELLYN, 1960, pág. 13).

6

SCHWARTZ, Mortimer D. et. al. *Problems in Legal Ethics*. 6ª ed., Davis: Thomson West, 2003, pág. 4 et seq.

7

(RODHE; LUBAN, 2004, pág. 8 et seq.).

8

(STh, II-I, 96, 3 c).

9

Ibid.

10

COQUILLETTE, Daniel R. *Lawyers and Fundamental Moral Responsibility*. Cincinnati: Anderson Pub., 1995, pág. 2.

11

Ibid.

12

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

- I. a soberania;
- II. a cidadania;
- III. a dignidade da pessoa humana;
- IV. os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;
- V. o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.



MÁRCIA REGINA APPROBATO
MACHADO MELARE

DEFESA DO
ESTADO E
GARANTIA DOS
DIREITOS DO
CIDADÃO EM
TEMPOS DE CRISE:
OS DESAFIOS
DOS ADVOGADOS
E DE SUA ENTIDADE
DE CLASSE

MÁRCIA REGINA APPROBATO
MACHADO MELARE

ADVOGADA E CONSELHEIRA FEDERAL.

E

EM COMEMORAÇÃO AOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PRETENDO, NESTE BREVE estudo, apontar os desafios dos advogados e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no que diz respeito à defesa dos direitos do cidadão e dos direitos humanos.

Preambularmente, há de se pontuar que a proteção dos direitos do cidadão pressupõe um Judiciário forte e uma Justiça eficiente, vinculada a uma advocacia independente, respeitosa e respeitada, de caráter privado ou público.

Em qualquer parte do mundo, justiça ineficiente é sinônimo de impunidade, e esta, por sua vez, alimenta o descrédito nas instituições em, em uma perigosa sucessão de quebra de valores que leva invariavelmente ao caos.

Isso nos torna protagonistas para garantir segurança e estabilidade ao progresso do nosso País.

A Constituição Federal de 1988 representou um pacto do povo brasileiro que aspirava a um Estado democrático fundamentado, essencialmente, na dignidade da pessoa humana, condição indispensável para a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, nos exatos dizeres da Lei Maior.

Desde então, há uma crescente conscientização do exercício da cidadania; um despertar para a efetivação de atos significativos da democracia participativa; uma comunhão de interesses e ações no escopo de organizar a sociedade civil para que possa ser a edificadora de sua própria história.

Temos consciência de que à sociedade interessa o bem-estar, o crescimento econômico com respeito à natureza, à educação, à saúde, ao trabalho e ao convívio fraterno entre as pessoas, mas também lhe interessa segurança jurídica que se traduza na paz social e na estabilidade.

Os direitos humanos, por sua vez, amoldam-se de tal forma no ideário da advocacia e da OAB que seria impossível traçar uma linha histórica sem lançar mão de seus princípios universais.

Não é por menos que o advogado, humanista por ideal, tornou-se modelado para servir ao seu semelhante nas necessidades básicas de defesa, proteção, equilíbrio e preservação desses direitos.

A nossa entidade de classe, OAB, construiu sua ética política em coragem, lutas e riscos e, por consequência, está entre as instituições mais respeitadas e vanguardistas dos movimentos populares, credenciando-se na confiança do povo brasileiro e se transmutando em sua voz.

A OAB, com sua missão corporativa e institucional, torna-nos militantes contumazes dos direitos do cidadão, compilados nos direitos humanos. Cada uma das 27 seccionais estaduais da OAB possui a sua própria Comissão de Direitos Humanos em permanente vigilância e prontidão.

Foi em nome da Declaração dos Direitos Humanos que a OAB se posicionou e lutou contra o arbítrio, a tortura nas prisões, a perseguição e o exílio de cidadãos, entregando a própria vida de seus advogados nessa luta. Essas atitudes determinaram que nossa Constituição Federal e nossa legislação atuais dispusessem ser inafiançável a prática de tortura.

É essa consciência da universalidade dos direitos humanos que sempre fez a advocacia atuar de forma eficaz às pessoas oprimidas, feridas e humilhadas.

Assim o foi quando a OAB abraçou a vitoriosa causa para que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecesse a constitucionalidade da Lei Maria da Penha.

Foi por meio da denúncia da biofarmacêutica MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES, que ficou paraplégica depois de sofrer dois atentados do marido, de negligência do Estado brasileiro na apuração dos crimes cometidos contra ela por parte de seu agressor, que os debates do então aceito “direito ao crime passionai”, que vigorava sob o dogma do direito à proteção da própria honra, aflorando o dramático apelo de milhares de mulheres que sofrem o flagelo da violência doméstica, intensificou-se, sendo, em 2006, sancionada a Lei n.º 11.340, nacionalmente conhecida como “Lei Maria da Penha”.

A Lei Maria da Penha aumenta o rigor das penas e possibilita a prisão preventiva dos maridos agressores, e se tornou uma referência internacional, segundo estudos das Nações Unidas. Atualmente, é considerada uma das três melhores legislações sobre a matéria violência doméstica em todo o mundo.

Contudo, foi alvo de contestação do Poder Judiciário.

Afirmando a necessidade de proteção especial da mulher brasileira, indispensável à consecução de uma igualdade material, e não apenas formal com o homem, a OAB nacional ingressou na Ação Direta de Inconstitucionalidade arguida em face da Lei Maria da Penha, que se processava no Supremo Tribunal Federal, como *amicus curiae* e obteve vitória.

O julgamento foi acalorado e prevaleceu, por unanimidade, que essa lei não é inconstitucional, porque somente aplicável em defesa da mulher e, também, que a ação não está condicionada unicamente à representação da vítima, podendo o Ministério Público apresentar denúncias sobre a violência perpetrada.

Como bem pontuou o ministro Ricardo Lewandowski, na ocasião, as mulheres, como as estatísticas comprovam, não representam criminalmente contra o companheiro ou marido em razão das permanentes coações moral e física que sofrem e que inibem a sua livre manifestação de vontade, a demandar a necessidade de ação do Ministério Público nesse sentido.

A agressão contra a mulher acontece, na grande maioria das vezes, na residência ou na escola. Mapas da Violência – Homicídio de Mulheres mostram que a cada duas horas uma mulher é morta no Brasil, e seus maiores agressores são o namorado, o marido ou o ex-companheiro, que mata após já ter cometido pelo menos um ato de agressão.

Ciente dos fatos, a ministra Cármen Lúcia deixou claro o seu posicionamento de que, em briga de marido e mulher, se deve, sim, “meter a colher”, quando afirmou que é dever do Estado adentrar o recinto das quatro paredes quando na relação conjugal que se desenrola houver violência.

Ainda em defesa dos direitos do cidadão, esteve o CFOAB no Supremo Tribunal Federal como *amicus curiae*, sustentando a constitucionalidade da reserva de vagas em universidades com base em critérios raciais.

Mediante dados de Instituto de Pesquisa, verifica-se que, historicamente, o negro no Brasil não teve as mesmas oportunidades que os brancos, sendo que a população negra representa hoje 70% dos brasileiros pobres, sem acesso à educação de qualidade. “As políticas afirmativas para o equilíbrio das relações sociais tendem a diminuir as desigualdades e resgatar a dignidade da pessoa humana”, afirmou a OAB.

A advocacia, por meio da OAB, esteve também fortemente empenhada na promulgação da denominada “Lei da Ficha Limpa”, que impede a candidatura de políticos condenados pela Justiça.

Esses pontuais exemplos demonstram o entusiasmo e a combatividade da advocacia e da OAB na defesa dos postulados dos direitos humanos, fatores que têm legitimado essa classe a representar a sociedade civil sempre que estiver em causa o interesse da cidadania.

Mas é preciso avançar mais, discutir mais, extirpar de vez contra qualquer tipo de discriminação que contrarie uma das constituições mais cidadãs em todo o mundo. A impunidade; a saúde e a educação precárias; o trabalho escravo; e as desigualdades persistentes ainda são situações presentes no Brasil e que devem ser combatidas.

E ainda precisamos avançar em uma reforma política profunda e abrangente no sistema eleitoral brasileiro, que deve ser transparente, com controle social para evitar os famigerados “caixas-dois”.

Como se vê, a advocacia tem uma importante missão a cumprir na sociedade – uma missão que nos distingue como operadores do Direito. O advogado, privado ou público, representa a garantia do direito de defesa e da correta aplicação da Justiça. O advogado é o elo desse direito elementar de cidadania.

Por tudo isso, acredito firmemente no engajamento de todas as instituições representativas da sociedade civil para fazer valer, universalmente, os direitos do homem – civis, sociais e políticos – aqui compreendido o gênero humano, independentemente de raça, sexo, credo e ideologias, efetivando-se, verdadeiramente, as cláusulas pétreas e os direitos e garantias estampados em nossa Carta Constitucional trintenária.



GEORGE MELÃO

EFEITOS DA
CONSTITUIÇÃO
NA
DEMOCRACIA
PARTICIPATIVA

GEORGE MELÃO

ADVOGADO ESPECIALIZADO EM DIREITO ELEITORAL. PROFESSOR EM CURSOS PREPARATÓRIO PARA CONCURSOS. PROFESSOR E PALESTRANTE SOBRE MARKETING POLÍTICO E ELEITORAL. MEMBRO PERMANENTE DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP. MEMBRO EFETIVO DA COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO ELEITORAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO SÃO PAULO.

OBRAS PUBLICADAS

OS SEGREDOS DO MARKETING POLÍTICO - 2014 - EDITORA B2 COMUNICAÇÃO

O VOTO OBRIGATÓRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO - 2017 - EDITORA LETRAS JURÍDICAS

OBRA EM COAUTORIA

PARLAMENTARISMO - REALIDADE OU UTOPIA? ARTIGO - PARLAMENTARISMO - É PRECISO REFUNDAR O BRASIL - COORDENAÇÃO GERAL PROFESSOR DOUTOR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS - PUBLICADO PELA FECOMERCIO-SP - 2016

SUMÁRIO EFETIVO ROMPIMENTO COM A DITADURA MILITAR | AS ALTERAÇÕES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 NOS SEUS 30 ANOS DE VIGÊNCIA | PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS LIMITES DA CONSTITUIÇÃO | ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS COM REFLEXOS NO PROCESSO ELEITORAL | OS PODERES CONSTITUÍDOS ALTERADOS PELOS CONSTITUÍDOS | BIBLIOGRAFIA

EFETIVO ROMPIMENTO COM A DITADURA MILITAR

R

ROMPENDO COM MAIS DE 20 ANOS DO REGIME DITATORIAL MILITAR, A ELEIÇÃO indireta realizada pelo Colégio Eleitoral em 1985 elegeu Tancredo Neves para presidente da República e José Sarney para vice-presidente, sendo certo que, acometido por uma grave doença, Tancredo Neves faleceu e não tomou posse, assumindo em seu lugar o vice, José Sarney. Em 1987, por meio da Emenda Constitucional n.º 26, é convocada a Assembleia Nacional Constituinte, que, após exaustivos debates, votou, aprovou e promulgou a nova Constituição.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como “Constituição cidadã”, além de restabelecer o regime democrático, trouxe muitos avanços no que concerne aos direitos e garantias individuais, sociais e políticos. Entretanto, manteve a forma de Estado (federal), a forma de governo (república), o sistema de governo (presidencialismo) e a forma de aquisição do poder ou regime (democracia representativa), concedendo ao povo o direito de escolher, livre e diretamente, por meio de eleições, os chefes dos Poderes Executivos e representantes para os Poderes Legislativos em suas três esferas – municipal, estadual e federal.

Na época de sua promulgação, apesar de originalmente constar que o sistema de governo aprovado seria o presidencialismo e a forma de governo seria republicana, deixou em aberto para decisão posterior por meio de plebiscito a possibilidade de alteração para o sistema parlamentar e a forma monárquica de governo. O plebiscito ocorreu em 21 de abril de 1993, optando o povo pela manutenção do presidencialismo e da república¹.

Segundo o professor Ives Gandra Martins², mesmo que o povo tivesse optado pela mudança, alterando o sistema e a forma de governo para parlamentarismo e monarquia, juridicamente seria inconstitucional, pois, tendo em vista que a Constituinte de 1987 foi convocada por uma emenda constitucional, a de número 26, a qual tinha amparo na Constituição de 1967 e na reformulação de 1969, não pode-

ria, como constituinte derivado, alterar as “cláusulas pétreas” que permitissem mudanças na forma e no sistema de governo, ou seja, na Federação e/ou na República.

AS ALTERAÇÕES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 NOS SEUS 30 ANOS DE VIGÊNCIA

A Carta Magna de 1988, nestes seus 30 anos de existência, sofreu, até dezembro de 2017, noventa e nove (99) emendas, perfazendo uma média de 3,6 emendas por ano. São muitas alterações para uma Constituição que, quanto a sua estabilidade, se diz rígida. Ressalte-se que não foram incluídas as seis (6) emendas de revisões ocorridas em 1994.

Ao compararmos a Constituição Federal quando de sua promulgação, em 5 de outubro de 1988, em relação ao texto atual, é possível afirmar que, em tese, sob vários aspectos, o poder constituinte derivado desfez quase tudo que o poder constituinte originário de 1987 construiu no que diz respeito ao “novo Estado brasileiro”. Tal afirmação é facilmente comprovada pelo número de emendas constitucionais apresentadas no decorrer destes 29 anos, a saber:

1992	2 emendas constitucionais
1993	2 emendas constitucionais
1994	6 emendas constitucionais de revisão
1995	5 emendas constitucionais
1996	6 emendas constitucionais
1997	2 emendas constitucionais
1998	3 emendas constitucionais
1999	4 emendas constitucionais
2000	7 emendas constitucionais
2001	4 emendas constitucionais
2002	4 emendas constitucionais
2003	3 emendas constitucionais
2004	3 emendas constitucionais
2005	3 emendas constitucionais
2006	5 emendas constitucionais
2007	3 emendas constitucionais
2008	1 emenda constitucional
2009	5 emendas constitucionais
2010	5 emendas constitucionais
2011	1 emenda constitucional

2012	3 emendas constitucionais
2013	5 emendas constitucionais
2014	8 emendas constitucionais
2015	6 emendas constitucionais
2016	5 emendas constitucionais
2017	4 emendas constitucionais

Apesar de tanta mudança, tais alterações não interferiram no processo eleitoral no que diz respeito à liberdade de escolha, pelo povo, de seus governantes e representantes.

PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS LIMITES DA CONSTITUIÇÃO

A democracia pressupõe a participação popular, de forma direta e/ou indireta, mas a atuação do povo é imperiosa para que as decisões sejam tomadas de forma equânime e com justiça, impondo-se, assim, limites aos governantes.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, de cátedra, revela que no Brasil vigora a democracia, o que pressupõe a ampla liberdade de escolha quanto aos governantes e aos representantes para o Poder Legislativo.

Artigo 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (gn)

Revela ainda o mesmo artigo 1º, porém, em seus incisos I e II, que a República Federativa do Brasil, entre outros, tem como fundamento “a cidadania” e o “pluralismo político”, afirmando, assim, que cabe ao Estado brasileiro determinar os direitos e deveres de seus cidadãos, forma de aquisição, permanência e destituição do poder, bem como, para que haja uma diversidade de opções para a escolha de governantes e/ou representantes, a Constituinte de 1987 deixou claro que a liberdade para pensamentos contraditórios dos diversos grupos sociais, com suas opiniões econômicas, culturais, ideológicas e de sociedade, é de rigor. Em uma sociedade pluralista, é preponderante a construção e manutenção do equilíbrio entre as múltiplas facetas apresentadas.

Mas não é só isso, a Constituição Federal de 1988 foi mais além ao definir, claramente, que os políticos estão a serviço do povo, e para este devem governar e prestar contas de suas administrações, não deixando o parágrafo único, do artigo 1º, a menor dúvida, tampouco dá margem para interpretação diversa:

Parágrafo único – Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Depreende-se do texto contido no parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição Federal que a democracia adotada pelo Brasil é a chamada “semidireta”, em que a participação popular se dá de duas maneiras: indiretamente, por meio de seus representantes eleitos (forma mais comum, principalmente em razão da vasta extensão territorial e da grande massa populacional); e diretamente, por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular (forma pouco utilizada, já que para a adoção do plebiscito e do referendo é necessário que haja convocação mediante decreto legislativo, nos termos do artigo 3º, da Lei n.º 9.709/98; no que diz respeito à lei de iniciativa popular, o artigo 13 da mesma Lei n.º 9.709/98 impõe tanta dificuldade que desestimula a população dela fazer uso).

A democracia, segundo o professor José Afonso da Silva³, afirma-se em dois princípios fundamentais:

- a. O da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder;
- b. A participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que esta seja efetiva expressão da vontade popular.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 ter colocado à disposição do cidadão os institutos de participação direta – plebiscito, referendo e a iniciativa popular – nos termos dos incisos I, II e III, do artigo 14, da Carta Magna, pouco se utilizou desses mecanismos até o momento, apenas um plebiscito, um referendo e quatro leis de iniciativa popular ocorreram no Brasil.

Artigo 14 – A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I. plebiscito;
- II. referendo;
- III. iniciativa popular.

Por determinação do artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988, em 21 de abril de 1993 (em princípio, seria no dia 7 de setembro de 1993), ocorreu o primeiro e único plebiscito até o momento, oportunidade em que o povo decidiu quanto à forma de governo (república ou monarquia) e quanto aos sistemas de governo (presidencialismo ou parlamentarismo), vencendo a forma de governo republicana e o sistema presidencialista.

Em 23 de outubro de 2005, os brasileiros foram às urnas para opinar, mediante o único referendo em 30 anos de vigência da Constituição, quanto à aprovação ou proibição do comércio de armas e munições no Brasil, pois já estava

em vigor a Lei n.º 10.826/2003, denominado “Estatuto do Desarmamento”, e que em seu artigo 35 já constava a proibição do comércio de armas e munições no País, mas condicionava sua entrada em vigor ou não ao resultado do referendo.

O instituto de participação direta na democracia brasileira mais utilizado desde o advento da Constituição de 1988 é a iniciativa popular, e mesmo assim, as dificuldades criadas pelo constituinte são tantas que até o momento somente quatro (4) leis foram aprovadas no Brasil por esse mecanismo.

Lei n.º 8.930/1994 – Considera crime hediondo homicídios praticados por motivo fútil ou com crueldade;

Lei n.º 11.124/2005 – Cria o Fundo Nacional de Habitação;

Lei Complementar n.º 9.840/1999 – Tipifica o crime de compra de votos;

Lei Complementar n.º 135/2010 – Ficha Limpa.

Os projetos de lei de iniciativa popular, para que possam ser apresentados perante o Congresso Nacional, precisam do apoio de no mínimo 1% do eleitorado, além da adesão de 0,3% do eleitorado de pelo menos cinco Estados da Federação, dificuldades que, para serem vencidas, demandam tempo, articulação e até mesmo algum recurso financeiro – fatores que, sem dúvida alguma, desestimulam brasileiros que queiram se aventurar nessa empreitada.

Atualmente, tramitam no Congresso Nacional alguns projetos que buscam facilitar a participação popular. A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 03/2011 reduz para 0,5% do eleitorado o número de assinaturas necessárias para apresentação de projetos de lei e abre a possibilidade de os cidadãos apresentarem PECs. A PEC 2/1999 também reduz de 1% para 0,5% o percentual do eleitorado necessário para a apresentação de lei de iniciativa popular. Os projetos de lei do Senado (PLSs) n.º 84/2011, n.º 129/2010 e n.º 267/2016 permitem a assinatura eletrônica aos projetos de iniciativa popular. O Projeto de Resolução do Senado (PRS) n.º 19/2013 facilita a apresentação, ao Senado, de propostas de fiscalização e de sugestões legislativas vindas da população^{4/5}.

Cumprir lembrar que as exigências e dificuldades impostas para a criação de um partido político no Brasil são bem maiores que as existentes para as leis de iniciativa popular, entretanto, não impediram a criação e o registro no Tribunal Superior Eleitoral⁶ de 28 partidos políticos após a promulgação da Constituição de 1988.

ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS COM REFLEXOS NO PROCESSO ELEITORAL

A Constituição Federal de 1988, como já vimos, sofreu inúmeras mudanças por meio das chamadas “emendas constitucionais”, que até o fim do ano de 2017 totalizavam 99 (noventa e nove), afetando, também, o processo político eleitoral. Entre elas, podemos destacar a Emenda Constitucional n.º 4, de 1993, que alterou o Capítulo IV, do Título II, que versa sobre os direitos políticos, deu nova redação ao § 9º do artigo 14 – conferindo a possibilidade de lei complementar criar outros casos de inelegibilidade –, bem como trouxe nova roupagem ao artigo 16 quanto à anualidade da lei eleitoral. Em seguida, veio a Emenda Constitucional de Revisão n.º 5, de 7 de junho de 1994, a qual reduziu o mandato presidencial de cinco para quatro anos, passando as eleições presidenciais a ocorrerem simultaneamente com as do Congresso Nacional, governadores e assembleias legislativas, buscando, assim, fortalecer o vínculo entre o partido do presidente e os partidos da base aliada na Câmara dos Deputados. A Emenda Constitucional n.º 16, de 4 de junho de 1997, deu nova redação ao § 5º do artigo 14; ao caput do art. 28; ao inciso II, do artigo 29; ao caput do artigo 77; e ao artigo 82 da Constituição Federal, permitindo, a partir de então, a reeleição do chefe do Poder Executivo (presidente da República, governador e prefeito) para um mandato subsequente, fato que beneficiou Fernando Henrique Cardoso, que se tornou o primeiro presidente da história da República brasileira reeleito para um mandato subsequente.

CAPÍTULO IV DOS DIREITOS POLÍTICOS

Artigo 14 – A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 5º – O presidente da República, os governadores de Estado e do Distrito Federal, os prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 16, de 1997)

(...)

§ 9º – Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de fun-

ção, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 4, de 1994)

(...)

Artigo 16 – A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 4, de 1993)

O Capítulo V, do Título II, destinado aos partidos políticos, também sofreu duas alterações, sendo uma no ano de 2006, mediante a Emenda Constitucional n.º 52, a qual alterou o parágrafo 1º do artigo 17, pondo fim à obrigatoriedade de vinculação para as coligações partidárias; e, mais recentemente, a Emenda Constitucional n.º 97, de 2017, que deu nova redação ao parágrafo 1º do mesmo artigo 17, visando, principalmente, à preservação das comissões e diretórios provisórios, já que o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, na sessão administrativa de 7 de junho de 2016, aprovou um pedido de alterações estatutárias solicitado pelo Partido Social Democrático (PSD). Entretanto, na ocasião, os ministros determinaram expressamente que o partido promovesse a adaptação de seu estatuto, a fim de fixar prazo razoável para o exercício do mandato dos membros de suas comissões provisórias, com base nos artigos 39 e 61 da Resolução TSE n.º 23.465/2015, que trata das instruções para fundação, organização, funcionamento e extinção de partidos políticos. O tema também está sendo debatido no Supremo Tribunal Federal (STF), em razão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5.875, que foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em razão da Emenda Constitucional n.º 97, promulgada em outubro passado.

A Emenda Constitucional n.º 97, de 2017, alterou também o parágrafo 3º do artigo 17 e lhe acrescentou dois incisos a esse parágrafo e, em tese, criou uma espécie de cláusula de barreira para o acesso ao fundo partidário e ao horário de rádio e televisão. Essa mesma emenda também incluiu o parágrafo 5º ao artigo 17, concedendo ao eleito trocar de partido sem perder o mandato quando este não conseguir vencer as cláusulas de barreira.

CAPÍTULO V DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Artigo 17 – É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

(...)

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 52, de 2006)

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 97, de 2017)

(...)

§ 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 97, de 2017)

- I. Obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou* (Incluso pela Emenda Constitucional n.º 97, de 2017)
- II. Tiverem eleito pelo menos 15 (quinze) deputados federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.* (Incluso pela Emenda Constitucional n.º 97, de 2017)

(...)

§ 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão. (Incluso pela Emenda Constitucional n.º 97, de 2017)

OS PODERES CONSTITUÍDOS ALTERADOS PELOS CONSTITUÍDOS

Como é sabido, para que seja elaborada uma Constituição, necessário se faz o rompimento político-jurídico com o Estado-administração atual, e tal rompimento pode ocorrer por uma revolução ou por meio de uma assembleia popular. Vale lembrar que a cada Constituição surge um novo Estado, que, histórica e geograficamente pode até ser o mesmo, contudo, não o é no contexto jurídico nem político.

Tendo em vista que a elaboração de uma nova Constituição requer debates, estudos, consultas etc., exigindo, para tanto, tempo e pessoas designadas para este fim, sendo que a este grupo de pessoas se dá o nome de “poder constituinte originário”, também chamado de “inicial” ou “inaugural”.

O poder constituinte originário de 1987, o qual elaborou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inseriu no texto original 245 artigos e mais 70 artigos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais transitórias determinou que a revisão do texto constitucional deveria ocorrer após cinco (5) anos da promulgação da Constituição, não necessariamente cinco (5), podendo ser mais, porém, nunca menos, tanto é que a revisão se deu em 1994, seis (6) anos depois de promulgada a Constituição, pelo chamado “poder constituinte revisor”.

O poder constituinte originário permitiu, no artigo 59, inciso I, e no artigo 60 da Constituição a possibilidade de alterações em seu texto, portanto, limitou as matérias que possam sofrer modificações e criou exigências procedimentais, solenidades especiais, formais e diferentes das condições necessárias para elaboração das demais leis, autorizando, assim, a formação do poder constituinte derivado reformador.

Apesar de considerada rígida no que diz respeito à sua estabilidade, tendo em vista as dificuldades geradas pelo poder constituinte originário, isso não impediu a grande quantidade de emendas constitucionais aprovadas pelo Congresso Nacional.

Como pode ser facilmente notado, o chamado “poder constituinte derivado reformador” tem usado e abusado das alterações no texto constitucional. Para que se tenha uma ideia, a Constituição Federal de 1988, como já afirmamos, possuía 245 artigos em seu corpo e mais 70 artigos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mas, atualmente, conta com 250 artigos em seu corpo e 114 artigos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Em princípio, não parece muito, mas ao analisarmos o texto constitucional de 1988 em comparação ao atual, verificaremos que foram alterados e incluídos 980 (novecentos e oitenta) itens na Constituição Federal até dezembro de 2017, sendo 866 (oitocentos e oitenta e seis) itens (artigos, parágrafos, incisos e alíneas) no corpo da Constituição e 114 (cento e catorze) itens no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em decorrência do excessivo número de emendas constitucionais, trazendo, a nosso ver, uma verdadeira deformação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é que o ministro Marco Aurélio de Mello, do STF, em uma de suas inúmeras palestras narrou que “um cidadão se dirigiu a uma livraria e perguntou

ao vendedor se havia algum exemplar da Constituição Federal para vender, e, de pronto, o vendedor lhe respondeu que não trabalhavam com periódicos”.

Concluindo, não por falta de assunto, mas porque o tempo e espaço, neste momento, não nos permitem discorrer mais sobre o tema, ousamos afirmar que a Constituição Federal de 1988, em razão de tantas alterações, já não existe mais, pois 105 emendas constitucionais, sendo 6 (seis) emendas de revisão e 99 (noventa e nove) emendas constitucionais chamadas “ordinárias” e com mais de 980 (novecentos e oitenta) itens alterados/inclusos, certamente a Constituição Federal não é mais a mesma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GANDRA MARTINS, Ives. *Parlamentarismo: realidade ou utopia?*, São Paulo, FecomercioSP, 2016.

MELÃO, George. *O voto obrigatório no Estado democrático brasileiro*, São Paulo, Letras Jurídicas, 2017.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1994.

LEGISLAÇÃO

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
Constituição da República Federativa do Brasil atualizada.

CONSULTAS PELA INTERNET

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/10/25/constituicao-apesar-das-dificuldades-projetos-de-iniciativa-popular-ganham-folego>

<https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2017/11/proposta-que-permite-a-projetos-de-iniciativa-popular-apoio-pela-internet-segue-para-a-camara>

<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>

NOTAS

1

MELÃO, George. *O voto obrigatório no Estado democrático brasileiro*, São Paulo, Letras Jurídicas, 2017, pág. 73.

2

GANDRA MARTINS, Ives. *Parlamentarismo: realidade ou utopia?*, São Paulo, FecomercioSP, 2016, pág. 39.

3

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., Melhoramentos, 1994, pág. 119.

4

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/10/25/constituicao-apesar-das-dificuldades-projetos-de-iniciativa-popular-ganham-folego>. Consultado em 18.6.2018.

5

<https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2017/11/proposta-que-permite-a-projetos-de-iniciativa-popular-apoio-pela-internet-segue-para-a-camara>. Consultado em 18.6.2018.

6

<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Consultado em 18.6.2018.



DIRCEU JOSÉ VIEIRA
CHRYSOSTOMO

CAIO CASTAGINE MARINHO

OLAVO AUGUSTO VIANNA
ALVES FERREIRA

AÇÃO DIRETA
INTERVENTIVA:
SUBSIDIARIEDADE
COMO REQUISITO
PARA A
PROCEDÊNCIA
DO PEDIDO

DIRCEU JOSÉ VIEIRA CHRYSOSTOMO

ADVOGADO, PROFESSOR DE DIREITO CONSTITUCIONAL, INTEGRANTE DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP, EXERCEU O CARGO DE PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, FOI PRESIDENTE DO COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL E PRESIDENTE DA COMISSÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB.
E-MAIL: dirceuchrysostomo@hotmail.com

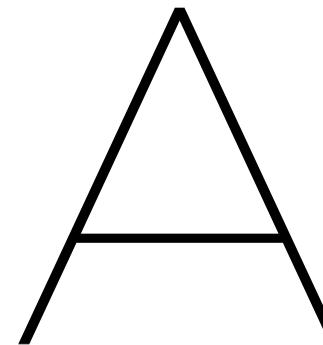
CAIO CASTAGINE MARINHO

JUIZ FEDERAL NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO.
E-MAIL: caio.marinho@trf1.jus.br

OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA

PROCURADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, DOUTOR E MESTRE EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC-SP (SUBÁREA DIREITO CONSTITUCIONAL), PROFESSOR DO PROGRAMA DE Mestrado em Direito da UNAERP e PROFESSOR CONVIDADO DE CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO (PUC-COGAE, UFBA, DIVM, FAAP E USP-FDRP), ORIENTADOR DA PÓS-GRADUAÇÃO DA ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO E DA PÓS-GRADUAÇÃO DE PROCESSO CIVIL DA USP-FDRP.
E-MAIL: olavoferreira@hotmail.com

RESUMO



A INTERVENÇÃO FEDERATIVA COM O ADVENTO DA LEI N.º 12.562, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2011, merece uma abordagem do instituto como medida excepcional diante da incidência do critério da proporcionalidade tanto na decretação como na execução.

Palavras-chave: ação direta interventiva | proporcionalidade | subsidiariedade | Supremo Tribunal Federal.

Abstract: *The federative intervention after the enactment of Law n. 12,562, of December 23, 2011, deserves an analysis of the institute as an exceptional measure before the application of the proportionality criteria in its performance and enforcement.*

Keywords: *interventional direct action | proportionality | subsidiarity | Federal Court of Justice.*

Sumário: 1. Introdução; 2. Intervenção federativa; 3. Alguns aspectos gerais da intervenção federativa; 4. Breves apontamentos sobre a representação interventiva na Lei n.º 12.562/11; 5. Intervenção e o Supremo (guardião da CF); 6. Conclusões.

Summary: 1. Introduction; 2. Federative intervention; 3. Aspects of federative intervention; 4. Notes on representation for intervention at Law n. 12,562/11; 5. Intervention and STF (Guardian of CF); 6. Final remarks.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei n.º 12.562, de 23 de dezembro de 2011, que regulamentou a ação interventiva, também chamada “representação”, surge o interesse na investigação sobre a incidência ou não do critério da subsidiariedade como requisito para a procedência do pedido, aplicando-se o critério da proporcionalidade¹, empregando o método dedutivo e análise doutrinária e jurisprudencial. Antes de abordarmos diretamente o tema, algumas considerações sobre a intervenção federativa são necessárias.

INTERVENÇÃO FEDERATIVA

Como é cediço, a intervenção federativa constitui medida excepcional no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, acarretando o afastamento, temporário, da autonomia do ente federativo, o qual configura elemento essencial da Federação. Cabível sua decretação desde que caracterizada uma das hipóteses taxativamente previstas no texto da Constituição, visando à preservação do pacto federativo, nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu que a finalidade da intervenção é “tornar efetiva a intangibilidade do vínculo federativo, a fazer respeitar a integridade territorial das unidades federadas, a promover a unidade do Estado federal, a preservar a incolumidade dos princípios fundamentais proclamados pela Constituição da República”².

A intervenção se caracteriza como cláusula de estabilização da ordem normativa constitucional e de interesse nacional, tendo em vista o “bem superior”³, que é a indissolubilidade da Federação. Acerca do assunto, Pedro Calmon afirma: “Federalismo, sem intervenção, seria uma organização sem capacidade de resistência nem estrutura sólida. Desmanchar-se-ia, na primeira recusa que lhe opusesse um Estado, à norma federal de ação. Verdade é que a Constituição previne os conflitos e os encaminha para as soluções judiciais que tornam evitável, perfeitamente dispensável a intervenção de força armada, mas o direito de praticá-la permanece virtual, disponível, iminente, sempre pronto para realizar a correção imperiosa, reparar o erro que, de outro jeito, perturbaria o funcionamento normal das instituições”⁴.

Pinto Ferreira e a Pontes de Miranda caracterizam a intervenção federal como “uma peça decisiva do funcionamento do regime federativo”⁵, “o *punctum dolens* do Estado Federal”⁶. Da mesma forma, José Afonso da Silva: “Intervenção é a antítese da autonomia”⁷.

Feitas essas premissas, fica fácil concluir que a autonomia é a regra na Federação, e a intervenção é situação excepcional, a qual inclusive obsta a tramitação da emenda constitucional (art. 60, § 1º). Diante dessa excepcionalidade,

sujeita-se a interpretação restritiva, conforme Carlos Maximiliano ensina que as “disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente”⁸.

Ademais, a Federação constitui cláusula pétrea (artigo 60, parágrafo 4º, inciso I da Constituição Federal), abrangendo a autonomia, seu elemento essencial, o qual não poderá ser prejudicado pela reforma constitucional, tampouco pelo intérprete.

ALGUNS ASPECTOS GERAIS DA INTERVENÇÃO FEDERATIVA

Consoante já ressaltado anteriormente, o regime constitucional da intervenção nos Estados-membros, no Distrito Federal e nos municípios estabelece exceções à autonomia das entidades federativas garantida pelo princípio federalista (art. 1º, caput; e art. 60, § 4º, I), possuindo como características gerais:

EXCEPCIONALIDADE

O rol dos pressupostos é taxativo. É dizer, a intervenção poderá ser decretada estando diante das causas interventivas elencadas na Magna Carta.

Vale observar que, com base nessa característica, é descabida a criação de novas hipóteses de intervenção, ainda que por meio de emenda constitucional (art. 60, § 4º, I). Diante de tal fundamento, valendo-se da lição de Juliano Taveira Bernardes⁹, afiguram-se inconstitucionais tanto a EC 14/96 quanto a EC 29/2000, na parte em que ampliaram o rol dos princípios constitucionais sensíveis, incluindo a letra “e” ao inciso VII do art. 34.

TEMPORARIEDADE

A intervenção não pode ultrapassar o prazo necessário para a solução da situação que a ensejou, visando unicamente à observância imprescindível ao reequilíbrio do pacto federativo e ao respeito aos princípios constitucionais sensíveis. Tal exigência está explícita no artigo 36, parágrafo 4º, da Lei Maior, ao dizer que “cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal”, e no parágrafo 1º do mesmo artigo que obriga o ato interventivo a “(...) especificar a amplitude, o prazo e as condições de execução (...)”.

PROPORCIONALIDADE

A doutrina diverge acerca do fundamento constitucional do critério da proporcionalidade no Direito brasileiro, existindo quatro posições sobre seu fundamento: **I.** no Estado de direito¹⁰; **II.** no princípio do devido processo legal material¹¹; **III.** no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal¹²; e **IV.** na estrutura dos direitos fundamentais¹³. Contudo, o que importa no presente momento é ressaltar que todas as correntes encontram o seu fundamento de validade diretamente no texto fundamental, impondo-se a sua inexorável aplicação¹⁴. Entendemos que todos os fundamentos podem ser adotados.

A intervenção, como todo ato estatal, deverá se pautar nos limites impostos pela proporcionalidade, cujos elementos são: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

1. ADEQUAÇÃO

A medida de exceção adotada, e sua execução, deverá ser apta, portanto, a impulsionar solução da crise federativa, evitando a incompatibilidade com a adequação¹⁵.

Nessa verificação, o intérprete identificará a presença ou não da adaptação pela apreciação dos motivos externados no ato declaratório e a sua execução¹⁶, confrontando-os com os fins alcançados. Se as medidas forem aptas para fomentar a solução da situação que ensejou a intervenção, terá sido observado o presente elemento. Caso contrário, haverá irremissível nulidade do ato por afronta ao critério em estudo. Como exemplo de tal situação, podemos nos valer das lições de Enrique Ricardo Lewandowski. Para o ministro do STF, a “intervenção não constitui instrumento para punir agentes políticos faltosos”, pois tem por objetivo, apenas, a manutenção da integridade da Federação. Assim, a “destituição de autoridades eleitas, em nosso sistema legal, dá-se, entre outras maneiras, por meio do processo de impeachment ou por meio de sentença”¹⁷, sob pena de violação do elemento “adequação” do critério da proporcionalidade.

Impossível a determinação de todos os casos em que será respeitada a adequação, razão pela qual nos limitaremos a um exemplo da não observância de tal elemento na decretação, reiterando que esta é aplicável em todas as fases da intervenção, sob pena de correção do ato pelo Poder Judiciário.

2. NECESSIDADE

O segundo elemento da proporcionalidade é a necessidade, que diz respeito à escolha dos meios menos gravosos ou mais suaves para alcançar o valor desejado¹⁸. A aplicação da necessidade consiste no exame comparativo entre os meios

à disposição¹⁹ e a sua relação entre custo e benefício²⁰, levando em consideração, sempre, a “ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível”, ou seja, conforme salienta Canotilho, se “poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso”²¹.

Dessa forma, a intervenção só pode ser manejada ante a ocorrência de situações cuja extrema gravidade coloque em risco a ordem constitucional mediante a ocorrência de seus pressupostos. Desrespeitado o princípio da necessidade, caracteriza-se a prática de atentado contra Federação, acarretando na prática de ato contrário ao princípio da proporcionalidade.

Em poucas palavras, o meio menos gravoso deve ser eleito²², caso contrário, há inconstitucionalidade.

A Lei n.º 12.562, de 23 de dezembro de 2011, consagra providência compatível com o elemento necessidade ao prever no artigo 6º § 2º: “Recebida a inicial, o relator deverá tentar dirimir o conflito que dá causa ao pedido, utilizando-se dos meios que julgar necessários, na forma do regimento interno”.

O regimento interno do STF contém dispositivo no mesmo diapasão da norma acima citada (artigo 351 e 352²³).

Vale observar que deriva do elemento “necessidade”²⁴ a subsidiariedade da intervenção e, diante sua importância, será abordada em item próprio.

2.1. SUBSIDIARIEDADE

O princípio da subsidiariedade parte da ideia de que os instrumentos estatais para a satisfação dos interesses da sociedade devem estar o mais próximo possível do indivíduo, que é quem legitima o poder público estatal.

Somente é cabível a decretação da intervenção quando as medidas ordinárias não se demonstrarem eficazes para a solução da questão, ou seja, o critério da subsidiariedade impõe que a decretação da intervenção somente se opere em última hipótese, devendo, antes, o intérprete buscar soluções que evitem a declaração do regime excepcional.

Desse modo, o texto constitucional determina que a intervenção fundada nos incisos VI e VII do art. 34 limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se tal medida for suficiente para restabelecer a normalidade (art. 36, § 3º).

Entre o rol de soluções que poderão, em tese, apresentar-se como mais eficazes, conforme a situação a ser solucionada, apresentamos duas alternativas menos gravosas:

- I. Atuação das Forças Armadas: prevista em capítulo próprio no Texto Maior, as Forças Armadas têm como atribuições a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de quaisquer destes, da lei e da ordem²⁵ (artigo 142, caput, da Constituição Federal). Merece ser ressaltada a adoção da subsidiariedade para

atuação das Forças Armadas pelo artigo 15, parágrafo 2º, da Lei Complementar n.º 97, de 9 de junho de 1999²⁶.

- I. Decretação da mobilização nacional na hipótese de agressão estrangeira e autorização do Congresso Nacional²⁷ (artigo 84, XIX, da Constituição Federal²⁸ e Lei n.º 11.631, de 27 de dezembro de 2007): a mobilização nacional consiste em medida cabível na hipótese de agressão estrangeira, devidamente autorizada pelo Congresso, na qual o Poder Executivo especificará as áreas abrangidas e as medidas necessárias à sua execução, entre as quais²⁹: a. convocação dos entes federados para integrar o esforço da mobilização nacional; b. reorientação da produção, da comercialização, da distribuição e do consumo de bens e da utilização de serviços; c. intervenção nos fatores de produção públicos e privados; d. requisição e ocupação de bens e serviços; e e. convocação de civis e militares.

Em síntese, a atuação das Forças Armadas e a mobilização nacional³⁰ consistem em meios menos gravosos, entre outros a serem aplicados conforme o caso, do que a decretação da intervenção federal.

3. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO:

André Ramos Tavares descreve de forma clara a proporcionalidade em sentido estrito como “a relação entre meios e fins que seja, no dizer de Willis Santiago Guerra Filho, ‘juridicamente a melhor possível’. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo essencial’ (Wesensgehalt) de direito fundamental com o desrespeito intolerável da dignidade humana”³¹.

Canotilho afirma que se trata de pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim³². Para ser “considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”, como alerta Vírgilio Afonso da Silva³³.

Willis Santiago Guerra Filho sintetiza que a medida é proporcional em sentido estrito “se as vantagens que trará superarem as desvantagens”³⁴.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins manifestam opinião contrária ao emprego da proporcionalidade em sentido estrito, pois daria azo à usurpação de competência de decisão política própria dos órgãos do Poder Legislativo por órgãos do Poder Jurisdicional³⁵, afrontando o princípio da separação de funções estatais e o princípio democrático, já que aplicá-lo significa adotar posições políticas e não jurídicas.

Entendemos que a proporcionalidade em sentido estrito encontra fundamento constitucional não somente no princípio da proporcionalidade em sentido amplo, mas também nos objetivos da República Federativa do Brasil em

“construir uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, I, da Constituição Federal), justiça a ser alcançada pela proporcionalidade dos meios empregados pelo Estado para consecução do bem comum. Fundamentamos tal elemento, outrossim, no objetivo traçado pelo poder constituinte originário de “promover o bem de todos” (artigo 3º, IV, da Constituição Federal), mediante aplicação de normas proporcionais e justas.

Em poucas palavras, constitui objetivo da República Federativa do Brasil que as normas e atos do Poder Público tenham conteúdo justo, alcançado tal valor mediante a proporcionalidade que contribui para que o bem comum seja alcançado. Temos que tais fundamentos são confirmados pelo princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal). Inegável a aplicação desse elemento na decretação e execução da intervenção como importantíssimo parâmetro para o controle de constitucionalidade. Neste sentido, o ministro Lewandowski afirmou que o Judiciário pode ainda controlar se o decreto interventivo observou os critérios de necessidade e proporcionalidade em face da gravidade da lesão e dos objetivos almejados pela medida³⁶.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA NA LEI N.º 12.562/11

Como já exposto, a propositura da representação interventiva ocorrerá pelo procurador-geral da República nas hipóteses de violação aos princípios referidos no inciso VII, do art. 34, da Constituição Federal, ou no caso de recusa, por parte de Estado-membro, à execução de lei federal.

A petição inicial, além dos requisitos estabelecidos pelo Código de Processo Civil, deverá trazer a indicação do princípio constitucional que se considera violado ou, se for o caso de recusa à aplicação de lei federal. Além da necessidade da indicação do ato normativo, ato administrativo, concreto ou omissão questionados, a ação deverá ser instruída com cópia do ato questionado, bem como dos documentos necessários para a comprovação da impugnação, se esse for o caso (art. 3º).

Não sendo o caso de representação interventiva, quando algum dos requisitos estabelecidos pela Lei n.º 12.562/2011 estiver ausente ou na hipótese de inépcia da exordial, promoverá o relator o indeferimento liminar da petição inicial, decisão impugnável por meio de agravo a ser apresentado no prazo de cinco dias (parágrafo único do art. 4º).

No procedimento da representação interventiva a concessão de liminar, cujo deferimento dependerá da decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal (STF), não se limitará à suspensão do andamento do processo ou os efeitos de decisões judiciais ou administrativas. Nesse caso, a legislação permite que seja determinada qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da ação (§ 2º do art. 5º).

A critério do relator, antes da apreciação do pedido liminar, poderão ser ouvidos, no prazo comum de cinco dias, os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o advogado-geral da União ou o procurador-geral da República.

Após o recebimento da inicial, a legislação determina que o relator tente dirimir o conflito, possibilitando, para tanto, que sejam utilizados, na forma do regimento interno, os meios que o relator julgar necessários (art. 6º, § 2º).

As autoridades responsáveis pela prática do ato questionado prestarão informações no prazo de dez dias, oportunidade após a qual serão ouvidos, sucessivamente, o advogado-geral da União e o procurador-geral da República, que deverão se manifestar, cada qual, no prazo de dez dias (art. 6º).

Em sendo o caso, há a possibilidade de requisição de informações adicionais, designação de perito ou realização de audiência pública. A manifestação de terceiros interessados no processo, cujo deferimento dependerá de decisão do relator, está prevista no parágrafo único do art. 7º.

O quórum de instalação da sessão de julgamento da representação interventiva é de oito ministros, exigindo-se a manifestação de pelo menos seis deles para conclusão de sua procedência ou improcedência. Trata-se de decisão irrecurável e insuscetível de impugnação por ação rescisória.

Em sendo o caso de procedência da representação, o presidente da República será comunicado para que, no prazo improrrogável de 15 dias, publique o decreto de intervenção (art. 36, § 1º, CF) ou em sendo o caso, edite decreto suspendendo a execução do ato impugnado (art. 36, § 3º, CF).

INTERVENÇÃO E O SUPREMO (GUARDIÃO DA CF)

Entendemos que o Pretório Excelso deve aplicar a proporcionalidade como critério para apreciação da intervenção.

A intervenção federal no Estado de São Paulo foi indeferida, mesmo diante do comprovado não pagamento de precatórios judiciais, aplicando-se uma relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. Segundo entendeu o STF, não se justificava a intervenção, pois o Estado-membro estava “sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia”, dada a necessidade “de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como a continuidade de prestação de serviços públicos”, não configurando descumprimento voluntário e intencional de decisão judicial transitada em julgado, pressuposto indispensável ao acolhimento do pedido de intervenção (IF 298/SP)³⁷. Especificamente quanto ao tema, Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet sintetizam o entendimento no sentido de que a “insuficiência de recursos financeiros tem sido justificativa acolhida em outros precedentes para se indeferir pleito de intervenção federal”³⁸.

No caso, afigurava-se melhor a orientação dada na QO na IF 590, em que a Corte decidiu que o “dever de cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio Poder Público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho de Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República”.

Já decidiu o STF que, embora tardiamente, se “a decisão judicial veio a ser cumprida, com a desocupação do imóvel, pelos esbulhadores, os autos da intervenção federal devem ser arquivados” (IF 130). Decidiu também que ocorre a perda de objeto do pedido de intervenção federal quando há o cumprimento, pelo Estado do Rio de Janeiro, da decisão judicial que lhe deu causa³⁹.

O Excelso Pretório, na IF 114/MT, admitiu que a “inexistência de ‘condição digna’, no Estado, para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida”, poderia ensejar o pedido de intervenção. Tratava-se de linchamento de presos, sendo que, após tal ato cruel, medidas foram tomadas pelo Estado (inquérito policial instaurado e investigação policial), razão pela qual o pedido de intervenção foi indeferido diante de tais providências⁴⁰.

Há caso interessante que o STF considerou inconstitucional decreto presidencial (Decreto n.º 5.392/2005) que permitia ao ministro da Saúde requisitar bens, serviços e servidores afetos a hospitais do município do Rio de Janeiro. A tese vencedora, conforme voto do ministro Carlos Britto, foi a de que não se cuidava propriamente de requisição, “mas de intervenção federal no município, não admitida pela Constituição Federal, com apossamento de bens, serviços, servidores e recursos públicos municipais, pela União, fora dos parâmetros do estado de defesa e do estado de sítio (CF, arts. 136 e 137 e ss., respectivamente)”⁴¹.

Vale observar que o STF entende que o trânsito em julgado da decisão judiciária não é pressuposto para a intervenção⁴².

Convém destacar que a subsidiariedade da decretação da intervenção foi consagrada pelo direito positivo. A Lei n.º 8.038/1990, em seus artigos 20 e 21⁴³, quanto às intervenções com fundamento nos incisos II e IV, do art. 36, da Constituição Federal, prevê como competência do presidente do Supremo Tribunal Federal tomar as providências que lhe parecerem adequadas para remover, administrativamente, a causa do pedido. Igualmente, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal reproduz tal dispositivo (artigo 351 e 352⁴⁴). Não é demais repetir que a Lei n.º 12.562, de 23 de dezembro de 2011, consagra providência compatível com a subsidiariedade, ao prever no artigo 6º § 2º: “Recebida a inicial, o relator deverá tentar dirimir o conflito que dá causa ao pedido, utilizando-se dos meios que julgar necessários, na forma do regimento interno”.

Há recente pedido de intervenção formulado pelo procurador-geral da República (IF 5.129) no Estado de Rondônia por violação a direitos humanos no presídio Urso Branco, em Porto Velho, segundo a inicial há “calamidade” na situação no presídio.

“Nos últimos oito anos, contabilizaram-se mais de cem mortes e dezenas de lesões corporais [*contra presos*], fruto de motins, rebeliões entre presos e torturas eventualmente perpetradas por agentes penitenciários.” Construído no fim da década de 1990 para abrigar presos provisórios, o presídio Urso Branco acabou tendo que acolher presos condenados. Considerada a maior unidade prisional da Região Norte do País, a penitenciária tem capacidade para 420 internos, mas conta com mais de mil. “É indubitável que, nas circunstâncias político-administrativas presentes [*no presídio*], hoje, a intervenção se torna indispensável, ao menos para assegurar os direitos da pessoa humana”, conclui Antonio Fernando, após informar que outras ações judiciais foram iniciadas, sem sucesso, no sentido de minorar a situação da penitenciária e apurar os abusos contra os detentos⁴⁵.

Não podemos deixar de mencionar que foi organizado um mutirão nos processos de execução penal no Estado⁴⁶, o que contribuirá para que o problema relatado no pedido do procurador-geral da República seja resolvido. O Conselho Nacional de Justiça⁴⁷ (CNJ), por determinação do seu presidente, constituiu comissão para apurar a situação. Tais atos visam a contribuir para que seja afastada a situação que enseja a decretação da intervenção, aplicando-se a subsidiariedade, evitando-se a aplicação da medida drástica.

Especificamente no caso da IF 5.179/DF⁴⁸, que tratou do denominado “Caso Arruda”, a utilização da proporcionalidade também foi critério na decisão quanto ao pedido de intervenção. Sob a alegação de grave comprometimento das funções governamentais no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativos do Distrito Federal, o procurador-geral da República defendeu a necessidade de intervenção federal diante da violação da forma republicana, do sistema representativo e do regime democrático (art. 34, IV, a, CF) em decorrência de um forte esquema de corrupção envolvendo o então governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda, seu vice e vários parlamentares da base governista do legislativo distrital. A investigação policial em curso no Superior Tribunal de Justiça (STJ) culminou na prisão do referido ex-governador, mas o Ministério Público Federal (MPF) defendia que o afastamento do exercício do mandato do chefe do executivo distrital não solucionaria o problema, uma vez que os parlamentares envolvidos no suposto esquema ainda estariam atuando na Câmara Legislativa, inclusive tendo participado da eleição indireta do governador interino.

Na oportunidade, prevaleceu no STF a posição de que a atuação das instituições envolvidas no caso teria culminado na perda do cargo do governador por infidelidade partidária, tendo o vice-governador renunciado ao cargo. Parlamentares distritais foram cassados. Um novo governador foi eleito. Para a maioria dos ministros, o momento político-administrativo não mais autorizava a intervenção federal diante da dissolução do quadro que se buscava ser afastado.

A manifestação da proporcionalidade nesse contexto decorre da constatação de que, não tendo sido verificada a inércia das instituições executivas, legislativas e judiciárias, a determinação da intervenção culminaria em resul-

tados mais desastrosos dos que os que já existiam no momento da intervenção. Nos dizeres do ministro Peluzo, “não há como refutar o argumento de que eventual intervenção federal, decretada ao arrepio da Constituição ou de modo desarrazoado, pode, sob pretexto de restabelecer o equilíbrio da Federação, produzir efeitos desestabilizadores do próprio Estado federal e, até, sua desnaturação.”

CONCLUSÕES

Verificamos que a intervenção é medida excepcional, razão pela qual comporta interpretação restritiva, demandando a incidência do critério da proporcionalidade tanto na sua decretação, como na sua execução.

O STF adota a subsidiariedade da intervenção federativa, não empregando tal rótulo. A Lei n.º 12.562, de 23 de dezembro de 2011, consagra providência compatível com o elemento “necessidade”, adotando a subsidiariedade, ao prever no artigo 6º, § 2º: “Recebida a inicial, o relator deverá tentar dirimir o conflito que dá causa ao pedido, utilizando-se dos meios que julgar necessários, na forma do regimento interno”. O regimento interno do Supremo Tribunal Federal contém dispositivo no mesmo diapasão da norma acima citada (artigo 351 e 352⁴⁹).

Quanto ao pedido de intervenção em Rondônia (IF 5.129), formulado pelo procurador-geral da República, entendemos que outras medidas podem ser praticadas antes da decretação, tudo visando à plena efetivação dos valores veiculados na Lei Maior. Inegável que o pedido surtiu efeitos vantajosos para tal finalidade, mas a decretação será a última das medidas, aplicando-se a proporcionalidade, inclusive, em outras ações interventivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AGUILLAR, Francisco. *Amnistia e Constituição*. Coimbra: Almedina, 2004.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, in: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, págs. 151-179, jan./mar., 1999.

_____. *Sistema constitucional tributário*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional”, in: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 23, págs. 65-78, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Ed./Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CAETANO, Marcello. *Direito constitucional – direito constitucional brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1987, vols. I e II.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.

_____. e MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*, 2ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 9ª ed, São Paulo: Saraiva, 1996.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

_____. e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DÓRIA, Sampaio. *Curso de direito constitucional*, 3ª ed. São Paulo, 1953, vol. 2.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

Geraige Neto, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires: Macchi, 1995. t. 1.

Gouveia, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2005, vols. I e II.

GRAU, Eros Roberto Grau. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989.

_____. “Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade”, in: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional – direitos fundamentais*, 2ª ed., Salvador: JusPodivm, 2007.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. “Crise institucional e salvaguardas do Estado”, dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1980.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*, 2ª ed. ampl., Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923.

_____. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*, 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Controle judicial dos atos administrativos”, in: *Revista de Direito Público*, n.º 65.

MIRANDA, Jorge. *Dicionário jurídico da administração pública*, Lisboa, 1993, vol. V, pág. 398.

_____. *Manual de Direito Constitucional*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1993. t. IV.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

OCA, Montes de. *Lecciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: La Buenos Aires: Ed. Calandrelli, 1917. t. I.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

QUEIROZ, Raphael. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*, 3ª ed., Paris, 1981, vol. I.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Santin, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e pressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Comentário contextual à Constituição*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. “Questões políticas”, tese de doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2005.

SILVA, Vírgilio Afonso da. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, in: *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. “O proporcional e o razoável”. *Revista dos Tribunais*, v. 798.

SOUZA, Carlos Afonso Pereira de e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade. *Revista Forense*, n.º 96, 2000.

Steinmetz, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

Tavares, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

NOTAS

1

Tratamos a proporcionalidade como critério, adotando as lições de André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, pág. 678, e Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, pág. 176. Willis Santiago Guerra Filho afirma que se trata de princípio, “Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade”, in: Marcelo Novelino (org.) *Leituras complementares de Direito Constitucional – direitos fundamentais*, pág. 105. Convém salientar que a Lei n.º 9.784/99, no seu artigo 2.º, caput, emprega a expressão “princípio da proporcionalidade”. No mesmo sentido, entendendo a proporcionalidade como princípio: Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, pág. 311. Humberto Bergman Ávila afirma que a expressão mais apropriada é “postulado da proporcionalidade”, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, RDA 215/168; no mesmo sentido, Eros Roberto Grau, *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do Direito*, pág. 168. Virgílio Afonso da Silva prefere a expressão “regra de proporcionalidade”, O proporcional e o razoável, RT 798/23-50.

2

STF, IF 608-9-RS, rel. ministro Gilmar Mendes de Mello, DJ, 1º.10.1998, pág. 11.

3

Francisco Bilac M. Pinto Filho. *A intervenção federal e o federalismo brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 216.

4

Pedro Calmon. *Curso de constitucional brasileiro*, vol II, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

5

Pinto Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 282.

6

Pontes Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969*, São Paulo: RT, 1971, págs. 200-202.

7

José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 485.

8

Hermenêutica e aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 225

9

No prelo.

10

Consoante citam Gilmar Mendes *et alii*, *op. cit.*, pág. 313. No mesmo diapasão: Luís Roberto Barroso. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional*, págs. 75 e 77.

11

STF, ADI 855, RTJ 152/455. Na doutrina, Raquel Denize Stumm. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, págs. 152-9.

12

Constituição Federal de 1988, art. 5.º, § 2.º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Nesse sentido: André Ramos Tavares, *op. cit.*, pág. 678.

13

Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pág. 101. Virgílio Afonso da Silva afirma: “A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais”, O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais* 798/43. Da mesma forma entende Humberto Bergmann Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, RDA 215/158-160.

14

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins lecionam: “O exame da proporcionalidade valoriza a harmonia entre os titulares das funções legislativa e jurisdicional, ao mesmo tempo em que se observa o princípio da democracia no quadro no Estado constitucional de direito contemporâneo”, *op. cit.*, pág. 197.

15

“Quando há colisão entre direitos fundamentais e/ou bens coletivos e o meio empregado não pode fomentar (*fördern*) o propósito não ilícito da medida, então a medida é desproporcional”, Laura Clérico. *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden-Baden: Nomos, 2001, pág. 26, *apud* Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *op. cit.*, pág. 207.

16

O juízo de adaptação “deve sempre se fundamentar em elementos concretos e dados sobre experiências do passado e não em simples suposições ou alegações de senso comum, no sentido de que, quanto mais preocupações e responsáveis houver melhor será o resultado”, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *op. cit.*, pág. 214.

17

Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil, RT, 1994, pág. 133.

18

André Ramos Tavares, *op. cit.*, pág. 686.

19

Virgílio Afonso da Silva, *op. cit.*, pág. 38.

20

André Ramos Tavares, *op. cit.*, pág. 686. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins sintetizam: “Se faz necessário verificar também a necessidade do meio utilizado, analisando se não há outro meio que o Estado possa utilizar e que satisfaça duas condições: **a.** ser menos gravoso para o titular do direito que sofre a limitação de seu direito fundamental; **b.** ter eficácia semelhante ao meio escolhido pela autoridade estatal, que passou pelo crivo da adequação, podendo alcançar o estado das coisas onde o propósito possa ser considerado realizado. Isto significa que o meio menos gravoso deve ser adequado da mesma forma que o meio mais gravoso escolhido pela autoridade e que todos os demais (possíveis e adequados) meios menos gravosos que o escolhido pela autoridade estatal. Dentre todos os meios adequados para alcançar os propósitos lícitos, somente o

que gravar o direito fundamental com menor intensidade será o necessário”, *op. cit.*, pág. 215.

21

Op. cit., pág. 383.

22

Quanto à identificação dos componentes conceituais do subcritério da necessidade, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins fazem duas observações, que sintetizamos: a. identificação dos meios adequados: imprescindível para identificação da necessidade que o intérprete estabeleça um rol completo dos possíveis meios empregados para alcançar o fim almejado, levando em consideração experiências jurídicas do passado, soluções adotadas no direito alienígena, pesquisas empíricas e materiais colhidas no debate entre especialistas (juristas ou não) sobre a questão, viabilizando a realização de comparação. Tal identificação visa buscar “o meio que mais poupe (o mais ameno) a liberdade intervinda”; b. comparação de meios: envolve o problema da mensuração do impacto ou gravidade dos meios, abrangendo três problemas: i. identificação do meio menos gravoso para o titular do direito (grau de intensidade); ii. eleição de formas para medir a sua relação com o fim almejado (grau de adequação); e iii. relacionar o problema da intensidade com o problema do investimento estatal que pressupõe a escolha da medida certa (grau de custo estatal), *op. cit.*, pág. 220.

23

Regimento Interno do STF, “art. 351. O presidente, ao receber o pedido: i. tomará as providências oficiais que lhe parecerem adequadas para remover, administrativamente, a causa do pedido; art. 352. Realizada a gestão prevista no inciso I do

artigo anterior, solicitadas informações à autoridade estadual e ouvido o procurador-geral, o pedido será relatado pelo presidente, em sessão plenária pública ou secreta”.

24

Jorge Bacelar Gouveia afirma que o princípio da subsidiariedade se apresenta conexo com o da proporcionalidade, sobretudo na vertente do subprincípio da necessidade, *op. cit.*, pág. 826.

25

Enrique Lewandovski leciona que a intervenção se justifica no fato de que a defesa do território nacional interessa à União, ou melhor, a todos os entes federados, já que, cada qual sozinho não teria condições de repelir a agressão com os seus próprios meios, sendo imprescindível o acionamento das forças armadas nacionais, *op. cit.*, p. 134.

26

Lei Complementar n.º 97, de 9 de junho de 1999, Art. 15: § 2º A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de qualquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do presidente da República, *após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*, relacionados no art. 144 da Constituição Federal. **§ 3.º** Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo chefe do Poder Executivo federal ou estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional” [*grifo nosso*].

27

José Afonso da Silva afirma que o Congresso aprecia se ocorreram os pressupostos da mobilização, controlando-a efetivamente, *Comentário contextual à Constituição*, pág. 488.

28

Constituição Federal de 1988, art. 84: “Compete privativamente ao presidente da República: (...) xix. declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”. Ressaltamos que, em caso de recesso, o Congresso a decretação da mobilização será apreciada posteriormente (referendo) pelo Congresso.

29

Rol taxativo, ao nosso ver; vide Artigo 4.º, parágrafo único, da Lei n.º 11.631, de 27 de dezembro de 2007.

30

Convém repetir: limitada à ocorrência de agressão estrangeira.

31

André Ramos Tavares, *op. cit.*, pág. 687.

32

Op. cit., pág. 384.

33

Op. cit., pág. 41.

34

Ensaio de teoria constitucional, pág. 75. Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet afirmam: “A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”, *op. cit.*, pág. 323.

35

Op. cit., págs. 229-230. E acrescentam: “O exame de proporcionalidade e a hermenêutica constitucional em geral devem respeitar suas próprias limitações, evitando intervir no campo do poder discricionário do legislador. O Poder Judiciário não é um legislador que decide politicamente em instância recursal. Ele só pode modificar a decisão legislativa se houver um argumento racional, o qual permita fundamentar a incompatibilidade entre a lei e a Constituição (...). Nem a doutrina nem o Poder Judiciário são detentores de uma balança de precisão que permitiria medir e ponderar direitos”.

36

Op. cit., pág. 123.

37

O Supremo Tribunal Federal entendimento consolidado nesse sentido: IF-AgR-ED 1012 / SP - SÃO PAULO, IF-AgREMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL 1012, MiniSTRA ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJ 25-08-2006; IF-AgR 2117 / DF – DISTRITO FEDERAL, IF – AgR 2117/DF, AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL, MiniSTRA ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJ 29.9.2006; IF-AgR 5050 / SP – SÃO PAULO, AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL, MINISTRA ELLEN GRACIE, Tribunal Ple-

no, DJ 24.4.2008; IF-AgR 4663 / MG – MINAS GERAIS, AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL, MINISTRA ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJ 25.4.2008; IF-AgR 4979 / PI – PIAUÍ, AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL, MINISTRA ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJ 25.4.2008; IF-AgR 506 / SP – SÃO PAULO, AGRAVO REGIMENTAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ 25.6.2004; IF-AgR 3526 / SP – SÃO PAULO, Agravo Regimental na INTERVENÇÃO FEDERAL, relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ 21.5.2004.

38

Curso de Direito Constitucional, pág. 805.

39

IF-AgR 3352 / RJ – RIO DE JANEIRO, agravo regimental na intervenção federal, relatora ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 30.5.2008.

40

IF 114/MT-MATO GROSSO, relator(a): min. NÉRI DA SILVEIRA, Julgamento: 13.3.1991, EMENTA: – intervenção federal. 2. Representação do procurador-geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos “direitos da pessoa humana”, em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de “condição mínima”, no Estado, “para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida”. Fato ocorrido em Matupá, localidade distante cerca de 700 quilômetros de Cuia-bá. 3. Constituição, arts. 34, VII, letra “b”, e 36, III. 4. Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea “b”, da Cons-

tituição de 1988, quanto aos “direitos da pessoa humana”. Legitimidade ativa do procurador-geral da República (Constituição, art. 36, III). 5. Hipótese em que estão em causa “direitos da pessoa humana”, em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. 6. Intervenção federal e restrição à autonomia do Estado-membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva. 7. No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime. Instaurou-se, de imediato, inquérito policial, cujos autos foram encaminhados à autoridade judiciária estadual competente que os devolveu, a pedido do delegado de Polícia, para o prosseguimento das diligências e averiguações. 8. Embora a extrema gravidade dos fatos e o repúdio que sempre merecem atos de violência e crueldade, não se trata, porém, de situação concreta que, por si só, possa configurar causa bastante a se decretar intervenção federal no Estado, tendo em conta, também, as providências já adotadas pelas autoridades locais para a apuração do ilícito. 9. Hipótese em que não é, por igual, de se determinar que intervenha a Polícia Federal, na apuração dos fatos, em substituição à Polícia Civil de Mato Grosso. Autonomia do Estado-membro na organização dos serviços de justiça e segurança, de sua competência (Constituição, arts. 25, § 1º; 125 e 144, § 4º). 10. Representação conhecida, mas julgada improcedente”.

41

Nesse sentido: “Constitucional. Administrativo. Mandado de segurança. Município do Rio de Janeiro. União Federal. Decretação de estado de calamidade pública no Sistema Único de Saúde

no município do Rio de Janeiro. Requisição de bens e serviços municipais. Decreto n.º 5.392/2005 do presidente da República. Mandado de segurança deferido. Mandado de segurança, impetrado pelo município, em que se impugna o art. 2º, V e VI (requisição dos hospitais municipais Souza Aguiar e Miguel Couto) e § 1º e § 2º (delegação ao ministro de Estado da Saúde da competência para requisição de outros serviços de saúde e recursos financeiros afetos à gestão de serviços e ações relacionados aos hospitais requisitados) do Decreto n.º 5.392/2005, do presidente da República. Ordem deferida, por unanimidade. Fundamentos predominantes: i. a requisição de bens e serviços do município do Rio de Janeiro, já afetados à prestação de serviços de saúde, não tem amparo no inciso XIII, do art. 15, da Lei n.º 8.080/1990, a despeito da invocação desse”. dispositivo no ato atacado; ii. nesse sentido, as determinações impugnadas do decreto presidencial configuram-se efetiva intervenção da União no município, vedada pela Constituição; iii. inadmissibilidade da requisição de bens municipais pela União em situação de normalidade institucional, sem a decretação de estado de defesa ou estado de sítio. Suscitada também a ofensa à autonomia municipal e ao pacto federativo. Ressalva do ministro presidente e do relator quanto à admissibilidade, em tese, da requisição, pela União, de bens e serviços municipais para o atendimento a situações de comprovada calamidade e perigo públicos. Ressalvas do relator quanto ao fundamento do deferimento da ordem: i. ato sem expressão motivação e fixação de prazo para as medidas adotadas pelo governo federal; ii. reajuste, nesse último ponto, do voto do relator, que inicialmente indicava a possibilidade de saneamento excepcional do vício, em consideração à gravidade dos fatos demonstrados relativos ao estado da prestação de serviços de saúde no município do Rio de Janeiro e das controvérsias entre União e município sobre o cumprimento de convênios de municipalização de hospitais federais; iii. nulidade do § 1º do art. 2º do decreto atacado, por inconstitucionalidade da delegação, pelo presidente da República ao ministro da Saúde, das atribuições ali fixadas;

iv. nulidade do § 2º do art. 2º do decreto impugnado, por ofensa à autonomia municipal e em virtude da impossibilidade de delegação.» (MS 25.295, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 20.4.2005, DJ de 5.10.2007).

42

Conforme o relator ministro Moreira Alves, “ordem ou decisão judicial é expressão que abarca qualquer ordem judicial e não apenas a s que digam respeito a sentença transitada em julgado”. (STF IF 94, DJ 3.4.1987. Relator ministro Alves).

43

Lei n.º 8.038/1990, “art. 20. O presidente, ao receber o pedido: i. tomará as providências que lhe parecerem adequadas para remover, administrativamente, a causa do pedido; ii. mandará arquivá-lo, se for manifestamente infundado, cabendo do seu despacho agravo regimental. Art. 21. Realizada a gestão prevista no inciso I do artigo anterior, solicitadas informações à autoridade estadual e ouvido o procurador-geral, o pedido será distribuído a um relator”.

44

Regimento Interno do STF, “art. 351. O presidente, ao receber o pedido: i. tomará as providências oficiais que lhe parecerem adequadas para remover, administrativamente, a causa do pedido; art. 352. Realizada a gestão prevista no inciso I do artigo anterior, solicitadas informações à autoridade estadual e ouvido o procurador-geral, o pedido será relatado pelo presidente, em sessão plenária pública ou secreta”.

45

Site do STF [<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97379>], quarta-feira, 8.10.2008.

46

Site do CNJ: Rondônia: “Mutirão na execução penal vai atender 3 mil detentos”, sexta, 3.10.2008, A megaoperação itinerante na execução penal na Comarca de Porto Velho, em Rondônia vai atender este ano aproximadamente 3 mil detentos. O trabalho iniciou esta semana e termina no fim do mês de outubro. A operação acontece anualmente, desde 2004, para examinar a situação dos presos e acelerar a concessão de benefícios. Denominado há dois anos como “Ressoar – Resgate Social dos Apenados em Rondônia – Uma prática da Justiça Itinerante em Execução Penal”, o mutirão é promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado, por meio da Vara de Execuções Penais (VEP), com o apoio da Corregedoria-Geral da Justiça. O trabalho é feito por equipes formadas por magistrados, promotores de justiça, defensores públicos, servidores e estagiários voluntários de faculdades da capital. Também participam médicos, odontólogos, enfermeiros, psicólogos e funcionários da Secretaria de Estado da Justiça (Sejus), que realizam atendimento individualizado aos detentos, na própria unidade prisional onde se encontram. As audiências podem resultar em progressão ou regressão de regime, concessão de livramento condicional, de saída temporária e de trabalho externo, conforme o regime de cumprimento de pena, além de remissão dos dias trabalhados e entrega de cópia do cálculo de liquidação de pena atualizado, no qual constam as projeções de todos os benefícios. Todas as dúvidas são esclarecidas no momento do atendimento individualizado, e o reeducando é devidamente informado de sua situação processual, recebendo, de imediato, o benefício. O projeto,

coordenado pelo juiz Sérgio William Domingues Teixeira, titular da Vara de Execuções Fiscais da capital, vai passar pelas unidades prisionais Dr. José Mario Alves da Silva (Urso Branco – 1.280 apenados), Colônia Agrícola Penal Ênio Pinheiro (430 apenados), Penitenciária Estadual Ênio dos Santos Pinheiro (482 apenados), Edvan Mariano Rosendo (Urso Panda – 506 apenados), Presídio Feminino (182 apenadas), anexo do presídio feminino (38 apenadas) e o Centro de Correição da Polícia Militar (40 apenados)”, site http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=5057&Itemid=167.

47

“CNJ vai investigar crise em penitenciária que motivou pedido de intervenção federal em Rondônia, sexta, 10.10.2008, por determinação do presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Gilmar Mendes, uma equipe do CNJ estará, na próxima segunda-feira (13/10), em Porto Velho (RO), onde vai apurar a crise do sistema carcerário estadual. As condições degradantes a que estariam submetidos os presos da penitenciária Urso Branco, levou a Procuradoria-Geral da República a pedir a intervenção federal no Estado. Diante da gravidade das denúncias apresentada ao Supremo, o ministro Gilmar Mendes determinou que cópias do processo fossem encaminhadas ao CNJ para que a Corregedoria Nacional de Justiça investigasse a situação do presídio (Petcor 2008000009139). Em Porto Velho, um juiz auxiliar da presidência do Conselho e outro da Corregedoria vão se reunir com o presidente do Tribunal de Justiça, o juiz da Vara de Execuções Penais, representantes do Ministério Público Federal e Estadual, do governo estadual e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). O juiz auxiliar da Corregedoria, Manoel Lauro Volkmer de Castilho, disse que, a exemplo do que ocorreu em Porto Ale-

gre (RS), no início desta semana, a atuação do CNJ poderá contribuir para que os órgãos dos diferentes poderes atuem em conjunto e de forma ordenada para encontrar soluções para a situação do sistema carcerário estadual. De acordo com o procurador-geral da República, o Estado de Rondônia descumpra uma dezena de preceitos constitucionais e dispositivos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário. O procurador relata que os detentos da penitenciária Urso Branco foram submetidos a tratamentos degradantes e desumanos, tendo sido obrigados a passar seis dias no chão da quadra de futebol, quando foram obrigados a dormir, sem sair do local nem sequer para realizar as necessidades fisiológicas”, site do CNJ http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=5263&Itemid=167.

48

“**INTERVENÇÃO FEDERAL.** Representação do procurador-geral da República. Distrito Federal. Alegação da existência de largo esquema de corrupção. Envolvimento do ex-governador, deputados distritais e suplentes. Comprometimento das funções governamentais no âmbito dos poderes Executivo e Legislativo. Fatos graves objeto de inquérito em curso no Superior Tribunal de Justiça. Ofensa aos princípios inscritos no art. 34, inc. VII, “a”, da CF. Adoção, porém, pelas autoridades competentes, de providências legais eficazes para debelar a crise institucional. Situação histórica consequentemente superada à data do julgamento. Desnecessidade reconhecida à intervenção, enquanto medida extrema e excepcional. Pedido julgado improcedente. Precedentes. Enquanto medida extrema e excepcional, tendente a repor estado de coisas desestruturado por atos atentatórios à ordem definida por princípios constitucionais de extrema relevância, não se decreta intervenção federal quando tal ordem já tenha sido

restabelecida por providências eficazes das autoridades competentes” (IF 5.179), relator(a) min. CEZAR PELUSO (PRESIDENTE), Tribunal Pleno, julgado em 30.6.2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 8.10.2010 EMENT VOL-02418-01 PP-00037 RTJ VOL-00214- PP-00330 RT v. 100, n.º 906, 2011, págs. 359-403).

49

Regimento interno do STF, “art. 351. O presidente, ao receber o pedido: I – tomará as providências oficiais que lhe parecerem adequadas para remover, administrativamente, a causa do pedido; art. 352. Realizada a gestão prevista no inciso I do artigo anterior, solicitadas informações à autoridade estadual e ouvido o procurador-geral, o pedido será relatado pelo presidente, em sessão plenária pública ou secreta”.



FAISSAL YUNES JÚNIOR

A CONSTITUIÇÃO
DE 1988,
A SEGURANÇA
JURÍDICA E
RELEVÂNCIA
DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS

FAISSAL YUNES JÚNIOR

BACHAREL EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, TURMA DE 1993. MESTRE EM DIREITO TRIBUTÁRIO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, 2002. DOUTORANDO EM DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSO TRIBUTÁRIO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, EM CURSO. PROFESSOR ASSISTENTE MESTRE EM DIREITO TRIBUTÁRIO NA PUC/SP, DESDE 1995. JUIZ CONTRIBUINTE DO TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS DE SÃO PAULO, BIÊNIO 2018/2020. MEMBRO EFETIVO DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP, DESDE 2015. MEMBRO DE UJUCASP DESDE 2014.

INTRODUÇÃO

INGRESSEI NO CURSO DE DIREITO DA PUC-SP EM 1989, OU SEJA, LOGO A PROMULGAÇÃO da atual Constituição de 1988. Fiz parte da primeira turma da PUC-SP que teve a oportunidade de estudar e debater a “nova” Constituição durante o meu bacharelado.

O clima era de grande euforia nos cursos de Direito, visto que havíamos saído há pouco do regime militar de exceção e nos preparávamos para a primeira eleição direta para presidente da República, desde 1960.

A Constituição de 1988 trouxe uma série de novidades e inovações que geraram debates acalorados durante todo o meu bacharelado e, posteriormente, nos cursos de especialização e pós-graduação.

Passados 30 anos da sua promulgação, o que é um tempo curto para uma Constituição, a Carta Magna de 1988 sofreu uma série de alterações e modificações, algumas delas até que relevantes, mas continua sendo muito criticada e atacada por uma parte considerável dos juristas.

A denominada “Constituição cidadã”, promulgada sob a coordenação do deputado e professor Ulisses Guimarães, sofreu duras críticas desde da sua publicação, críticas de diversas naturezas, algumas até que se mostraram justas com o passar os anos, outras não, mas a Constituição de 1988 também trouxe uma série de avanços e recebeu elogios por parte de outros.

Pois bem, o presente artigo tem por objetivo trazer algumas reflexões sobre os méritos, acertos e eventuais equívocos do legislador constituinte no que diz respeito às normas e aos princípios constitucionais tributários, principalmente levando em consideração um dos motivos da sua criação e da sua existência: a segurança jurídica.

Pretendemos discutir brevemente a pertinência e a relevância dos princípios constitucionais para a segurança jurídica, notadamente no campo tributário, considerando que esse tema é complexo e certamente merecerá outros desdobramentos no futuro.

De qualquer forma, gostaria de contribuir com algumas breves reflexões, em razão da relevância da data comemorativa.

2. NOÇÃO DE PRINCÍPIOS

De acordo com as lições do professor Roque Antonio Carrazza¹, em qualquer ciência, princípio é o começo, alicerce, ponto de partida ou a pedra angular de qualquer sistema. No direito pátrio, os princípios dão sustentação ao nosso ordenamento jurídico, permitindo que todo o sistema de normas seja estruturado com base neles, formando verdadeiros alicerces do nosso sistema legal.

Diante disso, temos que princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade e importância, ocupa posição de relevância no ordenamento jurídico e, por isso mesmo, vincula o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello², princípio é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica, e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dê sentido harmônico”.

Os princípios constitucionais e, no nosso caso, os princípios constitucionais tributários representam valores que acabaram sendo formalizados, normatizados, no texto constitucional, por sua relevância e importância e, sendo assim, demandam uma atenção especial de toda a sociedade e, principalmente, dos detentores do poder, em relação a observância dos seus ditames.

Dada a importância dos princípios, para a manutenção e para o equilíbrio do sistema jurídico, o conhecimento e a compreensão da extensão, e do alcance destes, é de suma importância para que o próprio sistema não entre em colapso, pela sua inobservância e aplicação inadequada.

Sob o ponto vista formal, os princípios são normas de estrutura, que trazem consigo valores considerados importantes para uma determinada sociedade, e que tem por destinatários os detentores do poder, ou seja, aqueles que, representando a sociedade, estão exercendo funções de poder, no Estado de direito.

Enquanto as normas de conduta são destinadas a regular as relações entre os particulares e visam a estabelecer regras e normas que irão tratar das situações do cotidiano e do dia a dia do cidadão comum, as normas de estrutura têm

outra função, uma vez que elas procuram estabelecer limites para o exercício do poder e são destinadas a tratar do respeito dos direitos e dos valores relevantes para determinada sociedade.

Sendo assim, a doutrina³ entende que princípios são normas de estrutura, que carregam valores relevantes para a sociedade, ao ponto que o não cumprimento desses valores poderia ensejar a ruptura de toda a estrutura jurídica.

Daí se abstrai a importância dos princípios, enquanto normas constitucionais de estrutura, voltadas aos detentores do poder. Não é tão relevante o fato do princípio ser implícito ou explícito, mas se ele existe ou não existe, uma vez que resguardam valores essenciais da norma hipotética fundamental.

3. HÁ HIERARQUIA ENTRE OS PRINCÍPIOS?

A doutrina em geral não admite haver hierarquia entre os princípios constitucionais, uma vez que, em tese, todos são de igual importância e igual relevância para o ordenamento jurídico.

No entanto, entendem alguns doutrinadores que determinados princípios, ainda que não se admita uma hierarquia formal entre eles, poderiam ser considerados *sobreprincípios*, ou seja, princípios a partir dos quais decorreriam logicamente todos os demais, ou a partir dos quais, todos os outros estariam correlacionados ou dependentes, que seriam os princípios da certeza do direito e o da segurança jurídica.

De fato, parece não haver sentido em estabelecer uma hierarquia entre os princípios constitucionais, ainda que implícitos, uma vez que todos eles são normas de estrutura, consagradas na Constituição Federal, do mesmo nível hierárquico, e admitir hierarquia entre eles seria admitir que um valor seria mais relevante do que o outro, com o que não se pode concordar, mas de fato alguns princípios são, claramente, desdobramento de outros, como ocorre, por exemplo, com o princípio da segurança jurídica, que se desdobra no campo tributário em vários outros, tais como, anterioridade, irretroatividade etc.

Feitas essas considerações iniciais a respeito dos princípios e sua relevância para o ordenamento jurídico, vamos analisar rapidamente as características do *sobreprincípio* da segurança jurídica, para que, em seguida, possamos relacionar a segurança jurídica com os princípios constitucionais tributários.

4. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A TRIBUTAÇÃO

Atualmente, estamos vivendo em um Estado democrático de direito, em que se pressupõe a escolha dos governantes pelos cidadãos e o respeito, em primeiro lugar, à Constituição, mas, de uma forma geral, às normas e às leis validamente introduzidas no ordenamento jurídico.

O respeito às normas deve se dar forma geral por toda a sociedade, mas em primeiro lugar pelos detentores do poder, que foram eleitos para representar a vontade da maioria da sociedade, e não para o exercício de interesses pessoais, o que, infelizmente, nem sempre se verifica.

Humberto Ávila considera fundamental para a estabilidade das instituições que os cidadãos tenham a garantia de que o direito aplicável seja claro, lógico e necessário, de tal maneira que haverá tanto maior segurança quanto mais corresponder o direito positivo à necessidade real da população⁴.

Nos exatos termos dos ensinamentos de Adilson Abreu Dallari⁵, “Estado de direito é aquele no qual os atos dos governantes são regidos pela lei”. O Estado de direito, portanto, tem como característica preponderante a submissão de todos, inclusive e principalmente dos governantes, ou dos detentores do poder, à lei.

Esse fator é de extrema importância para a caracterização do Estado de direito, mas não é suficiente para tanto. Contudo, já serve como excludente de toda e qualquer ditadura, de Estados autoritários e de monarquias, com poder centralizado nas mãos do ditador soberano.

Além disso, essa característica já traz embutida a ideia de separação de Poderes. Ou seja, no Estado de direito, aquele que faz as leis não governa, aquele que governa não faz as leis e aquele que produz a legislação não julga.

Pelo menos, em tese, deveria funcionar dessa forma. Contudo, em muitos casos, o que formalmente aparece como um Estado de direito, na realidade não deixa de ser um Estado autoritário.

Cabe aqui uma observação e uma crítica ao texto constitucional no que se refere à usurpação das respectivas competências e a invasão dos Poderes no Estado de direito. O texto original do artigo 62 da Constituição de 1988 dava poderes ao presidente da República para editar medidas provisórias com força de lei desde a data da sua publicação, “em caso de relevância e urgência”, não criando, originariamente, quase nenhuma restrição quanto à matéria a ser tratada.

Posteriormente, o texto original do citado artigo 62 da CF/88 foi emendado (EC 32/2001), restringido a edição de medidas provisórias em matéria penal e permitindo apenas uma reedição, sob pena de perder os efeitos *ex tunc*.

Ou seja, o instrumento introdutor de normas (medida provisória) que sucedeu ao extinto decreto-lei, existente na Constituição anterior e que foi utilizado durante o regime militar de exceção, deu ao chefe do Poder Executivo poderes quase que ilimitados para edição de normas, sem a prévia discussão e aprovação pelo Congresso Nacional, Poder Legislativo do nosso Estado de direito.

Pois bem, será que agiu bem o legislador constituinte ao atribuir ao presidente da República esse poder de legislar, ainda que de forma “excepcional”? Um Estado que dá ao chefe do Poder Executivo tal poder, pode ser considerado, efetivamente, de direito? De fato, as medidas provisórias acabaram se tornando meio de governo para todos os presidentes que assumiram o cargo de chefe do Poder Executivo.

De forma legítima, ou não, todos os presidentes eleitos desde a promulgação da Constituição de 1988 acabaram se valendo deste instrumento para legislar de forma abusiva, a meu ver, e apequenaram a função do Poder Legislativo, que passou simplesmente a aprovar, na maioria das vezes, as medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo. O que era para ser exceção, acabou virando regra, o Poder Executivo passou a ser o maior responsável pelas novas normas a partir da Constituição de 1988.

Algo semelhante acabou ocorrendo que os outros Poderes da nossa República. O Poder Legislativo, que assumiu o papel de mero homologador das medidas provisórias, chamou para si a responsabilidade de investigar e julgar, função típica do Poder Judiciário, com criação de diversas comissões parlamentares de inquéritos e também comissões mistas (CPIs e CPIMs). Novamente, essa função atípica atribuída pelo legislador constituinte ao Poder Legislativo acabou sendo utilizada de forma demasiada, e o poder que deveria criar as normas de acordo com os anseios da sociedade passou a investigar e julgar seus membros e entidades de interesse nacional.

O mesmo também ocorreu com o Poder Judiciário, que passou recentemente a assumir uma função de legislar diante da omissão do Congresso Nacional, o que ficou conhecido como “ativismo judicial”.

De fato, vivemos momentos difíceis, e a nossa República está às avessas...

Há realmente Estado de direito no qual os governantes não se submetem ao cumprimento da lei e, na maioria das vezes, não estão sujeitos às penalidades, mesmo quando se encontram na prática de atos civis?

Alguns juristas atribuem toda essa situação de descontrole e abusos ao sistema de governo escolhido pelo legislador constituinte (presidencialismo), sob a alegação de que a nossa Constituição seria estruturalmente parlamentarista, mas que acabou ficando como presidencialista e que, por isso, o sistema não funciona corretamente.

De fato, até entendo que o sistema parlamentarista pareça ser o mais adequado para a estrutura da nossa Constituição, mas mesmo no sistema presidencialista as instituições deveriam funcionar melhor, de forma mais independente, mas sempre dentro dos limites constitucionais e institucionais. Infelizmente, não é o que vem ocorrendo, e ainda que o regime seja alterado, creio que o parlamentarismo não seria a solução definitiva para o caos que vivemos. Há um descrédito quase que generalizado nas instituições e nos políticos. Vivemos uma crise moral, ética e de valores de forma geral, que depende de bons exemplos, principalmente dos detentores do poder.

De acordo com Lúcia Valle Figueiredo⁶, “se não estiver o Estado curvado à *rule of law*, tal seja, à lei a que o poder estatal se deve submeter, nem sequer poderíamos cogitar a existência de um Estado democrático de direito”. Contudo, entende ainda que a sujeição à lei não é suficiente para caracterizar a existência do Estado de direito, fazendo-se necessárias a verificação de outras características essenciais para tanto: a separação os Poderes com a existência de um sistema de freios e contrapesos, do “juiz natural”, de juiz imparcial, dotado de prerrogativas para o exercício independente da sua função.

José Afonso da Silva⁷ ensina que para a existência do Estado de Direito não se pode considerar tão somente a legalidade. A legalidade é um fator importante, mas não suficiente por si só para realizar completamente o conceito de Estado de direito. Se assim não fosse, o Estado de direito passaria a ser apenas um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o que não é suficiente para a concretização do Estado de direito.

Geraldo Ataliba⁸, citando Santi Romano, entende que: “Assim também, para que se repute um Estado como de direito, é preciso que nele se reúna a característica de subordinação à lei, a da submissão à jurisdição, nos termos dos postulados por Giorgio Balladore Pallieri (v. *Diritto Costituzionale*, 3º ed., Milão, Giuffrè, págs. 80 e ss., esp. pág. 85)”.

Apenas se pode reconhecer o Estado de direito se estiverem presentes: **a.** submissão à jurisdição; **b.** jurisdição exercida por magistratura imparcial, cercada de todas garantias; **c.** quando a jurisdição aplique somente lei preexistente; e **d.** submissão do Estado à jurisdição como qualquer *pars*, chamada a juízo em igualdade de condições como *pars*.

Norberto Bobbio⁹ afirma que abstração, generalidade, imparcialidade, igualdade e certeza constituem garantias do administrado no Estado de direito e Gomes Canotilho¹⁰ defende o Estado de direito como princípio, sendo aquele que significa, de forma global, a ideia de uma ordem de paz *estadualmente* garantida por meio do direito.

Estado de direito era um conceito político. Mais do que isso, era um conceito de luta política. Constituía-se em instrumento de luta política da burguesia, que detinha o poder econômico, contra o Estado absolutista centralizado. Posteriormente, passou a ser analisado como Estado propriamente dito, no qual deve haver o respeito à liberdade do homem individual¹¹, conforme a construção de Kant.

A todas estas ideias foram se somando fatores que transformaram o conceito jurídico-material de Estado de Direito a um conceito de Estado de direito formal. Mesmo o Estado de direito material já associava a lei à ideia de justiça, escondendo, ainda, um pensamento democrático, no qual a lei seria o produto da vontade geral dos governados.

Com isso, com a formalização e o amadurecimento do Estado de direito, cresceu a importância do direito como ciência, da Constituição e dos princípios

constitucionais, dentre os quais podemos destacar o sobreprincípio da segurança jurídica, que origina e se desdobra em diversos outros princípios da constituição.

Canotilho defende que é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes, do que ele denomina de “princípio do Estado de direito”, em: 1. juridicidade; 2. constitucionalidade; e 3. direitos fundamentais. Sem esses pressupostos básicos, não se pode dizer que estamos diante de um Estado de direito. Essa classificação leva em consideração a Constituição portuguesa, bem como toda a doutrina desenvolvida sobre o tema Estado de direito, com base em seu desenvolvimento histórico.

Com alguns pequenos ajustes, essas características foram adotadas pelo nosso sistema constitucional. Todo Estado de direito, portanto, deve ser constitucional. Sem essa característica, um Estado não pode ser considerado de direito. A Constituição deve estabelecer o processo de alteração de suas disposições, ou seja, não deve ser rígida, no sentido de ser imutável, bem como deve prever o processo de produção das leis infraconstitucionais, a serem elaboradas pelo Poder Legislativo, ordinariamente.

A lei, assim entendida como forma de manifestação da vontade do povo, deve ser de observância obrigatória por todos, inclusive pelas autoridades detentoras do poder político. Nenhuma autoridade deve estar acima da lei, ou ser imune aos seus efeitos. Todos esses requisitos não são apenas formais, eles exigem efetivamente a sua observância para caracterização do Estado de direito.

Lúcia Valle Figueiredo¹² compartilha do entendimento anteriormente apontado, ressaltando ainda que ao Estado de direito não é suficiente apenas o respeito à lei. A legalidade é fator importante para o Estado de direito, mas não suficiente para a sua existência.

O Estado somente será democrático se o poder emanar do povo, direta ou indiretamente. Ou seja, somente será democrático o Estado em que o povo puder exercer o poder diretamente, ou por meio dos seus representantes.

Nesse caso, se além disso forem respeitados os direitos fundamentais dos cidadãos e se estes direitos estiverem assegurados na Constituição, o Estado de direito, além de democrático, será Estado de **legitimidade**.

José Afonso da Silva entende que os princípios essenciais para a existência do Estado democrático de direito são: princípio da constitucionalidade; princípio democrático; princípio da justiça social; sistema de direitos fundamentais; princípio da igualdade; princípio da divisão dos Poderes; e princípio da legalidade e da **segurança jurídica**.

A existência do Estado de direito depende, entre outros fatores, da observância das leis pelos administradores, que devem ser submeter às normas, da mesma forma que os cidadãos.

Com isso, podemos vislumbrar a importância dos princípios para a existência do Estado de Direito e para a Segurança Jurídica.

Como vimos, os princípios encerram mandamentos considerados importantes pela sociedade, e se pudéssemos criar um gráfico de hierarquia das normas constitucionais, poderíamos dizer que os princípios estão acima das demais normas cons-

titucionais, sendo certo que a segurança jurídica se constitui em um sobreprincípio, essencial para a existência harmônica do Estado de direito.

No âmbito tributário, sabemos que União, Estados, municípios e Distrito Federal têm competência para instituir a cobrança de tributos. A constituição não cria tributos, mas divide, reparte a competência tributária entre as pessoas políticas de direito constitucional interno para que estas possam exercer as suas competências administrativas, em cumprimento integral ao princípio federativo.

Para que os contribuintes não fiquem sujeitos a abusos e desmandos por partes das pessoas políticas, a competência tributária deve ser exercida obedecendo determinados limites que o legislador constituinte detalhou na Carta Magna.

A esse conjunto de normas e princípios constitucionais que limitam o poder de tributar das pessoas políticas e que regulam o exercício das competências tributárias, Roque Antonio Carrazza¹³ denominou “estatuto do contribuinte”, como decorrência lógica e jurídica do “Estado de direito”.

Para Paulo de Barros Carvalho, o estatuto de contribuinte é a somatória, harmônica e organizada, dos mandamentos constitucionais em matéria tributária que de forma positiva ou negativa estipulam direitos, obrigações e deveres do sujeito passivo, diante das pretensões do Estado¹⁴, que exige que a tributação seja livre de arbitrariedades para realização do Estado de direito.

A Constituição, então, deu ao contribuinte um manto protetor, com regras, normas e princípios que inibem e regulam a tributação por parte do Estado, sendo certo que o princípio da segurança jurídica tem papel fundamental nessa proteção.

Mais do que um valor, a segurança jurídica é a própria razão de ser da nossa Constituição e por isso, está consagrado expressa ou implicitamente em vários dos seus dispositivos, sendo certo que esse princípio da segurança jurídica é uma das manifestações do Estado democrático de direito.¹⁵ Como cabe ao Estado zelar para que todos tenham proteção, estabilidade e que possam prever as consequências jurídicas de seus atos e como o direito cria condições de certeza e igualdade, conclui-se que esses fatores são essenciais à segurança jurídica, e, de uma forma ou de outra, a Constituição, no campo tributário, procurou fazer isso mediante princípios constitucionais tributários, entre os quais podemos destacar os princípios da legalidade estrita, irretroatividade, anterioridade, capacidade contributiva, isonomia, vedação de confisco e não cumulatividade, além das regras previstas no artigo 150 da Constituição Federal.

Em suma, verificamos que inobstante o momento conturbado pelo qual passamos atualmente, com a deflagração de diversos litígios entre as instituições e a fragilização do Estado democrático de direito, por excessos verificados por todos os Poderes, o legislador constituinte, no campo do Direito

Tributário, deu um alento aos contribuintes, uma vez que a Constituição de 1988, que completa 30 anos de sua promulgação, criou um conjunto de normas e regras e estabeleceu uma série princípios constitucionais tributários, denominados “Estatuto do Contribuinte”, que limitando, regulando e restringindo o poder de tributar, procuraram dar efetividade e estabilidade ao ordenamento jurídico e às normas de natureza tributária, através de preservação do sobreprincípio da segurança jurídica.

NOTAS

1

In: *Curso de Direito Constitucional Tributário*, Malheiros Editores, 31ª ed., São Paulo, págs. 47 e seguintes.

2

In: *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, Malheiros Editores, 3ª ed., São Paulo, 1993.

3

In: *Curso de Direito Tributário*, Paulo de Barros Carvalho, ed. Saraiva, São Paulo, 24ª ed., 2012, págs. 191 e seguintes.

4

In: *Segurança Jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, Malheiros Editores, São Paulo, 2015.

5

Dallari, Adilson Abreu. “Administração Pública no Estado de Direito”, trabalho publicado em *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 5, págs. 33-41, Revista dos Tribunais, São Paulo.

6

Figueiredo, Lúcia Valle, “Estado de direito e devido processo legal”, apostila do curso de Direito Administrativo, pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), obra inédita.

7

Silva, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª ed., pág. 101.

8

Ataliba, Geraldo, *República e Constituição*, págs. 94-95.

9

Bobbio, Norberto, *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, págs. 11-30.

10

Canotilho, Gomes. *Direito Constitucional*, Editora Coimbra, Portugal, págs. 354 e seguintes.

11

Kant, Schambeck, obra citada em *Direito Constitucional*, Gomes Canotilho, Portugal, pág. 352, nota 22. Kant: “O Estado é a associação de uma pluralidade de homens sob lei jurídica”, “pertencendo estas leis à vontade reunida de um povo”.

12

Figueiredo, Lúcia Valle, obra já citada, pág. 2.

13

Carrazza, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, Malheiros Editores, São Paulo, 31ª ed., 2016, pág. 444.

14

Carvalho, Paulo de Barros. *Estatuto do contribuinte. Direitos, garantias individuais em matéria e limitações constitucionais nas relações entre Fisco e contribuinte* – Vox Legis 141/36.

15

Carrazza, Roque Antonio, obra citada em nota 13, pág. 483.



ACACIO MIRANDA S. FILHO

ANDRÉ FELIX RICOTTA
DE OLIVEIRA

DO FORO POR
PRERROGATIVA
DE FUNÇÃO
DOS PREFEITOS
MUNICIPAIS

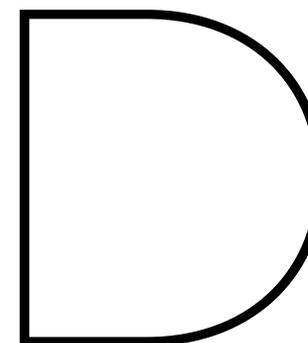
ACACIO MIRANDA S. FILHO

CHEFE DA CASA CIVIL DA PREFEITURA DE SÃO PAULO. MESTRE EM DIREITO PENAL (UNIVERSIDADE DE GRANADA/ESPANHA). PÓS-GRADUADO EM DIREITO PENAL (ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO/SP), EM PROCESSO PENAL (ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA), EM TEORIA DO DELITO (UNIVERSIDADE DE SALAMANCA/ESPANHA) E EM DIREITO PENAL ECONÔMICO (UNIVERSIDADE DE COIMBRA/PORTUGAL). PROFESSOR UNIVERSITÁRIO (PUC-MG, FMU, FEDERAL, GETUSSP, EC E FOCUS) E AUTOR DE OBRAS JURÍDICAS (SARAIVA, MANOLE, JUSPODIUM, LETRAS JURÍDICAS E FOCO). SÓCIO DO OMB ADVOGADOS. CONSELHEIRO DO IBCCRIM E DO IBAP.

ANDRÉ FELIX RICOTTA DE OLIVEIRA

ADVOGADO. BACHAREL EM DIREITO PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP). DOUTOR E MESTRE EM DIREITO TRIBUTÁRIO PELA PUC-SP. ESPECIALISTA EM DIREITO TRIBUTÁRIO PELA PUC-COGEAE. MASTER OF BUSINESS ADMINISTRATION (MBA) EM DIREITO EMPRESARIAL PELA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV-RJ). COORDENADOR DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS (IBET-SJC). PROFESSOR EXPOSITOR DO IBET E PROFESSOR CONVIDADO EM DIVERSOS CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSO TRIBUTÁRIO. EX-JUIZ CONTRIBUINTE DO TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS DA SEFAZ-SP. MEMBRO EFETIVO DA COMISSÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO DA OAB-SP (2013/2014/2015 - 2016/2018). CONSELHEIRO DO CONSELHO DE ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS DA FECOMERCIO-SP.

I. INTRODUÇÃO



DISPÕE O ARTIGO 29, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE OS PREFEITOS MUNICIPAIS serão julgados perante o Tribunal de Justiça.

Cabe frisar que, pela primeira vez, uma Constituição brasileira inseriu os prefeitos municipais no rol dos detentores dessa prerrogativa.

Tal inserção resta lógica quando é lembrada a importância dada aos municípios pela Carta Magna, posto que foram equiparados à União e aos Estados – membros em termos de repartição de competências¹, além da inclusão destes no conceito de Federação, por serem essenciais a ela².

E, por mais que essa inclusão seja objeto de críticas, especialmente em razão do elevado número de pessoas unidas à condição de detentores do foro por prerrogativa (o Brasil tinha, à época da promulgação da Carta Magna, cerca de 3,7 mil municípios, tendo atualmente cerca de 5,8 mil municípios), também é salutar lembrar que são vários os municípios que apresentam um orçamento maior que o de parcela considerável dos Estados-membros (as cidades de São Paulo, Guarulhos, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, entre outras).

Ademais, em complementação a isso, os municípios mais carentes também apresentam um déficit de profissionais abalizados, e, muitas vezes, essa carência pode reverberar na inobservância de formalidades legais ou orçamentárias, impondo problemas judiciários ao chefe do Poder Executivo.

No que tange ao excerto constitucional objeto do presente artigo, a sua leitura conduz a uma única certeza (o julgamento perante a corte estadual), e a inúmeras incertezas (quais condutas serão julgadas perante este órgão); somente os que estejam no exercício do mandato são detentores desta prerrogativa; as condutas que não estejam vinculadas ao cargo exercido também ensejam o julgamento colegiado; essa regra se sobrepõe ao artigo 109, da Constituição Federal; entre outras.

Partindo desses questionamentos, surgem os principais aspectos postos à reflexão no presente estudo, restando necessário o tratamento de cada um deles, para que, ao fim, possa ser determinada, academicamente, a utilidade ou a inutilidade jurídica no estabelecimento constitucional do foro por prerrogativa de função aos chefes dos executivos municipais.

II. DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Objeto de inúmeras críticas por ser tratado, equivocadamente, como um benefício pessoal, o foro por prerrogativa de função foi adquirindo ao longo dos tempos algumas denominações tidas como sinônimas, sendo as principais delas foro especial ou foro privilegiado.

Cabe destacar, inicialmente, que referida prerrogativa é tida como real, e não pessoal, uma vez que é inerente ao cargo, e não ao seu titular, e, embora acabem o favorecendo, a sua observância visa a preservar a dignidade e a independência do cargo.

Ademais, todas as funções públicas têm prerrogativas que lhe são próprias, e o exercício independente destas deve estar alicerçado na existência de garantias mínimas que amparem o acusado, e também o órgão jurisdicional, evitando que haja uma subversão no julgamento, fazendo com que os inferiores julguem os superiores³.

Diante disso, resta evidente que o instituto foi construído com base em engrenagens jurídicas compatíveis com o Estado democrático de direito, tendo características e finalidades que lhe são próprias, conforme a seguir.

II.1. FINALIDADES

Inicialmente, cabe indicar que o foro por prerrogativa tem como primeira finalidade a preservação do interesse público representado por determinados cargos.

Anota-se que o interesse é inerente ao cargo, e não à pessoa física que o titulariza, e, nesse ponto, reside um dos pilares constitucionais do referido instituto: o princípio da isonomia⁴, uma vez que “a lei não tem preferências nem predileções, apenas considera a dignidade da função, a altitude do cargo, a iminência da posição, tanto é assim que se a pessoa deixa a função, perde a prerrogativa”⁵.

Ademais, há uma segunda finalidade relacionada ao foro por prerrogativa de função, que é a manutenção da independência funcional do agente político.

Essa finalidade também é amparada constitucionalmente, desta vez pelos princípios da hierarquia⁶ e da independência funcional, objetivando, conforme dito, preservar a atuação do agente político, especialmente de influências externas injustas.

Em suma: a segurança de não ser submetido a “qualquer juízo” (com o perdão pelo termo pejorativo), mas somente aos detentores de maior experiência, faz com que as decisões do agente político estejam “amparadas”, e estes possam agir de acordo com as suas convicções, ideologias e crenças, em conforme aos ditames do Estado democrático de direito.

Por fim, a terceira finalidade do instituto está associada ao julgamento imparcial exercido por magistrados que estejam julgando perante as mais altas cortes do País.

Isso porque, supostamente, o julgamento proferido por cortes superiores, nos quais os seus integrantes estão no mais alto patamar da carreira profissional, está menos suscetível a interferências externas, pressão popular e influência dos meios de comunicação e das mídias sociais.

Referida finalidade corresponde ao princípio do juiz natural, que no caso em comento é consagrado pelo artigo objeto de análise: 29, inciso X, da Constituição Federal.

II.2. CARACTERÍSTICAS (CONCEITO)

A competência decorrente do foro por prerrogativa de função é conceituada como o poder conferido a certos tribunais superiores, por mandamento constitucional ou legal, para, a partir da análise das condições de procedibilidade genéricas ou específicas, processarem e julgarem determinados agentes públicos ou políticos em virtude de infrações cometidas por estes, vinculadas ou não à função.

Cabe, com base nesse conceito, determinar quais são as características do instituto ora analisado, quais sejam:

- Competência atribuída aos órgãos jurisdicionais superiores;
- Processo e julgamento;
- Agentes públicos e políticos;
- Mandamento constitucional ou legal;
- Infrações vinculadas ou não à função.

Face ao conceito e às características trazidas, vale frisar que este é genérico, no sentido de exprimir o foro por prerrogativa de função inerente a todos os sujeitos que sejam detentores deste.

Conforme já indicado, o presente visa à mera análise do instituto sob o prisma dos prefeitos municipais, sendo necessário um filtro das suas características e do seu conceito, com vistas a especificá-lo.

Senão, vejamos: a competência decorrente do foro por prerrogativa de função dos prefeitos municipais é o poder atribuído ao Tribunal de Justiça, por força do artigo 29, inciso X, da Constituição Federal, para o processo e julgamento desses agentes políticos em virtude do cometimento de infrações.

E ao tratarmos do referido conceito, voltamos à ideia central do capítulo introdutório, uma vez que várias questões ficam sem resposta, quais sejam:

O Tribunal de Justiça julgará o prefeito municipal, exclusivamente? Ou é possível que essa competência seja estendida ao Tribunal Regional Federal ou ao Tribunal Regional Eleitoral?

Só estarão sujeitos à referida competência os que estejam no exercício do mandato? Ou os que tenham cometido crime nessa condição e já não estejam no cargo também a detêm? E os coautores ou partícipes também serão julgados de acordo com o foro?

Todas as infrações, independentemente de serem crimes comuns, próprios e de responsabilidade e mesmo não penais, como as político-administrativas e a improbidade, admitem essa condição?

A autorização do Poder Legislativo é necessária?

Ou seja, a verdadeira conceituação do foro por prerrogativa de função está atrelada à resposta de todas essas questões, o que se fará nos capítulos subsequentes.

III. DAS INFRAÇÕES COMETIDAS PELO PREFEITO MUNICIPAL

Conforme indicado, são inúmeras as classificações inerentes às infrações a serem cometidas pelo prefeito municipal.

O primeiro critério diz respeito à responsabilização penal, uma vez que crimes são condutas estabelecidas por meio de leis federais (por força do artigo 22, inciso I, da CF), nas quais há a indicação do preceito penal primário (elementos do crime: bem jurídico penal tutelado, sujeitos, verbo núcleo do tipo, elemento subjetivo, consumação, entre outros) e do preceito penal secundário (pena e eventuais aspectos procedimentais). Por fim, os crimes necessariamente serão julgados pelo Poder Judiciário.

Ademais, há a responsabilização administrativa, mediante a imputação de infrações político-administrativas e por improbidade administrativa, sendo que esta última também dá ensejo à responsabilização civil.

Diante disso, cabe a análise pormenorizada que cada um dos institutos supracitados e a consequente indicação acerca da (in)aplicabilidade do foro por prerrogativa de função.

III.1. CRIMES DE RESPONSABILIDADE, CRIME PRÓPRIO, CRIME COMUM E CRIME ELEITORAL

O primeiro aspecto relacionado à responsabilização penal diz respeito à classificação dos crimes e à distinção entre cada uma das suas espécies.

Interessam à análise do foro por prerrogativa de função dos prefeitos municipais os conceitos de crimes comuns, crimes próprios e impróprios (funcionais) e de responsabilidade.

No que tange aos crimes comuns, estes são os que não exigem qualquer condição especial do sujeito ativo, ou seja, podem ser cometidos por qualquer pessoa, independentemente do perfazimento de qualquer condição.

A maioria dos tipos penais incriminadores consagrados no Código Penal e nas leis penais especiais é classificada como comum, posto não estar vinculada a nenhum elemento específico.

Os crimes funcionais são aqueles em que é exigido como elemento do crime o perfazimento de determinada condição especial do sujeito ativo, no caso, o exercício de determinado cargo, emprego ou função pública.

Ademais, o cometimento do referido crime deve estar vinculado ao exercício desse cargo, emprego ou função, ou seja, o funcionário público vai cometê-lo em virtude das prerrogativas, atribuições, competências ou finalidades da função titularizada.

São tidos como funcionais os crimes previstos no Título XI, Capítulo I, do Código Penal (“Dos Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral”) e a maioria dos crimes previstos no Código Penal Militar.

Importa salientar que o mero fato de o funcionário público praticar uma conduta delitativa, por si só, não é capaz de tornar o delito da espécie funcional.

Por fim, os crimes funcionais são divididos em duas subespécies, quais sejam:

- **Funcionais próprios:** são aqueles nos quais a condição especial é elemento do crime, sem que exista um tipo análogo classificado como comum. São exemplos de crimes funcionais próprios a deserção⁷, a prevaricação⁸ e a concussão⁹.
- **Funcionais impróprios:** são aqueles nos quais é exigida uma condição especial do sujeito ativo como elemento do crime, e esta é responsável por diferenciá-lo dos crimes tidos como comuns. São exemplos o peculato (que tem semelhança com o furto, contudo, praticado por funcionário público no exercício da função pública)¹⁰ e o homicídio do Código Penal Militar (que é idêntico ao do Código Penal, contudo praticado por militar no exercício das suas funções, contra outro militar)¹¹.

Ainda tratando das classificações dos crimes que interessam à análise do foro por prerrogativa de função, há o crime de responsabilidade, que pode, inicialmente, ser tido como funcional, uma vez que tem como elemento uma condição especial do sujeito ativo, mas acrescido de elemento ainda mais específico: a condição de agente político.

Inúmeros são os autores¹² que não fazem distinção entre os crimes funcionais e os de responsabilidade, pois, na opinião destes, “a locução crime de responsabilidade é desrevestida de sentido técnico, sendo verdadeira corruptela”¹³.

Apesar disso, optamos por tratá-lo de forma específica, entendendo que estes são os que exigem uma condição “especialíssima” do sujeito ativo, no caso, a condição de agente político titular de mandato, que é muito menos abrangente que a de funcionário público.

A partir dessa classificação, faz-se necessária a tipificação dos crimes cometidos pelos agentes políticos no exercício do mandato, por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na forma do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

Ocorre que somente em duas oportunidades, e em relação a duas categorias de agentes políticos específicos, essa tipificação ocorreu: 1. no caso dos prefeitos municipais, mediante o Decreto-Lei n.º 201, de 1967¹⁴; 2. no caso de presidente da República, ministros de Estado, ministros do Supremo Tribunal Federal, procurador-geral da República, governadores dos Estados e secretários de Estado mediante a Lei n.º 1.079, de 1950¹⁵.

Face ao exposto, conclui-se que só os prefeitos municipais, o presidente da República e os demais indicados na Lei n.º 1.709/50 poderão ter contra si a imputação por crimes de responsabilidade exercidos durante o mandato.

Ainda tratando sobre o conceito de crime de responsabilidade, diante dos elementos indicados, cabe ressaltar que estes devem ser previamente tipificados em lei federal e o seu julgamento será feito exclusivamente pelo Poder Judiciário, sendo requisito para a sua configuração o cometimento durante o exercício do mandato.

Partindo dessas premissas, alguns aspectos importantes sobressaem em relação aos prefeitos municipais¹⁶: 1. os crimes de responsabilidade não serão julgados pelo Poder Legislativo, posto ser da competência exclusiva do Poder Judiciário o julgamento dos crimes de qualquer natureza; 2. o fato de somente os crimes cometidos durante o mandato serem tidos como de responsabilidade não impede que referido julgamento ocorra após o término do mandato; 3. o impeachment é instituto relacionado à cassação do mandato pelo Poder Legislativo, razão pela qual não estão vinculados aos crimes; 4. no caso específico dos prefeitos municipais, o Decreto – Lei 201/67 dispõe sobre os crimes no artigo 1º¹⁷, e sobre a cassação do mandato pelo Legislativo no artigo 4º, razão pela qual há nítida separação entre estas condutas.

III.2. INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

Conforme já indicado, crimes são condutas previstas em lei federal, em que estejam indicados os seus elementos e a sua pena, cujo julgamento se dá exclusivamente pelo Poder Judiciário.

No artigo 4º, do Decreto-Lei n.º 201/67¹⁸, há a indicação do termo “infração político-administrativa, que corresponde ao julgamento realizado pela Câmara dos Vereadores, que, após o voto favorável de 2/3 (dois terços) dos seus membros, reverberará na cassação do mandato do prefeito (única sanção possível).

Quanto às infrações dessa natureza, vale salientar que não tem natureza de crime, e, conseqüentemente, não estão sujeitas ao julgamento pelo Poder Judiciário.

Em suma: não há foro por prerrogativa de função (artigo 29, inciso X, da CF) em relação a estas, posto que a Câmara Municipal do referido município fará o julgamento.

Apesar disso, vale ressaltar que só o prefeito, durante o exercício do mandato, estará sujeito ao cometimento destas e ao seu julgamento.

III.3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:

A Lei n.º 8.429/90 dispõe, nos seus 25 artigos, sobre as condutas que configuram atos de improbidade administrativa, além dos seus aspectos procedimentais.

Vale frisar que as sanções¹⁹ decorrentes desses atos reverberam efeitos patrimoniais, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

Ademais, o artigo 12 da referida lei diz que há a improbidade administrativa independentemente das sanções penais, civis e administrativas, razão pela qual resta evidente que o instituto em comento tem natureza jurídica distinta da dos crimes praticados pelo prefeito municipal e das infrações político-administrativas, sendo merecedor de tratamento distinto quanto ao julgamento.

Vale frisar que o Código de Processo Penal, em 2002, mediante a Lei n.º 10.628, teve prevista essa hipótese em seu parágrafo 2º, do artigo 84.

Contudo, por meio da ADIN 2797, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela incompatibilidade do referido parágrafo com a Constituição Federal, razão pela qual, em relação aos prefeitos municipais²⁰, as ações de improbidade administrativa são julgadas pelo magistrado de primeiro grau.

IV. DA APLICABILIDADE DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Conforme indicado no capítulo anterior, a aplicabilidade do instituto está atrelada: à natureza da infração cometida; ao momento em que esta foi cometida; e ao órgão competente para o julgamento (competência territorial e em razão da matéria).

Em primeiro lugar, a natureza da infração cometida versa sobre a espécie de crime (comum, funcional, de responsabilidade ou eleitoral), bem como sobre a exclusão da improbidade administrativa e das infrações político-administrativas desse rol.

Com base nisso, também se faz necessária a análise do momento em que esta foi cometida (crimes cometidos antes, durante e após o exercício do cargo e o julgamento após o término do mandato).

Ademais, cabe a análise do órgão competente, a fim de se determinar se todos os crimes cometidos pelos prefeitos (independentemente do bem jurídico penal tutelado) serão julgados pelo Tribunal de Justiça ou é se possível o julgamento pelo Tribunal Regional Federal (quando os bens forem do interesse da União, na forma do artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal) ou pelo Tribunal Regional Eleitoral (no caso dos crimes eleitorais).

Por fim, cabe a determinação do lugar do crime, por haver o entendimento que o prefeito municipal será julgado pelo Tribunal do Estado onde esteja situado o município, mesmo que o crime seja cometido em outro Estado da Federação.

IV.1. NATUREZA DA INFRAÇÃO

Conforme indicado no capítulo anterior, o prefeito municipal poderá, durante o exercício do seu mandato, incorrer em crimes comuns, funcionais, de responsabilidade e eleitorais.

Vale ressaltar que, em qualquer dessas modalidades, haverá a prevalência do foro por prerrogativa de função.

Em relação aos crimes comuns, independentemente do bem jurídico penal tutelado, a competência será do Tribunal de Justiça²¹, com o rito próprio para o julgamento em segunda e única instância.

Tal afirmação resta necessária, posto que o foro não tem somente a capacidade de transferir a competência para a instância superior, mas também a de impor o procedimento que lhe seja próprio, em detrimento dos procedimentos comuns ou especiais relacionados ao crime.

Como exemplo, podem-se citar os crimes dolosos contra a vida, (nos quais a competência do tribunal do júri, mesmo estabelecida constitucionalmente, será superada pela regra especial do artigo 29, inciso X), os crimes contra a honra ou crimes da Lei de Licitações.

Quanto aos crimes funcionais (próprios ou impróprios) ao chefe do executivo também poderá ser imputada a sua prática, uma vez que a condição espe-

cial exigida, a de funcionário público, tem sentido amplo, englobando entre eles os agentes políticos.

Cabe ressaltar que várias das condutas previstas como crimes no artigo 1º, do Decreto-Lei n.º 201/67, encontram tipo análogo no capítulo do Código Penal que trata dos crimes contra a administração pública praticados pelos funcionários públicos.

Nessas hipóteses, a regra especial prevalece em relação à geral. Contudo, quando os elementos da norma especial não estiverem preenchidos, subsidiariamente será aplicada a norma geral (Código Penal, portanto, crime funcional), e mesmo assim prevalecerá o foro por prerrogativa de função.

Quanto aos crimes de responsabilidade, previstos no artigo 1º, do Decreto-Lei n.º 201/67, estes serão julgados perante o Tribunal de Justiça ou órgão equivalente, independentemente do pronunciamento da Câmara Dos Vereadores, especialmente após a revogação da Súmula n.º 301, do STF²².

Diante das bases teóricas do foro por prerrogativa de função, a sua observância em relação aos crimes de responsabilidade é a mais lógica possível, postos serem de cometimento exclusivo do chefe do Executivo municipal, atrelados unicamente a essa função política.

Por fim, os crimes eleitorais²³, quando atribuídos ao prefeito municipal, serão julgados em conformidade ao Foro Por Prerrogativa de Função.

Ocorre que, além da regra do artigo 29, inciso X, também há uma seção²⁴ na Constituição Federal que dispõe expressamente sobre a competência da Justiça Eleitoral, que é especializada.

Diante disso, resta necessária a aplicação conjunta das regras indicadas, razão pela qual o prefeito municipal, quando lhe seja atribuído o cometimento de crimes eleitorais, será julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

IV.2. MOMENTO DA INFRAÇÃO

Três são os momentos a serem levados em consideração para a análise do tema em comento: antes, durante e após o mandato.

Quanto ao início do foro por prerrogativa de função, existem dois entendimentos dicotômicos: 1. um primeiro posicionamento dispendo que a prerrogativa prevalecerá a partir da posse no cargo²⁵; 2. um segundo entendimento dispendo que a prerrogativa surge a partir da diplomação²⁶. Vale frisar que, atualmente, este segundo prevalece.

Quanto à extensão do foro por prerrogativa de função aos crimes cometidos antes do mandato, é importante lembrar que há entendimento do Supremo Tribunal Federal²⁷ acerca da sua inaplicabilidade, assim como nas hipóteses em que o crime não esteja relacionado ao exercício da função.

Contudo, referido entendimento da Corte Suprema é de aplicação exclusiva aos parlamentares federais (deputados federais e senadores). Disso, conclui-se que, em

relação aos prefeitos municipais, prevalece o entendimento que o foro será aplicável a partir da diplomação em relação aos crimes cometidos antes ou durante o mandato.

Ou seja: após a diplomação, os processos que estiverem em trâmite em outras esferas deverão ser encaminhados ao Tribunal de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais ou aos Tribunais Regionais Eleitorais, independentemente da sua natureza.

Por fim, há a questão do ex-prefeito. Referida discussão surge quando são indicadas a Súmula n.º 164 do STJ²⁸ e a Súmula n.º 703²⁹, do STF, que declaram que o ex-prefeito será responsabilizado pelos crimes previstos no artigo 1º, Decreto-Lei n.º 201/67 (crimes de responsabilidade), cometidos durante o mandato, mesmo após o seu término.

Face aos elementos apontados, há certeza quanto à possibilidade de julgamento pelo crime de responsabilidade, mesmo que o processo tenha início após o término do mandato, contudo, falta certeza quanto à competência para tanto, uma vez que o foro por prerrogativa, conforme já dito, está atrelado ao cargo e ao seu exercício, e não à pessoa que o exerceu.

Dessa dúvida, surgem dois posicionamentos: 1. os crimes de responsabilidade tipificados no artigo 1º, do Decreto-Lei n.º 201/67, serão julgados pelo juiz de primeira instância, quando imputados ao ex-prefeito, em situação análoga à dos crimes funcionais; 2. mesmo em relação ao ex-prefeitos, a competência permanece sendo do Tribunal de Justiça.

Cabe ressaltar que prevalece o primeiro entendimento, conforme inúmeras decisões dos Tribunais Superiores (ADIN 2.797-2, RHC 18.501/MS, HV 88.588/PE e HC41.787/MG), além do posicionamento de Giovanni da Silva Corralo, Rui Stoco, Antônio Tito Costa e André Medeiros do Paço³⁰.

Por fim, a corroborar esse entendimento, a Súmula n.º 394 do STF, que garantia o foro aos ex-prefeitos, foi revogada, conforme decisões nas ações penais 313-8, 315-4, 319-7 e inquéritos 656-4, 687-4 e 881-8.

IV.3. ÓRGÃO COMPETENTE

O artigo constitucional objeto de análise no presente (29, inciso X), dispõe que compete ao Tribunal de Justiça o julgamento dos prefeitos municipais.

Tal afirmação deve ser interpretada em consonância com outras regras constitucionais e processuais, a fim de que o sincretismo do sistema processual seja mantido.

Disso, conclui-se que os crimes comuns, funcionais e de responsabilidade como regra serão julgados pelo Tribunal de Justiça, contudo, quando o bem jurídico penal tutelado for do interesse ou propriedade da União, por força do artigo 109, inciso V, da Constituição Federal, a competência passará à Justiça Federal, razão pela qual, nesse caso, o prefeito será julgado pelo Tribunal Regional Federal.

Em relação aos Crimes Eleitorais, conforme já indicado no Título IV.1, a competência será do Tribunal Regional Eleitoral, por força dos artigos 29, inciso X, e 121, ambos da Constituição Federal.

IV.4. COMPETÊNCIA FUNCIONAL E LUGAR DA INFRAÇÃO

O Código de Processo Penal dispõe sobre a competência territorial, segundo a qual o julgamento do crime será determinado pelo lugar do resultado³¹, ou seja, a título de exemplo, os crimes cometidos em São Paulo serão julgados pelo Poder Judiciário local.

Em relação ao prefeito municipal, a competência territorial, que é relativa, dá lugar à competência funcional, que é absoluta, o que reverbera no julgamento do prefeito municipal pelo Tribunal do Estado da Federação onde esteja localizado o município onde este exerce a função pública.

Exemplificando: o prefeito municipal de Porangaba, no Estado de São Paulo, que cometa um crime em Santa Catarina, será julgado pelo TJ/SP, pelo TRF da 3ª Região ou pelo TRE/SP.

Isso, em quaisquer das espécies de crimes anteriormente estudadas, e também em relação as infrações-político administrativas (pela respectiva Câmara Municipal).

V. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que o prefeito municipal será detentor do foro por prerrogativa de função, na forma do artigo 29, inciso X, da Constituição Federal, em virtude do cometimento dos crimes comuns, funcionais, de responsabilidade ou eleitorais, cometidos antes ou durante o exercício do mandato, devendo o julgamento ser realizado pelo Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Regional Federal ou pelo Tribunal Regional Eleitoral, todos do Estado em que esteja situado o município onde é exercido o mandato.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

CABRERA, Antônio. *O prefeito: seus direitos e deveres*, São Paulo: Instituto Tancredo Neves, 1998.

CASTRO, José Nilo de. *A defesa dos prefeitos e vereadores em face do decreto-lei 201/67*, 5ª ed., Belo Horizonte: Del Rey.

CORRALO, Giovani da Silva. *Responsabilidade de prefeitos e vereadores*, São Paulo: Atlas, 2015.

DÍEZ, José Luis Ripollés. *A racionalidade das leis penais*, São Paulo: RT, 2005.

DO PAÇO, André Medeiros. *Foro por prerrogativa de função – prefeitos municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores*, 7ª ed., Bauro: Edipro, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 7ª ed., Malheiros Editores: São Paulo, 1994.

MICHEL, Voltaire. *Responsabilidade do prefeito municipal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Administração e responsabilidade dos prefeitos e vereadores*, São Paulo: Saraiva, 1990.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes eleitorais*, São Paulo: Atlas, 2012.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade fiscal*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Marcelo Aparecido Coutinho. *A incompetência absoluta dos juizes de primeira instância para suspender direitos políticos de prefeitos municipais*, São Paulo: Elevação, 2001.

STOCO, Rui. *Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores*. São Paulo: RT, 2017.

TITO COSTA, Antônio. *Responsabilidade de prefeitos e vereadores*. São Paulo: RT, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva.

TORON, Alberto Zacarias. *Inviolabilidade penal dos vereadores*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOTAS

1
BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, pág. 311.

2
SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, pág. 554.

3
PIMENTA BUENO, José Antônio, citado por DO PAÇO, André Medeiros. *Foro por prerrogativa de função – prefeitos municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pág. 38.

4
Artigo 5º, caput, Constituição Federal.

5
TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Direito Processual Penal*, pág. 56.

6
Artigo 37.

7
Artigo 187 do Código Penal Militar: “Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade que serve, ou do lugar em deve permanecer, por mais de oito dias”.

8
Artigo 319 do Código Penal.

9
Artigo 316 do Código Penal.

10
Artigo 312 do Código Penal.

11
Artigo 205 do Código Penal Militar.

12
Antônio Tito Costa.

13
TITO COSTA, Antônio. *Responsabilidade de prefeitos e vereadores*. São Paulo: RT, 2002, pág. 39.

14
O decreto-lei em comento foi confeccionado em 1967, auge do período de exceção política enfrentado no Brasil, pelo professor Hely Lopes Meirelles. Importa salientar que o seu conteúdo é demasiadamente rígido, uma vez que, à época, os prefeitos eram os únicos membros do Poder Executivo eleitos pelo voto popular, razão pela qual alguns críticos afirmam que essa rigidez buscava responsabilizar uma maior quantidade de prefeitos e comprovar que o povo não sabia votar.

15
No caso em comento, a Constituição Federal, no seu artigo 85, também dispõe sobre o conceito de crime de responsabilidade, razão pela qual o STF já foi instado em duas oportunidades a discutir sobre a sua natureza jurídica (impeachment dos ex-presidentes Fernando Collor e Dilma Rousseff).

16
Em relação ao presidente da República e aos governadores dos Estados, apesar da denominação “crime de responsabilidade”, há somente a indicação da perda do mandato e da inelegibilidade como as penas previstas. Ademais, o julgamento ocorrerá por meio do Poder Legislativo, e não pelo Poder Judiciário. Essas duas características distinguem a tipificação e a natureza do conceito nos casos dos três chefes do Executivo, conforme indicado. Por fim, a corroborar essa distinção, há o artigo 85, da Constituição Federal.

17
Art. 1º São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores.

18
Art. 4º São infrações político-administrativas dos prefeitos municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato.

19
Art. 12 Independentemente das sanções peais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (**REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 12.120, DE 2009**)

i. na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

ii. na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

iii. na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

iv. na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (INCLUSO PELA LEI COMPLEMENTAR N.º 157, DE 2016)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

20

Em relação a outros agentes políticos, há entendimento divergente: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-21/prerrogativa-foro-tambem-aplicavel-acoas-improbidade>.

21

Ou do Tribunal Regional Federal (TRF), de acordo com o artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal.

22

RHC: 49.038.

23

Assim considerados os previstos entre os artigos 311 e 322, do Código Eleitoral.

24

Art. 118. São órgãos da Justiça Eleitoral:

- i. o Tribunal Superior Eleitoral;
- ii. os Tribunais Regionais Eleitorais;
- iii. os Juizes Eleitorais;
- iv. as Juntas Eleitorais.

Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:

- i. mediante eleição, pelo voto secreto:
 - a. três juizes entre os ministros do Supremo Tribunal Federal;
 - b. dois juizes entre os ministros do Superior Tribunal de Justiça;
- ii. por nomeação do presidente da República, dois juizes entre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu presidente e vice-presidente entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, e o corregedor eleitoral entre os ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na capital de cada Estado e no Distrito Federal.

§ 1º. Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

- i. mediante eleição, pelo voto secreto:
 - a. de dois juizes entre os desembargadores do Tribunal de Justiça;
 - b. de dois juizes, entre juizes de Direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;
- ii. de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo;
- iii. por nomeação, pelo presidente da República, de dois juizes entre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

§ 2º. O Tribunal Regional Eleitoral elegerá seu presidente e vice-presidente entre os desembargadores.

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juizes de Direito e das juntas eleitorais.

§ 1º. Os membros dos tribunais, os juizes de Direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.

§ 2º. Os juizes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

§ 3º. São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

§ 4º. Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

- i. forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;
- ii. ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;
- iii. versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;
- iv. anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;
- v. denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.

25

STF – HC 73.917/MG, 1ª Turma, j. 24.9.1996.

26

STJ – HC 384.405.

27

STF. Plenário. AP 937 QO/RJ, rel. min. Roberto Barroso, julgado em 3.5.2018.

28

“O prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Decreto-Lei n.º 201, de 27.2.1967”.

29

“A extinção do mandato do prefeito não impede a instauração de processo pela prática dos crimes previstos no art. 1º do DL 201/67”.

30

Obras citadas no presente.

31

Artigo 70.



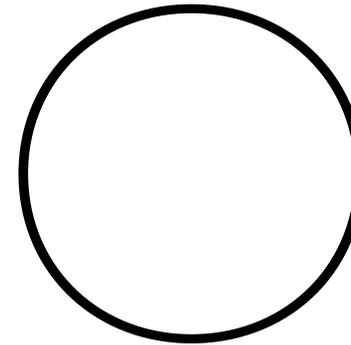
MARCO AURÉLIO
FLORÊNCIO FILHO

A CONSTITUIÇÃO
DA REPÚBLICA
FEDERATIVA
DO BRASIL E A
INEXIGIBILIDADE DE
CONDUTA DIVERSA
COMO CAUSA
DE EXCULPAÇÃO
SUPRALEGAL

**MARCO AURÉLIO
FLORÊNCIO FILHO**

PÓS-DOCTORANDO EM DIREITO PELA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA). DOUTOR EM DIREITO PELA PUC/SP. MESTRE EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE (UFPE). PROFESSOR DO PROGRAMA DE DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO (MESTRADO E DOUTORADO) DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO DA OAB/SP.

1. INTRODUÇÃO



O PRESENTE ARTIGO TEM O OBJETIVO DE ANALISAR O INSTITUTO JURÍDICO-PENAL da inexigibilidade de conduta diversa e sua aplicação como causa excludente de culpabilidade supralegal, principalmente para apreciar a sua pertinência em momentos de crise financeira, como a que passa o Brasil nos dias de hoje.

Destarte, é imprescindível se ter em mente que referido instituto, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa, foi formulado dogmaticamente por Berthold Freudental, discípulo de Reinhart Frank¹, num momento de grave crise econômica pela qual passou a Alemanha.

Nesse sentido, nosso objetivo é compreender se o instituto da inexigibilidade de conduta diversa encontra respaldo nos princípios e fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente ao se realizar uma análise a partir do momento econômico que o Brasil vive.

A pesquisa se justifica porque, diante do momento de grave crise econômica que o País se encontra, muitas empresas (e empresários) terminaram por praticar crimes econômicos com o objetivo de manter a empresa funcionando, gerando, assim, empregos e mantendo o pagamento de fornecedores em detrimento do pagamento de tributos, por exemplo. Aqui repousa o objetivo de nossa pesquisa: (re) conhecer os limites jurídicos da inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente de culpabilidade supralegal e sua aplicação no momento de crise econômica que o País vivencia.

2. A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO BRASIL

A inexigibilidade de conduta diversa foi tratada pela primeira vez por Berthold Freudenthal.

Segundo Freudenthal, a exigibilidade penal (*Zumutbarkeit*) é um requisito geral da culpabilidade². É bastante elucidativa a construção jurídica do instituto da exigibilidade de outra conduta por Freudenthal, pois parte da análise de casos práticos para construir a concepção desse elemento, que entende central da culpabilidade³. Informa, inclusive, que o Tribunal Supremo analisa em cada caso concreto, individualmente, a exigibilidade de outra conduta⁴.

Freudenthal critica a forma de se conceber o Direito Penal por meio de abstrações, decorrente de sua cientificidade, que resultou num distanciamento entre o povo e o Direito e ressalta que compete aos juristas ficarem atentos para esse fenômeno a fim de evitá-lo⁵.

Freudenthal destaca ainda que a culpabilidade, para o Tribunal Supremo Alemão e para a doutrina da época, está assentada em dois critérios principais: I. o primeiro, de ordem objetiva, diz respeito ao dever de cuidado. Se o agente tiver esse cuidado, não há que se falar em culpabilidade. Todavia, se não houve o cuidado devido, daí é preciso analisar; II. o segundo critério, de ordem subjetiva, e que se manifesta pela inevitabilidade subjetiva, isto é, se o autor tinha condições de não realizar o tipo penal. Só com a reunião desses dois critérios é que estará configurada a reprovação do agente, sem a qual a conduta do autor não será culpável. Logo, percebemos claramente que reprovação e culpabilidade não se confundem, mas que a reprovação é pressuposto para aferir a culpabilidade.⁶

Ainda, deve-se destacar que o conceito de inexigibilidade vem se desenvolvendo com base em certas circunstâncias anormais, que não são encontradas nem na incapacidade nem no erro.⁷

Apesar de materialmente conformada, a culpabilidade da verificação da capacidade de culpabilidade e da consciência de ilicitude, para que a ordem jurídica estabeleça a reprovação, é necessário analisar a possibilidade de se agir conforme a norma jurídica.⁸

Decerto, a possibilidade do autor de se comportar conforme a norma jurídica é um elemento relevante para aperfeiçoar a reprovação da conduta, visto que está ligada à ideia de liberdade. Isto porque só é possível censurarmos a conduta do autor que poderia atuar conforme a norma jurídica e optou livremente por fazê-lo contrariando o ordenamento.

No Brasil, a exigibilidade de conduta conforme o Direito é prevista como causa de exclusão de culpabilidade legal – com base na coação moral irresistível e da obediência hierárquica (artigo 22, do Código Penal brasileiro⁹) – ou como causa excludente de culpabilidade supralegal, como nos crimes contra a ordem tributária.

Destacamos, entretanto, que, até pouco tempo, eram apenas reconhecidas, pelo Direito penal brasileiro, as causas excludentes de culpabilidade previstas

no artigo 22 do Código Penal brasileiro. Cláudio Brandão ressalta que somente com os estudos realizados por Francisco de Assis Toledo é que começou a ser admitida a inexigibilidade de conduta conforme o Direito fora das hipóteses de obediência hierárquica e de coação moral irresistível.¹⁰

A coação irresistível (primeira parte do artigo 22 do Código Penal brasileiro), é moral (*vis compulsiva*) e não física (*vis absoluta*). Isso porque a coação física afeta o dolo, retira a vontade do agente de realizar a ação prevista no tipo penal. Logo, é uma causa excludente de tipicidade.

A coação irresistível que exclui a culpabilidade é, portanto, a moral. Assim, o autor pratica uma conduta típica e antijurídica, mas não culpável.

Para caracterizar a coação moral irresistível, é necessário que seja retirada a liberdade de ação do autor com base em uma ameaça ou um perigo que afete bens personalíssimos daquele que está sendo coagido.

Se a coação moral é resistível, não será excluída a culpabilidade penal, apesar de ela funcionar como uma circunstância atenuante de pena (artigo 65, inciso III, alínea “c”, primeira parte, do Código Penal brasileiro)¹¹.

A obediência hierárquica (segunda parte do artigo 22, do Código Penal brasileiro) apenas funcionará como uma causa excludente de culpabilidade se estiver relacionada à relação hierarquia/subordinação do Direito Público. Isso porque, no Direito Administrativo, há uma relação de subordinação entre o chefe e seus subordinados. O chefe é investido numa posição de hierarquia em relação aos seus subordinados pelo poder competente. Assim, a transgressão de uma ordem leva à atuação do poder disciplinar da administração pública que se manifesta por meio da imputação de uma sanção administrativa àqueles que violem o dever de subordinação. A ordem do superior hierárquico deve ser manifestamente ilegal para afastar a culpabilidade do subordinado e, então, verificados também os seguintes requisitos: competência do superior para emanar a ordem; competência do subordinado para cumpri-la; que a ordem tenha previsão legal¹².

No caso de obediência hierárquica, o autor da ordem será responsabilizado criminalmente, enquanto o subordinado, apesar de ter praticado uma conduta típica e antijurídica, não o será, pois agiu sem culpabilidade.

Apesar de Freudenthal ter desenvolvido a inexigibilidade de conduta conforme o Direito com base em uma relação empregatícia – derivada da relação entre o cocheiro e o seu empregador, que selou o cavalo arreado por determinação do empregador e ocasionou lesões corporais em terceiro¹³ – o Código Penal brasileiro reconheceu apenas as relações decorrentes do Direito Administrativo, sem dar atenção à subordinação do Direito do Trabalho.

Todavia, mesmo não havendo previsão legal para a inexigibilidade de conduta conforme o Direito, quando a ordem vier de um empregador ao seu empregado, deve-se reconhecer a exclusão de culpabilidade supralegal decorrente da inexigibilidade de conduta conforme o direito. Segundo Cláudio Brandão:

Se o empregado obedece a uma ordem que não desejaria cumprir, coagido pela ameaça de perder o emprego, sem obter nenhum proveito próprio com aquela situação, não se pode reconhecer que ele optou livremente por praticar aquele ato. Como visto, se não existe liberdade para que se faça a opção de se comportar contrário ou conforme o Direito, não pode haver a exigibilidade de conduta diversa¹⁴.

3. A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS E A SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL

Temos ainda que a inexigibilidade de conduta conforme o Direito pode funcionar como uma causa excludente de culpabilidade supralegal em casos de crimes tributários¹⁵.

Não questionamos que os tributos tenham um papel fundamental para a prestação dos serviços públicos essenciais, entre eles a educação, a saúde, a segurança, o lazer, a previdência, a assistência, entre outros¹⁶. Daí afirmamos que o bem jurídico¹⁷ tutelado pela legislação penal tributária seja a propriedade tributária ou a arrecadação tributária¹⁸. Isso porque é por meio desse valor juridicamente protegido que o Estado promove suas ações.

Num cenário de economia globalizada no qual a oscilação do mercado, a alta carga tributária e a ausência de incentivos fiscais são assuntos determinantes na vida empresarial, às vezes, uma dessas circunstâncias, ou todas, podem levar a empresa a ingressar numa instabilidade financeira na qual a única solução para a sua sobrevivência será a sonegação fiscal. Segundo Roberto Veloso,

Nessa situação de pouca liquidez, os empresários – industriais, comerciantes e profissionais liberais – não possuem outra opção senão a de deixar de recolher as contribuições e os tributos para pagar aos empregados e as obrigações de empréstimos com instituições financeiras, a fim de garantir a sobrevivência da empresa. Acontece uma situação extraordinária de motivação, a impossibilidade de recolher os tributos em detrimento da sobrevivência do negócio, na qual se encontra fortemente diminuída a capacidade de atuar conforme a norma jurídica¹⁹.

Diante disso, o empresário, ao atuar em inexigibilidade de conduta diversa, pratica um fato típico e antijurídico, mas não culpável. Portanto, podemos afirmar que o agente está inadimplente com o Fisco, mas não que tenha praticado um crime.

Aliás, no atual momento de crise econômica que o Brasil vivencia, os magistrados devem observar com atenção a incidência ou não da culpabilidade no caso concreto, bem como a presença da inexigibilidade de conduta diversa para afastar a responsabilidade penal objetiva de condutas ilícitas realizadas por empresários.

Roberto Veloso oferece alguns critérios objetivos para o magistrado aplicar a inexigibilidade de conduta diversa nos crimes contra a ordem tributária:

1. somente há uma situação de conflito quando está provado que a saúde financeira da empresa é precária ao ponto de encontrar-se em estágio de falência ou pré-falência; 2. que a opção feita tenha sido efetivamente no sentido de preservação da empresa e não para lazer ou aumento de patrimônio dos sócios; 3. que a precariedade dos recursos seja motivada pela situação econômica geral ou por fato estranho à responsabilidade dos sócios e não por gastos perdulários e má administração²⁰.

Apesar de a situação financeira ter que ser muito bem demonstrada, não se exige a demonstração da impossibilidade absoluta do pagamento do tributo, pois “impossibilidade de outra conduta é coisa diversa de inexigibilidade de outra conduta. É evidente que o impossível é inexigível, mas pode dar-se o inexigível que não seja impossível.”²¹ Ora, um Estado democrático de direito, como o é o Brasil, não pode legitimar a punição de empresários que, por exemplo, deixaram de repassar ao INSS as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, se tal postura tiver servido para manter a empresa funcionando, e gerando empregos e, cumprindo assim, papéis sociais e econômicos insculpados na Constituição Federal.

A inexigibilidade de conduta diversa, nos crimes contra a ordem tributária, encontra guarida constitucional e pode ser verificada no artigo 1º, da Constituição Federal, que trata dos pilares da República Federativa do Brasil, isto é, seus princípios fundamentais.

O artigo 1º da Constituição Federal dispõe que:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I. a soberania;

II. a cidadania;

III. a dignidade da pessoa humana;

IV. os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;

V. o pluralismo político.

Pois bem, da redação do artigo supramencionado, percebe-se que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, consoante o disposto no inciso IV. Nesse sentido, o empresário, quando

mantém sua empresa funcionando, na tentativa de pagar seus funcionários e fornecedores, em detrimento do pagamento dos tributos, pois lhe era inexigível, nas circunstâncias, agir de modo diverso, cumpre o preceito constitucional de valorização do trabalho e da livre-iniciativa.

Percebe-se, aliás, que a arrecadação tributária não possui previsão legal no artigo 1º da Constituição Federal, logo não é fundamento do País. Nem poderia, pois a arrecadação tributária não é um fim em si mesma, mas um meio para se proporcionar a prestação dos serviços públicos. Destarte, um país que não valorize o trabalho e a livre-iniciativa e que prioriza a arrecadação tributária, não pode progredir, pois fica preso às suas próprias amarras e não avança com o desenvolvimento nacional. Numa analogia, seria o cachorro que corre atrás do próprio rabo.

Foi nesse espectro de pensamento que o legislador constituinte elevou à categoria de princípio fundamental a valorização do trabalho e da livre-iniciativa, em detrimento da arrecadação tributária.

Assim, se o julgador nega a recepção da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes contra a ordem tributária, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, nega a própria República Federativa do Brasil, por não respeitar os seus fundamentos, quais sejam, valorização do trabalho e da livre-iniciativa.

Ainda, consta em nossa Carta Magna, em seu artigo 193, que: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social”.

Seria o interesse do Estado, então, receber os tributos e desempregar trabalhadores? Pretenderia o Estado violar o dispositivo constitucional da ordem social e se valer do Direito Penal para receber tributos de empresários que optaram, em razão da crise que passaram suas empresas, manter o emprego de seus funcionários em detrimento da arrecadação tributária?

Acredita-se que não. Daí o papel fulcral que tem os julgadores para salvaguardar os direitos constitucionais e rechaçar a insegurança jurídica que porventura possa se configurar.

Ainda, tem-se que o artigo 170 da Constituição Federal trata dos princípios gerais da ordem econômica e financeira ao afirmar *verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VIII. busca do pleno emprego.

Ou seja, consoante os artigos constitucionais supracitados, percebe-se que a Constituição Federal visa, tanto na ordem social quanto na ordem econômica, a valorizar o trabalho.

Destarte, tem-se que a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes contra a ordem tributária como causa supralegal de exclusão da culpabilidade encontra fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil.

Importante frisar, por sua vez, que a jurisprudência brasileira reconhece apenas a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes tributários quando o crime analisado for o descrito nos artigos 168-A, do Código Penal; ou 2º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90. Vide, por exemplo, recente acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reconhece a aplicação da referida causa de exculpação no crime 168-a, do Código Penal:

PENAL E PROCESSUAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, § 1º, I, DO CP. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Restou comprovada a plena impossibilidade de recolhimento das contribuições incidentes sobre os salários dos empregados, decorrente de graves dificuldades financeiras enfrentadas pela pessoa jurídica para adimplir com a obrigação tributária, afetando inclusive a condição financeira pessoal dos denunciados. Assim, impõe-se a manutenção da sentença que absolveu os réus da prática do crime previsto no art. 168-A, § 1º, I, do CP, ante a excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa²².

Ainda, traz-se à baila acórdão da lavra do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reconhece a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa no artigo 2º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90, vide:

PROCESSO PENAL. ART. 2º, INC. II, DA LEI N.º 8.137/90. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. DEMONSTRAÇÃO.

1. Tem-se inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, quando, diante de uma situação determinada, não se poderia exigir do homem médio comportamento diverso, para agir conforme o Direito.

2. Todavia, a situação posta nos autos evidencia, excepcionalmente, a incidência da causa excludente da culpabilidade.²³

Aliás, outro não é o entendimento de Roberto Veloso, que em sua obra, ao tratar da possibilidade de aplicação da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes contra a ordem tributária, afirma que:

A fim de se evitar possível má interpretação do que aqui se defende, já se afirma que a inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, é de melhor aplicação, quando se refere aos crimes contra a ordem tributária, nos casos do art.

2º, II, da Lei n.º 8.137/90, e do art. 168-A, caput, do Código Penal, ou seja, nas hipóteses em que não ocorra falsificação ou fraude, porém não deve ser de plano afastada nas duas últimas hipóteses mencionadas.

É que os dispositivos do art. 1º, os demais itens do art. 2º e o art. 3º da Lei n.º 8.137/90 e o art. 337-A do Código Penal não se referem ao inadimplemento dos tributos e contribuições sociais, mas às condutas de falsificação e fraude contra o Fisco, mediante a utilização de artifício e ardil, o que denota uma prévia e deliberada intenção de ludibriar a fiscalização tributária e previdenciária²⁴.

Todavia, mesmo a grande maioria dos julgados apontar para a inaplicabilidade da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes previstos no artigo 1º, da Lei n.º 8.137/90 e no artigo 337-A, do Código Penal, há julgados em sentido contrário, como o que abaixo se colaciona do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INCISO I, DA LEI N.º 8.137/90 C/C ART. 337-A, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL). DIFICULDADES FINANCEIRAS COMPROVADAS. APLICAÇÃO DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

1. *Comprovadas as dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa durante a gestão do acusado, deve ser aplicada a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa aos crimes contra a ordem tributária, mantendo a v. sentença apelada.*

2. *Apelação desprovida*²⁵.

CONCLUSÃO

O conceito analítico de crime é toda conduta típica, antijurídica e culpável. A tipicidade é um juízo de adaptação do fato à norma. A antijuridicidade é um juízo de desvalor que qualifica o fato como contrário ao Direito. E a culpabilidade é juízo de reprovação pessoal feito ao autor de um fato típico e antijurídico, porque podendo se comportar conforme o Direito, optou livremente por se comportar contrário ao Direito.

Como pode se perceber, a culpabilidade é o único juízo de valor, dentro da teoria do delito, que trata sobre o autor do fato punível, tendo em vista que a tipicidade e a antijuridicidade versam sobre o fato.

Deveu-se a Frank a concepção inicial da teoria psicológico-normativa da culpabilidade, posteriormente desenvolvida por Goldschmidt e Freudenthal. Com Frank, a culpabilidade passou a não mais se esgotar no nexó psíquico entre o autor e o resultado, mas recebe, pela primeira vez, o qualificativo de reprovabilidade.

Coube a Freudenthal, com base na análise de casos no Tribunal Constitucional Alemão, desenvolver dogmaticamente o instituto da inexigibilidade de conduta diversa, configurada como uma causa excludente de culpabilidade.

No Brasil, tem-se as hipóteses legais de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa (obediência hierárquica e coação moral irresistível) e, também, os casos supralegais de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, como sua aplicação nos crimes tributários.

O empresário, ao atuar em inexigibilidade de conduta diversa, pratica um fato típico e antijurídico, mas não, enfatize-se, culpável. Portanto, pode-se até afirmar que o agente está inadimplente com o Fisco, mas não se pode afirmar que praticou um crime, tendo em vista que sua conduta não é culpável.

É ainda importante destacar que a inexigibilidade de conduta diversa, nos crimes contra a ordem tributária, encontra guarida constitucional e está regulada no artigo 1º, da Constituição Federal, que trata dos pilares da República Federativa do Brasil, isto é, seus princípios fundamentais.

Assim, o empresário, ao valorizar o trabalho e a livre-iniciativa em detrimento da arrecadação tributária, pois lhe era inexigível agir de modo diverso, devido à sua situação falimentar ou pré-falimentar, cumpre preceitos fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna.

Entretanto, é importante frisar que a inexigibilidade de conduta diversa não é aplicável, pela jurisprudência brasileira, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade (causa de exculpação), a todos os crimes tributários. Assim, os tribunais vêm reconhecendo a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa apenas nos crimes previstos no artigo 168-A, do Código Penal; e 2º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90.

Assim, os tribunais, em sua maioria, não admitem a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes previstos nos artigos 337-A do Código Penal; e 1º, da Lei n.º 8.137/90.

Entendemos, por sua vez, que a inexibibilidade de conduta diversa pode ser aplicada para todos os crimes tributários, quer seja pelo critério dogmático, quer seja pelo critério político.

Dogmaticamente, porque se o crime é toda conduta típica, antijurídica e culpável, e a inexibibilidade é uma causa de exculpação, ou seja, uma causa excludente de culpabilidade, não pode o magistrado deixar de reconhecer a inexigibilidade sob a alegação de que o crime aconteceu mediante fraude. Isso porque a fraude é analisada na tipicidade, e não na culpabilidade. Logo, retomar a análise da fraude é negar que o juízo de tipicidade esteja perfeito.

Politicamente, deve-se admitir a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa para todos os crimes tributários em respeito aos próprios fundamentos previstos no artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Maria Carolina de Melo. *A inexigibilidade de conduta diversa: os fundamentos para a aplicação das causas supraleais no Direito Penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. “A tipicidade no Direito Penal: uma abordagem sobre os seus diversos aspectos e sua importância em nível constitucional”, in: SILVA, Ivan Luiz; CARDOZO, Teodomiro Noronha; FÖPPEL, Gamil. *Ciências criminais no século XXI: estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Universitária UFPE, 2007.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. “Dos crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137, de 27-12-1990)”, in: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação penal parte especial*, vol.2, São Paulo: Saraiva, 2010.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo*. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 2003.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2001.

SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Tributário*. Lisboa: Universidade Católica, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006.

VELOSO, Roberto Carvalho. *Crimes tributários*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NOTAS

1
Coube a Goldschmidt e Freudenthal desenvolverem posteriormente as ideias de Frank. Esse, aliás, é o posicionamento de Goldschmidt ao afirmar em sua obra que “Freudenthal y yo hemos tomado como ponto de partida la obra de Frank.” (GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, pág. 86).

2
GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, pág. 86.

3
Interessantes as lições trazidas por Muñoz Conde sobre a teoria vanguardista desenvolvida por Freudenthal, vide: “Por trás desta teoria estava a grave situação econômica e social que as massas trabalhadoras tinham que suportar naquela época. O próprio Freudenthal não esconde que, com a sua teoria, se podia absolver gente como a parteira que inscrevia as crianças nascidas em feriados ou finais de semana como nascidas em dias de trabalho, para que os pais, mineiros da bacia do Ruhr, tivessem um dia de folga pago; ou o caixeiro viajante que, perante a avareza da firma que representa, se vê obrigado a ficar com dinheiro para poder fazer face às despesas de viagem que faz por conta dela e para não perder o posto de trabalho; ou o da jovem siciliana que mata o tio que a desonrara para evitar que o marido saiba. Já anteriormente o Reichsgericht (RGSt., 30, 25 ss.) absolvera um cocheiro que, seguindo as ordens do patrão e para não perder o posto de trabalho, atrelara o carro a uma égua com tendência a desgarrar-se, que, efetivamente, atropelou e feriu grave-

mente um pedestre.” (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo*. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2005, pág. 20).

4
FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, pág. 88.

5
FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, págs. 63-64.

6
FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, págs. 77-78.

7
OLIVÉ, Juan Carlos Ferré, *et. al. Direito Penal brasileiro: parte geral, principios, fundamentais e sistema*. São Paulo: RT, 2011, pág. 495. Para Maria Carolina de Melo Amorim, “A exigência de que o sujeito atue em conformidade com a legislação estabelecida não se encontra elencada em lei penal, ela é deduzida do próprio imperativo legal. Tal exigência, contudo, é vinculada à normalidade das circunstâncias do fato, encontrando nessa normalidade seu fundamento concreto. É a anormalidade dessas circunstâncias que tem o condão de definir os casos de exclusão de culpabilidade” (AMORIM, Maria Carolina de Melo. *A inexigibilidade de consuta diversa: os fundamentos para a aplicação das causas supralegais no Direito Penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, pág. 68.).

8
PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 2000, pág. 276.

9
“Artigo 22 – Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

10
BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 231.

11
“Artigo 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
(...)
III. ter o agente:
(...)
c. cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;”

12
BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 233.

13
Interessantes as lições trazidas por Muñoz Conde sobre a teoria vanguardista desenvolvida por Freudenthal, vide: “Por trás desta teoria estava a grave situação econômica e social que as massas trabalhadoras tinham que suportar naquela época. O próprio Freudenthal não esconde que, com a sua teoria, se podia absolver gente como a parteira que inscrevia as crianças nascidas em feriados ou finais de semana como nascidas em dias de trabalho, para que os pais, mineiros da bacia do Ruhr, tivessem um dia de folga pago; ou o caixeiro viajante que, perante a avareza da firma que representa, se vê obrigado a ficar com dinheiro para poder fazer face às despesas de viagem que faz por conta dela e para não perder o posto de trabalho; ou o da jovem siciliana que mata o tio que a desonrara para evitar que o marido saiba. Já anteriormente o Reichsgericht (RGSt., 30, 25 ss.) absolvera um cocheiro que, seguindo as ordens do patrão e para não perder o posto de trabalho, atrelara o carro a uma égua com tendência a desgarrar-se, que, efetivamente, atropelou e feriu gravemente um pedestre.” MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo*. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2005, pág. 20).

14
BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 232.

15

Os crimes contra a ordem tributária fazem parte ao que a doutrina denominou de “Direito Penal Econômico”. O Direito Penal Econômico parte de um Direito Penal supraindividual, em que a criminalidade dos negócios empresariais, nos dias atuais, impõe um repensar quanto à funcionalidade do Direito Penal. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, pág. 143). Segundo Roberto Veloso, “O Direito Penal Econômico é uma das áreas de expansão do Direito Penal, indicando que suas normas estão a ocupar espaços antes reservados exclusivamente a outros ramos do ordenamento jurídico. Essa ocupação não implica a revogação da norma civil ou administrativa, pois que há uma superposição de normas, e o Direito Penal descreve como crime as mesmas condutas já descritas como infrações pelos outros ramos. Com efeito, o indivíduo que antes estava passível de punição apenas administrativa ou civilmente pela prática de uma conduta, passa a ter contra si a possibilidade concomitante de aplicação de uma pena criminal privativa de liberdade” (VELOSO, Roberto Carvalho. *Crimes tributários*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pág. 57). Segundo Renato Silveira “O momento atual do Direito Penal Econômico é sintomático. Críticas diversas são colocadas. Muitos dos pontos de atrito dizem respeito à estruturação deste novo Direito Penal. O ponto de partida da análise informa que está a se tratar, no Direito Penal Econômico, de uma intervenção penal em um campo supraindividual, vale dizer, difuso, em que não são encontradas vítimas reconhecíveis, tampouco pode admitir a ocorrência de dano real ao bem jurídico protegido. A construção típica criticada, bem como duvidosa a necessidade de ampliação do tratamento penal nesses casos, tem propiciado diversos questionamentos a esse respeito. Defende-se, entre tantas posições, que deva ser limitada a aplicação penal àquele Direito Penal nucle-

ar, sendo que novos campos devem ser cuidados por outros ramos do Direito. Não obstante, existe uma ponderação irrefutável: a construção do Direito Penal Econômico acaba por se mostrar em tutela de um Direito Penal dos poderosos.” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal econômico como Direito Penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006, págs. 22-23).

16

Não há dúvida acerca da importância dos tributos e sua proteção em nível constitucional. Conforme apregoa Heloisa Estellita Salomão, “quando analisamos as funções do tributo na Constituição, podemos conferir como o modelo constitucional de Estado de direito, democrático e social se reflete na estruturação do sistema tributário nacional. Um sistema destinado, essencialmente, a servir de instrumento ao alcance das metas de justiça e igualdade sociais.” (SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2001, págs. 180-181).

17

Já nos manifestamos no sentido de que “a formulação originária de bem jurídico deveu-se a Birnbaum, evolvido nas ideias iluministas e liberais que rodearam os séculos 18 e 19. O bem jurídico surge, então, como forma de afastar as punições para condutas que não violassem bens jurídicos, ou seja, valores reconhecidos pelo Estado como dignos de uma proteção mais enérgica. Esses valores, dessa forma, diferenciavam-se dos valores morais, religiosos, políticos.” (FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. “A tipicidade no Direito Penal: uma abordagem sobre os seus diversos aspectos e sua importância em nível constitucional”, in: SILVA, Ivan Luiz; CARDOZO, Teodomiro Noronha;

FÖPPEL, Gamil. *Ciências criminais no século XXI: estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Universitária UFPE, 2007, pág. 389). Sobre o conceito de bem jurídico, leia-se PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 2003, págs. 44-50.

18

Para Germano Marques da Silva, “Cremos que o bem jurídico-penal tutelado pelos crimes tributários, num sistema abrangente como é o português, que inclui os crimes de natureza fiscal, aduaneira e contra a segurança social, não é apenas o patrimônio tributário, pois, como já referido, a função tributária não se limita a arrecadar impostos para satisfação das necessidades financeiras do Estado (artigo 103º da CRP), mas pode prosseguir outras finalidades como a de desincentivar o consumo de determinados produtos (artigo 104º, n.º 4, da CRP) ou erigir-se num instrumento de política económica [artigo 81º al. B), da CRP]. Por isso que consideramos o bem jurídico tutelado numa perspectiva funcional, ainda que o patrimônio tributário constitua na maioria dos crimes como que a síntese ou a componente mais visível do bem jurídico tutelado. (SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Tributário*. Lisboa: Universidade Católica, 2009, pág. 52)

19

VELOSO, Roberto Carvalho. *Crimes tributários*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pág. 243.

20

VELOSO, Roberto Carvalho. *Crimes tributários*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pág. 245.

21

FULLER, Paulo Henrique Aranda. “Dos crimes contra a ordem tributária (Lei n.º 8.137, de 27.12.1990)”, in: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação penal parte especial*, vol.2. São Paulo: Saraiva, 2010, págs. 449-572.

22

TRF4, Apelação n.º 5003461-97.2016.4.04.7205, 7ª Turma, rel. des. SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, J. 13.3.2018.

23

TRF4, Apelação n.º 5002242-43.2016.4.04.7207, 7ª Turma, rel. des. RONY FERREIRA, J. 20.2.2018.

24

VELOSO, Roberto Carvalho. *Crimes tributários*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pág. 242

25

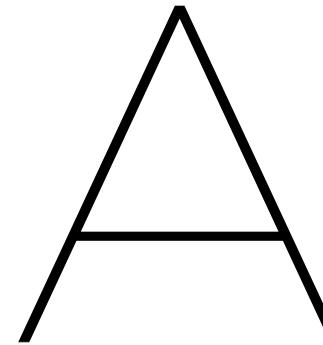
TRF-1, Apelação n.º 00016901620124013804, 4ª Turma, rel. des. ÍTALO FIORAVANTI SABO MENDES, J. 2.6.2015.



MARIANA PASSOS BERALDO

POSIÇÃO
HIERÁRQUICA
DOS TRATADOS E
DAS CONVENÇÕES
INTERNACIONAIS

NOTAS INTRODUTÓRIAS



A PRESENTE OBRA PRETENDE CELEBRAR OS 30 ANOS DA NOSSA CARTA MAIOR, mais uma iniciativa memorável do querido e eterno professor de todos, Ives Gandra da Silva Martins, um reconhecido defensor do cumprimento do texto constitucional como única alternativa para manutenção da **ORDEM** e do **PROGRESSO**, lema estampado na festejada e amada bandeira nacional.

Apesar de não nos parecer tarefa fácil, já que estamos diante de um texto denso, complexo e minucioso, incontáveis são os temas que merecem melhor atenção e destaque da comunidade jurídica brasileira nesta obra comemorativa. Mesmo os críticos anunciados do texto constitucional de 1988 são capazes de admitir os avanços e melhorias obtidos pela sociedade nestes 30 anos, nas mais diversas áreas, em razão do novo sistema constitucional em vigor, destacando, para tanto, a proteção às garantias e aos direitos individuais que o atual texto prevê.

Assim, em meio a uma variação interminável de temas e assuntos tratados pela CF/88, dedicamos nosso trabalho à análise da posição hierárquica dos tratados internacionais e às normas de Direito interno frente às disposições do atual texto constitucional, destacando, para tanto, a inovação trazida pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004.

Tal escolha se justifica pela importância do assunto, já que, no mundo globalizado, cada vez mais tratados e convenções são firmados entre os Estados para garantir a circulação de bens e pessoas, e por ainda existirem questões que geram diferentes posicionamentos e demandam atenção dos operadores do Direito.

PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS AO DIREITO INTERNO

Tratados e convenções internacionais, que representam acordo bilateral ou multilateral de vontade para produzir um efeito jurídico, são firmados pela República Federativa do Brasil nas suas relações externas.

Prevalece hoje na ordem jurídica brasileira que os tratados ou convenções internacionais, para produzirem efeitos no Direito interno, devem passar por um complexo processo, que envolve as seguintes etapas: I. assinatura do tratado pelo presidente da República; II. aprovação do documento assinado pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo; III. ratificação pelo presidente mediante depósito do respectivo instrumento; IV. promulgação por decreto executivo; e V. publicação oficial do texto.

Para o STF, a Carta Maior de 1988 determina que a incorporação dos tratados ao Direito interno resultará da conjunção da vontade do Congresso Nacional, referendada por meio de decreto legislativo o tratado celebrado (art. 49, I, CF) e do presidente da República, que além de celebrar os atos de Direito Internacional (art. 84, VIII, CF) tem competência para promulgá-los mediante decreto.¹

Ocorre que não advém expressamente do texto constitucional a exigência de novo ato do presidente da República, ou seja, promulgação do decreto executivo para internalização dos tratados, tratando-se de construção doutrinária, adotada pelos tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal (STF).²

Assim, pelo fato de não existir expressa exigência constitucional, parte da doutrina ainda defende visão monista da ordem internacional, ou seja, o tratado, uma vez concluído o ritual formal exigido para sua vigência, incorpora-se ao Direito interno. Por outro lado, a teoria dualista dispõe que o texto do tratado, para integrar a ordem jurídica interna, deve ser convertido em norma interna, demandando, assim, promulgação do decreto executivo.³

Mesmo antes de o tratado integrar o ordenamento jurídico interno, deve ser cumprido perante os demais Estados, já que, a partir do depósito do instrumento de ratificação, pode ser invocado pelos tribunais internacionais.

Interessante destacar que a doutrina defende que o Brasil adota o dualismo “moderado”, uma vez que, havendo a promulgação do tratado, este incorpora o ordenamento interno, diferentemente do que ocorre nos Estados que adotam a visão dualista “extremada”, em que o tratado nunca integra o ordenamento jurídico nacional, ou, ainda, para incorporação do ato internacional ao Direito interno, há necessidade de veiculação de lei específica.

Pode acontecer, inclusive, de o Brasil, após depositar o tratado, não promulgar o decreto executivo. Nesse caso, o País estaria comprometido perante os demais assinantes do instrumento – contudo, internamente, o tratado não produziria efeitos.

A adoção da visão monista, dualista moderada ou extremada interfere na definição do exato momento em que os atos internacionais se tornam vincu-

lantes no plano interno. Como brevemente exposto acima, nosso modelo constitucional exige, além da ratificação do instrumento, a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional, para vinculação do tratado no âmbito interno.

Feita essa análise sobre o processo de internalização dos tratados adotado atualmente pelo nosso ordenamento jurídico, adentremos a análise do cerne da questão, ou seja, a valoração normativa dos tratados.

SUBORDINAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Antes de mais nada, importante dizer: os tratados e convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à norma constitucional. Consequentemente, nenhum dispositivo constitucional pode ser violado pelo tratado que vier a integrar o ordenamento jurídico brasileiro.

A análise de eventual transgressão, formal ou material, de dispositivo constitucional pelas normas consubstanciadas no tratado reduzido à dimensão doméstica do ordenamento jurídico cabe ao Poder Judiciário, como já decidido pelo STF⁴, e pode ser feita no âmbito do controle concentrado ou difuso, conforme prevê nossa Carta Maior.

Nesse ponto, nosso ordenamento jurídico diverge de outros sistemas constitucionais, tais como o modelo português, no qual excepcionalmente se admite a incidência de normas formalmente inconstitucionais dispostas em tratados internacionais.⁵

Inclusive, nas últimas décadas, temos verificado no plano do Direito comparado tendência à equiparação das disposições dos tratados internacionais às normas das Constituições dos Estados. Entretanto, no sistema jurídico vigente no âmbito do Estado brasileiro prevalece a supremacia das disposições da Carta Maior sobre ato de Direito internacional público, devidamente incorporado ao ordenamento interno.

Por fim, oportuno destacar a redação do §3º do artigo 5º da CF, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, que passou a prever a equivalência dos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos às emendas constitucionais, desde que observado o rito para aprovação, tema a ser abordado na sequência.

Ainda com relação aos tratados que versam sobre direitos humanos, existe uma visão que defende a prevalência da norma mais benéfica, mesmo quando não há observância do procedimento previsto no §3º do artigo 5º da CF.

Paridade normativa dos tratados internacionais com as normas infraconstitucionais de direito interno

Segundo construção doutrinária e orientação firmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, diante da ausência de previsão constitucional expressa so-

bre o assunto, os atos internacionais em geral, ao integrarem o Direito interno, situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais.

A nossa Lei Maior somente dispõe a respeito dos tratados sobre direitos humanos, que terão força de norma constitucional, se aprovados na forma de projeto de emenda constitucional. Consequentemente, tem prevalecido entendimento de que os tratados em geral se equiparam às normas infraconstitucionais.

Já no que concerne à equiparação normativa do ato internacional integrante do ordenamento jurídico doméstico com as espécies normativas previstas na Constituição Federal, não com consenso entre os teóricos, nem mesmo posicionamento pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Lembrando-se que lei é gênero, cujas espécies são lei delegada, lei complementar, lei ordinária e medida provisória. Uma corrente doutrinária defende que o tratado terá o valor normativo correspondente à norma prevista na Constituição para regular o tema abordado no ato internacional, pouco importando, assim, se para o Direito interno referida matéria somente poderia ser regulada por lei complementar ou por lei ordinária.

Para essa corrente, portanto, a força normativa do tratado depende de seu conteúdo. Dessa forma, sendo o tratado autoaplicável e abordando matéria que deve ser normatizada no Direito interno por lei complementar, somente terá eficácia suspensa por uma lei complementar, independentemente de ter sido aprovado por *quorum* inferior⁶ ao *quorum* exigido para aprovação de lei complementar.⁷

Tal entendimento já foi adotado pelo STF em julgamento envolvendo matéria tributária em que houve a equiparação do tratado à lei complementar, que é veículo normativo competente para tratar de normas gerais em Direito Tributário, ressaltando, na oportunidade, o disposto no artigo 98 do Código Tributário Nacional⁸ (CTN).

Com relação aos tratados que dependem de regulamentação, já que não são autoaplicáveis e exigem a elaboração de normas internas para gerar efeitos jurídicos, rezarem-se sobre matéria objeto de reserva legal, sua regulamentação somente poderá ser feita por lei complementar, em observância ao disposto na Constituição Federal. Nesse caso, mesmo tendo sido internalizado por *quorum* inferior, exigido para aprovação do decreto legislativo, será regulado por norma aprovada por *quorum* exigido para aprovação de lei complementar.

Por outro lado, há posicionamento doutrinário que sustenta haver equivalência entre atos internacionais e as leis ordinárias, já que o processo de internalização desses tratados se dá por decreto legislativo, que, assim como a lei ordinária, é aprovado pelo Congresso Nacional por maioria simples.

O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado neste sentido, desde 1977⁹, inclusive ao analisar matéria trabalhista, entendendo, na oportunidade, que o tratado teria valor normativo equivalente ao da lei ordinária.

Vejamos ainda neste sentido redação do Informativo n. 109 do STF:

Cumpre assinalar, finalmente, que os atos internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais. Essa visão do tema foi prestigiada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 80.004-SE (RTJ 83/809, Rel. p/ o acórdão Min. CUNHA PEIXOTO), quando se consagrou, entre nós, a tese - até hoje prevalecente na jurisprudência da Corte (e recentemente reiterada no julgamento da ADI nº 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) - de que existe, entre tratados internacionais e leis internas brasileiras, de caráter ordinário, mera relação de paridade normativa.¹⁰

Críticos a essa segunda corrente sustentam que, embora, em princípio, possa parecer lógica, careceria de fundamentação teórica e validade prática.

Como então se firmou e hoje está consolidado no Direito Constitucional brasileiro, leis complementares não são hierarquicamente superiores a leis ordinárias. A Constituição Federal determina que certos assuntos devem ser regulados por leis complementares, e outros, por leis ordinárias, o que não implica hierarquia. Da mesma forma, a Constituição Federal determina que os tratados podem versar sobre qualquer tema infraconstitucional e são aprovados por decreto legislativo. Uma vez em vigor, somente podem ter sua eficácia suspensa por normas internas que tenham capacidade para regular o tema. Não se pode falar, portanto, em hierarquia entre tratados e normas de direito interno¹¹.

Os ilustres professores Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, ao dissertarem sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais na obra *Comentários à Constituição do Brasil*, assim concluem:

Aliás, o tratado depende sempre aprovação do Congresso Nacional, o que é feito por um decreto legislativo. Na verdade, a força legal do tratado no Direito interno depende da força desse próprio ato legislativo. É este que o entroniza na ordem jurídica interna e, enquanto componente dessa ordem, fica sujeito a ser alterado por atos do mesmo nível hierárquico¹².

Existem ainda teóricos que defendem que os atos internacionais são tipos normativos distintos dos demais, integrando uma ordem jurídica paralela às leis internas. Para Mirtô Fraga¹³, o tratado não se torna lei nacional, pois sua natureza é distinta dos tipos normativos internos, não tendo força de lei ordinária ou complementar. Assim, por terem natureza distinta, apenas sendo considerado lei em sentido amplo, não revogam outras leis nem são revogados por estas.

Por fim, oportuno destacar que a Jurisprudência do STF já sinalizou mudança, com relação a paridade normativa dos tratados com as normas infraconstitucionais, até então majoritariamente adotada pelo Tribunal, quando, ao julgar sobre a inconstitucionalidade da prisão civil por dívida do depositário infiel na alienação fiduciária em garantia, a maioria dos Ministros, seguindo posicionamento do min.

Gilmar Mendes reconheceu que os tratados internacionais de direitos humanos estariam posicionados num nível hierárquico *supralegal*, ou seja, abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional doméstica.

Nesse mesmo julgamento, mereceu destaque a posição do min. Celso de Mello, que entendeu (na esteira do que também entendemos) que os tratados de direitos humanos, independentemente de internalização por maioria qualifica no Congresso Nacional, têm status de norma constitucional (material); e se internalizados com anterior aprovação congressual qualificada terão status constitucional material e formal¹⁴.

CONFLITO ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO

Verificamos que, diferentemente de países como França, Grécia Peru e Argentina¹⁵, que adotam a prevalência dos tratados sobre o ordenamento jurídico doméstico infraconstitucional, o Brasil garante paridade entre os tratados em geral e as normas infraconstitucionais.

Nos países que garantem o primado dos tratados, havendo conflitos entre estes e as normas internas, aqueles prevalecerão, mesmo no caso de a norma interna ser posterior. Já no nosso ordenamento jurídico, que adota o sistema de paridade normativa, diante de um conflito entre tratado e lei interna, prevalece o princípio da *lex posterior derogat priori*.

A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá – presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico –, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (lex posterior derogat priori) ou, quando cabível, do critério da especialidade (RTJ 70/333 - RTJ 100/1030 – RT 554/434)¹⁶.

Críticos da paridade entre os tratados e as normas infraconstitucionais, reconhecida pelo STF, sustentam que a Suprema Corte, ao assim decidir, a Corte Maior teria ignorado a responsabilidade internacional do Estado brasileiro, diante do descumprimento do disposto no ato internacional convencionado, já que o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados determina que o Estado não pode invocar disposições de seu Direito interno como justificativa para o não cumprimento de um compromisso internacional.

Além do critério cronológico, outro critério que vem sendo adotado pelo STF, como se verifica no Informativo n.º 109 do STF, supramencionado, diz respeito à questão da especialidade norma no sistema jurídico doméstico (*lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*).

O ilustre doutrinador Francisco Rezek dá especial tratamento para tratados no domínio tributário.

Não há dúvida de que o tratado revoga, em qualquer domínio, a norma interna anterior; nem tampouco de que o legislador, ao produzir direito interno ordinário, deve observar os compromissos externos da república, no mínimo para não induzi-la em ilícito internacional. Assim, para que se dê ao art. 98 efeito útil, é preciso lê-lo como uma norma hierarquizante naquele terreno em que o CTN foi qualificado pela Constituição para ditar “normas gerais”. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, desde que primeiro tratou do assunto até a hora atual, e de modo uniforme, a eficácia do art. 98 do CTN e sua qualidade para determinar o que determina. Em matéria tributária, há de buscar-se com mais zelo ainda que noutros domínios a compatibilidade. Mas se aberto e incontornável o conflito, prevalece o tratado, mesmo quando anterior à lei¹⁷.

Finalmente, encontramos na doutrina posicionamento crescente no sentido de que os tratados em geral, não somente aqueles que versem sobre direitos humanos, estariam situados em um nível hierárquico intermediário, também chamado “supralegal”, estando abaixo das disposições constitucionais, mas acima da legislação infraconstitucional, evitando-se, assim, conflitos com a lei interna.

TRATADOS INTERNACIONAIS COM FORÇA DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Já adiantamos neste artigo que a Emenda Constitucional n.º 45/2004¹⁸ estabeleceu que os tratados e as convenções de direitos humanos, aprovados por três quintos dos parlamentos, com votação em dois turnos, terão força de norma constitucional.

Assim, referidos tratados poderão paralisar a eficácia de outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que lhes sejam contrários, com exceção daquelas disposições irrevogáveis, as denominadas “cláusulas pétreas”.

Já os tratados sobre direitos humanos anteriores à EC 45/2004 ou que não tenham sido aprovados conforme procedimento previsto no §3º do art. 5º da Constituição, de acordo com o STF, têm força *supralegal*, ou seja, estão acima das normas infraconstitucionais e abaixo das normas constitucionais.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante

desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n.º 911, de 1º de outubro de 1969. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, desde a ratificação pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC n.º 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional¹⁹.

Oportuno dizer que há divergência sobre esse ponto, já que alguns doutrinadores defendem que os tratados anteriores à EC/2004 que versem sobre direitos humanos teriam sido elevados à categoria de norma com força constitucional, a partir da aprovação da referida emenda, fazendo uma analogia ao CTN, aprovado como lei ordinária, mas que ganhou força de lei complementar a partir da entrada em vigor do texto constitucional de 1988.

CONCLUSÃO

Tecidas as considerações sobre o processo de internalização do ato internacional e sua valoração normativa no ordenamento jurídico doméstico, finalizamos este estudo destacando que, independentemente das omissões apontadas no texto constitucional e dos diferentes posicionamentos firmados pela doutrina e jurisprudência sobre o tema abordado, é consenso que o atual texto constitucional, seguindo tendência mundial, procurou valorizar os atos internacionais, conforme pode ser verificado na redação do §2º do artigo 5º²⁰.

Para parte dos teóricos, em razão do mencionado § 2º, mesmo antes da redação do § 3º, trazida pela EC 45/2004, os tratados internacionais que versavam sobre direitos humanos já possuíam status de norma constitucional, pois na medida em que a Carta Maior expressamente considera os direitos provenientes dos tratados, a própria estaria ampliando seu bloco constitucional, atribuindo hierarquia de norma constitucional para esses atos internacionais.

Até por tal razão, partilhamos do entendimento que os tratados e convenções anteriores à EC/88 não têm o mesmo valor normativo das normas infraconstitucionais, destacando, para tanto, a solução encontrada pelo STF ao considerá-los como norma *supralegal*. Particularmente, apreciamos o posicionamento de estudiosos que defendem o status de norma constitucional para esses atos internacionais.

Por fim, com relação aos tratados em geral, levando em consideração a importância do Direito Internacional Público na globalização e a responsabilidade do Brasil perante os demais Estados signatários dos atos internacionais, acreditamos que a jurisprudência esteja caminhando para considerar todo e qualquer tratado, independentemente do conteúdo, com hierarquia intermediária, ou seja, com valor normativo inferior às normas constitucionais, mas superior às normas infraconstitucionais domésticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1995.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional Público: parte geral*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – curso elementar*, São Paulo: Saraiva 2014.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 13º ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, pág. 154.

VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*, São Paulo: Saraiva, 2012.

NOTAS

1
Informativo n.º 109 do STF, publicado em 13 de maio de 1998.

2
Supremo Tribunal Federal (STF), tribunal pleno, relator ministro Celso de Mello, CR (AgRg) 8.279-ARGENTINA, 1998.

3
“De qualquer modo, deve-se destacar que existe uma interessante controvérsia teórica entre os autores brasileiros a respeito do tema, envolvendo ilustres autores, como Pontes de Miranda, Francisco Rezek, João Grandino Rodas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Mirtô Fraga, entre outros. Há duas teorias cujos eixos principais são os seguintes:

- o tratado é ratificado e internalizado por um único ato a publicação do decreto executivo;
 - o tratado é ratificado pelo Poder Executivo, a partir da autorização concedida pelo decreto legislativo, e internalizado em um segundo momento pelo decreto executivo.”
- VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*, São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 86.

4
Supremo Tribunal Federal (STF), tribunal pleno, relator ministro Celso de Mello, ADI 1.480-3 DF, 1997.

5
(Art. 277, n.º 2): “A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de dispositivo constitucional”. (STF, tribunal pleno, relator ministro Celso de Mello, ADI 1.480-3 DF, 1997).

6
O quorum de aprovação do decreto legislativo é o de maioria simples do artigo 47 da Constituição Federal. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 13.º ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 154.

7
CF: Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

8
CTN: Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

9
Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, relator Ministro Cunha Peixoto, RE 80.004 SE. 1977.

10
Informativo n.º 109 do STF, publicado em 13 de maio de 1998.

11
VARELLA, *op. cit.*, pág. 90.

12
BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 99.

13
FRAGA, M. 2006, *apud* VARELLA, *op. cit.*, pág. 90

14
MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Internacional Público: parte geral*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pág. 97

15
Constituição Francesa de 1958 (art. 55), Constituição Grega de 1975 (art. 28, §1º), Constituição Peruana de 1979 (art. 101) e Constituição Política da Argentina de 1994 (art. 75, §22).

16
Informativo n.º 109 do STF, publicado em 13 de maio de 1998.

17
REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*, curso elementar, São Paulo: Saraiva, 2014, p. ág. 131.

18
CF: Art. 5º ().
§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

19
STF, tribunal pleno, relator ministro Cezar Peluso, RE 466.343 SP, 2007, voto min. Gilmar Mendes.

20
CF: Art. 5º ().
§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

T833

30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil: virtudes, obstáculos e alternativas/Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Luis Antonio Flora e Ney Prado; Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo. – São Paulo: Fecomercio 2018.

569 p.: il.

Inclui bibliografia e notas.

Vários autores.

ISBN 978-85-53046-02-7

1. Constituição de 1988 2. Brasil 3. Legislação 4. Direito constitucional 5. Política
I. Martins, Ives Gandra da Silva II. Flora, Luis Antonio III. Prado, Ney IV. Título

CDD 341.2481

CDU 342.4(81)

PRESIDENTE | FECOMERCIO-SP
Abram Szajman

SUPERINTENDENTE | FECOMERCIO-SP
Antonio Carlos Borges

COORDENADOR-GERAL

Ives Gandra da Silva Martins

PRESIDENTE DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP

 SUPERIOR DE DIREITO
Conselho FecomercioSP

FECOMERCIOSP

Rua Dr. Plínio Barreto, 285
Bela Vista • São Paulo
11 3254.1700 • Fax 11 3254.1650
www.fecomercio.com.br

EDITORA E PROJETO GRÁFICO **TUTU**

AGOSTO 2018

PRESIDENTE | FECOMERCIO-SP
ABRAM SZAJMAN

SUPERINTENDENTE | FECOMERCIO-SP
ANTONIO CARLOS BORGES

COORDENADORES

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PRESIDENTE DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP

LUIS ANTONIO FLORA



ISBN 978-85-53046-02-7

&

FECOMERCIO SP