

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas  
Brasília – Janeiro-Março/2007 – Ano 44 – Nº 173  
Edição Especial – Universidade do Legislativo Brasileiro



"A Justiça", de Alfredo Ceschiatti, em foto de José Cruz.

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 44 • nº 173  
janeiro/março – 2007

**UNILEGIS**

**Universidade do Legislativo Brasileiro**

**Artigos apresentados pela turma do Curso de Especialização em  
Análise da Constitucionalidade promovido pela Unilegis em  
parceria com a Universidade de Brasília – UnB**

REVISTA  
de  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

---

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (61) 311-4258. E-Mail: ssetec@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

ORGANIZAÇÃO: Alexandre Costa Bernardino (Universidade de Brasília), Alexandre Paiva Damasceno (UNILEGIS/Senado Federal) e Patrícia Seixas Alves (UNILEGIS/Senado Federal)

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Francisco D. G. Fernandes e Carlos Felipe Wanderley

REVISÃO DE ORIGINAIS: OS AUTORES SÃO RESPONSÁVEIS PELA REVISÃO DE SEUS TRABALHOS.

REVISÃO DE PROVAS: Angelina Almeida Silva e Daniele Silva Costa

CAPA: Renzo Viggiano

FOTO DA CAPA: José Cruz/Agência Senado

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

---

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

---

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. -  
- Ano 1, n. 1 (mar. 1964) - . - - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria  
de Edições Técnicas, 1964- .  
v.

Trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- , nº 34- , publ. pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)

---

## **UNILEGIS**

### **REITORIA**

Senador Renan Calheiros

**Reitor**

Vânia Maione Alves Nina

**Vice-Reitora Acadêmica**

Agaciel da Silva Maia

**Vice-Reitor Executivo**

### **CONSELHO SUPERIOR**

Senador Efraim Morais

**Primeiro-Secretário do Senado Federal**

Agaciel da Silva Maia

**Vice-Reitor Executivo**

Vânia Maione Alves Nina

**Vice-Reitora Acadêmica**

Cláudia Lyra Nascimento

**Secretária-Geral da Mesa do Senado Federal**

Sérgio Francisco Pires de Oliveira Penna

**Consultor-Geral Legislativo do Senado Federal**

**Membros do Conselho de Supervisão do ILB**

### **CONSELHO UNIVERSITÁRIO**

Vânia Maione Alves Nina

**Vice-Reitora Acadêmica**

Agaciel da Silva Maia

**Vice-Reitor Executivo da UNILEGIS**

Denise Ramos de Araújo Zoghbi

**Diretora Executiva do ILB**

Sérgio Francisco Pires de Oliveira Penna

**Consultor-Geral Legislativo do Senado Federal**

Cláudia Lyra Nascimento

Fábio Rezende Scarton Coutinho

Eustáquio Juvêncio de Lacerda

**Representantes do Corpo Técnico-Docente**

Anderson Pimentel de Alencar Filho

**Representante do Corpo Discente**

### **EQUIPE UNILEGIS**

Alexandre Paiva Damasceno

Luciana Villela de Andrade Mendes

Patrícia Seixas Alves

**Assessoria**

Ivone Alvino de Barros Gomes

Rosaléa Rodrigues de Oliveira

Luana de Souza Borges (estagiária)

**Secretaria**

## PREFÁCIO

O Senado Federal vem investindo na formação das pessoas, como forma de cumprir com as suas funções e aprimorar os serviços prestados.

De fato, além dos seus próprios integrantes e colaboradores, o Senado também contribui para o aperfeiçoamento de servidores dos demais órgãos e entidades da administração pública e de qualquer pessoa interessada na temática legislativa.

Cumpra mencionar os seis anos da Universidade do Legislativo Brasileiro (Unilegis), da qual sou o Reitor, e os dez anos do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e do Conselho Editorial, presidido pelo Senador José Sarney. A continuidade dessas instituições é evidência inequívoca do valor e da consistência do compromisso da Casa para com a cidadania e a formação de cidadãos cada vez mais conscientes e servidores mais capazes de entender e atender os desafios dos novos tempos.

Esse é o contexto desta edição especial da Revista de Informação Legislativa (RIL), em que o Senado encontra-se representado por 9 artigos de servidores da Casa, sobre os mais variados assuntos, como ação afirmativa, representação política, controle concentrado de constitucionalidade, imunidade parlamentar, medida provisória e comissões parlamentares de inquérito.

Os artigos são originários das monografias de conclusão do Curso de Especialização em Análise da Constitucionalidade, promovido pela Unilegis, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), representada pelo seu Magnífico Reitor, Professor Timothy Martin Mulholland, e o Supremo Tribunal Federal (STF), presidido pela Excelentíssima Ministra Ellen Gracie.

Dos 45 alunos, provenientes do próprio Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Câmara Legislativa do Distrito Federal (CLDF) e do STF, 21 manifestaram interesse na publicação nesta edição especial da RIL. Assim, o leitor terá um panorama privilegiado dos temas mais palpitantes e do estágio em que se encontram as principais discussões constitucionais no nosso País.

Informando e formando os cidadãos, o Senado Federal contribui para um Brasil melhor. A Casa conta com a determinação do seu Presidente e do seu Primeiro Secretário, Senador Efraim Morais, em incrementar o intercâmbio com os demais entes governamentais e privados. Esse intercâmbio contribui para difundir o conhecimento sobre a atividade e o processo legislativos e fomentar a efetividade do nosso principal produto, que são as leis.

O Curso e a edição especial da Revista exemplificam e concretizam esse ideal que, tenho certeza, é compartilhado pelo Magnífico Reitor da UnB e pela Excelentíssima Presidenta do STF, assim como por muitos outros dirigentes de instituições públicas e privadas.

Posso assegurar, a todos vocês, que, no que depender deste Presidente, o Senado sempre estará de portas abertas para iniciativas como esta, que contribuam para a eficiência e a eficácia social da atividade parlamentar, em prol da cidadania e da integração da administração pública.

Senador Renan Calheiros,  
Presidente do Senado Federal e Reitor da Unilegis.

## APRESENTAÇÃO

O presente número especial da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal contém os artigos desenvolvidos a partir das monografias apresentadas pelos autores e defendidas perante banca de três membros no Curso de Especialização em Análise da Constitucionalidade, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília em associação com a Universidade do Legislativo e o Supremo Tribunal Federal. O Curso teve 45 alunos oriundos das duas casas do Legislativo Federal, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e do Supremo Tribunal Federal.

A crescente importância do controle de constitucionalidade na experiência jurídica e política na atualidade é um notável desdobramento do tratamento dessa questão na Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988. O curso de Especialização em Análise da Constitucionalidade teve por objetivo possibilitar uma visão abrangente desse fundamento do Direito Constitucional, com as conexões inevitáveis com outros ramos e outros saberes (Filosofia do Direito, Ciência Política, Sociologia, Hermenêutica e outros). O curso foi dividido em duas partes: na primeira parte, abrangeu disciplinas do eixo fundamental (Teoria Geral do Direito, Teoria Política e Metodologia do Ensino do Direito). Na segunda, as disciplinas da área de formação em análise da constitucionalidade.

Por meio desse curso de Especialização, a UnB e a Faculdade de Direito cumpriram sua missão institucional, estabelecida na Constituição Federal, de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Ensino, que se realizou ao longo das aulas e demais atividades didático-pedagógicas desenvolvidas no curso; pesquisa, que se realizou nos trabalhos produzidos por alunos e professores ao longo e ao final da especialização; e extensão, que aconteceu na troca de saberes entre a Universidade e as instituições participantes do processo a respeito dos temas propostos. Ademais, o curso se realizou como um processo de educação continuada para os alunos e seus respectivos órgãos de origem.

O tema do curso, escolhido pelas instituições que dele participaram e pela Faculdade de Direito da UnB, revela importante preocupação com a Constituição e a Democracia brasileiras. Trabalhar e pesquisar o controle e a análise da constitucionalidade é, necessariamente, participar do debate nacional e integrar uma reflexão a respeito dos processos democráticos em relação à Lei Maior e à Cidadania. Os textos aqui publicados demonstram essa preocupação e esse compromisso. Mais do que preparar um trabalho final que lhes possibilitasse a outorga do título de especialista, professores e alunos engajaram-se em uma reflexão democrática e participativa sobre a prática constitucional brasileira contemporânea.

O Curso que deu origem aos artigos aqui apresentados mostra, também, outras vocações da Universidade de Brasília. A UnB cumpre um papel local ao formar os quadros profissionais de Brasília, papel esse que se vê ampliado pela sua participação em

atividades docentes e de pesquisa em outras cidades do Distrito Federal, tais como o seu Núcleo de Prática Jurídica em Ceilândia, a criação de um *Campus* em Planaltina e atividades de extensão em Santa Maria; a UnB cumpre um papel regional ao gerar desenvolvimento e troca de saberes nas regiões Centro-Oeste e Norte, com cursos de especialização, mestrado e doutorado nas mais diversas áreas, além de atividades de pesquisa e extensão.

O Curso de Especialização em Análise da Constitucionalidade cumpre um papel de troca ativa com as instituições públicas federais para possibilitar a compreensão profunda dos problemas vivenciados no Brasil e abrir canais de comunicação com a sociedade para construir coletivamente as soluções, orientar as tomadas de decisão e as políticas públicas a serem implementadas, tendo como eixo uma compreensão da Constituição Brasileira fundada nos princípios do Estado Democrático de Direito.

Brasília, 23 de janeiro de 2007

Timothy Martin Mulholland,  
Reitor da Universidade de Brasília.



# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 44 · nº 173 · janeiro/março · 2007

- Antônio Carlos Costa Santos Cotas para negros na universidade: uma análise da constitucionalidade em confronto com o princípio da igualdade recepcionado pela Constituição Federal de 1988 11
- Carina Villela de Andrade Monteiro Direito à privacidade *versus* direito à informação: considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos 27
- Cecília Maria Pinheiro Montenegro Bugarin O instituto jurídico-processual da Ação Civil Pública como instrumento de controle difuso de constitucionalidade 41
- Emília Maria Rodrigues da Silva O princípio da subsidiariedade indicado na lei regulamentadora da arguição de descumprimento de preceito fundamental 57
- Fabiano Rodrigues de Abreu Da fraude legislativa à confusão normativa: da impossibilidade de declaração de prejudicialidade nas ações diretas de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto. Estudo de casos 73
- Flávio Rodrigues Motta Debate no Congresso Nacional sobre a verticalização nas coligações partidárias: representação política no Brasil 87
- Getúlio Vaz A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos para os atos administrativos 101
- Hamilton Vieira Ramos Diferenças sociais e ações afirmativas: a luta pela igualdade 117
- Henrique Kenup Sathler O § 3º do artigo 5º da Constituição Federal: retrocesso da legislação brasileira na visão das modernas teorias do Direito Internacional dos Direitos Humanos 131
- Leonardo Henrique M. M. Oliveira A motivação para agir dos legitimados: um limite invisível ao controle concentrado de constitucionalidade 145
- Marcos Evandro Cardoso Santi Controvérsias jurídico-constitucionais na criação de comissões parlamentares de inquérito 161

Marcus Gil Barbosa Dias	Controle de constitucionalidade e política judiciária: evolução histórica das súmulas no Supremo Tribunal Federal 175
Maria Elizabeth M. Ferreira	Modulação dos efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade e reflexos sobre a norma do art. 52, X, da Constituição Federal 193
Maria Luísa Silva Ribeiro	Doutrina das questões políticas e jurisdição constitucional: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal à luz da teoria discursiva do direito e da democracia 209
Maria Terezinha Nunes	A efetividade do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito: por uma interpretação constitucionalmente adequada aos direitos da mulher no trabalho 225
Orlange Maria Brito	Imunidade parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional nº 35, de 2001 239
Sandra Afonso Ferreira	Análise da constitucionalidade na Câmara dos Deputados 255
Tiago Neiva Santos	Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional 271
Vera Lúcia Leopoldino Oliveira	Controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória 285
Wagner Amorim Madoz	Crítica às soluções de colisão de direitos fundamentais 303
Walter Ribeiro Valente Júnior	A medida provisória em matéria tributária no regime da Emenda Constitucional 32/2001: limites à edição e à eficácia 323

# Cotas para negros na universidade

Uma análise da constitucionalidade em confronto com o princípio da igualdade recepcionado pela Constituição Federal de 1988

Antonio Carlos Costa Santos

## Sumário

1. Introdução. 2. Dados Estatísticos. 3. Princípio da igualdade: igualdade formal. 3.1. Igualdade material. 3.2. Igualdade segundo o moderno Estado Democrático de Direito. 3.3. Princípio da igualdade conforme a Constituição Federal de 1988. 4. Política de ação afirmativa como forma de promoção social dos desiguais. 5. Ação afirmativa e o sistema de cotas para estudantes afro-descendentes nas universidades públicas: a baixa representatividade do negro na universidade. 5.1. Origem da universidade no Brasil e racismo acadêmico. 5.2. Papel da universidade como vetor de desenvolvimento social. 6. Conclusões.

## 1. Introdução

As estatísticas têm mostrado que os negros, subentendidos como pretos e pardos conforme classificação do IBGE, são praticamente invisíveis dentre a parcela de nossa população que têm acesso aos empregos, postos e posições de maior prestígio social, com melhor remuneração e comando de nosso País.

As origens desse quadro de desigualdade contumaz, embora a igualdade formal esteja garantida reiteradamente em nossas constituições, remontam ao Século XIX, quando a alardeada Lei Áurea tão-somente aboliu a escravidão no Brasil, todavia sem oferecer qualquer incentivo à inserção dos 700 mil ex-cativos, à época, na nova condição de cidadãos e trabalhadores libertos.

Antonio Carlos Costa Santos é Advogado, Analista Legislativo e Assessor Jurídico da Advocacia do Senado Federal. Especialista em Análise e Controle da Constitucionalidade.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise e Controle da Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. José Geraldo de Souza.

A timidez da Lei Áurea se explica pelo fato de que a elite brasileira não tinha planos para transformar o ex-escravo em cidadão, nem mesmo inseri-lo na nova forma de trabalho livre. Os planos da elite dominante passavam ao largo da integração do negro no novo País que se projetava, pois seu propósito envolvia uma urdida política de embranquecimento da população brasileira, eliminando a mancha da mestiçagem decorrente da mistura de raças.

A política do embranquecimento visava a implementar a vinda do branco europeu em massa para o Brasil no sentido de clarear a população brasileira, fazendo com que, paulatinamente, negros e mestiços fossem aos poucos desaparecendo após sucessivos cruzamentos com os novos colonos europeus, posto que a raça branca considerada superior frente a todas as demais imporia sua cor e traços, fazendo com que a cor e características das raças inferiores desaparecessem após algumas gerações.

O fato de o Brasil ser um país fortemente miscigenado era, à época, o motivo pelo qual se atribuía a inferioridade de nossa nação, segundo teorias racistas importadas da Europa e da América do Norte. Essas são as principais razões pelas quais, após a abolição e nos anos que se seguiram, não houve qualquer política ou medida governamental visando à inserção do ex-escravo como cidadão na sociedade. Decorreu daí, que os negros recém-libertos, analfabetos, estereotipados especialmente pela sua cor, como sendo indivíduos inferiores, vadios e incapazes para o labor livre e remunerado, foram legalmente libertados, porém, a liberdade era para que perecessem.

Todavia, passados um século e meio do início desse processo, pretos e pardos continuam representando quase metade da população brasileira, padecendo ainda dos efeitos sociais dessa política segregacionista.

## 2. Dados Estatísticos

São 118 anos desde a abolição e institutos como o IPEA e o IBGE têm divulgado

estatísticas significativas dos efeitos de todos esses anos de descaso político e desmerecimento social com a parcela da população brasileira descendente dos ex-escravos.

A Pesquisa Mensal de Empregos de março de 2004 (IBGE)<sup>1</sup> que mediu números referentes às principais Regiões Metropolitanas do País revela que a média de anos de estudo de pretos e pardos jamais se igualou à média de anos de estudo dos brancos; no rendimento médio habitualmente recebido por horas trabalhadas pelas pessoas ocupadas, verifica-se que o homem branco percebe o dobro do que é pago ao trabalhador negro, chamando-nos ainda a atenção o dado referente à região metropolitana de Salvador, capital do estado brasileiro que detém a maior população de afro-descendentes do país, onde a pesquisa observou que em Salvador o trabalhador branco percebia, em média, por hora trabalhada, o valor de R\$ 11,08, enquanto o trabalhador pardo/preto recebia na média R\$ 3,74 por hora (Tabela 10/Pesquisa Mensal de Emprego – março de 2004/IBGE).

Os números mostram que os trabalhadores de cor parda/preta estão mais concentrados nas classes de rendimentos mais baixos, tendo participação cada vez mais diminuta, à medida que as classes de rendimentos são melhores remuneradas.

A ONU divulgou um estudo denominado *Uma Leitura das Nações Unidas sobre os Desafios e Potenciais do Brasil*, datado de agosto de 2005, observando que a sociedade brasileira está entre aquelas mais cultural e racialmente diversificadas do mundo, todavia, ela “desenvolveu práticas discriminatórias específicas e racismo, observando que os negros estão quase totalmente ausentes das posições de poder – de todo os níveis de governo, do Congresso, do Judiciário, dos escalões mais elevados do funcionalismo público e das Forças Armadas”.

Com relação à morbidade ou mortalidade, os dados mostram condições de saúde bem piores entre os negros, sendo que os números divulgados no documento *Evolu-*

ção da Mortalidade e Violência no Brasil por Regiões<sup>3</sup> revela que o risco de negros morrerem por homicídio em todas as regiões do Brasil é muito maior que os demais, sendo que em 2004, do total das vítimas de homicídios, 37,13% eram brancos e 64,21% eram negros.

O documento *Dossiê Assimetrias Raciais no Brasil*<sup>4</sup> utilizando fontes como IBGE/PNAD/Microdados, comenta que nos anos de 1993 a 1994 a taxa de mortalidade infantil para menores de 5 anos de idade por mil, para as crianças brancas, era de 45,7, enquanto para as crianças negras a taxa era de 76,1 por mil habitantes.

Em se tratando de pobreza e indigência, denuncia o *Dossiê* que, em 2001, 33,6% da população brasileira vivia em famílias cuja renda era inferior à linha de pobreza e 14,6% em famílias com renda inferior à linha de indigência. Os números mostraram que 47% dos pretos e pardos brasileiros eram pobres e 21,2% eram indigentes. No que se refere aos brancos, 22,4% eram pobres e 8,4% eram indigentes, ou seja, os negros são atingidos duas vezes mais pela pobreza e quase três vezes mais pela indigência

Dentre outras estatísticas chamou-nos a atenção os números apresentados por José Jorge de Carvalho<sup>5</sup>, Professor de Antropologia da UnB, baseadas nos dados oficiais obtidos nos anos de 2001 e 2002, e atualizados pelo referido Professor, para o ano de 2005.

Assim, merece menção especial a denúncia de que foi desmembrado o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do Brasil, índice medido pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) em todos os países do mundo que leva em consideração indicadores como educação, expectativa de vida e renda *per capita*. Desmembrado o índice brasileiro por grupo racial, verificou-se um verdadeiro abismo de 61 países entre o Brasil negro e o Brasil branco: no quesito qualidade de vida o Brasil branco ficou em 46º lugar, enquanto o Brasil negro ficava na 107ª posição, pior que muitos

dos países africanos. Já a posição no Brasil branco é similar a países considerados de alto desenvolvimento humano<sup>6</sup>.

Por fim, o IBGE divulgou os mais recentes índices da fome no País, publicado no jornal O ESTADO DE SÃO PAULO<sup>7</sup>, informando que 40% de nossa população vive em situação de insegurança alimentar é classificada como grave, leve ou moderada. A referida pesquisa apurou os números da insegurança alimentar, identificando quem passa fome. No quesito cor ou raça, a insegurança alimentar grave atinge 7,7% dos brasileiros. Desse universo percentual 72,4% daqueles que padecem de insegurança alimentar grave são pretos e pardos, 27,3% são brancos e 0,3% são de outras raças ou cor.

### 3. Princípio da igualdade: *igualdade formal*

O princípio da igualdade formal, oriundo da concepção liberal, pressupõe uma igualdade puramente perante a lei, em que o cidadão não pode ser tratado desigualmente pela lei.

A igualdade de todos perante a lei, conforme enfatiza Celso Ribeiro Bastos<sup>8</sup>, buscava a proclamação fática deste princípio perante a lei, entretanto, se observa que na época da Revolução Francesa se conhecia o endereço do preconceito, tratando-se então de abolir da sociedade os privilégios estabelecidos, a partir das regras que inseriam cada indivíduo em uma classe social específica. As regras sociais, oriundas da época medieval, instituíram um direito consuetudinário, no qual a condição social do indivíduo era fixada de acordo com o berço de nascimento, onde cada um herdava as relações e os direitos sociais que cabiam à classe de seu pai.

A igualdade formal, de cunho liberal, teve o mérito de acabar com essa *igualdade geométrica* medieval e instalar a *igualdade aritmética*, que trazia, segundo Yuri Schneider, um tratamento igualitário a todos da comunidade política.

Assim a lógica das necessidades coletivas cedeu espaço às prioridades individuais, e as relações que sempre privilegiaram o grupo se invertem passando a privilegiar o indivíduo.

Esta lógica liberal de igualdade formal criou um espaço neutro, onde as virtudes e capacidades dos indivíduos livremente se desenvolvem, sendo que qualquer privilégio suscetível de criar desigualdade artificial é totalmente intolerável, conforme enfatizado por Joaquim B. Barbosa Gomes, citando Guilherme Machado Dray<sup>9</sup>, porém o objetivo maior era possibilitar o recrutamento de mão-de-obra para operacionalizar os processos produtivos emergentes. Foi assim, antes de tudo, muito mais um instrumento de proteção dos interesses econômicos, que propriamente um mecanismo que visasse diminuir o fosso das desigualdades sociais.

Com o passar do tempo, a história mostrou que esta concepção não propiciava meios reais de igualdade, pois o homem continuou a explorar o homem, agora através dos critérios perversos da mais valia do capital, em opressão ao trabalho.

A grande fissura da igualdade formal se expõe ao final do Século XIX e início do Século XX. Uma imensa população formada pela classe operária, subjugada pelo capital, contrastava com a condição de uma classe burguesa emergente. O Estado mínimo garantidor do livre desenvolvimento das pretensões individuais e da propriedade, nada podia fazer em razão “das restrições impostas à sua atuação positiva”.<sup>10</sup>

Para Menelick de Carvalho Netto<sup>11</sup>, “a liberdade e a igualdade abstratas, bem como a propriedade privada, terminam por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história”.

### 3.1. Igualdade material

A partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, o constitucionalismo do Estado de Direito de concepção liberal dá lugar ao constitui-

onalismo político e social, que se arvora na restrição de direitos individuais em proveito dos direitos da sociedade<sup>12</sup>.

Para Bonavides<sup>13</sup>, citando Karl Korinek, o Estado Social tem por centro de todos os direitos fundamentais a igualdade, que deve materializar a liberdade da herança clássica. A igualdade deixara de ser a “igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado”, passando a ser a própria essência do Estado Social.

A igualdade deixava de ser uma mera igualdade *perante a lei*, para se transformar em uma “igualdade feita pela lei, uma igualdade através da lei”. Antes do Estado Social os direitos sociais fundamentais pertenciam à esfera dos direitos que o Estado *concede*, mas não *garante*.

O Estado Social surge quando o Estado Liberal se viu fortemente pressionado pelas classes trabalhadoras, e, como enfatizado por Bonavides, por não resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, negando solução às contradições sociais existentes. Tais fatos levaram o Estado Liberal à crise, pois estava pressionado por idéias socialistas que colocavam em risco toda a ordem liberal.

Para se evitar o rompimento completo pregado pelos movimentos socialistas, o Estado Liberal foi obrigado a ceder às reivindicações das massas, iniciando por abrir os direitos políticos, até então restritos à burguesia, e, posteriormente, a reconhecer como legítimas as aspirações das classes trabalhadoras, como o direito do trabalho, previdência, educação e outros.

O Estado, então, se desprende do controle burguês e passa a ser um Estado de todas as classes, fator de conciliação, mitigador das tensões entre capital e trabalho<sup>14</sup>, e que passa a ter um papel positivo como agente promotor de uma política de bem-estar social, intervindo na economia, regulando preços e mercado, formulando políticas, protegendo os hipossuficientes, assu-

mindando as rédeas de condução da sociedade e de suas relações, passando a ser Estado Social.

Assim, a concepção da igualdade passou a ser material, ou seja, não bastava apenas um tratamento uniforme perante a lei, mas diante de situações de desigualdade, se passou a poder lançar mão da lei, como instrumento diferenciador aparente, com o fito de se atingir uma igualdade real e efetiva.

Daí, a diferença, enquanto o Estado Liberal professa a igualdade perante a lei, uma igualdade fria e inoperante diante das desigualdades, o Estado Social, diante das mesmas desigualdades não se imobiliza, mas está autorizado efetivar políticas e medidas que busquem a igualdade, quando o mero tratamento igual não é suficiente para efetivá-lo.

A igualdade material leva em consideração as desigualdades concretas existentes na sociedade, tratando de forma desigual as situações não iguais da sociedade. Como dito por Joaquim Barbosa, a igualdade substancial propugna redobrada atenção por parte dos aplicadores da norma jurídica à variedade das situações individuais, impedindo que a igualdade formal dificulte a proteção e defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas.

O Ministro Celso de Mello, ao exarar seu voto na ADIN nº 319-4, citado por Sidney Madruga<sup>15</sup>, observa que o Estado Social é intervencionista e concretizador das liberdades reais ou positivas, realizando a justiça social, prestigiando e fortalecendo os direitos econômicos e sociais em favor das pessoas.

Observa Sidney Madruga que os direitos fundamentais sofreram transformações evolutivas com o passar do tempo, o que é chamado por doutrinadores por gerações de direitos ou dimensões. Na primeira geração os direitos trazem obrigações negativas, devendo o Estado ser refreado em suas ações, deixando que prevaleçam as liberdades individuais e políticas, daí a igualdade pe-

rante a lei do Estado Liberal. Em uma segunda fase exige-se do Estado uma prestação positiva em busca do bem-estar social, concretizando uma igualdade material, com destaque para o trabalho, previdência, educação, saúde e moradia.

Nesta fase, conforme lição de Menelick Carvalho Netto<sup>16</sup>, o novo paradigma nascido após a 1ª Guerra Mundial e que configurava o Estado Social, pressupunha a “materialização dos direitos anteriormente formais”, não se tratando propriamente de direitos de segunda geração (direitos coletivos e sociais), mas igualmente dos direitos de primeira (os individuais), sendo que a liberdade não significa mais o direito de se fazer tudo o que uma quantidade mínima de leis não impede, mas, sim, o que uma grande quantidade de leis sociais e coletivas permita que se faça.

Portanto, o mínimo que as leis sociais e coletivas devem garantir é o reconhecimento das diferenças materiais, promovendo um tratamento privilegiado do lado, social ou economicamente, mais fraco da relação, ou seja, o que se chama de “internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material”. Nesse mesmo paradigma a propriedade privada passa a ser vista como um “mecanismo de incentivo à produtividade e à operosidade sociais, não mais em termos absolutos, mas condicionada ao seu uso, à sua função social”.

O chamado *Welfare state*, ou Estado do Bem-Estar Social, caracterizou-se como o “Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político”<sup>17</sup>.

### 3.2. Igualdade segundo o moderno Estado Democrático de Direito

Com o Estado Social o direito público passou a ter uma grande importância no sentido de elevar o Estado acima da sociedade, colocando-o na condição de Estado Provedor de uma sociedade carente de aces-



so ao trabalho, à saúde, à educação, que com o passar do tempo transformou-se em um Estado Clientelista, Leviatã como dito por Menelick Carvalho Netto<sup>18</sup>.

O Estado Social pode crescer e se desenvolver, enquanto houve grande arrecadação tributária, porém, essa capacidade estatal de suprimento das necessidades, sofreu forte abalo devido à crise econômica da década de 1970. O certo é que com a crise caiu a arrecadação tributária e diminuiu a capacidade do Estado Social corresponder às demandas e anseios sociais, o que quase paralisou suas atividades, situação também chamada de crise fiscal, causada pelo “descompasso entre crescimento quantitativo das demandas, mas, também, pela defasagem da capacidade de financiamento do Estado em face dos custos dos serviços”<sup>19</sup>.

Foi quando tomaram corpo as idéias neoliberais, que propunham superação da crise através da “acumulação e expansão do capital, com o posterior surgimento de riquezas e empregos”<sup>20</sup>, entretanto, a fórmula para se atingir a recuperação passava pela diminuição do Estado através do processo da privatização, diminuição do Estado nas suas prestações sociais fundamentais, e, conseqüentemente, da carga tributária.

Na outra ponta, as sociedades mais complexas passaram a reclamar novos direitos, a partir de uma maior consciência de cidadania e direitos coletivos, levando ao surgimento dos chamados direitos de terceira geração, ou interesses e direitos difusos, como direitos ambientais, do consumidor, da criança, do idoso etc. Os titulares de tais direitos não são determinados, e associações de direitos civis passam a representar a sociedade “contra um Estado privatizado e omissivo”<sup>21</sup>, pois, na visão neoliberal, o Estado deve voltar a ser mínimo e omissivo a muitos reclamos sociais.

O Estado Democrático de Direito pretende ir além do Estado Social, que por sua natureza paternalista, acabara transformando indivíduos em clientes de uma situação cômoda, uma vez que o Estado provia e de-

cidia unilateralmente os rumos da sociedade. Em seu conteúdo o Estado Democrático se propôs ir além do aspecto material de concretização da dignidade do homem, pois buscou também a participação pública nos centros de decisão.

No campo da igualdade, busca a sua incorporação efetiva para garantir juridicamente condições mínimas não só ao cidadão, como também à sociedade, assim “a atuação do Estado passa a ter um conteúdo de mudança do *status quo*, a lei aparecendo como um instrumento de transformação, por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da sociedade”<sup>22</sup>.

Ao ser introduzido o Estado de Direito, passou-se a perseguir a igualdade, não lhe bastando a limitação ou a promoção da atuação estatal, mas a transformação do *status quo*, a “constante reestruturação das relações sociais”.

A lei passa a ser instrumento de transformação da sociedade, na busca da reestruturação das relações sociais, a fim de acabar com as estruturas de exclusão social, garantindo, assim, indistintamente, um mínimo de alimentação, saúde, educação, moradia, higiene e outros itens necessários à qualidade de vida na sociedade como um todo<sup>23</sup>.

### 3.3. Princípio da igualdade conforme a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 contempla logo no Preâmbulo a instituição do Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

No art. 3º da CF/88 encontramos, em meio aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), tendo ainda por objeto a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação.



O art. 4º estabelece que o nosso Estado Democrático de Direito nas suas relações internacionais é regido por princípios, dentre os quais destacamos o repúdio ao racismo (inciso VIII).

Ainda no título dos direitos e garantias fundamentais o art. 5º prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A igualdade perante a lei, deve estar de acordo com os fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, que elege a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos, devendo-se pressupor que as circunstâncias reais da vida apresentam diferenças que não permitem que todos os cidadãos larguem de um mesmo ponto de partida, ou tenham as mesmas condições, o que exige da lei um tratamento diferenciado em alguns casos.

Assim, há situações em que nem todos iniciam de um mesmo patamar, ou das mesmas oportunidades, portanto, na aplicação da igualdade há que ser considerada a hipótese de eventual diferença relevante.

Não se pode interpretar e aplicar o princípio da igualdade, sem considerar e entendê-lo como parte importante na busca da consecução dos princípios fundamentais e dos objetivos que regem o Estado Democrático de Direito da Constituição de 1988.

José Afonso da Silva observa que, diversamente das constituições anteriores que contemplavam apenas a isonomia formal, sem levar em consideração as distinções dos grupos, a compreensão do art. 5º, *caput*, da Carta de 1988 “não deve ser assim tão estreita”, devendo o intérprete aferi-lo com outras normas constitucionais que estabelecem exigências de justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social.

No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato<sup>24</sup> assevera que o sistema constitucio-

nal brasileiro não contempla apenas o princípio da igualdade formal ou isonomia, mas também o da igualdade substancial de condições de vida. A primeira significa a igualdade perante a lei e pressupõe para sua aplicação “a inexistência de desigualdades e diferenças relevantes de condição da vida entre pessoas ou grupos sociais”, já a segunda, igualdade substancial, admite a existência de desigualdades e busca a sua eliminação por meio de políticas públicas ou programas de ação estatal e está contemplada na Constituição de 1988, expressamente, no art. 3º, inciso III, ao constituir dentre os objetivos fundamentais de nossa República a erradicação da pobreza e da marginalidade, bem como a redução das desigualdades.

Paulo Bonavides<sup>25</sup> considera que a Constituição de 1988 estabeleceu um Estado Social de *terceira geração*, sendo um “Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas também os garante”, e complementa, mais à frente, sobre a interpretação constitucional do princípio da igualdade, que a Corte Constitucional de Karlsruhe na Alemanha, em uma de suas decisões já asseverou que: “quem quiser produzir a igualdade fática, deve aceitar por inevitável a desigualdade jurídica”.

Há muito que se observou que o homem não pode mais ser visto nem tratado generalizadamente, mas consideradas as suas especificidades e diferenças próprias. Assim, hoje, temos que o princípio da igualdade deve ser aplicado oferecendo tratamento igual em situações de igualdade e diferenciado em situações diversas, sob pena de perpetuar casos de discriminação histórica e odiosa, deixando de implementar a igualdade material, consagrada nos objetivos e fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito.

#### *4. Política de ação afirmativa como forma de promoção social dos desiguais*

As ações afirmativas surgem da constatação de que a mera previsão da igualdade

formal consagrada constitucionalmente não era suficiente para a concretização de uma sociedade democraticamente igual e justa quanto à distribuição de riquezas, acesso às oportunidades e ao bem-estar social.

A generalidade com que era tratado o indivíduo, ou grupo social, em uma visão míope que não permitia ver as características específicas de cada grupo, não promovia a igualdade e chegava mesmo a agravar a situação dos grupos mais vulneráveis.

A neutralidade do Estado de Direito era inoperante diante do agravamento do quadro de desigualdade e discriminação sócio-econômica de determinados grupos, exigindo uma postura positiva do Estado que evoluiu para a implementação de políticas públicas, visando a uma melhor distribuição de riquezas e acesso ao bem-estar social, tudo no sentido de resgatar a dignidade dos grupos e minorias discriminadas que historicamente sempre ficaram à margem do progresso social.

Por mais que previsse a igualdade formal e se proibissem atitudes de odiosas discriminações, os dispositivos jurídicos sempre se mostraram ineficientes para impedir a continuidade de quadros de discriminação que decorrem do arraigado cultural, onde determinados papéis de comando, destaque e riqueza, preponderantemente, cabem a um determinado grupo social, por pertencerem à determinada etnia, raça, cor ou gênero, enquanto a outros grupos, aos quais se imputam a pecha de inferioridade, em razão de raça, cor, etnia, religião, origem ou gênero, competem tão-somente papéis subalternos na sociedade.

Portanto, se entendeu que tal quadro somente poderia ser modificado mediante políticas públicas de caráter positivo do Estado, o que deu origem às ações afirmativas.

A propósito, leciona Joaquim Barbosa Gomes<sup>26</sup> que as políticas afirmativas surgiram nos EUA para solucionar a “marginalização social e econômica do negro na sociedade americana. Posteriormente, elas foram estendidas às mulheres, a outras mino-

rias étnicas e nacionais, aos índios e aos portadores de deficiência”.

Em 1965, a ONU aprovou a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial*, Resolução da ONU nº 2.106-A (ratificada pelo Brasil), que em seu art. I, § 4º, estabelece que “não são consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção, que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos, igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”.<sup>27</sup>

### *5. Ação afirmativa e o sistema de cotas para estudantes afro-descendentes nas universidades públicas: a baixa representatividade do negro na universidade*

José Jorge de Carvalho<sup>28</sup>, baseado em números anteriores à instituição do sistema de cotas raciais adotados atualmente por algumas universidades e faculdades brasileiras, revelou que 96% dos universitários brasileiros eram brancos, sendo que, do restante, 3% eram negros e 1% amarelos. Dos cientistas brasileiros de maior destaque, conforme recente publicação da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), intitulada *Cientista do Brasil. Depoimentos*, 60 foram catalogados, sendo que apenas um é negro (Professor Milton Santos), ou seja, menos de 2% do universo de 200.000 professores universitários. Carvalho também observa que na UnB, de um contingente de 1.500 professores, apenas 15 deles eram negros, representando um percentual de 1%.

Atualmente esses números possivelmente devem ter sofrido uma variação para melhor quanto à participação acadêmica de negros, já como resultado da adoção dos pri-

meiros sistemas de cotas instituídos por algumas instituições de ensino superior, entretanto, tais números com certeza ainda estão muito aquém do ideal para tornar a participação acadêmica do negro proporcional a sua verdadeira presença na sociedade brasileira.

### 5.1. *Origem da universidade no Brasil e racismo acadêmico*

Ainda de acordo com José Jorge de Carvalho, a formação das primeiras instituições de ensino superior no Brasil remonta ao Século XIX, e, desde então, jamais houve um projeto ou discussão que tratasse sobre a composição da elite que se diplomaria nas faculdades existentes à época. O certo é que em pouco mais de 100 anos essa realidade não mudou, o que explica a composição esmagadoramente branca do corpo discente e docente de nossas universidades.

Observa Carvalho, em outro artigo<sup>29</sup>, que as universidades se consolidaram no Brasil somente após a chegada dos imigrantes europeus, entre 1870 e 1920, havendo os negros sido excluídos do mercado de trabalho que se formava, a ponto de, já em 1901, cerca de 90% dos operários das indústrias que se instalavam em São Paulo, ser compostos por imigrantes, em concretização da teoria do embranquecimento.

As universidades públicas do Estado do Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná se consolidaram na década de 30, e foi formada com a primeira geração de brancos imigrantes que ascendera socialmente através da industrialização. Como conseqüência, os negros que já haviam sido retirados dos novos postos criados pela indústria, e, portanto, tolhidos da ascensão por ela proporcionada, a qual ficara *racialmente estratificada* na mão dos brancos, viram-se também apartados de chegarem às recém criadas universidades e de participarem da elite acadêmica que se formava, a qual trazia a mentalidade *científica* da supremacia racial branca. Houve, portanto, uma natural eliminação de boa parte da população na concorrência pelo ingresso no

ensino superior. Explica daí, José Jorge de Carvalho, o porquê do que chama de racismo acadêmico, que defende tão arduamente a ideologia do mérito, em reação às cotas.

Este racismo acadêmico denunciado por José Jorge de Carvalho, atua tanto para dificultar o acesso dos negros à universidade, como para discriminar os poucos que chegam ao ensino superior, como constatou Moema De Poli Teixeira<sup>30</sup> ao escrever “que para o negro que chega até a universidade paira sempre a dúvida sobre a sua *capacidade intelectual* para estar ali. No fundo seria a mesma atitude de *suspeição* que o ronda em todos mais os lugares a que tem acesso. Nem a universidade, um lugar tão mais *politizado* que a maioria dos outros espaços públicos, onde pode ser encontrada a *academia*, está incólume a esse tipo de expectativa com relação aos negros. Aqui, suspeita-se muito da sua *inteligência*. (...) Numa sociedade moderna e competitiva, a cor ou a raça torna-se um elemento a mais que atua sobre as regras que regulam o mercado”.

Outro aspecto, constatado pelas diversas pesquisas e estudos sobre o assunto, revela que os negros que chegam às universidades procuram cursos de “mais baixo *status* e menor concorrência no exame vestibular; enquanto os brancos encontram-se, ainda melhor representados, em carreiras de maior prestígio social e mais difícil ingresso na universidade, como Medicina, Odontologia e Engenharia”. Essa escolha por cursos menos concorridos é um reflexo do próprio sentimento de incapacidade e inferioridade introjetado na mente dos estudantes negros. Moema De Poli Teixeira observa também que “a interferência do preconceito e da discriminação raciais em escolhas, projetos e trajetórias faz com que a cor, ou a identidade racial, continue sendo um atributo de *status* na sociedade brasileira”.<sup>31</sup>

### 5.2. *Papel da universidade como vetor de desenvolvimento social*

Desde a origem das universidades no País, e ainda hoje, o critério meritório so-

mente garante o acesso à universidade pública daqueles que puderam pagar um bom ensino médio e um bom curso pré-vestibular.

Qual o papel da universidade? A nosso ver a universidade também tem a missão de estudar e oferecer propostas de solução aos problemas de nossa sociedade, e pode dar uma contribuição muito importante, buscando trazer para o *campus* os brasileiros de outras cores e raças historicamente excluídas de seus bancos.

A universidade não pode medir a capacidade individual unicamente por um critério meritório aferido em um exame vestibular, que tem privilegiado somente as classes mais abastadas da nossa sociedade e que mantêm longe dos melhores empregos e dos postos de comando, tanto no meio privado como público, uma enorme parcela da população brasileira.

Conforme o recente projeto de reforma universitária encaminhada ao Congresso Nacional pelo Governo Lula, a universidade deverá ser o destino de 75% do orçamento do Ministério da Educação e Cultura, portanto, é recurso público para o fomento da educação, da cultura, do desenvolvimento científico e tecnológico de um país democrático e multirracial, e a universidade não pode ser um feudo de uma elite preponderantemente branca.

Nossas universidades também devem estar atentas às ações afirmativas como instrumento poderoso de mudança no quadro de desigualdades sociais existentes no Brasil, fomentando a modificação de uma mentalidade oriunda dos tempos coloniais, derubando os efeitos perversos do racismo e do preconceito, se abrindo para a mudança que permitirá a negros e índios terem acesso ao *campus*, à elite acadêmica, científica e cultural, promovendo sua mobilidade sócio-econômica.

A partir do momento em que as universidades se abrirem para as ações afirmativas, a correlação de superioridade/inferioridade racial na ocupação de cargos e empregos se modificará dando acesso a gru-

pos sistematicamente excluídos aos melhores postos e melhores remunerações, formando assim uma nova nação.

Enfatiza Ronald Dworkin que as faculdades, universidades e escolas profissionalizantes americanas ao aplicarem critérios sensíveis à raça, não estão pretendendo dar cumprimento a algum mandamento governamental, mas adotam por opção de cada instituição. As instituições de ensino também não têm a pretensão de assegurar a quantidade ou quantos membros das minorias ocuparão papéis importantes na política ou na economia, todavia seu intento é “aumentar o número de negros e de outras minorias que estejam na fonte na qual outros cidadãos – patrões, sócios, pacientes, clientes, eleitores e colegas, agindo em interesse próprio e para seus próprios fins – escolherão empregados, médicos, advogados e funcionários públicos da maneira normal”.

Por último, observamos que Dworkin<sup>32</sup>, muito a propósito, destaca que ação afirmativa não é um instrumento voltado para compensar o passado, mas é um instrumento que se volta para o futuro, pois o que as universidades esperam é educar mais negros e outros alunos minoritários, no sentido de proporcionar-lhes um futuro melhor, ajudando-os a acabar com a maldição deixada pelo passado e cujo legado atinge a todos nós.

## 6. Conclusões

Ao se recortar a exclusão social de nossa sociedade sob o enfoque racial, instituições nacionais e internacionais respeitáveis como o IBGE, IPEA, ONU, UNESCO, Human Rights Watch e outros, têm desmascarado que por mais que se queira dar um contorno de discriminação social em razão da pobreza, os números estatísticos não permitem que se abstraia a constatação básica de que a pobreza neste país está intimamente vinculada à raça e à cor. A propósito como diria Boaventura de Sousa Santos<sup>33</sup> “o máxi-

mo de consciência possível desta democracia hipócrita é diluir a discriminação racial na discriminação social. Admite que os negros e os indígenas são discriminados porque são pobres, para não ter que admitir que eles são pobres porque são negros e indígenas”.

Concluimos que a igualdade formal de cunho liberal não admitia privilégios, pois nascera na Europa em um contexto em que se precisava acabar com os privilégios dos nobres, mas que, no entanto, não teve por objeto promover a efetiva igualdade entre as classes, nem diminuir o fosso que separavam ricos e pobres. Ainda no Século XX o mundo capitalista de concepção liberal, teve que ceder a uma nova concepção de igualdade, que foi a igualdade material, a qual veio garantir uma atitude positiva do Estado que já não mais poderia assistir impassível às desigualdades e exclusões, mas deveria adotar medidas no sentido de garantir a todos uma vida digna com saúde, previdência, com regras que equilibrassem as relações trabalhistas e outras.

Atualmente vivemos a igualdade sob o enfoque do Estado Democrático de Direito, surge assim a consciência de que vivemos em uma sociedade plural, multirracial, com diferenças a serem respeitadas, porém com desigualdades sociais, econômicas e regionais que devem ser superadas, além de preconceitos e discriminações que devem ser erradicadas, e que o bem-estar de todos, sem exclusão, deve ser promovido. Tudo isso foi introduzido em nosso País pela Constituição Federal de 1988.

No caso da população negra brasileira, subentendidos pretos e pardos, verifica-se uma discriminação histórica e velada, porém marcante, que cresce na mesma medida em que a pigmentação da pele do brasileiro aumenta, sem perspectivas de mobilidade social, embora todos estejamos juridicamente protegidos por uma igualdade perante a lei. Tudo isso ocorre sob o verniz de uma falsa democracia racial, onde o negro é aceito se mantido o mais próximo possível de

sua antiga posição de subserviência frente ao branco.

Há um débito social histórico do País com sua população negra. A correção desse débito requer a adoção de atitudes de caráter afirmativo, cuja legitimidade está calçada na desigualdade histórica e seus efeitos sobre essa parcela da população.

O princípio constitucional de igualdade consagrado em nossa Constituição Federal de 1988 está comprometido com a justiça distributiva, e o Estado, bem como a sociedade, deve atuar de forma pró-ativa em busca de uma sociedade mais justa e solidária, conforme objetivos fundamentais explicitados no art. 3º da Constituição Cidadã.

O seu art. 5º deve ser lido e interpretado de forma sistêmica, observando basicamente a implementação dos objetivos fundamentais do nosso Estado Democrático de Direito, cuja igualdade, antes de tudo, tem caráter includente, respeitando as diferenças, excluindo as discriminações odiosas e implantando políticas para acabar com seus efeitos.

Assim, de modo algum, a adoção de cotas na universidade com vistas à aplicação de uma melhor justiça distributiva para negros e índios, fere o princípio da igualdade consagrada em nossa Constituição Federal, uma igualdade que antes de tudo é material que deve ser interpretada com o propósito de concretizar os objetivos fundamentais de nosso Estado.

A necessidade de justiça distributiva e mobilidade social do negro brasileiro estão demasiadamente atrasadas em pelo menos 118 anos, se contados desde a abolição da escravatura, e enquanto não houver a concretização dessa justiça distributiva com relação a essa parcela expressiva da população, enquanto a universidade e o mercado de trabalho, especialmente aquele que exige formação universitária para o exercício de profissões de maior prestígio social, permanecer sem representar a verdadeira face multirracial da população brasileira, enquanto a base de nossa pirâmide social



for esmagadoramente preta/parda e do meio para o topo for predominantemente branca, justifica-se a adoção das cotas raciais na academia, bem como de outras medidas de ação afirmativa, sem qualquer afronta ao princípio constitucional da igualdade.

### Notas

<sup>1</sup>Disponível em:<www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\_nova/def> acesso em 17/04/2006

<sup>2</sup> Disponível em < www.onu-brasil.org.br/doc/CCABrasil2005\_por.pdf>. Acesso em: 24/04/2006.

<sup>3</sup> Disponível em:< www.ms.gov.br> Acesso em: 23/05/2006.

<sup>4</sup> Disponível em www.redesaude.org.br/dossies/html/ara-1.2.2.htm> Acesso em : 23/05/2006

<sup>5</sup>Carvalho, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil, a questão das cotas no ensino superior*. Attar editorial. P. 22/23.

<sup>6</sup> Apud: Carvalho, José Jorge de. Pág. 29.

<sup>7</sup> PEREIRA, Robson. *IBGE diz que 14 milhões de brasileiros passam fome*. O Estado de São Paulo, São Paulo. 18 de maio de 2006. p. A- 6.

<sup>8</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor. 2002. p. 318.

<sup>9</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2001.

<sup>10</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O Estado de Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 1996. p. 72.

<sup>11</sup> NETTO, Menelick de Carvalho. *Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*, in: *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série nº 6 – 2º Semestre de 1998. Organizado por Ronaldo Rebello de Brito Poletti. Brasília. UNB. Faculdade de Direito. 2000. p. 241.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. *Obra citada*. p. 26.

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. *Obra citada*. p. 341.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª edição. Editora Malheiros. Págs. 184/185.

<sup>15</sup> MADRUGA, Sidney Pessoa Madruga da Silva. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília Jurídica. 2005. Págs. 38-40.

<sup>16</sup> NETTO, Menelick Carvalho. *Texto citado*.

<sup>17</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos Interesses Transindividuais – O Estado e o Direito*

*na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 1996. p. 94.

<sup>18</sup> NETTO, Menelick Carvalho. *Texto citado*

<sup>19</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Obra citada*, p. 101.

<sup>20</sup>MAGALHÃES, José Luiz. *Quadros de Tipos de Estado (globalização e exclusão)*, Disponível em:: www.cjf.gov.br/revista/numero06/artigo4.htm. Acesso em: 12/06/2006

<sup>21</sup> NETTO, Menelick Carvalho. *Texto citado*.

<sup>22</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos Interesses Transindividuais – O Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 1996. págs. 80/81.

<sup>23</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. p. 185.

<sup>24</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Artigo: Brevíssima nota sobre a constitucionalidade da reserva de cotas para o ingresso de negros na Universidade*. In: www.educafro.org.br

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. *Obra citada*, p. 338 e 341.

<sup>26</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro*. In: *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília, 2005. MEC.

<sup>27</sup> Tradução extraída da obra citada de SILVA, Sidney Pessoa Madruga de. Pág. 69.

<sup>28</sup> CARVALHO, José Jorge de. *Obra citada*, pág. 15.

<sup>29</sup> CARVALHO, José Jorge de. *Artigo: Ações Afirmativas como base para uma aliança negro-branco-indígena contra a discriminação étnica e racial no Brasil*. In: *Afirmando direitos – Acesso e permanência de jovens negros na universidade*. Nilma Lino Gomes e Aracy A. Martins (organizadoras). Belo Horizonte: Autêntica. 2004. pág. 63.

<sup>30</sup> TEIXEIRA, Moema De Poli. *Negros na Universidade – Identidade e Trajetórias de Ascensão Social no Rio de Janeiro*: Pallas, 2003. p. 152.

<sup>31</sup>TEIXEIRA, Moema De Poli. *Obra citada*, p. 243-244.

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *Obra citada*, pág. 606.

<sup>33</sup> “O Brasil e as dores do pós-colonialismo”. SANTOS, Boaventura de Souza. *Artigo publicado in CONSTITUIÇÃO & DEMOCRACIA*. Setembro de 2006. UNB – SINDIJUSDF. p. 24.

### Referências

AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. *Anti-racismo e seus paradoxos – Reflexão sobre cota racial, raça e racismo*. São Paulo: Annablume, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor. 2002.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros.
- CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil, a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Attar editorial, 2005.
- CARVALHO, José Jorge de. Artigo: *Ações Afirmativas como base para uma aliança negro-branco-indígena contra a discriminação étnica e racial no Brasil*. In: *Afirmando direitos – Acesso e permanência de jovens negros na Universidade*. Nilma Lino Gomes e Aracy A. Martins (organizadoras). Belo Horizonte: Autêntica. 2004. pág. 63.
- COMPARATO, Fábio Konder. Texto: *A constituição mexicana de 1917*. Disponível em: <www.dhnet.org.br/educar>. Acesso em: 16/04/2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Alemã 1919*. Disponível em: <www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>. Acesso em: 17/04/2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. Artigo: *Brevíssima nota sobre a constitucionalidade da reserva de cotas para o ingresso de negros na Universidade*. Disponível em: <www.educafro.org.br>. Acesso em 12/07/2006.
- CORREIO BRAZILIENSE, dia 31/05/2006, página 15. Números da primeira amostra acerca dos primeiros três anos de implantação do sistema de cotas raciais.
- COTRIM, Gilberto. *História e Consciência do Brasil: da conquista à independência*. 10ª ed. Editora Saraiva.
- D'ADESKY, Jacques. *Ação afirmativa e igualdade de oportunidades*. Disponível em: <aasn.iuperj.br/articulos/ação\_afirmativa.pdf> Acesso em: 14/06/2006.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ELIAS, Rodrigo. *Braços para fazer um País*. Artigo publicado em: Nossa História. Revista Mensal. Ano 2, nº 24. Editora Vera Cruz. Outubro, 2005.
- Equipe Nizkor - Derechos Human Rights. *A política da morte no nazismo*. Editado eletronicamente pela equipe Nizkor - Derechos Human Rights. Disponível em: <www.derechos.org/nizkor/brasil>. Acessado em: 14/06/2006.
- FREIRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. 16ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1973.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2001.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro*. Artigo publicado em: *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: MEC, 2005.
- GOMES, Joaquim Barbosa B. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Texto publicado em: *Ações Afirmativas – Política públicas contra as desigualdades raciais*. Renato Emerson dos Santos e Fátima Lobato (organizadores). Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- GORENDER, Jacob. *Brasil em preto & branco*. São Paulo: Editora senac, 2000.
- GREENBERG, Jack. *Atuação na Decisão Brown. Relato de Jack Greenberg*. Disponível em: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/greenberg.htm> Acesso em: 19/05/2006.
- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e Anti-Racismo no Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo - Editora 34, 2005.
- HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Tradução de Patrick Burgulin. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.
- HOBSBAWN, Eric. *A era das revoluções: 1789-1848*. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1988.
- IBGE. *Quadro de Evolução da População Brasileira, segundo a cor – período de 1871/1991*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br> Acesso em 20/05/2006.
- IBGE. *Indicadores sobre Rendimento e Trabalho por Regiões Metropolitanas*. Disponível: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\_nova/def> acesso em 17/04/2006.
- IPEA. *Radar Social*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2005.
- JEFFERSON, Thomas. *Declaração de Independência*. In: *Constituição dos Estados Unidos da América e declaração de independência*. São Paulo: Javoli, 1987.
- JOBSON, José e Piletti, Nelson. *Toda a história – História Geral e História do Brasil*. Editora Ática.
- JORNAL DE BRASÍLIA. *Igualdade esbarra em orçamento*. Racismo: Cerca de 75% dos órgãos que pro-

movem igualdade racial não possuem estrutura, recursos humanos e orçamento adequados, e 30% não dispõem de verba nenhuma. Agência Brasil. Caderno Brasil. Pág. 16

JÚNIOR, Ronaldo Araújo Vieira. *Responsabilização Objetiva do Estado Segregação Institucional do Negro e Adoção de Ações Afirmativas como Reparação aos danos causados*. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

KLINGL, Érika. *Pobres e Negros é o Perfil da População Carcerária do Brasil*. Correio Braziliense, Brasília, 11 de junho de 2006. Caderno 1. Pág. 14.

MADRUGA, Sidney Pessoa Madruga da Silva. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MAGALHÃES, José Luiz. *Quadros de Tipos de Estado (globalização e exclusão)*, Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero06/artigo4.htm>>. Acesso em: 12/06/2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Kátia. *Muito além das cotas* (editorial). Revista Isto é. nº 1766, Data 6/8/2003.

MELLO, Marco Aurélio de. Discurso do então Presidente do STF, Ministro Marco Aurélio Mello, durante a abertura do Seminário Discriminação e Sistema Legal. Disponível em: <[www.pgt.mpt.gov.br/noticias2/novembro2001/209-1\\_anexo4.doc](http://www.pgt.mpt.gov.br/noticias2/novembro2001/209-1_anexo4.doc)>. Acesso em : 16/07/2006.

Ministério das Relações Exteriores da França. 2006: ano da igualdade de oportunidades. Label France nº 62. Ano 2006. Disponível em: <[ambafrance.org.br/abr/label/label62/11.htm](http://ambafrance.org.br/abr/label/label62/11.htm)>. Acesso em: 14/06/2006.

Ministério da Saúde. *Dossiê Assimetrias Raciais no Brasil*. Disponível em: <[www.redesaude.org.br/dossies/html/ara-1.2.2.htm](http://www.redesaude.org.br/dossies/html/ara-1.2.2.htm)>. Acesso em: 23/05/2006.

Ministério da Saúde. *Evolução da Mortalidade e Violência no Brasil por Regiões*. Disponível em: <[www.ms.gov.br](http://www.ms.gov.br)>. Acesso em: 23/05/2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos Interesses Transindividuais – O Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996.

MORONI, José Antonio. *Os racismos e os privilégios nossos de cada dia*. Disponível em: <[www.Ippuej.net/olped](http://www.Ippuej.net/olped)>. Acesso em: 12/07/2006.

MULHOLLAND, Timothy. “Cotas para negros: Rompendo barreiras”. Artigo Publicado na UnB Revista. Ano V. Nº 10, Set/Out/Nov 2004. Págs. 66/67.

NETTO, Menelick de Carvalho. *Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Artigo publicado na: Revista Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série nº 6 – 2ª Semestre de 1998. Organizado por Ronaldo Rebelo de Brito Poletti. Brasília: UnB. Faculdade de Direito. 2000. p. 241.

OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

ONU. *Uma Leitura sobre os Desafios e Potenciais do Brasil*. Agosto de 2005. Disponível em: <[www.onu-brasil.org.br/doc/CCABrasil2005\\_por.pdf](http://www.onu-brasil.org.br/doc/CCABrasil2005_por.pdf)>. Acesso em: 24/04/2006.

PAIM, Paulo. *13 de maio: dia para a reflexão*. Disponível em: < [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br) >. Acesso em: 12/06/2006.

PAIM, Paulo. *Sim ao Estatuto da Igualdade Racial*. Disponível em: <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)> Acesso em : 13/06/2006.

PESSANHA, Andréa Santos. *O Brasil que veio de longe*. Artigo publicado em: Nossa História. Revista Mensal. Ano 2, Nº 24. Outubro 2005. Editora Vera Cruz.

PEREIRA, Robson. *IBGE diz que 14 milhões de brasileiros passam fome*. O Estado de São Paulo: São Paulo, 18 de maio de 2006. Pág. A- 6.

PIOVESAN, Flávia. Texto: *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. In: Cadernos de Pesquisa, Vol. 35, nº 124.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*. In: Revista Trimestral de Direito Público, Nº 15, 1996.

ROUSSEAU, J.J. *Du contrat social ou Principes du droit politique*. Tradução de Cid Knipell Moreira. Francisco C. Wellfort (organizador). Os clássicos da Política. Vol. 1. Editora Ática, pág. 201.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Brasil e as dores do pós-colonialismo*. In: C&D. Constituição & Democracia. UnB – Sindijus-DF. Nº 7. Setembro de 2006. p. 24.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. *Ações afirmativas. Farol de expectativas*. In: Educando para direitos humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade / José Geraldo de Souza Jr. [et. al.] (organizadores). Porto Alegre: Síntese. 2004. p. 148.

SCHNEIDER, Yuri. Texto: *O Estado Democrático de Direito e o Princípio Jurídico da igualdade, numa visão habermasiana*. Disponível em <[www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/oestado\\_yurischneider.pdf](http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/oestado_yurischneider.pdf)>. Acesso em: 23/05/2006.



SEYFERTH, Giralda. *O beneplácito da desigualdade: breve digressão sobre racismo*, in *Racismo no Brasil*. Texto publicado em: *Racismo no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Peirópolis; Abong, 2002.

SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

SILVA, Sydney Pessoa Madruga da. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SISS, Ahyas. *Afro-brasileiros, políticas de ação afirmativa e educação: algumas considerações*. Disponível em: <[www.educaçãoonline.pro.br\\_afro\\_brasileiros.asp](http://www.educaçãoonline.pro.br_afro_brasileiros.asp)>. Acesso em 24/06/2006.

SKIDMORE, Thomas E. *Preto no Branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro*. Tradução: Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1976.

TEIXEIRA, Moema De Poli. *Negros na Universidade – Identidade e Trajetórias de Ascensão Social no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Pallas, 2003.

VICENTINO, Cláudio. DORIGO, Gianpaolo. *História para o ensino médio*. São Paulo: Editora Scipione, 2002.

WALTERS, Ronald. *Racismo e Ação Afirmativa*. Texto publicado em: *Multiculturalismo e Racismo – Uma comparação Brasil – Estados Unidos*. Jessé Souza (org.). Paralelo 15, 1997.

WEYNE, Gastão Rúbio de Sá. *Igualdade e Poder Econômico*. Memória Jurídica Editora. 2005. Porto Alegre.



# Direito à privacidade *versus* direito à informação

Considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos

Carina Villela de Andrade Monteiro

## Sumário

1. Introdução. 2. Direitos fundamentais: noções gerais. 2.1. Colisão de direitos fundamentais. 2.1.1. Princípios aplicáveis ao conflito de direitos fundamentais. 3. Direito à intimidade e à vida privada. 3.1. Privacidade e proteção a dados pessoais. 4. Direito à informação. 5. Colisão entre os direitos fundamentais à privacidade e à informação. 5.1. A resposta dada pela legislação e pela jurisprudência. 6. Conclusão.

## 1. Introdução

Em meio ao catálogo de direitos fundamentais contido no artigo 5º da Constituição Federal, encontram-se aqueles destinados à tutela da intimidade e da vida privada, que são espécies de direitos da personalidade. Tais direitos englobam diferentes aspectos: o resguardo das informações, a privacidade corporal, a inviolabilidade das comunicações e a privacidade territorial, por exemplo. O objeto deste estudo cinge-se ao primeiro aspecto – em especial, a tutela dos dados pessoais e sua relação com outro direito fundamental, o de informação.

Mais especificamente, pretende-se discutir se os órgãos públicos podem fornecer a qualquer cidadão que o requerer informações pessoais de seus agentes públicos, tais como nome, filiação, estado civil, escolaridade, endereço e remuneração, constantes de seus arquivos mecânicos ou bases de dados informatizados, sem, com isso, ofender o direito à intimidade e à vida privada.

Carina Villela de Andrade Monteiro é formada em Direito pela UnB, Especialista em Análise de Constitucionalidade pela UNILEGIS, Analista Legislativa e Assessora Técnico-Jurídica da Câmara dos Deputados.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Gilmar Ferreira Mendes.

O impulso inicial motivador para a escolha do tema foi a prática vivenciada na área administrativa da Câmara dos Deputados, que, a todo instante, é demandada por particulares em busca de informações pessoais sobre agentes públicos, que variam de singelos elementos de identificação a dados sensíveis, como, por exemplo, os rendimentos percebidos. A situação, acredita-se, é comum a outros órgãos públicos, que também recebem pedidos de informações formulados por cidadãos, com propósitos variados. Diante de respostas nem sempre satisfatórias, vacilantes entre franquear e vedar o acesso a dados que dizem respeito à órbita da intimidade e da vida privada desses agentes, ressaí a necessidade de se debater o tema, com o fito de delimitar contornos mais claros no relacionamento entre a privacidade e o livre acesso a informações.

Na abordagem da matéria, são aproveitados os elementos da teoria dos princípios e os estudos já desenvolvidos sobre os direitos fundamentais, à luz das contribuições de Robert Alexy. Inicia-se o trabalho com a noção do que sejam direitos fundamentais e a distinção entre princípios e regras, para o fim de discorrer sobre a própria colisão entre tais direitos. Adiante, cuida-se do direito à intimidade e à vida privada. Apresenta-se um ligeiro apontamento sobre o conceito de dados pessoais, com o propósito de indicar as informações cuja divulgação importa ameaça ao direito à privacidade. Em seguida, trata-se do direito à informação, em especial, sua manifestação como direito de ser informado por órgãos do Poder Público. Ao final, discorre-se propriamente sobre a controvertida questão do choque entre os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, de um lado, e à informação, de outro. Assinale-se, por oportuno, que este artigo versa apenas sobre o direito à informação exercido por particulares, afastado o exame das prerrogativas dos meios de comunicação e dos membros da magistratura e do Ministério Público, cujo direito de requerer informações exige o exame de preceitos específicos.

## 2. *Direitos fundamentais: noções gerais*

Na definição de Antonio Enrique Pérez Luño (apud TAVARES, 2002, p. 362), os direitos fundamentais são “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”.

Na mesma linha, Alexandre de Moraes (2002, p. 39) conceitua tais direitos como “o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”.

Os direitos fundamentais carregam a herança de momentos constitucionais diversos e resultam de conquistas históricas. Em sua gênese, eram basicamente direitos de defesa contra o Estado, pois visavam a garantir uma esfera de liberdade individual dos cidadãos a salvo da ação estatal arbitrária. Nessa perspectiva, impunham ao Estado um dever de abstenção (SANTOS, 2000, p. 16).

A essa inicial concepção dos direitos fundamentais, de nítidos contornos liberais, seguiu-se o reconhecimento de direitos econômicos, sociais e culturais, que demandavam do Estado uma atuação positiva, como resultado do desenvolvimento de novas exigências apresentadas pela sociedade (SANTOS, 2000, p. 16).

Posteriormente surgiram outros direitos, que materializaram os poderes de titularidade coletiva atribuídos às formações sociais e consagraram o princípio da solidariedade, passando a combinar elementos das liberdades clássicas e características dos direitos a prestações (SANTOS, 2000, p. 16).

Esses três momentos, que revelam superficialmente o contexto marcado pela mutação histórica e a ordem cronológica em que

os direitos fundamentais vieram a ser constitucionalmente estabelecidos, podem ser referidos como “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais.

Ao lado das três dimensões indicadas, parte da doutrina ainda inclui uma quarta, que representa os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, decorrentes da globalização política na esfera da normatividade jurídica (BONAVIDES, 1999, p. 524-525).

### 2.1. Colisão de direitos fundamentais

O conteúdo dos direitos fundamentais é, freqüentemente, aberto e variável, revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou nas relações destes com outros valores constitucionais (FARIAS, 2000, p. 116). Daí, na prática, pode suceder de o titular de um direito fundamental, ao exercê-lo, constatar o conflito ou a colisão com outro direito fundamental ou bem jurídico protegido constitucionalmente.

Segundo afirmam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 135), tem-se o choque de direitos fundamentais quando o exercício de um colide “(a) com o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental por parte de outro titular (*conflito de direitos* em sentido estrito); (b) com a defesa e proteção de bens da colectividade e do Estado constitucionalmente protegidos (*conflito entre direitos e outros bens constitucionais*)”.

A solução da colisão entre direitos fundamentais é atribuída ao legislador quando o texto constitucional remete à lei ordinária a possibilidade de restrição de direitos – desde que resguardado, por certo, o núcleo essencial de cada um (FARIAS, 2000, p. 118-119).

Na hipótese de colisão entre direitos fundamentais não-sujeitos à reserva de lei, a solução é atribuída aos juízes ou tribunais e demais aplicadores do Direito (FARIAS, 2000, p. 119). Nesse caso, para se proceder à resolução do conflito, convém atentar primeiramente para a existência de dois tipos de tensão entre normas jurídicas em senti-

do amplo: o conflito de regras e a colisão de princípios, o que, de sua vez, requer se estabeleça a distinção entre essas espécies.

De início, pode-se dizer que tanto os princípios quanto as regras constituem fundamentos para juízos concretos de “dever ser” e se formulam com a ajuda de expressões deontológicas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição (ALEXY, 1993, p. 83).

Os princípios são proposições normativas básicas com grau de abstração relativamente elevado. Traduzem os valores mais relevantes da ordem jurídica e conferem racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento normativo. Para Robert Alexy (1993, p. 86-87), constituem “mandamentos de otimização”, isto é, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas (condições de fato para a sua eficácia) e jurídicas (relações com outras regras igualmente válidas) existentes. A aplicação do princípio não está predeterminada em seu enunciado, mas depende de ponderações realizadas no momento de sua aplicação.

De outra parte, as regras são normas com grau de abstração relativamente reduzido, que já contêm, em si, determinações no âmbito do fático e juridicamente possível – por isso, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, deve ser observada na sua exata medida, nem mais, nem menos. Em outras palavras, a regra prescreve uma dada situação ou impõe um determinado comportamento e, caso tenha validade, exige seu cumprimento na estrita medida de seu preceito, não deixando margem à gradação de aplicação, própria dos princípios.

Conforme a natureza das normas colidentes – se regras ou princípios –, as formas de superação de impasses são distintas. O conflito entre regras resolve-se no âmbito da validade. Se uma regra vale e é aplicável ao caso concreto, então, valem também suas conseqüências jurídicas, vez que contidas dentro do sistema normativo.

Segundo Robert Alexy (1999, p. 76), o conflito entre regras pode ser solucionado mediante a introdução de uma cláusula de exceção a uma das regras conflitantes. Caso não seja possível a introdução dessa cláusula, recorre-se aos tradicionais critérios de solução de antinomias jurídicas: o cronológico, no qual prevalece a norma posterior (*lex posterior derogat priori*); o hierárquico, que faz prevalecer a norma superior (*lex superior derogat inferiori*), e o da especialidade, que determina o predomínio da norma especial (*lex specialis derogat generali*). A atividade do aplicador leva, nos três casos, à eliminação da regra que não resiste ao julgamento, aplicando-se apenas a outra ao caso concreto (BOBBIO, 1999, p. 91-97).

A utilização dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, contudo, revela-se insatisfatória para orientar o intérprete diante da colisão entre direitos fundamentais, vez que eles vêm expressos em normas contemporâneas previstas na constituição, não apresentam relação de hierarquia entre si e, ainda, são caracterizados pela generalidade (FARIAS, 2000, p. 119-120). De igual modo, não cabe inserir cláusulas de exceção, pois isso limitaria um dos direitos fundamentais para situações futuras, quando poderia preceder frente a outros valores com os quais colidisse (ALEXY, 1999, p. 77).

Nessa perspectiva, resta investigar se a forma de resolver o conflito de princípios pode trazer aportes mais apropriados na solução da colisão de direitos fundamentais. Bem, aqui, a solução é totalmente diversa, já que o impasse entre princípios não se resolve no plano da validade, mas no campo do valor. O conflito sucede dentro do ordenamento jurídico, porque parte da premissa de validade dos princípios colidentes. Nessa linha de raciocínio, caso uma determinada situação seja proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um pela aplicação do outro. É preciso, sim, levar em conta o peso ou a importância relativa de cada princípio, a fim de escolher qual deles pre-

valecerá ou sofrerá menos restrição que o outro, no caso concreto. O princípio de menor peso, segundo circunstâncias e condições particulares da situação específica, cede aplicabilidade ao de maior peso – tal fenômeno é chamado pela doutrina de “relação de precedência condicionada” (BROCHADO, 2002, p. 133).

Como não existe uma hierarquia entre princípios *in abstracto*, a precedência só poderá ser determinada em face das circunstâncias concretas; apenas nessas condições é legítimo dizer que um direito prefere a outro. Assim, à míngua de um critério estabelecido de antemão para a solução de casos de conflito, ocorrendo modificação nas condições, a questão da precedência pode ser resolvida inversamente.

Robert Alexy (1993, p. 94) denomina “lei de colisão” a solução da tensão entre mandamentos de otimização com base na relação de precedência condicionada. Não há relações absolutas de precedência, pois não existe um princípio que, invariavelmente, prepondere sobre os demais, sem que sejam sopesadas as especificidades do caso. Há, apenas, mandamentos de otimização relativamente fortes, capazes de preceder aos outros em praticamente todas as situações de colisão, como, por exemplo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Como os direitos fundamentais são outorgados por normas jurídicas que possuem essencialmente as características de princípios (FARIAS, 2000, p. 121), as idéias sobre conflito de princípios aplicam-se, em regra, à colisão de direitos fundamentais.

### *2.1.1. Princípios aplicáveis ao conflito de direitos fundamentais*

Partindo da premissa de que a solução do conflito de direitos fundamentais se dá nos mesmos moldes daquela pertinente à colisão de princípios, e verificada a existência de um autêntico choque de direitos fundamentais, cabe ao intérprete-aplicador realizar a ponderação dos bens envolvidos,

buscando o mínimo sacrifício dos direitos em jogo. Nessa tarefa, deve guiar-se pelos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade (FARIAS, 2000, p. 122).

De acordo com o princípio da unidade da constituição, todas as normas constitucionais encontram-se no mesmo plano, daí a compreensão do texto constitucional como um sistema que necessita compatibilizar preceitos discrepantes (FARIAS, 2000, p. 122-123). A eficácia satisfatória dos bens tutelados pela *Lex Superior* só será alcançada quando traçados limites para seu exercício, se necessário.

Do princípio da unidade constitucional, decorre o princípio da concordância prática. Segundo esse postulado, os direitos fundamentais e valores constitucionais devem ser harmonizados por meio de juízo de ponderação que preserve e concretize ao máximo bens constitucionalmente protegidos (FARIAS, 2000, p. 123).

Finalmente, a máxima da proporcionalidade é a realização do princípio da concordância prática no caso concreto, mediante a distribuição necessária e adequada dos custos, de modo a salvaguardar os direitos fundamentais colidentes (FARIAS, 2000, p. 123).

Desenvolvendo o estudo sobre o princípio da proporcionalidade, a doutrina constitucional alemã divisou a existência de três elementos parciais dele integrantes: os subprincípios da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou necessidade e da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. Vale citar, a propósito, o entendimento consignado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em decisão referente ao controle da constitucionalidade de uma lei sobre armazenagem de petróleo, datada de 1971 (BONAVIDES, 1999, p. 372):

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário, para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com o seu

auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental”.

Pelo princípio da proporcionalidade, cabe analisar o grau de satisfação e efetivação do mandamento de otimização que a decisão procurou atender. Quanto mais alto for o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar.

São esses, em apertada síntese, os principais apontamentos sobre a colisão de direitos fundamentais, à luz da teoria dos princípios. Por certo, a presente temática não se esgota aqui, pois suscita diversas questões outras que, para serem discutidas com profundidade, demandariam consideráveis estudos preliminares, o que acabaria por distanciar-se do objeto específico deste artigo.

Assentadas essas premissas, passa-se ao exame, primeiramente, do direito fundamental à intimidade e à vida privada, de modo a definir-se o alcance da tutela assegurada no inciso X do artigo 5º da CF.

### 3. Direito à intimidade e à vida privada

Em sua acepção clássica, a intimidade pode ser entendida como a prerrogativa que o indivíduo possui perante os demais, inclusive o Estado, de ser mantido em paz no seu recanto. É, na essência, o mecanismo de defesa da personalidade humana contra ingerências alheias indesejadas e ilegítimas.

Um de seus fundamentos reside no princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt com base em Kant. Esse postulado comporta essencialmente três exigências: “a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência do sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de



informações)” (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 441-442).

O direito à intimidade está em constante mutação no tempo e no espaço. Bem por isso, e por envolver temas de que dimanam aspectos pessoais e culturais, deve ser concebido de “forma ‘aberta’, dinâmica e flexível, de modo a acompanhar essa constante evolução” (SAMPAIO, 1998, p. 262-263).

Com substrato principiológico assentado na dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade e, nessa condição, é oponível erga omnes, intransmissível à esfera jurídica de outrem, indisponível e extrapatrimonial.

Celso Ribeiro Bastos (2004, p. 71) afirma que o direito à intimidade consiste na “faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre essa área da manifestação existencial do ser humano”.

No Brasil, as expressões “direito à vida privada”, “direito à intimidade”, “direito à privacidade”, “direito ao resguardo” e “direito de estar só” são freqüentemente utilizadas como sinônimas, e não há unanimidade quanto à existência de distinção conceitual entre elas (FREGADOLLI, 1997, p. 207).

Parte da doutrina, no entanto, aponta diferenças substanciais entre intimidade e vida privada. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1993, p. 442) aduz:

“A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar-só, não exclui o segredo e a au-

tonomia (...) Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de *convivência*. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros. Seu atributo máximo é o segredo, embora inclua também a autonomia e, eventualmente, o estar-só com os seus”.

No mesmo sentido, para Fábio Henrique Podestá (1999, p. 207), a intimidade possui um campo mais restritivo que a vida privada: enquanto na primeira a pessoa busca estar só, recolhida à própria individualidade, na vida privada a proteção parte de formas exclusivas de convivência em que a comunicação é inevitável, ainda que estrita a pessoas do relacionamento.

No plano do direito positivo, a Carta de 1988 também observou as distinções entre a intimidade e a vida privada, mencionando, às expressas, os dois institutos, de modo a assegurar a mais ampla proteção do indivíduo. Está no artigo 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

No particular, entende-se que o direito à vida privada e o direito à intimidade, a rigor, não se confundem, mas guardam estreita relação. Todavia, considerando que os efeitos da tutela constitucional são essencialmente os mesmos, este trabalho utiliza a expressão “direito à privacidade” como sinônima do direito à intimidade e à vida privada, em um sentido genérico e amplo, a fim de abarcar todas essas manifestações da esfera íntima e privada.

### 3.1. Privacidade e proteção a dados pessoais

No tópico anterior, viu-se que o inciso X do artigo 5º da CF pretendeu criar uma redoma de imunidade em torno do espaço da vida individual que se pode legitimamente afastar do conhecimento público. E é nesse



campo que figura o direito de reserva sobre informações que, por serem de caráter pessoal, possam causar embaraço e constrangimento se divulgadas.

Atualmente o direito à privacidade difere muito daquele conteúdo delineado em sua origem – o direito a estar só. A sociedade mudou e o singelo caráter de isolamento já não dá conta de toda a realidade. Um conceito mais dinâmico do instituto abarca também o direito a controlar o uso que outros fazem das informações pessoais, como projeção do respeito à vida privada e à intimidade.

De fato, o homem é centro de referência de informações. Dele sai ou nele ingressa uma série de dados que passam por um processo de assimilação ou descarte (SAMPALIO, 1998, p. 363). Nesse contexto, o direito à intimidade e à vida privada confere ao indivíduo um poder de controle sobre a circulação de informações a seu respeito, cabendo-lhe a decisão sobre quando, como, em que extensão e para que finalidade determinada informação será conhecida por terceiros.

Nem toda informação, entretanto, interessará à tutela constitucional. Existe uma gama de dados pessoais cujo conhecimento e divulgação não avançam propriamente sobre a esfera da privacidade do indivíduo. A rigor, a informação só é objeto de proteção se relacionada com a intimidade, a identidade e a autonomia (SAMPALIO, 1998, p. 369). Em geral, pode-se dizer que a invasão na intimidade e na vida privada pressupõe o conhecimento de uma particular informação que seu titular não deseja seja obtida por outros. Nessa ordem de idéias, a privacidade guarda relação com a vontade individual, com a necessidade de se expor e, ainda, de se retrair frente aos demais homens, guardando para si, se assim necessitar, suas informações pessoais.

Para José Adércio Leite Sampaio (1998, p. 374-375), “informação pessoal não pode ser entendida como ‘segredo’ ou como ‘informação confidencial’, senão como, literalmente, ‘informação a respeito de uma pes-

soa’, o que pressupõe o seu caráter nominativo. Vale dizer, capacidade de identificar ou tornar identificável, direta ou indiretamente, a pessoa a que se refere”.

Neste trabalho, as expressões “dados pessoais” ou “informações pessoais” são utilizadas em seu sentido geral, como o elemento que, ao menos potencialmente, uma vez consultado, revela aspectos da privacidade de determinada pessoa. São informações concernentes a uma pessoa singular, identificada ou identificável, capazes de dizer algo sobre sua personalidade e passíveis de ser captadas, armazenadas, processadas ou transmitidas por meio informatizado ou mecânico.

Tais informações podem ser classificadas em dados não-sensíveis e sensíveis. Dados não-sensíveis, em princípio, pertencem ao domínio público e são suscetíveis de apropriação por qualquer pessoa; em regra, podem ser armazenados e utilizados sem causar danos – por exemplo, nome, estado civil, domicílio, profissão, filiação a grupos associativos etc. De outra parte, dados sensíveis estão substancialmente ligados à esfera da privacidade. Informam, por exemplo, a origem racial, saúde física e mental, características genéticas, adesão à ideologias políticas, crenças religiosas, opiniões filosóficas, manias, traços da personalidade, orientação sexual, histórico trabalhista, assuntos familiares, registros policiais, patrimônio, rendimentos, vida financeira etc.

A apropriação, a difusão ou a utilização indevida de dados pessoais não-sensíveis raramente causam violações à vida privada. O problema maior reside nos dados pessoais sensíveis, mais ligados à esfera íntima das pessoas. São, por conseguinte, os que merecem maior proteção. E a informação será tão ou mais sensível quanto maior potencial tiver de causar dano a um indivíduo em razão de sua divulgação ou uso.

Fixadas essas premissas teóricas, são analisados, na seqüência e em linhas gerais, o direito à informação e a questão da colisão com o direito à privacidade.

#### 4. *Direito à informação*

A liberdade de expressão e informação é uma das mais estimadas características dos regimes democráticos. A teor do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, toda pessoa tem direito à liberdade de, sem interferências, ter opiniões e procurar, receber e transmitir informações por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

Em verdade, a liberdade de expressão e a liberdade de informação são direitos distintos, consoante preconiza a doutrina. Conforme aponta Edilson Pereira de Farias (2000, p. 163), a primeira consiste na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, idéias e opiniões, por qualquer meio de difusão. Abrange a exteriorização da vida própria das pessoas pela palavra escrita ou oral, pela imagem e pelo próprio silêncio, com a função social de contribuir para a propagação de um pensamento ou posição previamente elaborada (SALOMÃO, 2005, p. 26).

De sua vez, a liberdade de informação busca a interiorização de algo externo, mediante a apreensão de fatos e notícias, e nela prevalece o elemento de repassar conhecimento. No âmbito de sua proteção, compreendem-se tanto os atos de comunicar quanto os de receber livremente informações acerca de fatos e dados, imparcial e objetivamente apurados, com a função social de contribuir para a elaboração do pensamento. Mais especificamente, fala-se em direito de informar, de se informar e de ser informado (SALOMÃO, 2005, p. 26).

O direito de informar, difundir ou comunicar informações a outrem, sem impedimentos, está intrinsecamente ligado à livre expressão de pensamento e corresponde a uma atitude ativa e relacional. Já o direito de se informar, quando titulado pelos cidadãos em geral, apresenta-se como um direito negativo, de não ter impedimentos ou de não sofrer sanções por buscar informação; seu exercício revela uma atitude ativa e pes-

soal. Finalmente, o direito de ser informado constitui uma atitude passiva e receptiva, que demanda uma prestação de outrem, responsável pelo dever de fornecer informação adequada e verdadeira (SALOMÃO, 2005, p. 26).

No que interessa ao objeto deste trabalho, o direito à informação vem assegurado, no plano constitucional, pelo direito de acesso a informações previsto no artigo 5º, inciso XIV; pelo direito de obtenção de informações de interesse particular, coletivo ou geral prestadas por órgãos públicos (artigo 5º, inciso XXXIII) e pelo direito a certidões (artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “b”) (SAMPAIO, 1998, p. 388), de seguinte teor:

“Art. 5º (...)

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (...)

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: (...)

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; (...)”

No particular, importa notar que, se o sujeito passivo, obrigado ao dever de prestar informação, é o Estado, o direito à informação apresenta-se como uma das facetas do postulado da publicidade, requisito indeclinável da caracterização e legitimidade do regime constitucional democrático e presente na atuação da Administração Pública.

Pelo princípio da publicidade, os atos da Administração Pública devem receber a mais ampla divulgação possível, para pro-

picar aos administrados meios de controle da conduta dos agentes públicos. Com efeito, para fiscalizar a atividade do Estado, os cidadãos precisam ter acesso a informação, e, em contrapartida, devem os órgãos públicos disponibilizar-lhes os dados existentes e arquivados em suas repartições. A força normativa dessa premissa reflete-se nos direitos fundamentais lançados no artigo 5º, acima transcritos. Dessa forma, com a transparência preconizada no artigo 37 da CF, os indivíduos podem aquilatar a legalidade e a legitimidade, ou não, dos atos e o grau de eficiência de que se revestem (CARVALHO FILHO, 2004, p. 17).

Feito esse brevíssimo apanhado acerca do direito à informação, resta investigar, nesse passo, a possibilidade de o Poder Público fornecer aos cidadãos informações pessoais de seus agentes.

### *5. Colisão entre os direitos fundamentais à privacidade e à informação*

O direito de obter informações seria uma limitação externa ao direito à intimidade e à vida privada, de ordem a permitir o fornecimento, pelos órgãos públicos, de dados pessoais de seus agentes? E, inversamente, poderia constituir a privacidade uma restrição ao exercício pleno do direito à informação, no ponto específico?

Como visto, de um lado, há a norma que tutela a intimidade e a vida privada do indivíduo e que pretende inibir intromissões alheias indesejadas e ilegítimas. De outro, existe o postulado básico, de igual estatura, que atribui ao cidadão o direito de receber informações dos órgãos públicos, até mesmo como instrumento adequado a conferir real efetividade à transparência da atividade estatal.

Com os subsídios fornecidos pelos tópicos anteriores, tem-se que o direito à privacidade é um princípio que deve ser realizado na maior medida possível, segundo as condições fáticas e jurídicas presentes. Assim, a tutela dos dados pessoais deve ser

otimizada. Essa otimização, contudo, eventualmente esbarra na otimização do direito à informação. De fato, a busca por dados pessoais de agentes públicos pode instaurar situações de tensão com aquele outro valor essencial. A questão é identificar onde opera essa limitação, mediante a ponderação de bens, e estabelecer até que ponto um ou outro devem ceder, dadas as circunstâncias do caso concreto.

A superação do antagonismo entre os postulados constitucionais há de resultar da adoção de critérios que permitam ponderar e avaliar, em função de determinado contexto, qual deva ser o direito a preponderar no caso. Com o *background* do item sobre colisão entre princípios, pode-se afirmar que a validade do exame que produza limitação do direito fundamental depende da verificação da proporcionalidade entre os fins e as conseqüências observadas.

No particular, a limitação requer uma apreciação do que realmente seja objeto de informação. A proteção constitucional do direito à informação deve considerar a utilidade pública e social da divulgação do fato, a qual, de sua vez, varia conforme se trate de informação relevante em termos de interesse público ou vise apenas à satisfação de curiosidade ou a fins econômicos ou publicitários, por exemplo.

Na análise da questão, convém ressaltar ainda que os agentes públicos podem ter um âmbito de privacidade menor que aquele conferido aos demais cidadãos, precisamente em decorrência da atividade que desempenham. Isso resulta da primazia do interesse público sobre o privado: o direito de informação pertence à sociedade como um todo – ao passo que os direitos da personalidade interessam ao seu titular, normalmente uma pessoa –, e o benefício coletivo tem particular força quando revela atos da ação governamental em geral. Desse modo, uma notícia que invada a privacidade de um agente público pode desagradar a este, mas, dada sua condição de figura pública, ser proveitosa à sociedade.

Note-se, todavia, que os dados pessoais concernentes a um agente público nem sempre traduzem ou participam de ato administrativo, segundo uma formulação jurídica tradicional – por exemplo, um despacho, um parecer, um ofício, uma portaria. Nessas situações, prevalece, sem maiores digressões, a consagrada regra jurídica da publicidade dos atos administrativos, vez que são essencialmente públicos. A dificuldade está, sim, em delimitar o campo da privacidade quando em jogo informações pessoais de caráter privado, mas registradas em arquivos ou anotações de órgãos públicos.

#### 5.1. A resposta dada pela legislação e pela jurisprudência

A Carta de 1988 admite restrição expressa quando o sigilo da informação for imprescindível para a segurança da sociedade e do Estado. Já no plano infraconstitucional, a lei que disciplina o direito à informação e trata do acesso aos documentos públicos de interesse particular ou coletivo – a Lei nº 11.111/05 – previu como limite ao referido direito a tutela à intimidade e à vida privada. Atente-se para o disposto em seu artigo 7º:

“Art. 7º Os documentos públicos que contenham informações relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, e que sejam ou venham a ser de livre acesso poderão ser franqueados por meio de certidão ou cópia do documento, que expurgue ou oculte a parte sobre a qual recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. As informações sobre as quais recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal terão o seu acesso restrito à pessoa diretamente interessada ou, em se tratando de morto ou ausente, ao seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, no prazo de que trata o § 3º do art. 23 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991”.

De outra parte, a Lei nº 8.159/91 estabelece o dever de proteção a documentos constantes de arquivos públicos, mormente aqueles que contenham informações atinentes à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurando-lhes o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação do sigilo, sem prejuízo das ações penal, civil e administrativa, conforme se depreende da leitura dos artigos 2º, 4º, 22 e 23, § 1º.

Considerado o direito positivado, então, o acesso aos dados pessoais registrados pelo Poder Público não pode ser franqueado a terceiros, salvo a existência de interesse público demonstrado ou de consentimento expresso do titular da informação ou de seus herdeiros.

Em harmonia com essa diretriz legal, outras normas sugerem o resguardo que cabe deferir às informações pessoais – mesmo aquelas consideradas meros elementos de identificação, singelos dados não-sensíveis. Por exemplo, o instituto do *habeas data* – ação constitucional que tem por objeto a proteção do direito líquido e certo do impetrante de conhecer as informações e registros relativos a sua pessoa, constantes de arquivos de entidades governamentais ou de caráter público – reforça o entendimento aqui lançado, vez que a legitimação ativa para impetração do instrumento recai exclusivamente sobre o próprio titular das informações.

Desse arcabouço jurídico, verifica-se que, muito embora seja impossível estabelecer *a priori* qual o valor que há de prevalecer em caso de colisão de direitos fundamentais, o legislador houve por bem autorizar o direito à informação por órgãos públicos sempre até onde o direito à privacidade não for atingido, conferindo ao último valor preponderante, em juízo abstrato.

De outra parte, no tocante à jurisprudência, os tribunais têm prestigiado a tutela da privacidade, segundo o entendimento de que os direitos fundamentais que constituem também direitos da personalidade ocu-

pam um lugar privilegiado em eventual colisão com os demais direitos fundamentais (VASCONCELLOS, 1999, p. 36). A propósito, é importante assinalar que, na busca por decisões judiciais que tratassem do tema, foram encontrados fundamentalmente julgados sobre a possibilidade, ou não, de órgão público informar a terceiros dados pessoais do cidadão, assim tomado nessa singular condição.

Por oportuno, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu o caráter reservado das informações pessoais registradas em cadastro de instituições públicas, ainda que meros elementos de identificação. Consta da ementa do julgado:

“EXECUÇÃO – REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DE ENDEREÇO DO RÉU AO BANCO CENTRAL – IMPOSSIBILIDADE.

1. Embora na hipótese dos autos não se pretenda, através de requisição ao Banco Central, obter informações acerca de bens do devedor passíveis de execução, mas tão-somente o endereço, o raciocínio jurídico a ser adotado é o mesmo.

2. O contribuinte ou o titular de conta bancária tem direito à privacidade em relação aos seus dados pessoais, além do que não cabe ao Judiciário substituir a parte autora nas diligências que lhe são cabíveis para demandar em juízo.

3. Recurso especial não conhecido”. (REsp nº 306.570/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, *in* DJ de 18/2/02)

Embora versando sobre o cadastro mantido em instituições de natureza privada, a prevalência pôde também ser constatada no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 8.493/SP, quando o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o aspecto privado de dados não-sensíveis e, em consequência, a ofensa ao direito à privacidade advinda de sua divulgação indevida. Confira-se:

“RHC – CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – INFORMAÇÕES CADASTRAIS – SIGILO – Quando uma pessoa celebra contrato especificamente com uma empresa e fornece dados cadastrais, a idade, o salário, endereço, é evidente que o faz a fim de atender às exigências do contratante. Contrata-se voluntariamente. Ninguém é compelido, é obrigado a ter aparelho telefônico tradicional ou celular. Entretanto, aquelas informações são reservadas, e aquilo que parece ou aparentemente é algo meramente formal pode ter conseqüências seríssimas; digamos, uma pessoa, um homem, resolva presentear uma moça com linha telefônica que esteja no seu nome. Não deseja, principalmente se for casado, que isto venha a público. Daí, é o próprio sistema da telefonia tradicional, quando a pessoa celebra contrato, estabelece, como regra, que o seu nome, seu endereço e o número constarão no catálogo; entretanto, se disser que não o deseja, a companhia não pode, de modo algum, fornecer tais dados. Da mesma maneira, temos cadastro nos bancos, entretanto, de uso confidencial para aquela instituição, e não para ser levado a conhecimento de terceiros”. (RHC nº 8.493/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *in* DJ de 2/8/99)

Os precedentes citados sugerem ou reforçam o caráter reservado dos dados pessoais depositados em cadastros de instituições públicas, donde a sua divulgação, sem expressa e prévia autorização do titular ou de seus herdeiros, com vista à satisfação de simples e exclusivo interesse particular, afrontaria o artigo 5º, inciso X, da CF.

O mesmo raciocínio parece não se aplicar, na sua inteireza, aos dados respeitantes à remuneração e aos subsídios percebidos por agentes públicos, hipótese em que se busca a realização do direito à informação em maior medida. Embora a vida finan-

ceira de tais pessoas encerre dados sensíveis à privacidade e se encontre, portanto, acobertada pela tutela constitucional, é possível fornecer ao cidadão interessado informações genéricas sobre os valores auferidos segundo a previsão legal pertinente – de resto, o próprio artigo 39, § 6º, da CF, determina a publicação anual da remuneração e do subsídio correspondente a cada cargo da Administração Pública, como consectário do princípio da publicidade, que sempre assume maior relevo quando em jogo recursos do erário.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça ponderou que “a remuneração individual de cada servidor é assunto a ser mantido em sigilo, em nome do princípio da privacidade de cada indivíduo”, mas reconheceu o caráter público da informação relativa à remuneração genericamente paga a essa categoria (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14.163/MS). Eis a ementa do acórdão:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – CERTIDÃO.

1. A remuneração dos servidores públicos está prevista em lei, com publicidade ampla para conhecimento dos interessados.

2. Diferentemente, não pode o cidadão ter acesso à intimidade de cada servidor.

3. Impossibilidade de conceder a Administração certidão nominal dos ganhos de cada servidor.

4. Recurso ordinário improvido”.  
(RMS nº 14.163/MS, Rel. Min. Eliana Calmon, *in* DJ de 16/9/02)

Do exemplo, depreende-se que os dados pessoais de agentes públicos não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente; de outra parte, também não deve o direito à informação ser restringido pela tutela à privacidade a ponto de restar completamente desnaturalizado.

Diante dos poucos precedentes encontrados, porém, não se pôde fazer uma análise mais abrangente do tratamento conferi-

do pela jurisprudência à colisão entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação, na perspectiva abordada neste estudo. Mas já é possível constatar, de plano, que as decisões até então proferidas sugerem a prevalência do direito à privacidade diante da ponderação com o direito à informação – fugindo-se da decantada fórmula da primazia do público sobre o privado como regra inafastável –, conquanto demonstrem pouco avanço no que concerne aos métodos e técnicas adotados na solução do conflito.

## 6. Conclusão

Este trabalho ocupou-se da relação entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação, na específica hipótese de os órgãos públicos serem demandados a fornecer ao cidadão informações pessoais de agentes públicos, registradas em seus arquivos mecânicos ou bases de dados informatizados.

Perfilado como direito da personalidade, o direito à intimidade e à vida privada, inscrito no artigo 5º, inciso X, da CF, garante a seu titular um controle sobre a divulgação e o uso que outros fazem de seus dados pessoais, os quais podem variar de simples elementos de identificação – por exemplo, nome, endereço, telefone – a informações notadamente sensíveis, como fichas financeiras ou prontuários médicos.

De sua vez, o direito à informação vem assegurado, no ponto que interessa ao estrito objeto desta obra, pelo direito de acesso a informações, previsto no artigo 5º, inciso XIV; pelo direito de obtenção de informações de interesse particular, coletivo ou geral prestadas por órgãos públicos (artigo 5º, inciso XXXIII) e pelo direito a certidões (artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “b”). À luz desses preceitos, os cidadãos têm direito de acesso a toda e qualquer informação pública consolidada em documento público, mormente se se considerar que a Administração Pública deve rigorosa obediência ao



postulado da publicidade, previsto no artigo 37 da CF, como requisito de legitimidade do Estado Democrático de Direito. Em relação às informações pessoais de agentes públicos, registradas em arquivos e anotações de órgãos públicos, todavia, a questão apresenta maior complexidade, porque a busca por esses dados pode instaurar situações de tensão com a tutela da privacidade, dando surgimento ao fenômeno da colisão entre direitos fundamentais.

Se o conflito entre a proteção à intimidade e à vida privada das pessoas e o direito de receber informações – onde o segundo não pode violar ou anular a primeira e reciprocamente – denota um direito constitucional limitando o outro, a questão é, então, saber determinar onde opera essa limitação e estabelecer até que ponto um ou outro devem ceder, dadas as circunstâncias do caso concreto.

Ao examinar o impasse propriamente dito, observando a legislação aplicável, verificou-se que o legislador infraconstitucional autorizou o direito à informação por órgãos públicos sempre até onde o direito à privacidade não for atingido, conforme se depreende das Leis nº 11.111/05 e nº 8.159/91. Embora não seja possível estabelecer a priori qual valor há de prevalecer em caso de colisão de direitos fundamentais, constatou-se que o legislador houve por bem encerrar a discussão elegendo a proteção à privacidade como valor preponderante.

No tocante à jurisprudência, salvo nas hipóteses em que pleiteada informação relativa à remuneração percebida, não foram encontrados precedentes relativos ao fornecimento de dados pessoais de agente público, assim considerado nessa qualidade. As decisões judiciais colacionadas versaram essencialmente sobre informações pessoais do cidadão, tomado nessa singela condição. À míngua de repertório mais significativo, não foi possível fazer uma análise abrangente da resposta dada pelos tribunais à tensão entre os direitos citados, na perspectiva aqui abordada. Mas se pôde constatar que

as decisões – que sugerem a prevalência do direito à privacidade diante da ponderação com o direito à informação – demonstram pouco avanço no que concerne aos métodos e técnicas adotados na solução do conflito.

Delineado esse quadro, conclui-se que o fornecimento de informações pessoais não pode ser repellido de plano; o deferimento do pedido, no entanto, exige máxima cautela por parte dos órgãos públicos, que devem, antes de tudo, avaliar a extensão do requerimento e os riscos de ofensa ao direito à privacidade. Em princípio, a livre divulgação de dados pessoais inclui apenas os constantes de cadastros de domínio público – aqueles que, por força de lei, são submetidos a registro público –, excluídos os que informem a situação econômica ou financeira dos agentes públicos ou outros dados de natureza notadamente sensível. Embora o cidadão tenha direito de acesso a toda informação contida em documento público, aquelas particulares consolidadas em anotações e registros de órgãos públicos somente deveriam ser conhecidas pelos titulares dos dados ou seus herdeiros, caso não demonstrada a existência de interesse público na divulgação. É que a privacidade, mais cara ao princípio da dignidade da pessoa humana, assume peculiar relevo no exame da matéria.

A par disso, reconhece-se a impossibilidade de se apontar uma solução apriorística e unânime para o choque entre referidos direitos fundamentais, que dê conta de toda a complexidade do problema. Por certo, a superação do antagonismo entre os postulados constitucionais requer a adoção de critérios que permitam ponderar e avaliar, em função de um contexto específico, qual deva ser o direito a preponderar no caso.

À vista das exigências do mundo atual, que almeja a livre circulação de informações, a discussão relativa ao confronto entre a preservação da privacidade e o direito à informação será cada vez mais recorrente no futuro. Diante do desafio apresentado, a intenção deste estudo foi tecer algumas conside-

rações sobre o assunto, sem, no entanto, ter a pretensão de oferecer respostas definitivas.

### Referências

AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 1999.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, nº 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília : UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

BROCHADO, Mariá. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 39, nº 155, p. 125-141, jul./set. 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra : Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra : Coimbra, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Lei da Mordada e Direito de Informação - Mídia e Justiça. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 3, nº 11, p. 131-146, 2000.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função

fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993.

FREGADOLLI, Luciana. O direito à intimidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, ano 5, nº 19, p. 196-246, abr./jun. 1997.

MENDES, Gilmar. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo*, v. 1, nº 5, p. 185-178, mar. 2003.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 1, nº 1, p. 91-103, abr./jun. 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo : Atlas, 1999.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade: liberdade de imprensa: danos por publicação de notícias. In: *Constituição Federal de 1988: 10 anos (1988-1998)*. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 1999.

SALOMÃO, Paulo Cesar. O confronto entre o direito à intimidade e o direito à informação. *ADV Advocacia Dinâmica Seleções Jurídicas*. Rio de Janeiro, p. 24-36, set. 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais? *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 37, nº 147, p. 15-28, jul./set. 2000.

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

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 16 jul. 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

VASCONCELLOS, Pedro Pais. *Proteção de dados pessoais e direito à privacidade*. Direito da Sociedade da Informação. Portugal : Coimbra, 1999. v. 1.



# O instituto jurídico-processual da Ação Civil Pública como instrumento de controle difuso de constitucionalidade

Cecília Maria Pinheiro Montenegro Bugarin

## Sumário

1. Introdução. 2. Controle de constitucionalidade. 2.1. Considerações iniciais. 2.2. Conceito. 2.3. Controle difuso e controle concentrado. 3. Ação Civil Pública. 3.1. Considerações iniciais. 4. Controle de constitucionalidade na ACP; 4.1. Breves reflexões sobre o instituto processual da reclamação no STF. 4.2. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais. 5. Considerações finais.

## 1. Introdução

Visa o presente ensaio analisar a utilização do instituto jurídico-processual da Ação Civil Pública (ACP) como instrumento de controle *difuso* de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público

Este artigo se estrutura em três partes principais, além desta Introdução e das Considerações Finais.

Na primeira parte serão apresentados o conceito e as características e aspectos gerais do Controle de Constitucionalidade no ordenamento jurídico nacional vigente.

A segunda parte será voltada à Ação Civil Pública: aspectos históricos, surgimento da Lei 7.347/85 e a importância do seu papel no contexto institucional brasileiro.

Na terceira parte, será abordada, tanto numa perspectiva doutrinária quanto no plano jurisprudencial, a utilização do instituto jurídico-processual da Ação Civil Pública no controle difuso de constitucionalidade de leis ou atos normativos.

Cecília Maria Pinheiro Montenegro Bugarin é Pós-graduada em Análise de Constitucionalidade pela UNILEGIS em parceria com a UnB. Graduada pela UnB em Ciências Econômicas e Direito. Analista Judiciário do STF onde ocupa a função de Coordenadora de Processamento da 1ª Turma.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UNB, como requisito para obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. José Eduardo Romão.

Por fim, traremos à baila algumas considerações à luz do conjunto de aspectos e pontos examinados no decorrer deste artigo.

## 2. Controle de constitucionalidade

### 2.1. Considerações iniciais

A idéia de controle de constitucionalidade está ligada ao princípio da Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.

O controle da Constituição passa a ter importância a partir do momento em que a Constituição ganha força normativa sobre o Estado e a Sociedade, limitando os poderes e vinculando o Estado e os particulares.

Nossa Constituição é rígida e é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais.

Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal. Ela passa a ser concebida como reguladora do processo de solução de conflitos dentro de uma comunidade, ou na expressão de Hesse (1988, p.17), como uma ordem fundamental jurídica da coletividade, como princípios diretos, segundo os quais se devem formar a unidade política e serem exercidas as tarefas estatais. Nessa idéia, a Constituição une abertura e amplitude da normalização jurídica com determinação obrigatória, ou seja, rigidez e flexibilidade.

A idéia de controle, então, emana da rigidez e pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema.

A Constituição passa a ser vista como lei formal e materialmente diferente das leis ordinárias, com um procedimento especial de regras e com uma forma especial de revisão,

criando-se a idéia de que um órgão será dotado para a aferição de validade das leis inferiores.

O controle de Constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao Poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito (KELSEN, 1995, p. 288-290).

### 2.2. Conceito

Controlar a constitucionalidade consiste em verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais (MORAES, 2002, p. 579).

Do ponto de vista da inconstitucionalidade material, esta se daria, portanto, com uma desconformidade de normas inferiores – leis ou atos normativos – com a norma superior. Seria, por assim dizer, uma contrariedade vertical, porque é sabido que, de acordo com a supremacia constitucional, todas as normas inferiores têm de estar em plena conformidade com os vetores da Constituição, que está situada no ápice da imaginária pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico.

Por sua vez, inconstitucionalidade sob o aspecto formal é a não obediência ao processo legislativo previsto no Texto Magno.

Verificada qualquer dessas duas hipóteses haverá, conseqüentemente o vício jurídico *insanável* da inconstitucionalidade.

Com as considerações feitas, acima, podemos concluir que Controle de Constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição Federal. A verificação quanto aos requisitos formais e materiais é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos

do poder público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos constitucionais.

### 2.3. Controle difuso e controle concentrado

No Brasil, o controle de constitucionalidade das normas passou por diversos modelos, instituindo, hoje, sistema próprio que denota ser inovador em relação ao adotado por outras Nações, num misto de controle difuso e concentrado de caráter jurisdicional, embora também permitindo, em caráter restrito e prévio à própria edição da norma, o controle político, seja pela análise de constitucionalidade formal pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, seja pelo veto baseado na inconstitucionalidade por parte do Chefe de Estado.

Conforme destaca o Professor José Afonso da Silva (1992, p. 51), o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é, essencialmente, o *jurisdicional*.

O processo de controle abstrato de constitucionalidade, no Brasil, durante o século XX, sofreu múltiplas alterações. Até a constituição de 1988, o único legitimado a propor ação direta de inconstitucionalidade era o Procurador Geral da República. Com a promulgação da presente Carta Magna, o rol foi extremamente ampliado. Antes da reforma constitucional 45/2004, o rol de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade era restrito a poucos. Enfim, essa constante modificação relativa à ampliação desse rol só confirma a necessidade, de cada vez mais, serem disponibilizados aos administrados, mecanismos eficazes de se manter a rigidez e supremacia do texto constitucional – tarefa imprescindível à manutenção da existência do Estado Democrático de Direito.

Como é sabido, nesse plano, o controle de constitucionalidade ocorre de modo difuso ou incidental ou de modo direto e concentrado.

O referido autor explica que o controle difuso é “aquele cujo exercício cabe a todos os componentes do Poder Judiciário por via de exceção, ou incidental, o qual cabe ao de-

mandado argüir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto, isto é, num processo proposto contra ele, também chamado Controle Concreto”.

Vale salientar que a Lei Maior mantém a regra segundo a qual somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (*cláusula de reserva do plenário* – art. 97).

Mauro Cappelletti disserta sobre o sistema de controle de constitucionalidade dos países da *common law*, denominando-o de descentralizado ou difuso, confiando a todos os tribunais do país. Em seguida, explica que:

“Estes tribunais, em qualquer processo, têm a faculdade e a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais. Este controle não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo com efeitos *erga omnes*, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional.

O Controle Difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o poder judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, *incidentalmente*, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois objeto principal da ação”.

Cabe destacar que a decisão no controle difuso produz efeitos *inter partes* e *ex-nunc*.

Assim, como no controle *difuso* de constitucionalidade os efeitos “só atingem as partes envolvidas”, impõe-se a necessidade da existência de um instrumento mediante o qual seja possível estender os efeitos de uma única decisão para todas as pessoas que estiverem em igual situação, evitan-

do, assim, que cada um provoque o judiciário individualmente.

O próprio Texto Constitucional prevê tal mecanismo no seu art. 52, X.

Segundo tal disposição, o STF, logo após a decisão, comunica à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal. A Câmara Alta, por meio de Resolução, suspende a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF.

Insta ressaltar que os efeitos desta Resolução serão *erga omnes*, porém, com eficácia *ex nunc*, não retroagindo.

Por fim cabe destacar que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal tem sido firme no sentido de ser uma competência discricionária do Senado Federal, *verbis*:

“Nossa Constituição proveu [...] com prudência porque estabeleceu que o Senado, tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal, pode suspender a execução da lei. Mas fica a critério do Senado verificar se determinado pronunciamento do STF deve ser entendido como um pronunciamento firme, uniforme. Quem suspende a vigência da lei, em nosso sistema, é o Senado Federal, não o Supremo Tribunal Federal.”

Já o controle *concentrado* tem por característica ser exercido, exclusivamente pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário ou por uma Corte Especial, sendo provocado, em regra, por via de *ação*.

O controle concentrado brasileiro é realizado através da ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a, CF), ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III, CF), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF) e ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, in fine, EC 03/93, CF).

A ação direta de inconstitucionalidade tem por finalidade declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital (quando o Distrito Fe-

deral exerce competência equivalente a do estado-membro), em vigor, cuja edição tenha se dado posteriormente à promulgação da Constituição. Ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade. São legitimados para sua proposição: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A Constituição de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição e ao Superior Tribunal de Justiça a guarda do ordenamento Federal. Recentemente, a Emenda Constitucional nº 45 alterou sensivelmente esse quadro, inserindo dentre as competências do Supremo a função de proteger a integridade das leis federais, vejamos:

“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:

.....

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade foi regulamentado pela Lei 9.868/99, aplicando-se subsidiariamente o regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Esta lei dispõe sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado. Em regra, a decisão do Supremo possui efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, expurgando incontinentemente o ato normativo do ordenamento jurídico, sem a necessidade de manifestação do Senado Federal.

Com o advento da Lei 9.868/99 o Supremo poderá alterar os limites temporais da declaração de inconstitucionalidade por voto de 2/3 dos seus membros:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ele só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva tem por finalidade assegurar a integridade da Federação, pois busca a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual e a declaração de intervenção federal no estado-membro, desde que haja infringência dos chamados princípios sensíveis (art. 34, VII, Constituição Federal).

A Ação de Inconstitucionalidade por omissão visa dar efetividade aos direitos constitucionais carentes de regulamentação legislativa. Prevê o art. 103, §2º, da Constituição Federal: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, introduzida pela Emenda Constitucional nº 3/1993, destina-se a afastar a incerteza sobre a validade de determinada lei federal. Após a Emenda Constitucional nº 45, os legitimados para a propositura desta ação são os mesmos da ação direta. O Min. Néri da Silveira ponderando acerca do objeto da ação declaratória de constitucionalidade afirma:

“não se trata de consulta à Suprema Corte, mas de ação com decisão materialmente jurisdicional, impõe-se, à instauração de demanda em exame,

que se faça comprovada, desde logo, e existência da controvérsia em torno da validade ou não da lei ou ato normativo federal”

Os efeitos da decisão da ação declaratória são *erga omnes* e *ex tunc*, vinculando todos os órgãos do Poder Executivo e Judiciário.

O Direito Constitucional Brasileiro prevê, ainda, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, que foi regulamentada pela Lei 9.882/99, art. 1º e § único, I. Tal instrumento visa “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” e ainda “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

### 3. Ação Civil Pública

#### 3.1. Considerações iniciais

No Estado Social, conforme destaca Gilberto Schäfer (2002, p. 126), o acesso à justiça passou a ser um direito fundamental no elenco das prestações positivas oferecidas pelo Estado. Entre os obstáculos encontram-se os econômicos, a demora no julgamento, a dificuldade em reconhecer um direito e a falta de disposição em recorrer ao judiciário. Foi para solucionar esses problemas que se desenvolveram inúmeras ações e novos procedimentos de acesso à justiça, como os procedimentos para a tutela dos interesses difusos e coletivos.

A Lei nº 7.347/85 veio disciplinar a Ação Civil Pública permitindo que as partes pudessem ingressar coletivamente na proteção de interesses coletivos ou difusos, ao invés de buscar essa tutela individualizada, diminuindo, assim, os custos e afastando os entraves psicológicos evitando que o lesado se sentisse como Davi diante dos gigantes, seja pela atuação do Ministério Público, seja pela atuação de associações, formando os “corpos intermediários” (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 5).

A ACP foi consagrada como instrumento de defesa dos chamados “interesses difusos ou coletivos”. Nos termos da própria Lei Especial, a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer. É, portanto, amplíssimo o objeto dessa ação na ordem jurídica brasileira, estando a sua utilização condicionada, fundamentalmente, apenas à própria definição do conceito jurídico indeterminado relativo aos interesses “difusos e coletivos”.

A tutela dos interesses difusos e coletivos representa um importante passo na superação da visão individualista do processo, mais ligada com as peculiaridades de sociedade de massa. As ações se transformaram em instrumento de participação no poder.

É nesse contexto que entendemos ser de grande relevância o questionamento acerca da possibilidade de alegação de inconstitucionalidade no bojo da Ação Civil Pública. No âmbito do poder judiciário, surgem indagações acerca da possibilidade da adoção da ACP como instrumento de controle difuso de constitucionalidade, pois se alega que a eficácia *erga omnes*, ínsita à ACP, estaria usurpando a competência privativa do Supremo Tribunal Federal quanto ao controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos perante a Constituição Federal.

Defenderemos a posição de que a adoção da ACP como instrumento de controle difuso de constitucionalidade é plenamente possível, uma vez que esta modalidade de fiscalização ocorre no âmbito estrito da análise de questão prejudicial, não produzindo eficácia *erga omnes*, dando-se, em consequência, a declaração de inconstitucionalidade de modo *incidental*.

#### 4. Controle de constitucionalidade na ACP

##### 4.1. Breves reflexões sobre o instituto processual da reclamação no STF

Primeiramente, vale destacar que a ACP, quando chega ao STF para se discutir se

houve ou não a usurpação da competência constitucional da Corte Suprema, é *autuada* como Reclamação.

A Reclamação é uma ação cujo objeto precípuo é preservar a competência do STF ou garantir a autoridade de suas decisões (CF, art. 102, I, I).

Conforme destaca o Ministro Gilmar Mendes, em recente trabalho doutrinário, o instituto jurídico da Reclamação surgiu como fruto de uma criação jurisprudencial, tendo o Supremo Tribunal Federal adotado esse instrumento para a solução de problemas operacionais diversos. A falta de contornos definidos sobre o instituto da Reclamação fez, portanto, com que a sua constituição inicial repousasse sobre a teoria dos poderes implícitos.

Somente em 1957 aprovou-se a incorporação da Reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O Professor Gilmar Mendes ressalta que com o advento da Carta de 1988, o instituto adquiriu *status* de Competência Constitucional.

Quanto a natureza jurídica da Reclamação não existe consenso nem na doutrina e nem na jurisprudência conforme pode-se observar na ementa da Reclamação nº 336, do Ministro Celso de Mello:

“RECLAMAÇÃO – NATUREZA JURÍDICA – ALEGAÇÃO DO DESRESPEITO À AUTORIDADE DE DECISÃO EMANADA DO STF – INOCORRÊNCIA – IMPROCEDÊNCIA.

-A Reclamação, qualquer que seja a qualificação que se lhe dê – ação (Pontes de Miranda, “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo Recursal (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima, “O poder Judiciário e a Nova Constituição”, p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (Orosimbo Nonato, apud Cordeiro de Mello, “O processo no STF”, vol. 1/280), incidente processual (Moniz de Aragão, “A Correição Parcial”, p. 110, 1969), medida de



Direito Processual (José Frederico Marques, "Manual de Direito Processual Civil", vol. 3º, 2ª parte, p. 199, item n. 653, 9ª ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcão, RTJ 112/518-522)-configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "1") e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, "f").

-Não constitui ato ofensivo à autoridade de decisão emanada do Supremo existência de várias execuções penais ainda em curso, referente a outras condenações não desconstituídas pelo writ, deixa de ordenar a soltura imediata de paciente beneficiado por hábeas corpus concedido, em caso diverso e específico, por esta Corte".

A posição dominante, porém, parece ser aquela que atribui à reclamação natureza de ação propriamente dita (PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 384), a despeito de outras vozes autorizadas da doutrina identificar natureza diversa para o instituto, como já referido, seja como remédio processual, incidente processual ou recurso.

O objeto da Reclamação, como já dito, é preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões. A estrutura procedimental da reclamação coincide com o procedimento adotado pelo mandado de segurança. As regras básicas estão previstas nos artigos 156-162 do RISTF e nos artigos 13 a 18 da Lei nº 8.038/90.

#### 4.2. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais

Os debates acerca da possibilidade de controle de constitucionalidade em sede de

ação civil pública (ACP) vêm ganhando cada vez mais relevo na atualidade, tanto em sede doutrinária quanto no plano jurisprudencial. Indaga-se se determinado preceito legal, ou mesmo um ato normativo do Poder Público, pode vir a ter a sua constitucionalidade aferida, no controle difuso ou por via incidental, em sede de ação civil pública ou coletiva.

A indagação em tela pode ser sintetizada nos seguintes termos: No curso de um processo instaurado por uma ACP poderão juízes ou tribunais deixar de aplicar normas jurídicas – reguladoras das controvérsias levadas à apreciação jurisdicional – que entendam estar em contrariedade com a Constituição Federal?

Cabe, desde logo, destacar, conforme sublinha Gilberto Schäfer (2002, p. 111) que a declaração de inconstitucionalidade (difusa) nas Ações Cíveis Públicas tem sido criticada com vigor por grande parte da doutrina. Autores abalizados como Rogério Tucci, Arnaldo Wald, Arruda Alvim e Gilmar Mendes a reputam abusiva e denunciam a utilização da ACP, em várias oportunidades, como verdadeiro substituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, "com a diferença de ser a competência para o seu julgamento do Juiz singular e não do Supremo Tribunal Federal, como manda a Constituição Federal".

Para esses juristas, o problema residiria no caráter da coisa julgada na ACP, que tem efeitos *erga omnes*, tal qual o controle abstrato-concentrado efetuado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que o próprio controle difuso, quando procedido pelo STF, tem sua eficácia *erga omnes* dependente da ação do Senado Federal, parecendo paradoxal que como afirmou Arruda Alvim (1995, p. 157):

"um juiz de primeiro grau vier a decidir pela procedência de tal ação, a ineficácia das leis que sejam, por esse havidas como inconstitucionais, resultariam suspensas em toda a área de sua jurisdição independentemente mesmo de qualquer providência ul-

terior, porque o efeito da coisa julgada da ACP (art.16, Lei 7.347/85) alberga inexoravelmente tal implicação. Ou, pior ainda, se o juiz viesse a entender ter jurisdição nacional como já se tem entendido disto resultaria a suspensão em todo território nacional”.

Arnoldo Wald (1994, p.85-6), por sua vez, assevera que quando a inconstitucionalidade é “declarada localmente” na área de competência do juiz, com a aplicação *erga omnes*, cria-se um Direito substantivo diferente do nacional e “viola a constituição que estabelece a unidade do direito substantivo, havendo até a possibilidade de se criar um Direito específico aplicável em determinada localidade, e não em todo o Estado, quando a jurisdição do Juiz Federal é inferior à do Estado, situação que ocorre no Estado do Paraná”.

Arruda Alvim (1995, p.157) sustenta, nesse plano, que o controle incidental só pode ser admitido em relação a um litígio, como fundamento deste, e não como *principaliter*, como é feito na ação direta de inconstitucionalidade. Para o referido autor, ocorre que muitas vezes se propõem ações desvinculadas de um verdadeiro litígio.

Evidencia-se, dessa forma, um pedido *in abstracto*, embora nominado de *incidenter tantum*, pois tal se depreendia do fato de que “determinados textos não possam a vir a ser aplicados, dentro de uma dada área de jurisdição, disto se segue tratar-se efetivamente de declaração “*in abstracto*” de inconstitucionalidade” (Alvim, 1995, p.157).

Ademais, destaca o referido autor que, dados os efeitos *erga omnes* da decisão na ACP, a inaplicabilidade será levada para o futuro de tais normas dentro das jurisdições (competência), onde tais decisões sejam proferidas, e este efeito vincularia o próprio STF, que deveria reconhecer a autoridade dessa decisão, conforme esclarece:

“Como a decisão, na hipótese figurada, e nascida de caso concreto,

abrange apenas parcela da Federação, ainda que ponderável, isto significa que os textos serão válidos e eficazes em grande parte da Federação, outro tanto inocorrendo no âmbito das jurisdições onde foram proferidas as decisões e onde venham a ser confirmadas tais declarações de inconstitucionalidade.

Poderia ocorrer, ainda, marginalmente, que sequer o Supremo Tribunal Federal possa controlar o resultado de uma decisão desse tipo, pela inexistência de recurso. Nesse caso, a decisão do juiz local ou do Tribunal estabelece determinados textos não podem incidir, porque inconstitucionais, e a decisão do STF, ao contrário, pode ter os mesmos textos por constitucionais. Desenha-se assim um conflito prático, subtraindo-se a competência do Supremo Tribunal Federal. O resultado da procedência da ACP nas condições acima descritas, quando julgada procedente, atinge a todas as pessoas (atuais e futuras), cujas situações possam ser submetidas ao dispositivo da sentença”.

Como se pode ver por estas críticas o controle de constitucionalidade na ACP é contestado, especialmente, pela ampla legitimidade ativa que há na ACP em comparação com os instrumentos concentrados de controle de constitucionalidade e pelas semelhanças nos efeitos em razão da coisa julgada. Entretanto, devem ser feitas várias distinções para se entender determinados questionamentos que a ACP trouxe ao nosso sistema que admite o controle difuso e abstrato da constitucionalidade. Deve ser feita uma abordagem das várias hipóteses que se apresentam no choque dos modelos e institutos de controle de constitucionalidade presentes no nosso ordenamento e como pode ser feito esse controle na ação civil pública procedendo-se as distinções necessárias para harmonizar essas duas possibilidades em nosso sistema.

No mesmo sentido dos autores citados, se posiciona o professor Gilmar Mendes, no artigo “o controle incidental de normas no Direito Brasileiro (1998, p. 30-58),” quando indaga se é legítima a utilização da ACP na ordem jurídica brasileira para obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, asseverando que:

“(…) para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle constitucionalidade adotada no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da Ação Civil Pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano de jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais”.

(…) ainda que se pudesse acrescentar algum outro desiderato adicional a uma ação civil pública destinada a afastar a incidência de dada norma infraconstitucional, é certo que o seu objetivo precípua haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo, razão pela qual, conferindo efeito *erga omnes* à respectiva sentença, estar-se-ia diante de “eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita”.

Sustenta, ainda, o citado jurista que como a decisão da ação civil pública tem efeitos *erga omnes*, não pode ensejar o controle de constitucionalidade da lei por via disfarçada, com usurpação da competência do STF.

Essa impossibilidade decorreria da inviabilidade das duas conseqüências alternativas:

a) ou a inconstitucionalidade é declarada localmente, tão-somente na área de competência do juiz, e, aplicando-se a regra *erga omnes*, cria-se um direito substantivo estadual diferente do nacional, violando a cons-

tituição, que estabelece a unidade do Direito Substantivo, e haveria até a possibilidade de criar um Direito específico aplicável em determinada localidade, e não em todo o Estado, quando a área do Juiz federal é inferior à do Estado;

b) ou a inconstitucionalidade é declarada pelo Magistrado de primeira instância para ter efeitos nacionais e há a usurpação da função do STF.

Em outro artigo de sua lavra (2005), sustenta Gilmar Mendes que, embora a ação civil pública tenha objeto definido, é certo que a abrangência desse objeto e a eficácia *erga omnes* da decisão que nela se profere (Lei 7.347/85, art. 16) suscita sérias dúvidas sobre sua correta utilização em sede de controle de constitucionalidade.

Ainda o supra-referido magistrado, fazendo um paralelo entre as Reclamações nº 434 e as de nº 600 e 602, destaca que a primeira teve sua pretensão julgada precedente por se entender que o objeto da ação civil era a própria constitucionalidade da lei estadual. Já nas segundas, o Tribunal firmou orientação no sentido de que, na ACP proposta com o objetivo de proteger direito difuso ou coletivo, pode-se verificar, licitamente, a declaração de inconstitucionalidade incidental, não se podendo, por isso, cogitar de usurpação de competência da Corte Suprema.

Abordando a questão do ponto-de-vista jurisprudencial, temos que, num primeiro momento, quando da Reclamação 434/SP, o STF não admitiu, em ações civis públicas, a alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal em face da Constituição Federal, mesmo que isso fosse solicitado somente *incidenter tantum*. Para a Corte, aceitar a ACP em casos tais implicaria violação indireta de sua competência exclusiva.

Porém, a partir do julgamento das Reclamações 597/SP, 602/SP e 600/SP, ocorrido em 03/09/97, a Suprema Corte vem acenando pela possibilidade do controle de constitucionalidade, via incidental, em

ações civis públicas. Para assim entender, estes foram os motivos dados pelo STF: a) a pretensão da ACP diz respeito a bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, daí por que inalcançável pela via do controle abstrato, não se podendo, então, falar em invasão da competência privativa do STF; e b) como a decisão da ACP também se sujeita aos recursos em geral, especialmente o extraordinário, podem conviver harmonicamente os dois modelos de controle de constitucionalidade (abstrato e concentrado).

E essa diretriz também foi adotada no julgamento do RE 227.159/GO:

“EMENTA: – Recurso extraordinário. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. 2. Acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. 3. Entendimento desta Corte no sentido de que “nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local.” 4. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, a propor ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III). 5. Recurso extraordinário conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público”.

A propósito, em decisão monocrática na Reclamação 1.017/SP, datada de 19/02/99, explica de modo didático, o Min. Sepúlveda Pertence o critério hermenêutico adotado:

“(…) Certo, em nosso complexo sistema de convivência do sistema concentrado e direto com o sistema difuso e incidente de controle de normas, não discute que, nesse último, a questão da inconstitucionalidade possa produzir o fundamento principal, quiçá o único, de uma demanda, sem que, no entanto, essa se confunda por

isso com a ação direta: basta que nela se veicule pretensão que, na via do controle abstrato, seria inadmissível”.

Idêntico raciocínio teve o Plenário do STF ao entender viável o controle concreto de ato normativo por meio de ação popular. Sustentou-se, exatamente, que o enfrentamento da questão constitucional se dava como fundamento do pedido, o que distinguiria a ação popular em face da ADIn. Confira-se:

“(…) Tendo caráter normativo, não poderia ele (o ato normativo) ser impugnado em ação popular, mas, sim, em ação direta de inconstitucionalidade, ou incidentalmente, na propositura da ação popular, como um dos fundamentos desta.

É o que ocorre, no caso, pois o autor não objetiva a declaração de nulidade ou de inconstitucionalidade do Ato nº 143/89, de 20.07.1989, da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado, mas, sim, a suspensão dos atos administrativos consistentes nos pagamentos dos valores correspondentes à vantagem reinstituída pelo ato normativo.

E isso por considerar inconstitucional e ilegal a reinstituição da gratificação pelo ato normativo referido”.

Assim o Supremo Tribunal tem se preocupado em verificar se a controvérsia, no controle de constitucionalidade feito por meio de ação civil pública, tem por alvo a resolução de relação jurídica determinada (litígio concreto). Nesse plano resta pacificado que a ACP tendo por objeto direito individual e homogêneo não é substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade, “mesmo porque a decisão proferida naquela ação civil pública não tem eficácia *erga omnes*, considerada esta eficácia no seu exato sentido.”

O Ministro Celso de Melo, nos autos da Reclamação nº 1.733-SP (medida liminar), entendeu ser legítima a ACP como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de

quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.

Com efeito, na ACP, a inconstitucionalidade é invocada como fundamento, como causa de pedir, constituindo questão prejudicial ao julgamento do mérito. A constitucionalidade, nesta hipótese, é questão prévia (decidida antes do mérito da ação principal) que influi, na decisão sobre o pedido referente à tutela do interesse público. É decidida *incidenter tantum*, como premissa necessária à conclusão da parte dispositiva da sentença.

Uma vez que a coisa julgada recai apenas sobre o pedido, e não sobre os motivos, sobre a fundamentação da sentença, nada obsta que a questão constitucional volte a ser discutida em outras ações com pedidos e/ou partes diversos. Nesse sentido, é cristalina a legislação processual civil em seu art. 469, verbis:

“Art. 469”. Não fazem coisa julgada:  
(...)

II – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

*A ação direta de inconstitucionalidade é o instrumento do controle concentrado, enquanto a ação civil pública, tal quais todas as ações individuais ou coletivas, mesmo sendo um instrumento de processo objetivo para a defesa do interesse, é instrumento de controle difuso de constitucionalidade, inexistindo qualquer restrição, especialmente constitucional, para promover o controle de validade normativa.*

Observe-se, ainda, que na ACP, a eficácia *erga omnes* da coisa julgada material não alcança a questão prejudicial da inconstitucionalidade, é de âmbito nacional, regional ou local, conforme a extensão e a individualidade do dano ou ameaça de dano. Na ação direta, a declaração de inconstitucionalidade

faz coisa julgada material *erga omnes* no âmbito de vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado (nacional ou estadual).

Não obstante isso, as ações civis públicas estão sujeitas a toda cadeia recursal prevista nas leis processuais, onde se inclui o recurso extraordinário para o STF, enquanto que as ações diretas são julgadas em grau único de jurisdição. Portanto, a decisão proferida na ação civil pública, no que se refere ao controle de constitucionalidade, como qualquer ação, se submete, sempre, ao crivo do Egrégio Supremo Tribunal Federal, guardião final da Constituição da República.

Por fim, aponte-se que a ação civil pública atua no plano dos fatos, através, notadamente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe assegurem eficácia material. A ação direta de inconstitucionalidade, ao seu turno, tem natureza meramente declaratória, limitando-se a suspender a eficácia da lei ou ato normativo.

Juliano Taveira Bernardes (2006) aborda o tema com profundidade, fazendo uma pequena retrospectiva do complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e suas contínuas modificações. Para ele registra-se certa primazia das atenções do legislador em relação ao controle judicial de constitucionalidade do tipo abstrato (concentrado). O antes exclusivo modelo concreto (difuso) perde cada vez mais espaço no atual sistema misto de controle de constitucionalidade, dada a preocupação em se fazer chegar logo ao STF, pela via abstrata, a chance de uniformizar o entendimento constitucional de atos normativos do Poder Público. Nesse contexto, ressaltou o autor que o professor Gilmar Mendes fala do caráter obsoleto do sistema difuso em face do atual estágio de desenvolvimento do controle concentrado, mormente diante da necessidade da utilização de resolução do Senado Federal para fins de extensão da força do julgado do STF.

Contudo, destaca Bernardes (2006) que a via do controle concreto também pode ser



útil à tarefa de estancar a propositura de grande número de ações. Trata-se da possibilidade de resolução de conflitos mediante a utilização, principalmente, das chamadas ações de cunho coletivo.

Ressalte-se que grande parte das objeções que se fazem contra a utilização da ação civil pública (ACP) no controle concreto podem ser reproduzidas em relação às ações populares (APs), pois nestas também as sentenças possuem efeitos *erga omnes* (art.18 da Lei 4.717/65).

Recentemente o Tribunal Pleno, no julgamento da Reclamação 2.224, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu que houve usurpação da competência daquela Corte (CF, art. 102, I, a), conforme *ementa* abaixo transcrita, *verbis*:

“Ação Civil Pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio *objeto do pedido*, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, usurpação da privativa competência originária do Supremo Tribunal.”

A Ação Civil Pública em questão não contempla a mesma hipótese das Reclamações 622, 597, 600 e 602 como bem afirmou o em. Relator, *verbis*:

“no julgamento da Rcl (Ilmar Galvão, DJ 14.02.03), o Supremo Tribunal reafirmou a possibilidade da declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade de lei na decisão de ação civil pública, não obstante os eventuais efeitos *erga omnes* da sentença que a julgue procedente.

Já acentuei (v.g. Rcl 1017, *Pertence*, DJ 3.6.05) que, na complexa convivência, no Brasil, entre os dois sistemas básicos de controle de normas – o concentrado, direto e abstrato e o difuso e incidente – não discutem que, nesse último, a questão da inconstitucionalidade possa traduzir o fundamento principal da causa de pedir de uma

demanda – quiçá o único – sem que isso a confunda com uma ação direta: basta que, na primeira, se veicule pretensão que, pela via de controle abstrato, seria inadmissível.

Assim, são as ações diretas – a ação direta, a ação declaratória e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – os meios idôneos a obter, em caráter principal e não incidente, a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de normas.

Logo, se arguição de inconstitucionalidade é fundamento de outra pretensão, que não a declaração da validade ou não da norma abstrata, será o controle incidente e difuso o meio adequado: é o que já realçara nas mencionadas reclamações 507, 600 e 602, que também examinaram problemas envolvendo ações cíveis públicas.

O segundo parecer do Ministério Público, que opina pela improcedência desta reclamação, invoca como precedentes o decidido nas Rcls 602 (*Ilmar Galvão*) e 600 (*Néri*).

Nelas, entretanto, cuidava-se de ações civis públicas propostas por entidades de defesa do consumidor contra instituições financeiras, postulando a condenação delas ao crédito de correção monetária que entendia sonegada por força de lei inconstitucional.

No caso presente, ao contrário, a ação civil é proposta contra a União e a ANEEL e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido”.

O Ministro Marco Aurélio, no julgamento da Rcl. Nº 2.224, não reconheceu a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, porque segundo ele o pronunciamento, afastando a incidência da lei, é restrito e indispensável. *Verbis*:



“Senhor Presidente, no passado, já sustentei que, em situações nas quais, de início, entrelaçam-se matérias que, a um só tempo, sugerem o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, não há campo para a ação civil pública. Sustentei em voto e acabei convencido pelos colegas de que não é bem assim. O que define realmente a adequação da ação civil pública é o pedido formulado; é estar tal pedido direcionado à defesa de interesses individuais homogêneos ou interesses difusos, pouco importando que, para se chegar ao acolhimento do pleito, tenha-se de declarar incidentalmente – para efeito no caso concreto – a inconstitucionalidade de certo ato normativo.

Afirmar que, diante dessa aparente confusão sob o ângulo da competência, não se teria campo para a ação civil pública, mas fui vencido – praticamente de forma isolada – no Plenário.

Depois, refletindo e percebendo o alcance do denominado macroprocesso, da atividade do Ministério Público no campo para a ação civil pública, evolui para admitir que não haja o prejuízo da ação civil pública quando se tem pleito bem delimitado circunscrito à proteção visada pela Constituição. Se, para chegar-se ao acolhimento desse pleito, é preciso averiguar se a lei de regência do tema é harmônica, ou não, com a Carta Federal, isso é possível.

Creio que o pedido que se formalizou na 17ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo não se confunde com aquele no qual não se tem o trato de direitos individuais, com o pedido próprio ao processo objetivo revelado pela ação direta de inconstitucionalidade.

Por isso, peço vênha a Vossa Excelência para julgar improcedente o pleito da reclamante, a União.

“Não conheço a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, porque o pronunciamento, afastando a incidência da lei, é restrito e indispensável – entendeu-se assim – à acolhida do pedido de medida acauteladora na ação civil pública”.

Na referida Reclamação nº 2.224 se enfatiza que a “ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas sim, como o próprio objeto do pedido, configura hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade”.

No julgamento da Rcl. Nº 2.460 o STF confrontou-se novamente com o tema da existência ou não de usurpação de sua competência constitucional prevista no artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal. No caso em questão discutiu-se, se em virtude da pendência do julgamento da ADI nº 2.950/RJ e o deferimento de liminares em diversas ações civis públicas ajuizadas perante juízes federais e estaduais das instâncias ordinárias, estaria a ACP usurpando a competência constitucional atribuída a ADI uma vez que o Tribunal já se debruçava, em sede de controle direto e abstrato, sobre a alegada inconstitucionalidade.

Na espécie, o Tribunal entendeu que, ainda que se preservassem os atos acautelatórios adotados pela justiça local, seria recomendável determinar a suspensão de todas as ações civis públicas até a decisão definitiva em sede da ação direta. Ressaltou-se, no ponto, que a suspensão das ações não decorria da sustentada usurpação da competência, mas sim do objetivo de coibir eventual trânsito em julgado nas referidas ações, com o conseqüente esvaziamento da decisão a ser proferida nos autos da ação direta.

O Min. Gilmar Ferreira Mendes, em uma palestra proferida no Rio Grande do Sul sobre o tema Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade, ao comentar essa decisão revelou a necessidade de abertura de um diálogo ou de uma interlocução entre

modelos difuso e abstrato, especialmente nos casos em que a decisão no modelo difuso, como é o caso da decisão, de controle de constitucionalidade em ação civil pública, acaba por ser dotada de eficácia ampla e geral.

Ao findar o seu voto no mesmo julgamento o Ministro Sepúlveda Pertence asseverou:

“Senhor Presidente, primeiro sustentei, em casos de deferimento da cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, a aplicação do art. 265, IV, a do Código de Processo Civil, que manda suspender o processo quando pendente uma questão prejudicial da decisão de outro processo.

No caso-não sei se existia pedido de cautelar na Adin; o certo é que não existe liminar deferida – mas está pendente de decisão no STF uma ação direta de inconstitucionalidade de decreto estadual que constitui o cerne da causa de pedir da ação civil pública.

Não obstante, remanesço, em termos substanciais, na posição que assumi – como é a do Min. Carlos Velloso e do Min. Celso de Mello, explicitadas nesta sessão – de que, desde que, na ACP, haja pedido que não possa ser formulado em ADIn, não se usurpa a competência do STF, porque se está pedindo ao juiz ordinário aquilo que o Supremo Tribunal Federal não pode dar.

Tenho enfatizado em palestra e, incidentemente, neste Tribunal que este é um dos pontos de tensão, na convivência institucional entre o sistema concentrado e o difuso em que vivemos desde a Emenda 16, de 1965 e acentuada em termos práticos, com a liberação da legitimação para ADIn, com a Constituição de 1988.

Em termos práticos, é clara a quase coincidência, no que toca à questão prejudicial de inconstitucionalidade, da deliberação tomada na ACP daque-

la que vier a ser tomada na ADIn: cuida-se de uma lei local a totalidade de cujos efeitos são objeto desta ACP.

Este regime de convivência entre dois sistemas está sendo construído a cada dia pelo STF. Sem tomar compromissos definitivos com teses, no caso, creio que a solução prudente foi a que, efetivamente, surgiu da decisão suspender o processo da ação civil pública, a que se refere a presente Reclamação, não porque o seu conhecimento usurpe por si só a competência do STF, mas porque do seu desenvolvimento, sobretudo do seu julgamento, pode decorrer o esvaziamento da futura decisão do STF. Então, suspender o processo, mas, insisto nisso, mantida a tutela antecipada nele concedida. Em casos similares, diria: é preciso manter sempre a possibilidade de, mediante ação cautelar ou coisa que o valha, obter-se aquela proteção cautelar imediata que o Supremo não pode dar no processo da ação direta de inconstitucionalidade”.

Em síntese, creio que a advertência do Ministro Pertence quanto ao dinâmico processo de construção da “cohabitação” entre os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade bem situa a relevância atual da questão objeto deste ensaio, ou seja, a possibilidade do manejo do instituto jurídico-processual da Ação Civil Pública como instrumento de controle de constitucionalidade de leis e/ou atos normativos do Poder Público.

Nesse contexto, cabem, de início, reconhecer que as posições em conflito possuem, ambas, argumentos respeitáveis e bem justificados. Por outro lado, tudo indica que a Suprema Corte está prestes a consolidar a posição no sentido de admitir o uso da ACP como legítimo instrumento de controle difuso de constitucionalidade, nos limites fixados pelas referidas Reclamações nº 597/SP, 602/SP 600/SP, 1.017/SP, 1.733-SP, 2.224, 2460.

## 5. Considerações finais

O Estado democrático de Direito atribuiu ao Poder Judiciário a fundamental missão de guardião da Constituição. Na defesa do texto constitucional, este Poder está efetivamente e permanentemente contribuindo para a consolidação das instituições democráticas.

O Poder Judiciário assume, de certo modo, a tarefa de árbitro do debate democrático, encontrando na Constituição o parâmetro para as suas decisões. As questões políticas, não resolvidas pelo debate democrático, são trazidas ao Poder Judiciário através do controle da constitucionalidade das leis.

Neste cenário não poderia deixar de ser considerada a Ação Civil Pública.

Diferentemente da ADI e ADC, que possuem sujeitos abstratos, na ACP os sujeitos ou partes são plenamente identificáveis e individualizáveis, o que sustenta a tese de que a ACP não é um processo objetivo, afastando assim o argumento de que não poderia ser usada como forma ou instrumento do controle difuso de normas.

Na ACP, a declaração de inconstitucionalidade, se ocorrer, é proveniente de questão incidental posta à lide, como causa de pedir da ação, constituindo questão prejudicial ao julgamento de mérito, e em relação aos seus efeitos, embora também sejam *erga omnes*, estes incidiriam sobre as partes, podendo haver condenação, reparação e multa.

Com efeito, o que faz coisa julgada *erga omnes*, quando se trata de direito ou interesse difuso, é a tutela do *bem específico* que foi colocado em jogo.

Em síntese, parece seguro afirmar que o Supremo Tribunal Federal tem admitido que quando se tratar de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle abstrato de ato normativo, nestas hipóteses a ACP não estaria usurpando a competência constitui-

onal do STF, mesmo porque conforme já ressaltado e demonstrado em diversas oportunidades deste texto, estas ações só são admitidas quando a declaração de inconstitucionalidade é invocada como *causa de pedir*, constituindo *questão prejudicial* ao julgamento do mérito.

## Referências

ALVIM, Arruda. "Ação Civil Pública – Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação". vários autores. São Paulo: RT, 1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro", in *Revista Forense*, nº 276.

BERNARDES, Juliano Taveira. "Novas perspectivas de utilização da ação civil pública e da ação popular no controle concreto de constitucionalidade". Sítio "jusnavigandi" (<http://jus2.uol.com.br/doutrina>), acesso em 23.05.2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FARIAS, Paulo José L. "Ação civil pública e a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade". Sítio "www.legiscenter.com.br", acesso em 17.03.2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "A Ação Civil Pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos". *Revista Direito do consumidor*, n. 5, p. 206-229.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. "A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas", in MILARÉ, Edis (coord.), *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. "O Controle Incidental de Normas no Direito Brasileiro". *Revista dos Tribunais*, ano 6 – n. 23 – Abril-Junho de 1998, p. 30-58

\_\_\_\_\_. "A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas." Brasília: mimeo, 2005.

\_\_\_\_\_. "ACP e Controle de Constitucionalidade" in MILARÉ, Édís (coordenador). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005b, p. 201/2).

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SCHÄFER, Gilberto. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

SILVA, José A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

WALD, Arnaldo. "Usos e Abusos da Ação Civil Pública (análise de uma patologia)". *Ajuris*, ano XXI, n. 61, Porto Alegre, julho de 1994, p. 75-98.

# O princípio da subsidiariedade indicado na lei regulamentadora da argüição de descumprimento de preceito fundamental

Emília Maria Rodrigues da Silva

## Sumário

1. Considerações iniciais. 2. A argüição de descumprimento de preceito fundamental. 2.1. Histórico da lei regulamentadora. 2.2. O tratamento da ação no Supremo Tribunal Federal. 3. O princípio da subsidiariedade. 3.1. A exegese da Lei 9.882, de 1999. 3.2. O posicionamento da doutrina. 3.3. O posicionamento da jurisprudência do STF. 4. Conclusão.

## 1. Considerações iniciais

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, instrumento processual introduzido pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei nº 9.882/99, insere-se no rol de medidas do sistema de controle de constitucionalidade. Apresenta, no entanto, características peculiares sobre as quais não há convergência doutrinária. Ao contrário, há idéias conflitantes quanto à sua natureza, seu caráter objetivo, seu campo de abrangência, sua condição de ação subsidiária e mesmo sobre sua adequação frente à própria Carta Magna, haja vista que é questionada em Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Assim, optou-se por limitar o estudo nas implicações advindas da adoção do princípio da subsidiariedade, extraído do § 1º, do art. 4º, da Lei nº 9.882/99, que prevê: “Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Nesse enfoque, a questão que se

Emília Maria Rodrigues da Silva é Analista Judiciário – Assessora Jurídica da Secretaria do Supremo Tribunal Federal.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS, em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Professor Rodrigo de Oliveira Kaufman

nos apresenta é: o princípio da subsidiariedade deve ser aplicado com vistas a inibir a utilização da ADPF, qualificando-a, conseqüentemente, como ação menor ou secundária? Sem pretender oferecer resposta definitiva sobre a questão, buscar-se-á comprovar que, *a contrario sensu* da interpretação gramatical, a argüição de descumprimento de preceito fundamental pode ser utilizada com primazia.

## 2. A argüição de descumprimento de preceito fundamental

Antes da edição da Lei nº 9.882/99, o entendimento do STF baseava-se no argumento de que a norma não era “auto-aplicável”, conforme se depreende da análise do AI 145.860-SP, onde o Relator, Min. Marco Aurélio, em fevereiro de 1993, decidiu:

“A previsão do parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal tem eficácia jungida à lei regulamentadora. A par deste aspecto, por si só suficiente a obstaculizar a respectiva observância, não se pode potencializar a argüição a ponto de colocar-se em plano secundário as regras alusivas ao próprio extraordinário, ou seja, o preceito não consubstancia forma de suprir-se deficiência do quadro indispensável a conclusão sobre a pertinência do extraordinário”.

Mais adiante, ratificou-se essa visão em decisão proferida sobre Questão de Ordem (Petição 1365, Relator Min. Néri da Silveira, 3/12/1997), na qual a Corte manifestou-se acerca do denominado descumprimento de preceito fundamental decorrente da CF: “Fundou-se a decisão no fato de não ser auto-aplicável o disposto no § 1º do art. 102 da CF. O preceito demanda lei regulamentadora”. A lacuna seria, finalmente, preenchida com a promulgação da Lei nº 9.882, de 1999, que “Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal”.

### 2.1. Histórico da lei regulamentadora

Diante da necessidade de elaborar-se a norma referida na Lei Maior, iniciaram-se debates doutrinários com vistas a subsidiar os trabalhos legislativos. Nesse mister, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins “trataram do assunto, procurando trazer alguns elementos sobre uma futura regulamentação do instituto. Inicialmente, entendiam que o instituto trataria de um meio especial de provocação da jurisdição constitucional, mas, principalmente, da inconstitucionalidade por omissão”. (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 61) A época, vislumbrava-se inclusive a possibilidade de a ADPF albergar matérias não alcançadas pelo sistema vigente, como o controle de constitucionalidade de normas revogadas ou relacionadas a direito municipal, em face da Constituição Federal, entre outros assuntos.

Ainda antes da edição da lei regulamentadora, já alertava Gilmar Mendes em obra de Hely Lopes (2005, p 451) que o vácuo legal “tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada ‘guerra das liminares’”. Para o doutrinador, essa guerra poderia ser contornada por meio da utilização da ADPF, prevista na própria Constituição e carente apenas de regulamentação.

Finalmente, o Ministério da Justiça solicitou estudo da matéria à comissão composta por Celso Bastos, Arnold Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Correa e Gilmar Mendes, que se responsabilizou pela elaboração de projeto da lei destinado a disciplinar o processamento e julgamento da ADPF. Desse trabalho, surgiu proposta tendente a ampliar o sistema de controle de constitucionalidade vigente, que foi, em boa parte, incorporada ao Projeto de Lei nº 2.872/97, que à época tramitava no Congresso Nacional. Após sua aprovação nas duas casas legislativas, a matéria seguiu para o Poder Executivo, onde foi sancionada com vetos parciais.



## 2.2. O tratamento da ação no Supremo Tribunal Federal

Promulgada, a validade da lei regulamentadora foi questionada no STF por meio da ADI 2231, ajuizada pela OAB, cujo julgamento encontra-se sobrestado em função de pedido de vista formulado pelo Min. Sepúlveda Pertence. Em que pese a carência de decisão, o STF tem admitido o processamento de arguições, tanto que, da vigência da norma, em 6/12/1999, até dezembro de 2005, foram ajuizadas 86 ações.

A justificar a continuidade da admissão e o processamento da ação pelo STF, lecionou Néri da Silveira: "... a Lei nº 9.882/99, com a suspensão do art. 5º, § 3º, e com a interpretação conforme do inciso I, do parágrafo único, do art. 1º, não se esvazia, à evidência, permanecendo com as condições para regular, de forma completa, o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, § 1º, da Constituição".<sup>1</sup>

Ressalte-se, entretanto, que a Suprema Corte tem adotado procedimento cauteloso ao se deparar com controvérsias apresentadas por meio dessa ação. É o que se depreende da exposição da Min. Ellen Gracie, na Questão de Ordem em ADPF nº 54-8 DF:

"É este um momento importantíssimo de conformação *do novo instrumento de controle de constitucionalidade* que a *doutrina tem apontado como 'misterioso e esotérico'* (RONALDO POLETTI) e para cuja clarificação a recente regulamentação pela Lei nº 9.882/99 pouco contribuiu (INGO SARLET). (...) O Tribunal haverá, portanto, de agir na construção desse instituto com a cautela e a serenidade que lhe têm assegurado, ao longo das décadas, o respeito e a credibilidade perante a comunidade jurídica e a Nação". (grifo nosso)

É forçoso admitir, portanto, que esse instrumento processual possui caráter inovador, conforme ensina Gilmar Mendes, *in* Hely Lopes:

"O novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da interpretação autêntica do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise no Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais.

O bom observador poderá perceber que o novo instituto contém um enorme potencial de aperfeiçoamento

do sistema pátrio de controle de constitucionalidade”. (2005, p. 466)

Vê-se assim que o estudo da ADPF suscita dúvidas acerca de seu alcance e cabimento, especialmente em relação à conceituação da locução preceito fundamental e ao caráter subsidiário que lhe é atribuído pelo § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99.

### 3. O princípio da subsidiariedade

Inicialmente, é preciso reafirmar que a ADPF é ação de índole constitucional, criada para ampliar o raio de ação da jurisdição constitucional concentrada e abstrata, tendência que se tem manifestado, como se pode depreender das inovações trazidas pela atual Carta Magna. Evidencia-se que, ao criar a ADPF, o legislador constituinte apenas indicou os contornos gerais da ação, transferindo para a lei a responsabilidade de sua completa formatação, como fez com a ação direta de constitucionalidade e com a ação declaratória.

Essa estratégia é incontroversa, posto que um texto constitucional não pode disciplinar todas as situações de direito. É, a mais das vezes, texto incompleto, conforme se verifica da lição de Michel Rosenfeld (2003, p. 18): “Um texto constitucional é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis. Ele é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria idealmente contemplar, mas porque, além do mais, ele não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe. Mais ainda, precisamente em razão da incompletude do texto constitucional, as constituições devem permanecer abertas à interpretação; e isso no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis”.

Já para Walter Rothenburg (2001, p. 199), a conformação do instituto, tal como apresentada pela Lei nº 9.882/99, era, de certa

forma, inesperada, e atribuiu à ação interessantes possibilidades. Assim, afirmou que “com a edição da Lei que definiu a argüição de descumprimento de preceito fundamental (...), a surpresa do indigitado instituto – que, afinal, não havia despertado tanta curiosidade assim – acabou sendo frustrada e renovada: frustrada, porque a definição legal do instituto não apresentou uma autêntica ação constitucional popular direta de garantia concreta; renovada, pela feição original dada ao instituto, revelando interessantes possibilidades”.

Veja-se que a Lei nº 9.882/99 conferiu à ADPF parâmetro e objeto de fiscalização distintos das demais ações de controle. Além disso, deu-lhe atributo ímpar: feição de controle concentrado e incidental, na medida em que permite a ocorrência do controle concentrado com base no exame de um caso específico, retirado de processo em curso.

Têm-se, assim, mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade que possibilita a apreciação mais célere, pelo STF, de controvérsias constitucionais suscitadas em processo que já tramita em outros órgãos do Poder Judiciário. Até então, a ofensa a disposições constitucionais, verificadas em situações concretas, só poderiam chegar à Corte Suprema pela via incidental, que em geral, tem tramitação demorada.

Acresça-se, ainda, o fato de que o legislador ordinário previu a possibilidade de se obter, por meio da argüição, a declaração de inconstitucionalidade dos atos não-normativos do Poder Público<sup>2</sup>, de lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, inclusive os anteriores à Constituição, atos estes excluídos, até a edição da referida lei, do controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Percebe-se, finalmente, que a regulamentação da ação, nos moldes propostos pelo legislador, agregou densidade normativa à argüição, delimitando amplo campo de incidência, podendo observar-se que: a) foi

concebida como instrumento de controle de constitucionalidade, com feição abstrata e concreta; b) foram criadas espécies de ADPF; e c) foi delineada para ser utilizada subsidiariamente aos demais meios jurídicos. Questiona-se, portanto, se não seria esse o motivo pelo qual a ação é, até hoje, alvo de incertezas quando à sua utilização.

### 3.1. A exegese da Lei nº 9.882, de 1999

Entre os aspectos geradores de polêmica, no âmbito da regulamentação da ADPF, está a disposição trazida pelo § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99, a qual exige a demonstração de inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade, o que caracterizaria o princípio da subsidiariedade.

Pode-se compreender que a intenção de atribuir caráter subsidiário à ADPF baseou-se no fato de se encontrar, no ordenamento jurídico pátrio, medidas saneadoras de lesões a direitos que poderiam ser utilizadas em detrimento da argüição, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, o *Habeas Data* e o *Habeas Corpus*.

Por conseguinte, o caráter subsidiário, imposto pelo legislador como condição para o manejo da ação, permite que se questione que, dada a complexidade do sistema de controle de constitucionalidade, parece não fazer sentido atribuir densidade à ação e ao mesmo tempo retirar sua relevância, vez que, pela dicção literal do dispositivo, a ADPF só poderá ser adotada como meio subsidiário de controle de constitucionalidade. Ou ainda: em que casos será aplicável a argüição, considerando-se que, no sofisticado sistema de controle vigente, parece já haver adequadas vias para a defesa de direitos?

Sob essa óptica, a possibilidade de utilização de meio processual diverso não basta, por si só, para preferir a ADPF. O STF, ao enfrentar questão trazida por argüição de

descumprimento, deverá avaliar não só a existência de outro meio judicial, mas também promover o juízo de valor sobre a fundamentalidade do preceito constitucional violado *ex vi* do § 1º do art. 102 da CF/88, sobre a relevância do fundamento da controvérsia suscitada em processos já em curso (análise indispensável diante do previsto no inciso I do parágrafo único do Art. 1º da Lei nº 9.882/99), sobre a eficácia do meio alternativo em evitar ou reparar a ofensa a direito fundamental, além de analisar outros requisitos de admissibilidade descritos no art. 3º da mencionada Lei.

Da delibação obrigatória pela qual passa a argüição, já se pode perceber a dificuldade, ou até mesmo a impossibilidade, de se atribuir posição subsidiária ao instituto, dadas as suas características. No entanto, o Órgão Máximo acolheu o caráter subsidiário dado à ADPF, que, de certa forma, tem impedido o desenvolvimento da ação, como se depreende da análise de julgados levados a efeito em sede de ADPF. Já no campo doutrinário, não se encontra situação pacífica quanto à inteligência do princípio, como se segue.

### 3.2. O Posicionamento da doutrina

Diante da ordem posta no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99, há estudiosos que rejeitam o caráter subsidiário reservado à ADPF baseados na especialidade conferida à ação: proteger preceitos especiais ditos fundamentais. Têm como tese central o fato de que o § 1º do art. 102 da Lei Magna apenas autorizou a lei a dar forma ao instituto, não a restringir seu conteúdo.

Outros doutrinadores, a seu turno, sustentam ser possível o uso da argüição somente quando não for viável enfrentar a questão, quer pela via de processo objetivo, quer por outro meio disponível. Embasam sua argumentação na dicção expressa do citado dispositivo, preterindo, assim, o uso da argüição sempre que cabível mandado de segurança, ação popular, reclamação ou recurso.

### 3.2.1. Pela rejeição ao princípio da subsidiariedade

Flávia Piovesan e Renato Stanzola (2003, p. 118) pugnam pela máxima efetividade das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais, o que, em seu entender, vai ao encontro do princípio da supremacia da Constituição. Em consequência, não haveria como lei ordinária restringir o uso de ADPF. Para eles, a ADPF tem por objetivo tutelar “(...) *prima facie*, não situações objetivas, em que se cuida tão-somente de situações puramente de Direito, mas situações nitidamente subjetivas em que afrontados restam diretamente os próprios direitos fundamentais dos cidadãos”.

Nesse sentido, indagam: “como é que um instituto especificamente previsto para a tutela de preceitos ‘fundamentais’ poderia ser tido como supletivo, no sistema do controle concentrado de constitucionalidade que, como se sabe, não exige tradicionalmente uma fundamentalidade da norma constitucional atacada?” (2003, p. 118) Enfatizam, também, que, como “mecanismo específico de defesa dos direitos fundamentais do cidadão, com âmbito de aplicação todo próprio e, por isso, inconfundível com os demais mecanismos de fiscalização concentrada ou difusa de constitucionalidade, não pode a argüição de descumprimento de preceito fundamental se ver, em relação a esses mecanismos, diminuída à condição de subsidiária, de supletiva”. (2003, p. 118)

Com esse enfoque, traz-se à colação a lição de André Ramos Tavares (2001, p. 45), que defende o caráter de ação principal da ADPF com base em sua especialidade. Afirma que o instrumento é tão primordial quanto a ADI, e que, portanto, “não é instituto com caráter ‘residual’ em relação à ação direta de inconstitucionalidade (genérica ou omissiva). Trata-se, na realidade, de instrumento próprio para resguardo de determinada categoria de preceitos (os fundamentais), e é essa a razão de sua existência. Daí não se poder admitir o cabimento de qual-

quer outra ação para a tutela direta desta parcela de preceitos, já que, em tais hipóteses, foi vontade da Constituição ao indicar, expressamente, que a argüição será a modalidade cabível, o que exclui as demais ações”.

Complementa o autor: “verificar-se-á que a argüição é cabível sempre, e absolutamente sempre, que se observar a violação de preceito constitucional de natureza fundamental. (...) Não obstante admitir-se a possibilidade de que mais de uma ação preste-se ao mesmo objetivo, a verdade é que, com a introdução da argüição, para ela desviam-se todos os descumprimentos de preceitos fundamentais da Constituição. (...) As hipóteses de cabimento da argüição, no que se refere à exigência de violação da Carta Constitucional, não podem depender de lei. Já vem traçada pela própria Constituição”. (2001, p. 42)

Ao tratar da matéria, Walter Rothenburg (2001, p. 225) também aponta no sentido de conferir à ADPF a máxima efetividade. Para ele, quando houver dúvida entre a utilização de uma ADI ou de uma ADPF, deve-se dar preferência a essa última. Diz também: “Em vez de subsidiariedade, haverá preferência para a argüição, em função da maior importância da norma constitucional violada (preceito fundamental) e da relevância que venha a ser reconhecida no caso à questão constitucional. No cotejo entre a fundamentalidade do parâmetro e a relevância do fundamento da controvérsia constitucional, por um lado, e a subsidiariedade, por outro, aquelas hão de prevalecer”.

Contudo, afirma que se for atribuído o caráter subsidiário, “haverá de ser avaliado em função não apenas da inexistência, mas também da eficácia de outros meios de controle judicial: o fator ‘tempo’ podendo recomendar ‘antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes’, num cenário de decisões pontuais divergentes e de insuportável demora do trâmite processual até decisões definitivas (não necessariamente homogêneas)”. (2001, p. 225)

### 3.2.2. Pelo acolhimento da subsidiariedade

Alexandre de Moraes, integrante da corrente que prestigia o caráter subsidiário dado à ADPF, diz que “a lei expressamente veda a possibilidade de argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Obviamente, esse mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o habeas corpus, habeas data, mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, ação popular ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade, desde que haja efetividade em sua utilização, isto é, sejam suficientes para evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental causada pelo Poder Público (...) Portanto, o caráter subsidiário (...) consiste na necessidade de prévio esgotamento das vias judiciais ordinárias. (...) somente, de forma excepcional, poderá o Supremo Tribunal Federal afastar a exigência do prévio esgotamento judicial, quando a demora para o esgotamento das vias judiciais puder gerar prejuízo grave e irreparável para a efetividade dos preceitos fundamentais”.<sup>3</sup>

No entanto, observa que a aceitação da ADPF não exige a total ausência de outro instrumento jurídico, mas “seu prévio esgotamento sem real efetividade, ou seja, sem que tenha havido cessação à lesividade a preceito fundamental, pois a lei não previu exclusividade de hipóteses para a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, mas sua subsidiariedade”.<sup>4</sup>

Ainda sobre a importância da efetividade do meio como parâmetro de escolha, defende Luís Roberto Barroso que a subsidiariedade interpretada em sentido literal e radical retirará do instituto qualquer serventia. Invoca, assim, a razoabilidade na interpretação do dispositivo legal, pois, se for analisada de forma restritiva, a ADPF aca-

bará por ter “papel marginal e inglório, na mesma linha do mal-aventurado mandado de injunção” (2006, p. 252-254). Afirma também que, nessa seara, a questão central está na eficácia do outro meio a que se refere a Lei, ou seja, na solução que é capaz de gerar, asseverando que “Considerando que a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e contra todos, quando esses efeitos forem decisivos para o resultado que se deseja alcançar, dificilmente uma ação individual ou coletiva de natureza subjetiva poderá atingi-los. É por esse fundamento que merece adesão a posição que considera a natureza objetiva da ADPF (...)”. (2006, p. 254) Essa linha de raciocínio também é defendida por Gilmar Mendes, *a priori* em campo doutrinário, e, posteriormente, em seus votos como Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Cabe ainda, por oportuno, destacar a lição de Dimitri Dimoulis, que afirma que a lei regulamentadora da ADPF agregou força normativa ao instituto, transpondo-o da nebulosidade à categoria de ação principal, em caso de violação de preceito fundamental. Contudo, inviabilizou essa pretensão ao consignar o mandamento mencionado § 1º do art. 4º. Assim é que também afirma: “Sem negar o interesse teórico do modelo da especialidade e sem alinhar-nos às tentativas de nulificação de um instituto constitucionalmente garantido, consideramos que diante da clara opção da Lei nº 9.882/99 pelo modelo da subsidiariedade, a ADPF deverá se limitar aos casos residuais”.<sup>5</sup>

Também pela adoção do princípio da subsidiariedade, Roberto Mandelli Junior diz que, muito embora o Direito pátrio adote um complexo e misto sistema de fiscalização de constitucionalidade, a ADPF é mais um instrumento viável a implementar a proteção da Constituição e dos direitos fundamentais. Conforme leciona, a argüição complementou a fiscalização abstrata de constitucionalidade realizada pelo STF, pois, passam a ser suscetíveis de controle as leis e os atos normativos municipais e as



leis e os atos normativos das unidades autônomas da federação, anteriores à Constituição, fundamental, bem como os atos de efeito concreto, desde que descumpram preceito constitucional.

### 3.3. O posicionamento da jurisprudência do STF

Mesmo antes da regulamentação do dispositivo constitucional, o STF já lançava luz sobre a questão da subsidiariedade da ação. Ao apreciar pleito que pretendia ser conhecido como ADPF, formulado por ex-Presidente da República, com vistas a anular decisão sobre perda de cargo, a Corte negou seguimento à ação por conta da ausência de norma regulamentadora. Reconheceu, contudo, a existência de outros meios judiciais que poderiam ser adotados em substituição à ADPF (Petição 1.365-DF/QO, Relator Min. Néri da Silveira, 3/12/1997).

Posteriormente, com a edição da Lei, e adotando o princípio da subsidiariedade constante do § 1º do art. 4º, o Tribunal não admitiu a maioria das ações diante da existência de outro meio capaz de sanar a lesividade do ato impugnado. Ao que parece, a Corte procurou verificar a existência de outros remédios jurídicos, sem deixar de avaliá-los quanto à efetividade.

Assim, em maio de 2000, logo após o advento da lei 9.882/99, o STF enfrentou arguição proposta pelo Governador do Ceará (ADPF 3-3/CE). Nela, a Corte promoveu detida análise do princípio da subsidiariedade, que fundamentou o não-conhecimento unânime do feito. O Relator, Min. Sidney Sanches ponderou que, no caso específico, não se tratava de uma arguição incidental, visto não ser alegado na inicial a existência de qualquer controvérsia entre as decisões focalizadas. Forçoso era, no entanto, “verificar, então se as decisões (...) impugnadas, poderiam ser atacadas por outros meios eficazes ao combate à lesividade delas decorrentes”.<sup>6</sup> Concluiu então:

“Vê-se, pois, que ainda *há meios judiciais eficazes* para se sanar a alega-

da lesividade das decisões impugnadas. E sem sua utilização pela parte interessada, não é admitida a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do referido § 1º do Art. 4º da Lei nº 9.882, de 03.12.1999”.<sup>7</sup> (grifo nosso)

No decorrer das discussões lançadas no referido julgamento, chama a atenção o voto do Min. Celso de Mello, que ressalta a importância de se avaliar a eficácia proporcionada pelo meio adotado em detrimento da ADPF. O Ministro registrou que:

“O *princípio da subsidiariedade* - que rege a instauração do processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental - acha-se consagrado no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que *condiciona*, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à *ausência* de qualquer *outro* meio processual apto a sanar, *de modo eficaz*, a situação de lesividade indicada pelo autor.

*Cabe advertir*, no entanto, que o princípio da subsidiariedade *não* pode - e *não deve* - ser invocado para *impedir* o exercício da ação constitucional de descumprimento de preceito fundamental, pois esse instrumento está vocacionado a viabilizar a *realização jurisdicional* de direitos básicos contemplados no texto da Constituição da República.

O comprometimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que resulte da *indevida* aplicação do princípio da subsidiariedade, representará, em última análise, a *inaceitável frustração* do sistema de proteção dos direitos fundamentais instituído pela Carta Política, *neutralizando*, de maneira ilegítima, a efetividade da própria Constituição.” (grifos do Min. Celso de Mello)<sup>8</sup>

Veja-se então que, tanto o Relator, quanto o Min. Celso de Mello, apontaram a efetividade como marca distintiva do meio a ser



adotado em substituição à ADPF. Ocorre que, no julgamento da ADPF 4-1/DF, logo no mês seguinte ao julgamento da ADPF 3-3/CE, não houve unanimidade no Plenário da Corte. Nesse feito, o Tribunal dividiu-se em relação ao entendimento sobre a existência e a eficácia do meio judicial subsidiário à arguição: cinco dos ministros conheceram da arguição por entenderem que a medida judicial existente – Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – não seria, em princípio, eficaz para sanar a alegada lesividade, ao passo que outros cinco consideraram haver outro meio capaz de solver a aventada ofensa. Pelo voto de desempate do Min. Néri da Silveira, foi conhecida a ADPF (ADPF 4-DF, Relator Min. Octavio Gallotti, 28/6/2000).

Assim, apoiado nessa compreensão, o Tribunal passou a não conhecer das arguições, quer pelo Plenário, quer por decisão monocrática, quando verificada a aptidão de outras medidas, como a ADI, o recurso extraordinário, a reclamação ou o mandado de segurança, para resolver as ofensas suscitadas. Cita-se, como exemplo, as decisões proferidas no âmbito da ADPF 12-DF, ADPF 13-SP, ADPF 17-AMP e ADPF 18-AgR-CE, de 2001.

Já em 2002, ao analisar agravo interposto contra decisão que não conheceu da ADPF 17-AP, pela aplicação do princípio em tela, o Plenário negou provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do Min. Celso de Mello, que sustentou que a subsidiariedade vinculada à arguição é tida como um verdadeiro pressuposto de admissibilidade e que, no caso específico da ADPF 17-AP, foi traduzida como pressuposto negativo de admissibilidade:

“Trata-se de agravo regimental, (...) *contra* decisão que *não conheceu* da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela parte ora agravante e que julgou prejudicado, em consequência o exame do respectivo pedido de liminar.

O fundamento em que se apoiou a decisão ora agravada *refere-se à incidência*, na espécie, do *pressuposto negativo de admissibilidade*, resultante da aplicação, ao caso ora em exame, do *princípio da subsidiariedade*, que atua como *causa obstativa* do ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental (...).

*Incid*e, pois, na espécie, o *pressuposto negativo de admissibilidade* a que se refere o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, circunstância esta que torna *plenamente* invocável, *no caso*, como já enfatizado, o princípio da subsidiariedade, que atua – *ante* os fundamentos expostos – como *causa obstativa* do ajuizamento *imediato* da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Por tais razões, *nego provimento* ao presente recurso de agravo, *mantendo*, em consequência, *por seus próprios fundamentos*, a decisão ora agravada, *considerada a plena validade jurídico-constitucional do princípio da subsidiariedade* (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º)”. (grifos do Min. Celso de Mello)

É importante registrar que, embora o Relator tenha tratado a subsidiariedade como gerador de obstáculo ao ajuizamento da ADPF, relevando-se como pressuposto negativo de admissibilidade, ressaltou, mais uma vez, a necessidade de prudência, a ser adotada pela Corte, na interpretação da regra inscrita no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99, de modo a permitir o uso da nova arguição como meio de prevenir ou reparar, com efetividade, a lesão a preceito fundamental causada por ato do Poder Público, indicando sua preocupação com o destino da ação.

Nesse sentido, o Min. Celso de Mello sustentou que:

“É claro que a *mera possibilidade* de utilização de *outros* meios processuais *não basta*, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidia-

riedade, pois para que esse postulado possa *legitimamente* incidir, *revela-se* essencial que os instrumentos disponíveis *mostrem-se* aptos a sanar, *de modo eficaz*, a situação de lesividade. *Isso significa*, portanto, que o princípio da subsidiariedade *não pode* – e não deve – ser invocado para *impedir* o exercício da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental, *eis que* esse instrumento *está vocacionado* a viabilizar, numa dimensão *estritamente* objetiva, a *realização jurisdicional* de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República”. (grifos do Relator).<sup>9</sup>

Fato é que, no transcorrer de 2001 e 2002, as ações não obtiveram seguimento. Entretanto, com o ajuizamento da ADPF 33-5/PA, em 2003, houve alterações no processamento da ADPF: essa argüição foi admitida, teve seu pedido liminar deferido pelo Relator e referendado pelo Plenário e, no mérito, foi julgada procedente. Assim, a ADPF 33-5/PA se sobressai entre as demais por força do denso estudo oferecido pelo Min. Gilmar Mendes, Relator, que enfrentou temas controversos, originados a partir da normatização do texto constitucional, como o parâmetro de controle – o conceito de preceito fundamental –, a aptidão da argüição de descumprimento para tratar de direito pré-constitucional e a incidência do princípio da subsidiariedade. Sobre esse último tópico, consignou:

“Cláusula da subsidiariedade – o desenvolvimento do instituto da inexistência de outro meio eficaz, ou o princípio da subsidiariedade, dependerá da interpretação que o STF venha a dar à lei. A esse respeito, destaque-se que a Lei nº 9.882, de 1999, impõe que a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º).

À primeira vista poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão (recurso constitucional) e no direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão –, contido no § 1º do art. 4º da Lei nº 9882, de 1999, *há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global*”. (grifo nosso).

Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa) meio eficaz de sanar a lesão parecer *ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata*”. (grifo nosso)<sup>10</sup>

Consoante a lição de Gilmar Mendes, a análise da subsidiariedade requer a observância do caráter objetivo da argüição associada à eficácia dos meios alternativos em solver a controvérsia. Esta linha de raciocínio, prevalência do enfoque objetivo para assegurar proteção da ordem constitucional

objetiva, leva ao entendimento de que a ADPF pode ser considerada medida a ser utilizada com primazia, a exemplo do que já ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

É de se apontar que, nesse mesmo julgamento, o Min. Sepúlveda Pertence acompanhou o Relator “em sede rigorosamente cautelar e sem maiores compromissos”.<sup>11</sup> Resaltou que, para ele, a matéria ainda não está sedimentada, consignando que “a questão ainda me causa muita perplexidade”.<sup>12</sup> Observe-se que a ADI nº 2231, cujo tema é a inconstitucionalidade da Lei nº 9.882/99, encontra-se pendente de julgamento por força da concessão de vista ao Min. Pertence.

Outro julgamento merecedor de destaque foi o encetado na ADPF 54-DF, por se tratar de matéria de relevante interesse público e pelo fato de seu estudo também ter abordado questões amplas e igualmente primordiais para o desenvolvimento da jurisprudência relativa à ADPF. A ação foi conhecida e obteve deferimento de pedido liminar, para, além de determinar o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, reconhecer o direito constitucional de uma gestante vir a submeter-se à operação terapêutica de parto de feto anencefálico.

O cabimento dessa ação baseou-se nos seguintes fatores: configurou-se no caso concreto a violação de preceitos fundamentais (dignidade, liberdade e saúde da gestante); a lesão foi resultado da emissão de ato do Poder Público (normas do Código Penal) e a inexistência de outro meio eficaz de sanar a ofensa. No entanto, o Tribunal negou referendo à liminar concedida, retornando os autos ao Relator. (ADPF 54-DF/QO, Relator Min. Marco Aurélio, 20/10/2004).

Mais recentemente, em fevereiro de 2006, o Min. Gilmar Mendes, confirmando sua posição sobre o alcance da ADPF, negou seguimento à ação proposta pelo Conselho Federal da OAB contra ato emanado do Tri-

bunal de Justiça de Tocantins. A negativa fundou-se na falta de utilização de outra via dotada de eficácia para sanar a aventada lesão e na carência de relevância jurídica, vez que se analisava atos concretos relativos à nomeação de juízes. Disse o Relator:

“Conforme pode se observar na espécie, a argüente não utilizou qualquer instrumento processual ou ação de impugnação autônoma do ato imputado como manifestamente inconstitucional.

Poder-se-ia cogitar, portanto, até mesmo da tempestiva impetração de mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX) contra os atos de nomeação realizados pelo Governador do Estado de Tocantins.

Na verdade, almeja-se reparar lesão a direito supostamente reconhecido com relação a situações singulares, a saber: a nomeação de dois desembargadores estaduais em suposta violação à disposição constitucional do ‘quinto constitucional (CF, art. 94 e parágrafo único).

Destarte, não tendo havido qualquer impugnação dos atos singulares ordinários, que, reitere-se, *in casu*, seria apta para solver a controvérsia de forma plena, não há como justificar, na espécie, a utilização da ADPF em face do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99. Parece evidente que referido instituto, cuja nobreza é dispensável destacar, não pode ser utilizado para suprir inércia ou omissão de eventual interessado.

Como o instituto da ADPF assume feição eminentemente objetiva, o juízo de relevância deve ser interpretado como requisito implícito de admissibilidade do pedido.

Seria possível admitir, em tese, a propositura de ADPF diretamente contra ato do Poder Público, nas hipóteses em que, em razão da relevância da matéria, a adoção da via ordi-

nária acarrete danos de difícil reparação à ordem jurídica. O caso em apreço, contudo, revela que as medidas ordinárias à disposição da ora requerente – e, não utilizadas – poderiam ter plena eficácia.

Ressalte-se que a fórmula da relevância do interesse público, para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no modelo alemão), está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro.

No presente caso, afigura-se de solar evidência a falta de relevância jurídica para a instauração da ADPF.

Assim, tendo em vista a existência, pelo menos em tese, de outras medidas processuais cabíveis e efetivas para questionar os atos em apreço, entendendo que o conhecimento do presente pedido de ADPF não é compatível com uma interpretação adequada do princípio da subsidiariedade”.<sup>13</sup>

Como se nota, a aplicação do princípio contido no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99 ainda merecerá estudo e dedicação, haja vista que a doutrina apresenta teses que, de um lado, prestigiam o mandamento constitucional ao defender o status de ação principal da ADPF, e de outro, refutam sua participação residual no sistema de controle de constitucionalidade. Há, ainda, teses que valorizam a determinação do legislador ordinário e reconhecem a ADPF como meio subsidiário. A jurisprudência da Corte Suprema, por sua vez, tem acolhido o princípio da subsidiariedade quando da apreciação de admissibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com base na existência e utilização, por parte do argüente, de outros instrumentos processuais dotados de igual aptidão.

#### 4. Conclusão

De nosso estudo, salienta-se que a análise da ADPF gera ainda intensos debates sobre seu alcance e cabimento, notadamente

quanto ao parâmetro de controle – a conceituação da locução preceito fundamental – e ao caráter subsidiário, advindo da leitura do § 1º, do art. 4º, da Lei 9.882, de 1999.

Nesse contexto, adotou-se o sentido que deflui da Lei Maior, que toma a arguição como meio processual adequado para provocar a jurisdição constitucional diante de descumprimento a preceitos tidos como fundamentais, ou seja, transgressões, inconstitucionalidades ou até mesmo contrariedades a preceitos fundamentais, provenientes de atos do Poder Público.

No Brasil, destacou-se o julgamento da ADPF nº 33-5/PA, no qual foram expostas importantes teses que se constituem em indicativo do posicionamento a ser adotado pela jurisprudência. Entre elas, destacamos, para os fins deste estudo, a argumentação relativa ao princípio da subsidiariedade.

Esse princípio, revelado a partir da leitura do § 1º, do art. 4º, da Lei 9.882/99, indica que o manejo da arguição depende da demonstração de inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade. A questão tem dividido a doutrina entre os que rejeitam o caráter subsidiário reservado à ADPF – por terem como certa sua especialidade, posto que veio para proteger princípios fundamentais decorrente da Constituição Federal vigente –, e os que o acolhem, por prestigiarem a determinação do legislador ordinário, defendendo, assim, a utilização do instrumento somente quando não for viável enfrentar a matéria por outro meio processual.

A jurisprudência, por sua vez, acolheu como verdadeiro pressuposto intrínseco de admissibilidade a não existência de outra modalidade capaz de anular situações de lesividade, decorrentes de atos do Poder Público – o que consubstancia o princípio ora estudado.

Fato é que, diante da postura do legislador ordinário, a arguição é capaz de prestar excelente serviço para a tutela de direitos fundamentais, confirmando, dessa forma, a

intenção do constituinte, que por certo não lançou mão desta ação apenas para adicioná-la às já existentes, ou mesmo para que fosse utilizada como derradeira ferramenta processual.

Assim, a ADPF será cabível para acudir demandas sustentadas na ofensa a direitos fundamentais, excetuando-se, nos termos da indicação do princípio da subsidiariedade, as situações em que o Supremo Tribunal Federal confirmar a existência de outro remédio capaz de sanar a lesividade.

Impende, ainda, afirmar, que, dadas as suas peculiaridades e tomada como processo objetivo, a ADPF deve ser preterida apenas por outro meio de idêntica natureza, desde que dotado de real eficácia para solucionar lesão ou ameaça de lesão, ou seja, o cotejo deve respeitar a compatibilidade entre a natureza das ações.

Por essa compreensão, conclui-se que a tese defendida pelo Min. Gilmar Mendes, consignada nos autos da ADPF 33-5/PA, deve prevalecer e sedimentar o entendimento do princípio da subsidiariedade, no âmbito do STF.

Desta feita e com base em todo o exposto, pode-se afirmar que:

a) a ADPF é ação constitucional de natureza objetiva, criada para tutelar preceitos fundamentais;

b) por força das condições atribuídas pela Lei nº 9.882/99, a ADPF ampliou o raio de ação do sistema de controle de constitucionalidade, ao possibilitar o conhecimento, pelo STF, de matérias alheias ao controle abstrato;

c) o princípio da subsidiariedade, extraído do § 1º do artigo 4º da referida Lei, não inibe a utilização da argüição, nem a qualifica como ação menor ou secundária. Revela, antes, a necessidade de se formular comparação entre os instrumentos disponíveis, desde que possibilitem semelhante eficácia para banir do mundo jurídico o ato violador de preceitos fundamentais. A relação deve se ater, obrigatoriamente, a processo de mesma natureza, ou seja, a ADPF poderá

ser rejeitada apenas quando confirmada a existência de outro processo objetivo apto a solver a controvérsia.

Apresentaram-se, em suma, argumentos que sustentam a importância da ADPF como ação de índole constitucional, capaz de reparar lesão ou ameaça de lesão com celeridade e eficácia, o que, espera-se, contribuirá para a dignificação do Poder Judiciário.

Finalmente, por meritório, indica-se a necessidade de aprofundamento, em pesquisas posteriores, das teses atinentes à conceituação de preceito fundamental, por constituir o parâmetro de controle da ação. Da mesma forma, dever-se-á avaliar eventual impacto gerado pela aprovação do PL nº 6.543/2006, que pretende ampliar o rol de legitimados para a propositura da argüição.

### Notas

<sup>1</sup> Voto do Min. Néri da Silveira na ADI nº 2231. Publicado no DJ de 17/12/2001.

<sup>2</sup> Conforme entendimento do STF, os atos normativos do Poder Público, dotados de generalidade e abstração, são impugnados por meio da ADI.

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99/André Ramos Tavares, Walter Claudius Rothenburg (org.). São Paulo: Atlas, 2001. p. 15-37.

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99/André Ramos Tavares, Walter Claudius Rothenburg (org.). São Paulo: Atlas, 2001. p. 27.

<sup>5</sup> DIMOULIS, Dimitri. Redundâncias e silêncios constitucionais no exemplo da argüição de descumprimento de preceitos fundamentais. Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental/ Organizadores: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 79-99.

<sup>6</sup> ADPF 3-Ceará, Relator Min. Sydney Sanches, julgada em 18/5/2000.

<sup>7</sup> *Ibidem*, voto do Min. Sydney Sanches.

<sup>8</sup> ADPF 3-Ceará, Relator Min. Sydney Sanches, 18/5/2000. Voto do Min. Celso de Mello.



<sup>9</sup> Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 17-3 – Amapá Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 5/6/2002.

<sup>10</sup> Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 33-5 Pará, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 23/3/2003..

<sup>11</sup> *Ibidem*, voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

<sup>12</sup> *Ibidem*, voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

<sup>13</sup> ADPF 76-TO, Relator Min. Gilmar Mendes, despacho monocrático de 13/2/2006.

## Referências

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. São Paulo: Dialética, 1997, p.57.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. A arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, nº 30, 2000, p. 69.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CLEVÊ, Clémerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. 2 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. Redundâncias e silêncios constitucionais no exemplo da arguição de descumprimento de preceitos fundamentais. Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental/ Organizadores: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2. ed. ampliada, atualizada e reformulada. São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 1. p. 497.

FREIRE, Alonso Reis Siqueira. A arguição de descumprimento de preceito fundamental no processo constitucional brasileiro: a abertura estrutural dos parâmetros e a determinação processual do objeto do instituto. 229 p. Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, tendo por orientador professor Menelick de Carvalho Netto.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1988.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 28ª edição atualizada por Gilmar Ferreira Mendes e Arnold Wald. Editora Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. Arguição de descumprimento preceito fundamental(I) (§1º do art. 102 da Constituição Federal).Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República, Brasília nº 7, dez. 1999).

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998

MORAES, Alexandre. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99/André Ramos Tavares, Walter Claudius Rothenburg (organizadores). São Paulo: Atlas, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 6.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIOVESAN, Flávia e VIEIRA, Renato Stanzola. Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental/ Organizadores: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.



ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99/André Ramos Tavares, Walter Claudius Rothenburg (organizadores). São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. Da arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental. São Paulo, 2000. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) Faculdade de Direito, PUC-SP.



# Da fraude legislativa à confusão normativa

Da impossibilidade de declaração de prejudicialidade nas ações diretas de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto. Estudo de casos

Fabiano Rodrigues de Abreu

## Sumário

1. Introdução. 2. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2.1. Histórico Jurisprudencial. 2.2. Alteração Jurisprudencial. 2.3. Pressuposto de existência da norma impugnada. 2.3.1. Decisão da ADI nº 709. 2.3.2. Fundamentos da decisão. 3. Fundamento I – Exigência de que o objeto da ação deva ser necessariamente lei ou dispositivo legal em vigor. 3.1. Da falsa revogação. 3.1.1. Ausência de densidade normativa idêntica ou semelhante à tida por revogada. 3.1.2. O objeto de uma ADI não é apenas o texto da lei ou ato normativo impugnado, é o sentido e o alcance do dispositivo atacado. 3.2. Do princípio da indisponibilidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade. 4. Fundamento II – Diferenciação entre função jurídica constitucional da ADI e do instituto da revogação. 4.1. Da função jurídica da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. 4.2. Da função jurídica da revogação. 5. Fundamento III – Dos efeitos concretos da lei revogada durante sua vigência. 6. Considerações finais. 7. Notas. 8. Gráfico de ADIs julgadas prejudicadas pelo STF.

Fabiano Rodrigues de Abreu é bacharel em direito e analista judiciário. Chefe-substituto da Seção de Processos do Controle Concentrado do STF, tendo sido assistente dos Ministros Nelson Jobim, Gilmar Mendes e Néri da Silveira.

Artigo produzido com base no trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto.

## 1. Introdução

O objetivo deste trabalho é justificar a necessidade de o Supremo Tribunal Federal voltar a julgar o mérito das ações diretas de inconstitucionalidade mesmo com a superveniente revogação do dispositivo legal questionado, eliminando assim, por completo, a possibilidade de perpetuação, por tempo indefinido, de dispositivos legais efetivamente inconstitucionais na esfera federal e estadual.

Ressaltaremos a importância de a Suprema Corte retomar esse entendimento para exercer, mais eficazmente, seu papel jurisdicional, com objetivo de alcançar a verdadeira proteção aos princípios constitucionais e segurança jurídica.

O trabalho será desenvolvido com base na análise dos fundamentos da decisão que alterou a jurisprudência da Corte (ADI nº 709) e de seus respectivos argumentos. Decisão esta que vem sendo aplicada de forma reiterada pelo Tribunal. Também serão analisados os andamentos e decisões semelhantes proferidas em outras ADIs.

Procuraremos demonstrar, através de alguns exemplos, situações em que a aplicação da atual jurisprudência, julgando prejudicadas as ações diretas de inconstitucionalidade pela perda de objeto, considerando a superveniente revogação da norma questionada, se deu algumas vezes com base em uma falsa revogação. Em outras situações a revogação não restou claramente configurada, levando-nos a uma verdadeira confusão normativa. E, por fim, na maioria dos casos há, sem uma declarada razão de motivos, uma “corrida” dos órgãos afetados pela declaração de inconstitucionalidade, para “revogar” os dispositivos legais questionados, evitando a todo custo os efeitos de uma decisão declaratória proferida pela Corte.

## *2. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade*

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) configura-se uma verdadeira ação posta à apreciação do judiciário, não havendo pretensão resistida, o que, na realidade, busca a defesa da ordem constitucional objetiva e sua coerência, consistindo em instrumento da fiscalização de normas.

### *2.1. Histórico Jurisprudencial*

Ainda sob a tutela da Constituição de 1967/1969, o Supremo Tribunal Federal conhecia e julgava o mérito das ADIs que,

após sua propositura, tivessem seu dispositivo legal questionado revogado. A condição para tanto era de que a norma impugnada tivesse produzido efeitos e, se esta situação não ocorresse, a ação era extinta por falta de objeto. Assim, proposta a ação direta de inconstitucionalidade, o Tribunal realizava a análise da constitucionalidade do dispositivo impugnado, independentemente de sua posterior revogação.

Embora não conste explicitamente nos julgados anteriormente realizados pela Corte neste sentido, o motivo pelo qual o Tribunal continuava a julgar a ADI, mesmo com a revogação ulterior do dispositivo legal questionado, era o de se evitar a chamada “fraude legislativa” – situação em que o direito é usado contra o direito, onde a revogação é usada para não revogar e, assim, se perpetuar a situação posta pelo direito dito revogado, retirando a possibilidade de continuidade na apreciação de sua inconstitucionalidade.

### *2.2. Alteração Jurisprudencial*

Este entendimento jurisprudencial manteve-se até mesmo por um período após a promulgação da Constituição de 1988. A alteração jurisprudencial, quanto ao julgamento de prejudicialidade por perda superveniente de objeto nas ADIs, se deu com o julgamento da ADI nº 709 (cf. DJ. 20/05/94, p. 12247, republicado em 10/06/94 p. 14785 e em 24/06/94 p. 16648.)

Entendimento este reiterado em todas as decisões posteriores da Corte em que declarou a prejudicialidade das ADIs por perda superveniente de objeto.

### *2.3. Pressuposto de existência da norma impugnada*

O ordenamento jurídico brasileiro e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adotaram tanto o pressuposto (condição essencial) da existência da norma, ressalvada a hipótese de se haver inconstitucionalidade por omissão (inconstitucionalidade de justamente pela omissão da norma) –

como dispõe o modelo alemão de controle normativo de constitucionalidade – quanto o controle prévio de constitucionalidade expressamente autorizado pelo parágrafo 4º do art. 60 da CF, das propostas de emenda à constituição.

Nosso controle é a *posteriori* com a única exceção já referida das propostas de emenda à Constituição, exigindo-se a promulgação da lei ou ato normativo (complexo normativo) a ser questionado, o que permitiria considerar encerrado o processo legislativo e o direito como existente.

Nossa jurisprudência fixou o pressuposto:

“(...) a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados. (...)” (cf. DJ. 10/05/91 p. 5929-30).

A existência de lei ou ato normativo se dá quando cumpridas todas as etapas do processo legislativo, entre elas: proposição, discussão, votação, promulgação e publicação.

Somente após o término de todo o processo legislativo, é que podemos reconhecer a existência de lei ou ato normativo passível de se tornar objeto de ADI, na preciosa lição do Min. Celso de Mello:

“(...)Atos normativos *in fieri*, ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe – ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante – a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo – que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva –, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser

submetida à apreciação do órgão competente, para que, de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico.(...)” (cf. DJ. 10/05/91 p. 5929-30).

Ninguém questiona a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo se não houver uma presunção assentada na hipótese de que esta lei ou ato tenha ou possa vir a ferir direitos.

O controle concentrado normativo só pode ser empregado para a defesa da ordem jurídica, versando sobre normas que tenham sua constitucionalidade colocada em dúvida. E, neste aspecto, se a norma realmente for inconstitucional, ela sem dúvida alguma feriu o ordenamento jurídico, seja por, no mínimo, colocar direitos fundamentais em risco, direta ou indiretamente, ou simplesmente por ter podido gerar efeitos, produzir e estabelecer relações jurídicas, o que, para tanto, bastaria sua simples existência.

Como já dito, existência da norma é pressuposto do controle concentrado, excetuados os casos em que a inconstitucionalidade se dá justamente pela ausência da norma (inconstitucionalidade por omissão). Pressuposto este utilizado até o momento pelo nosso ordenamento jurídico como também pelo modelo de controle alemão, embora este último considere ainda válida a verificação, em sede de controle concentrado, de norma revogada. A justificativa para tanto está na possibilidade da lei revogada ser aplicada para além do tempo de sua revogação, da mesma forma com que nossa Corte considerava antes da alteração jurisprudencial, como explicitado no início deste trabalho.

É de se ressaltar, no entanto, que até no controle concentrado alemão os efeitos temporais são vinculados à natureza constitutiva da decisão de inconstitucionalidade de lei, sendo portanto *ex nunc*. Já no modelo brasileiro, dada a tradição do controle difuso adotado desde 1891, entende o STF que mesmo no caso do controle concentrado as

decisões sobre a inconstitucionalidade de lei, a princípio, no silêncio da Constituição, têm caráter declaratório, ou seja, produzem efeitos temporais *ex tunc*.

Assim, o suposto do nosso controle, com muito maior razão – apesar da relevância dada pela Constituição também às vias de controle concentrado – continua a ser a afirmação de que o legislador, na sua tarefa de elaboração das leis encontra-se limitado e circunscrito pela Constituição, não podendo fazer, validamente, leis inconstitucionais.

Apesar de a tradição firmada estar acorde com a maior defesa da Constituição, e com esse suposto básico em relação ao nosso sistema de controle de constitucionalidade das leis, a Corte alterou o entendimento já firmado, assentando que a revogação de uma lei ou ato normativo, mesmo após a propositura da ADI, retiraria o objeto da ação:

### 2.3.1. Decisão da ADI nº 709

A decisão do Tribunal Pleno na ADI nº 709, está assim ementada:

*“Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 709-2 Paraná*

Requerente: Governador do Estado do Paraná

Requeridos: Governador do Estado do Paraná e Assembléia Legislativa do Estado do Paraná

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Objeto da Ação. Revogação Superveniente da Lei Argüida de Inconstitucional. Prejudicialidade da Ação. Controvérsia.

OBJETO DA AÇÃO DIRETA prevista no art. 102, I ‘a’ e 103 da Constituição Federal, é a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, logo o interesse de agir só existe se a lei estiver em vigor.

REVOGAÇÃO DA LEI ARGÜIDA DE INCONSTITUCIONAL. Prejudicialidade da ação por perda do objeto. A revogação ulterior da lei questiona-

da realiza, em si, a função jurídica constitucional reservada à ação direta de expungir do sistema jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade.

EFEITOS CONCRETOS DA LEI REVOGADA, durante sua vigência. Matéria que, por não constituir objeto da ação direta, deve ser remetida às vias ordinárias. A declaração em tese de lei que não mais existe transformaria a ação direta, em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas.

Ação direta que, tendo por objeto a Lei 9.048/89 do Estado do Paraná, revogada no curso da ação, se julga prejudicada.”

### 2.3.2. Fundamentos da decisão

Como se pode observar, os fundamentos da decisão foram divididos em três partes distintas:

*Fundamento I* – Exigência de que o objeto da ação deva ser necessariamente lei ou dispositivo legal em vigor;

*Fundamento II* – Da afirmação de que a perda do objeto da ação, em razão da revogação, realiza em si, a função jurisdicional constitucional reservada à ADI; e

*Fundamento III* – A ação direta de inconstitucionalidade, por ser uma via de controle em tese, supostamente de natureza abstrata, exigiria que, os efeitos produzidos durante a vigência de lei, ou ato normativo revogado, fossem objeto da via do controle incidental e não do controle direto.

Para o presente estudo, será utilizada a mesma divisão, por fundamentos, posta na decisão transcrita.

### 3. Fundamento I – Exigência de que o objeto da ação deva ser necessariamente lei ou dispositivo legal em vigor

É óbvia, mas não menos importante, a afirmação de que: para viger, a norma legal precisa, primeiramente, existir.



Como explicitado anteriormente, a Corte exigia que a lei, ou ato normativo, estivesse em vigor no momento da propositura da ADI. Exigência que se dava em razão da segurança jurídica, da defesa dos direitos fundamentais, dos riscos a que são expostos e, por fim, em defesa da própria Constituição.

Assim, a condição da validade formal e vigência do dispositivo legal era verificada no momento da propositura da ação. Se a revogação fosse anterior à propositura da ADI, concluía-se pela perda de objeto desta, uma vez que o próprio legislador tratava de promover a alteração necessária também com fins às mesmas razões de segurança jurídica, de defesa – ou risco – dos direitos fundamentais e, por fim, da própria Constituição, estando os efeitos produzidos pelo dispositivo legal revogado sujeitos à apreciação do controle difuso.

Por outro lado, se o momento da cessação da validade formal, e portanto vigência do dispositivo legal questionado revogado fosse posterior à propositura da ADI, essa já havia adquirido condições e interesse em seu julgamento, como de fato ocorria. Uma vez provocada a Corte a se posicionar, como guardião da Constituição, em relação ao pelo menos risco de uma suposta inconstitucionalidade, ou como alguns preferem, quanto à duvidosa constitucionalidade de dispositivo legal.

Atualmente, após a alteração jurisprudencial, continua-se observando a vigência do objeto impugnado no momento da propositura da ação. Só que se este vem, após sua propositura, perder sua validade e vigência, por ter sido revogado, a Corte tem declarado a perda de objeto da ação, não mais importando os efeitos que a norma revogada possa ter produzido.

A não apreciação pelo STF destas ações e de seus respectivos dispositivos legais questionados, pela via do controle concentrado (Ação Direta de Inconstitucionalidade) leva-nos, nas palavras do eminente Ministro Gilmar Mendes, “a resultados insatisfatórios”. É que, segundo destaca o mi-

nistro, um dispositivo legal, mesmo que revogado, mantém-se como parâmetro e fundamento legal para os atos praticados durante sua vigência.

Embora, curiosamente, tenha se posicionado pelo julgamento de prejudicialidade da ADI nº 709, ora comentada, o Min. Rezek, na mesma direção apontada pelo Min. Gilmar, ressaltou:

“Recordo casos semelhantes que o Tribunal decidiu no passado. Atento, sim, para a hipótese em que, significando um título jurídico, quem sabe mesmo de domínio territorial, os efeitos residuais da lei sejam dramáticos e ela deva embora já revogada, ser proscrita por inconstitucionalidade.”

Não em vão o significado e a força contida na expressão utilizada pelo então Min. Rezek: a verificação de que, mesmo revogado, em determinados situações, o dispositivo legal questionado deva ser PROSCRITO POR INCONSTITUCIONALIDADE.

Proscrever, por vício de inconstitucionalidade, uma norma já revogada, vai muito além de considerá-la não mais válida formalmente, não mais em vigor. É condenar a degredo, desterrar, expulsar do ordenamento jurídico dispositivo legal já revogado, reconhecer que ele nunca pôde ter existido.

Posicionamento drástico como este tem sua razão de ser. É que, como bem indicado pelo Min. Gilmar, existe a possibilidade de o legislador retirar, do controle concentrado, a averiguação da constitucionalidade questionada do dispositivo legal pela simples edição de norma revogadora. Assim, o legislador se isentaria de se assegurar de que os efeitos inconstitucionais tenham sido eliminados, o que configuraria a necessidade de proscricção por inconstitucionalidade.

Tal possibilidade poderia explicar as inúmeras ações em que os órgãos responsáveis pela edição do diploma legal declarado inconstitucional tentam a todo ônus e custo, após seu julgamento, ver modificada a decisão, precisamente para preservar os efeitos inconstitucionais mediante a estra-

tégia da revogação, ou mesmo de uma aparente revogação, buscando assim o pronunciamento de prejudicialidade por perda superveniente de objeto. Como é o caso da ADI nº 951 em que, após a Corte, em decisão plenária, ter julgado parcialmente procedente a ação, declarando inconstitucional determinado dispositivo legal, a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina opôs embargos de declaração, pretendendo vê-la modificada. Para tal fim, encomendou parecer do Min. Paulo Brossard, defendendo sua posição. Coincidentemente Brossard havia sido o relator da ADI nº 709, que alterou a jurisprudência da Corte.

Registre-se que, há informação nos andamentos da referida ação (ADI nº 951) de juntada, por linha, aos autos (cf. rel. andamentos PG nº 86445/05) de documentos que, supostamente, demonstrariam que os dispositivos legais questionados, declarados inconstitucionais, continuam válidos e vigentes, produzindo seus efeitos, apesar da afirmação do órgão requerido de que teriam sido revogados.

Outros exemplos concretos revelam a prática da “falsa revogação”:

### 3.1. Da Falsa Revogação

Nesta circunstância está inserida a possibilidade de o legislador realizar uma falsa revogação. Revoga para não revogar, com o simples intuito de se aproveitar da atual jurisprudência, evitando-se, assim, o julgamento e possível declaração de inconstitucionalidade pela Corte. Como observado pelo Min. Gilmar, configurando uma verdadeira ação fraudulenta por parte do legislador do qual emanou a norma questionada.

A falsa revogação é detectada quando a lei revogadora, na verdade, não possui densidade normativa idêntica ou semelhante à tida por revogada ou, como demonstraremos através de exemplos, quando a norma “dita revogadora” ressalva, mantendo inalterado no corpo do seu texto os dispositivos legais e ou as situações por ele alteradas.

Embora, usualmente, as leis “ditas revogadoras” façam, ao final de seu texto, a referência “revogados os dispositivos da lei dita revogada”, ou “revogados os dispositivos à ela contrários.”

#### 3.1.1. Ausência de densidade normativa idêntica ou semelhante à tida por revogada

É jurisprudência da Corte:

“Nova redação que não altere o sentido e o alcance do dispositivo atacado não implica a revogação deste, de sorte que permanece viável o controle concentrado de constitucionalidade. Agravo regimental a que se nega provimento.” (cf. Acórdão Agr. no Agr, na ADI 2581, DJ 16/12/05).

O cotejo da norma “dita revogadora” com a “supostamente revogada” é primordial. A Corte já aplicou inúmeras vezes a atual jurisprudência, julgando prejudicada a ADI por superveniente revogação da norma questionada. Em alguns destes casos, o cotejo entre as normas revogadora e revogada, revelou tratar-se de uma falsa revogação.

O primeiro exemplo diz respeito ao julgamento de prejudicialidade da ADI nº 3.249 (cf. DJ. 17/11/05), Rel. Min. Sepúlveda Perence. Esta ADI tinha como objeto os artigos: art. 3º; art. 4º, § 2º, alíneas “a” e “b”, e § 3º; art. 9º, e art. 10º, § 1º, alínea “b”, todos da Lei nº 3.893, de 19 de julho de 2002, do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão :

“Trata-se de informações acerca da *ab-rogação* – pela L. est. 4620/05 (art. 29) – da L. est. 3893/02, na qual se inserem os dispositivos normativos impugnados nesta ação direta (arts. 3º, 4º, § 2º, a e b, § 3º, art. 9º, 10º, § 1º, b).

Ante a superveniente revogação das normas questionadas, julgo prejudicada a ação direta.

Brasília, 8 de novembro de 2005.”

Breve relato sobre a ação: a lei impugnada tratava de Carreira – Unificação e Reestruturação – Quadro de Pessoal.

A Advocacia Geral da União apresentou sua manifestação pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados. Em seqüência, a Procuradoria-Geral da República exarou parecer pela procedência do pedido, ou seja, para que a Corte declarasse a inconstitucionalidade dos dispositivos legais impugnados. Já tendo sido distribuído o relatório e pedido dia para julgamento, a assembléia legislativa estadual, órgão do qual emanou o dispositivo legal impugnado, comunicou a revogação deste.

Analisando os textos das normas – revogada e revogadora –, verifica-se que a norma revogadora (Lei nº 4.620/05), ao longo de seus dispositivos, ressalva situações constituídas sob a égide da lei dita revogada (Lei nº 3.893/02). O curioso é que os dispositivos ressalvados são justamente os que compõem o objeto da ADI.

Apesar de a lei “dita revogadora” alterar a redação do art. 4º da lei questionada (Lei nº 3.893/02), considera e mantém no seu anexo (Quadro de Carreiras) todas as alterações efetivamente trazidas por esta. Isto demonstra que não houve revogação, pois se a lei revogadora (Lei nº 4.620\05) realmente tivesse revogado a lei questionada na ADI, de constitucionalidade duvidosa, deveria a nova lei tomar como base e referência a situação vigente anterior à edição da lei questionada (Lei nº 3.893\02) e não se valer das alterações por ela produzidas, justamente porque o conteúdo e alcance destas alterações são o objeto da ADI proposta.

Aqui restou claramente evidenciada a situação de revogação para não revogar.

Consideremos, por fim, um outro caso, distinto dos anteriormente analisados quanto às das aparentes ou falsas revogações. Trata-se de uma situação em que a ausência de identidade da densidade normativa da norma revogadora, bem como o seu caráter superveniente, ou não, gera problemas de confusão normativa quanto à continuidade, ou não, de vigência da norma revogada.

A ADI nº 3213, cujo objeto era a lei nº 8.295/03 que instituiu o Código de Defesa do Contribuinte do Estado do Rio Grande do Norte, foi julgada prejudicada por perda superveniente de objeto, com base na informação de que a Lei nº 8.335/03 teria revogado a questionada.

“*DECISÃO*: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Governadora do Estado do Rio Grande do Norte em face da Lei Estadual nº 8.295, de 27 de janeiro de 2003, que institui o Código de Defesa do Contribuinte do Rio Grande do Norte.

Verifico que a Lei Estadual nº 8.335, de 09 de junho de 2003 (publicada no DOE de 10.06.2003), também do Estado do Rio Grande do Norte, em seu art. 2º, revogou expressamente a norma impugnada nesta ação, *verbis*:

“Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação, retroagindo seus efeitos a 1º de janeiro de 2003, relativamente às disposições do art. 1º, revogadas as Leis nºs 8.291, 8.293, 8.295 e 8.296, todas de 27 de janeiro de 2003, e a Lei nº 7.461, de 26 de fevereiro de 1999.” (grifei)

Assim sendo, julgo prejudicada a presente ação direta de inconstitucionalidade por perda superveniente de objeto (RISTF, art. 21, IX).

Junte-se aos autos o inteiro teor da Lei nº 8.335/2003, do Estado do Rio Grande do Norte, extraída da página oficial na internet da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte ([www.al.rn.gov.br](http://www.al.rn.gov.br)).

Publique-se.

Brasília, 22 de fevereiro de 2006.”

Realizando o trabalho de cotejo das normas verifica-se que os objetos disciplinados, considerando sua amplitude (instituiu o Código de Defesa do Contribuinte do Rio Grande do Norte, teria sido revogada por dispositivo expresso constante de lei sob matéria tributária diversa e específica, nem mesmo constando da ementa da lei revoga-

dora), seu conteúdo normativo e sentido, são diversos, podendo inclusive enquadrarem-se no entendimento jurisprudencial de que:

“Nova redação que não altere o sentido e o alcance do dispositivo atacado não implica a revogação...” (cf. ADI nº 2581, DJ. 16/12/05).

Particularidades interessantes nessa ADI:

A requerente, governadora do Estado do Rio Grande do Norte, um ano antes de ingressar com a ação, tinha assinado a Lei “dita revogadora”. Ou seja, em tese, a ADI deveria não ter sido conhecida, pois o objeto já se encontraria aparentemente revogado quando de seu ajuizamento, tanto na jurisprudência anterior quanto na atual.

A Corte não conhecia e não conhece de ADI que tenha como objeto lei ou ato normativo já revogado quando de sua proposição.

Chamou-nos a atenção o fato de que a manifestação do Advogado Geral da União (cf. PG nº 101990/04), acostado aos autos, foi em defesa do dispositivo legal questionado. Na mesma direção foi o parecer da Procuradoria-Geral da República pela improcedência do pedido, ou seja, pela constitucionalidade do dispositivo legal impugnado.

A informação da revogação, entretanto, não foi oficial (cf. DJ. 08/03/06), não se deu por parte do órgão do qual emanou o dispositivo questionado. Muito pelo contrário, quando as informações da Assembléia Legislativa foram prestadas (cf. PG nº 40886/06), extemporaneamente, pugnavam pelo julgamento de improcedência do pedido, dada à constitucionalidade da lei. E, em nenhum momento, houve qualquer menção ao fato de já ter sido revogado por uma outra lei qualquer.

Será que houve uma falha do requerente tendo ajuizado ação direta contra dispositivo legal já revogado, há um ano, por si próprio? Ou será que para o requerente, mesmo estando revogada a lei, não a considerava revogada? Ou considerava a necessidade de se ter a declaração de inconstitucionalidade, ou seja, ser proscrita por inconstitucional?

Julgada e arquivada a ação, subsiste a dúvida quanto à constitucionalidade ou não da lei, bem como em relação à sua revogação ou não.

Estes são alguns dos vários exemplos que poderiam ser citados. O fato é que a Corte, ao continuar julgando prejudicada estas ações que têm após seu ajuizamento a revogação superveniente de objeto, não tem, de forma alguma, alcançado seus objetivos de “supremacia da Constituição” e “segurança jurídica”.

Analisando o primeiro fundamento da decisão acerca do objeto da ADI, pode-se extrair que ela se fundamenta na suposição de que o interesse de agir deixaria de existir se a lei ou ato normativo impugnado não mais estivesse em vigor, ainda que a revogação tivesse se verificado após sua propositura.

*3.1.2. O objeto de uma ADI não é apenas o texto da lei ou ato normativo impugnado, é o sentido e o alcance do dispositivo atacado*

Lei ou ato normativo não é um texto, como já dito anteriormente, é o sentido que se lhe dá. Assim, o objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade não é apenas o texto da lei ou ato normativo impugnado, é muito mais amplo do que isso, é o sentido e o alcance do dispositivo atacado. Mesmo porque, no controle concentrado de normas, verifica-se a adequação da lei ou ato normativo impugnado, cotejando-o com a Constituição, especificamente com os princípios constitucionais tidos como violados, que, por sua vez, são abertos.

Neste sentido, um texto sempre contém muito mais “normas” do que uma possível leitura do seu texto, por mais literal que seja.

O objeto da ADI é a lei ou ato normativo, sua existência é pré-requisito inafastável, mas crescer como condição ainda estar em vigor é, sem dúvida alguma, simplório e restritivo. Seu objeto, na hipótese de superveniente revogação, continua idôneo mesmo aparentemente não estando mais em vigor.

Continuamos afirmando que o objeto da ADI é a lei ou ato normativo, sua existência é pré-requisito inafastável, mas reduzir vigência à mera existência formal é não compreender o complexo conceito de vigência enquanto existência jurídica da norma e de sua capacidade de produzir efeitos consoante a seus próprios termos. Mas, condicionar a continuidade do exame da inconstitucionalidade à possibilidade de revogação superveniente é abrir as portas para estratégias e mecanismos escusos que, mediante o travestirem-se de revogação, objetivam assegurar a continuidade das inconstitucionalidades perpetradas.

O controle de constitucionalidade tanto no modelo concentrado quanto no difuso tem como alvo a manutenção da supremacia da Constituição, conceito este em que as leis ou atos jurídicos não podem subsistir validamente no âmbito do Estado se forem incompatíveis com os princípios constitucionais.

Assim, o primeiro argumento usado no acórdão em comento (ADI nº 709) mostra-se demasiadamente frágil.

Subsidiariamente, somado aos argumentos postos neste ponto da discussão, insere-se o princípio da indisponibilidade da ação direta de inconstitucionalidade.

### *3.2. Do princípio da indisponibilidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade*

Segundo esse princípio, uma vez proposta a ADI, seus proponentes não podem dela desistir (cf. MCADI nº 1971, DJ. 02/08/99) alcançando inclusive a impossibilidade de desistência do pedido cautelar (cf. MCADI nº 892, DJ. 07/11/97) porventura requerido.

O posicionamento jurisprudencial acolhe, segundo lição do Min. Celso de Mello, o “princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle concentrado de constitucionalidade...”.  
sob o qual,

“(...) A questão pertinente à controvérsia constitucional reveste-se de tamanha magnitude, que, uma vez

instaurada a fiscalização concentrada de constitucionalidade, torna-se inviável a extinção desse processo objetivo pela só e unilateral manifestação de vontade do Autor.

O relevo jurídico, político, social ou administrativo do tema submetido ao poder de controle ‘in abstracto’ do Supremo Tribunal Federal justifica, por si só, a impossibilidade processual de admitir-se a validade da desistência da ação direta.

O exercício da jurisdição constitucional concentrada desta Suprema Corte, por isso mesmo, não pode ficar condicionado – e muito menos ser frustrado – por razões que, invocadas pelo Autor, nem sempre se identificam com a necessidade, imposta pelo interesse público, de ver excluídas do ordenamento jurídico as normas eivadas de inconstitucionalidade.(...)”

A Corte, em conseqüência de sua observância, não reconhece ser “lícito” ao requerente sequer o direito de solicitar a desistência de ação direta já ajuizada.

No mesmo sentido é o parecer da PGR nos autos da ADI nº 1244:

“Não poderia o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região – diretamente interessado na causa – revogar o seu ato normativo provocando efeito de verdadeira desistência, inadmissível nas ações diretas de inconstitucionalidade, quando a questão já se encontrava indisponível para as partes, submetida a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.”

As razões do fundamento do referido entendimento estão calcadas no interesse exclusivamente público que reveste a ADI repetidas entre nós por vários doutrinadores, entre elas podemos citar:

- em relação à sua natureza, o requerente no processo de controle concentrado não milita em interesse próprio nem persegue a defesa de uma posição jurídica individual;



• o objeto do processo não é a dúvida nele suscitada, e sim a validade ou não de lei ou ato normativo. A dúvida acerca de sua constitucionalidade ou não apenas inaugura o procedimento;

• Ao instaurar o processo de controle concentrado o requerente está atuando como advogado da Constituição.

É real a possibilidade de o legislador retirar do controle concentrado a averiguação da constitucionalidade questionada do dispositivo legal pela simples edição de norma revogadora, isentando-se de se assegurar de que os efeitos inconstitucionais continuados tenham sido eliminados.

Entendemos que alguns casos de revogação superveniente, após a propositura da ação, tratam-se de verdadeira disponibilização por parte do legislador ordinário da ação já proposta e em curso.

Proposta a ação direta de inconstitucionalidade e dado seu caráter público e sua importância, analisados e satisfeitos inicialmente os pressupostos processuais e condições da ação, esta deve, até mesmo com base no princípio da indisponibilidade ao qual está submetida, seguir seu curso até decisão final de mérito.

#### *4. Fundamento II – Diferenciação entre função jurídica constitucional da ADI e do instituto da revogação.*

O segundo fundamento do acórdão em comento, ao afirmar que a revogação ulterior do objeto da ADI (lei ou ato normativo), após a propositura da ação, realiza, em si, a função jurídica constitucional reservada à ADI, qual seja, a de expungir do sistema jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade, também merece considerações.

Ocorre que a função jurídica constitucional reservada à ADI não é, como veremos mais adiante, somente a de expungir do sistema jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade. Assim como o instituto da revogação não exerce, e não realiza em si, a função jurídica constitucional reservada à

ADI, pois se trata de instituto diverso desta, com característica próprias.

Cumpridos então identificar as diferenças existentes entre um e outro, tendo em vista a supremacia da Constituição e, portanto, a integridade dos direitos.

#### *4.1. Da função jurídica da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade*

Na ação direta de inconstitucionalidade, quando seu julgamento é procedente e declarado inconstitucional seu objeto (lei ou ato normativo), seus efeitos são *erga omnes* e *ex tunc*, ou seja, sobre todos e desde o início.

Tradicionalmente, para o direito brasileiro uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional é nulo – ato normativo em desconformidade com as normas superiores do ordenamento jurídico, no caso com a Constituição, envolvendo o problema de sua validade. Essa declaração estende seus efeitos ao momento do surgimento da norma inválida, como se nunca tivesse existido, devido à gravidade de seu vício: sua inconstitucionalidade.

Essa sentença declara uma nulidade preexistente, considerando a lei nula *ab initio*, não podendo gerar efeitos. Assim, também como no modelo norte-americano, a sentença que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, pois contrária à norma superior, é nula.

Já para o modelo austríaco, sua discricionariedade lhe permite não declarar a nulidade da lei inconstitucional, mas sua anulabilidade. Assim, enquanto o tribunal não declarar nula a lei inconstitucional, esta permanece válida. Neste caso, a eficácia da sentença de inconstitucionalidade é constitutiva, operando efeitos *ex nunc*, para o futuro.

#### *4.2. Da função jurídica da revogação*

Já a revogação não se dá por vício da norma revogada, mas pela necessidade ou contingência do Estado em alterar suas normas regularmente emanadas, por advento de novos elementos de fato, de novos pro-



cessos normativos ou valorativos, ou vigência destes dois últimos.

A função jurídica da revogação é a alteração do ordenamento regularmente existente e vigente, para que o direito continue alcançando sua finalidade de promover a harmonia e convivência social, ocorrendo, por uma questão de oportunidade ou conveniência, a revogação normativa, uma exigência da democracia e o caráter contingente do direito moderno – regra de maioria.

Conforme nossa doutrina, o princípio de que *lex posterior derogat priori*, constante no instituto da revogação, requer necessariamente entre as normas – revogadora e revogada – que haja densidade normativa idêntica ou semelhante. Segundo o art. 2º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil, se a lei revogadora for apenas de conteúdo geral (*lex generalis*) ou especial (*lex specialis*) sobre o assunto versado na lei revogada, a derrogação desta não se verifica.

No mesmo sentido já se pronunciou o STF quando do julgamento do segundo agravo regimental na ADI nº 2581, assim posto:

“EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Agravo Regimental. Alteração não-substancial da norma impugnada. Inexistência de prejudicialidade. Agravo regimental improvido.

É correta decisão monocrática que entende não prejudicada ação direta de inconstitucionalidade em virtude de sobrevinda de alteração legislativa não-substancial da norma impugnada.

Nova redação que não altere o sentido e o alcance do dispositivo atacado não implica a revogação deste, de sorte que permanece viável o controle concentrado de constitucionalidade. Agravo regimental a que se nega provimento.”

Quanto aos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade e de uma revogação, estes também são distintos. A revogação opera, a princípio, efeitos *ex nunc* – a

partir do momento de substituição ou extinção da norma revogada, precisamente porque incide sobre norma válida e legítima até então. Enquanto a nulidade, no caso decorrente da declaração de inconstitucionalidade, opera efeitos *ex tunc* – no momento do surgimento da norma inválida.

Nesse sentido o parecer da PGR:

“Vale lembrar que as decisões definitivas que declaram a inconstitucionalidade de uma norma nas ações diretas de inconstitucionalidade, segundo a jurisprudência pacífica desta Colenda Corte, têm efeitos *ex tunc*. O Acórdão que declara a inconstitucionalidade da norma não apenas atinge a norma jurídica abstrata, invalidando-a e retirando-a do mundo jurídico, mas alcança também ‘ab initio’ os atos e efeitos fundados na norma impugnada. Dado o caráter declaratório da ação, pois, não me parece que a revogação do ato normativo pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região possa prejudicar o prosseguimento da ação direta de inconstitucionalidade.” (cf. ADI 1244, Parecer p. 77-80).

Se perguntássemos onde os conceitos de existência e vigência, analisados na primeira fundamentação utilizada no acórdão, revelam-se problemáticos, – ao tomar a revogação como capaz de elidir os riscos para a integridade dos direitos, abortando a ação já proposta, o tribunal termina por assegurar o contrário do que deveria resguardar, ou seja, a possibilidade de se continuar a ferir a integridade dos direitos mediante uma revogação falsa ou não, sendo capaz de ver os efeitos continuados da vigência que uma vez existiu – teríamos como resposta que a lei ou ato normativo declarado inconstitucional, e portanto considerado nulo, não tem e nem pode ter tido existência ou vigência anterior, pois a princípio não lhes reconhece a possibilidade de um dia terem existido e por consequência vigido.

Já a revogação é mais branda, reconhece a existência desta (lei ou ato normativo), podendo muitas vezes atingir sua eficácia, fazendo-a cessar. Em outras situações sua eficácia perdura mesmo com o fim de sua existência jurídica.

Evidente é a diferença entre a função jurisdicional da declaração de inconstitucionalidade e da revogação superveniente da lei ou ato normativo impugnado. Além do já demonstrado, esta diferenciação foi também ressaltada pelo Min. Rezek neste mesmo julgamento, alertando para os casos em que:

“(...)representando um título jurídico, até mesmo de domínio territorial, os efeitos residuais da lei sejam dramáticos e ela deva, embora já revogada ser proscria por inconstitucionalidade” (cf. ADI nº 709).

em mais uma clara demonstração de que são distintos, e de que, em relação aos efeitos, os da declaração de inconstitucionalidade vão muito além dos da revogação superveniente da lei ou do ato impugnado em sede de controle concentrado, contrariamente ao que firmou a nova jurisprudência da corte em relação ao caso.

Portanto, torna-se de cristalina, a necessidade de se retomar o entendimento anterior, uma vez proposta a ADI, a revogação superveniente não pode produzir o efeito da perda de objeto, porque, precisamente, essa revogação pode visar à manutenção e continuidade da inconstitucionalidade.

### 5. Fundamento III – Dos efeitos concretos da lei revogada durante sua vigência

O terceiro e último argumento utilizado na fundamentação se refere aos efeitos concretos da lei revogada durante sua vigência. Conclui o julgado se tratar de matéria que, por não constituir objeto da ação direta, deva ser remetida às vias ordinárias.

Até este ponto a referida assertiva encontra guarida nas contra-argumentações expostas e utilizadas para desconstituir os

fundamentos da decisão. Mas conclui o acórdão no sentido de que “a declaração em tese de lei que não mais existe transformaria a ação direta, em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas”, como algo indesejável.

Este aspecto deve ser analisado com cuidado, primeiro porque a preocupação quanto ao processamento e julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade deve ter, acima de tudo, um aspecto didático-pedagógico, deve resguardar a supralegalidade da Constituição e a segurança jurídica, como sendo o respeito aos direitos fundamentais e ao trato adequado da coisa pública.

Como bem vimos, não se trata de forma alguma do controle de situações individuais *de per se* consideradas em razão do pleito de direitos feridos em concreto, mas sim de efeitos continuados de leis abusivas, inconstitucionais, mediante o estratagema das falsas revogações, como salienta o Min. Gilmar Mendes. Há mesmo risco, na maior parte dos casos, de que determinada remuneração ou vantagem abusiva não venha a ser questionada judicialmente, dado à posição social e de poder ocupada pelos beneficiários, preservando-se deste modo a inconstitucionalidade. Há que ser analisada aqui, e como imperativo típico do controle concentrado, a possível inconstitucionalidade como tal, uma vez que a revogação superveniente sempre poderá ter sido para evitar os efeitos concretos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade.

Realizar a prestação jurisdicional, declarando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo impugnado, mesmo tendo sido revogado supervenientemente o referido dispositivo legal, é antes de tudo afirmar e reafirmar a supremacia constitucional, não no sentido positivista, mas no sentido principiológico.

A preocupação de que esta decisão se transformaria num instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas é, neste momento, de menor im-

portância. Até mesmo porque se hoje o instrumento de controle é chamado de *abstrato* não é em relação ao dispositivo legal impugnado, mas sim em relação à generalidade da titularidade expressamente atribuída àqueles elencados na Constituição para a sua propositura. Estes estão autorizados a fazê-lo como representantes da cidadania em geral e não precisam ter seus direitos feridos, bastando o risco de que direitos sejam ou possam ser feridos.

Assim, é que *abstrato* no controle concentrado pode ser, no máximo, a titularidade autorizada para a propositura da ação. Já seu objeto é plenamente identificável e individualizável: os riscos gerados para os direitos fundamentais e à ordem pública, pela lei ou ato normativo impugnado ou ausência deste, no caso de ADI por omissão.

Com razão, preocupa-se o prof. Gilmar Mendes (cf. MENDES, 1998, p. 170) em se remeter ao controle difuso a apreciação da matéria acerca da constitucionalidade duvidosa de lei ou ato normativo, que em sede do controle concentrado teve seu processamento obstaculizado pela ação do próprio órgão legislador do qual emanou a norma, revogando-a.

A razão por ele (prof. Gilmar) levantada, diz respeito aos pressupostos do controle difuso, que requerem sempre a defesa de um interesse jurídico específico, nem sempre em condições de ser demonstrado. Poder-se-ia afirmar que qualquer cidadão dispõe de condições de provocar o exame da matéria? Problematiza o professor.

## 6. Considerações finais

Portanto, pelos motivos expostos, é imperativo o retorno ao entendimento anterior da Corte, que julgava o mérito das ações diretas de inconstitucionalidade em que a existência da norma era pressuposto processual, porém, sua exigência era de que a norma estivesse em vigor *no momento da propositura da ação*.

Isto porque trata-se de uma verdadeira ação posta à apreciação do judiciário, não

havendo pretensão resistida, que busca a defesa da ordem constitucional objetiva e sua coerência.

Reafirmamos que;

- Ninguém questiona a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo se não houver uma presunção assentada na hipótese de que esta lei ou ato tenha ferido ou possa vir a ferir direitos. Seja por colocar direitos fundamentais em risco, direta ou indiretamente, ou simplesmente por ter podido gerar efeitos, produzir e estabelecer relações jurídicas, o que, para tanto, bastaria sua simples existência, afastando a necessidade de ainda estar em vigor.

- Permanece inalterado o suposto da afirmação de que o legislador, na sua tarefa de elaboração das leis encontra-se limitado e circunscrito pela constituição, não podendo fazer, validamente, leis inconstitucionais, e sempre que isso ocorrer deverão estas serem proscritas por inconstitucionais e não simplesmente revogadas.

- Não se confunde e não se iguala a função jurídica constitucional exercida através de uma ação direta de inconstitucionalidade com o instituto da revogação, como o fez a decisão na ADI nº 709, pois completamente distintas.

- *Abstrato* no controle concentrado se refere aos titulares da ação e não a seu objeto, que é o dispositivo legal impugnado, sendo este determinado e individualizável.

- Segundo a própria Corte, a ADI está jungida ao princípio da indisponibilidade, pelo alto relevo jurídico, político, social ou administrativo que envolve o tema submetido ao controle, imposto pelo interesse público, de ver excluídas do ordenamento jurídico as normas eivadas de inconstitucionalidade.

O que abolimos veementemente é o discurso de que, em determinados casos, o Supremo Tribunal Federal deva, com olhos postos não na Constituição mas na chamada “governabilidade política e econômica”, se abster de exercer seu papel constitucional, e deixar de aplicar os princípios para os quais foi chamado a defender,

privando-se de apreciar e julgar as ações que lhe são postas, e que são da mais alta relevância.

### Notas

<sup>1</sup> A ADI nº 1244 é um exemplo de ação direta de inconstitucionalidade em que a Corte está discutindo se julga ou não seu mérito. Isso porque o dispositivo legal questionado teria sido supervenientemente revogado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – órgão que elaborou a norma impugnada.

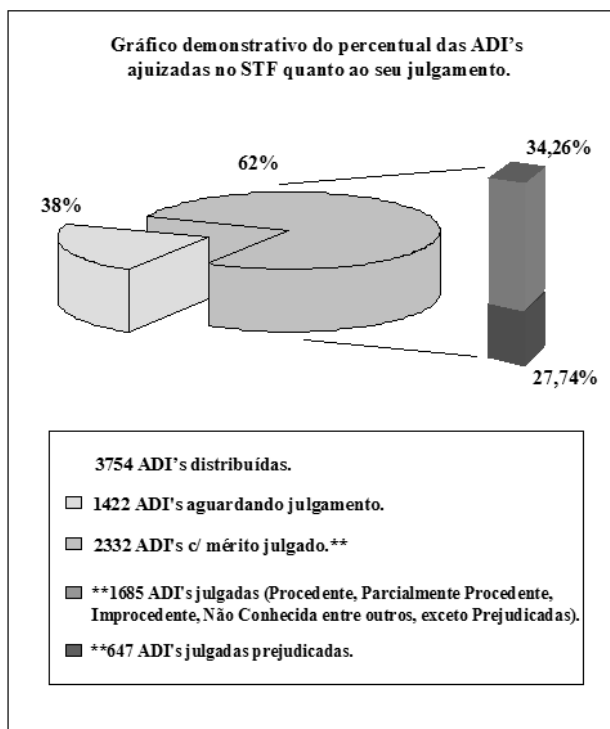
Este caso chamou a atenção da Corte pois ficou evidenciado a tentativa de se burlar e não cumprir a decisão liminar concedida logo no início do julgamento, em que algumas ações apreciadas pela Justiça Federal resultaram em decisões em sentido contrário ao da referida liminar deferida, dando ensejo a uma Questão de Ordem no STF, que por sua vez decidiu por suspender até decisão de mérito, as referidas ações.

Posteriormente, o TRT 15ª Região comunica a 'revogação' de sua decisão que deu ensejo à ADI. Substituído o então rel. Min. Néri da Silveira, por sua aposentadoria, passou a relatar a ação o Min. Gilmar Mendes, que após prolatar seu voto no sentido da continuidade do julgamento da ação, por considerar ausente a prejudicialidade do pedido formulado na inicial, ante a revogação do ato atacado, o mesmo se encontra com pedido de vista, formulado pela Min. Ellen Gracie em 25/04/2003.

<sup>2</sup> Recentemente, em 28/06/06, o Plenário do STF julgou o mérito da ADI nº 572, rel. Min. Eros Grau, em que lei estadual foi contestada em face de artigos modificados posteriormente pela EC 41. Mesmo assim, foi dado curso ao julgamento e declarada a inconstitucionalidade em relação ao novo parâmetro. Esta decisão ainda não foi publicada.

Como se pode observar, o STF embora não tenha alterado sua jurisprudência quanto à continuidade do julgamento das ADIs, por superveniente revogação do dispositivo legal questionado, tem, vez ou outra, se deparado com a situação, dando demonstrações de que, realmente esse entendimento jurisprudencial deva ser revisto.

### Gráfico de ADIs julgadas prejudicadas pelo STF



Fonte de dados: Banco de dados do Supremo Tribunal Federal. SPCC – Seção de Processos do Controle Concentrado. Atualização em 22/06/06.

# Debate no Congresso Nacional sobre a verticalização nas coligações partidárias

## Representação política no Brasil

Flávio Rodrigues Motta

### Sumário

Introdução. I. 52ª Emenda Constitucional. 1.1. PEC nº 4/2002 no Senado. 1.2. PEC nº 548/2002 na Câmara. II. Discursos sobre o tema. 2.1. No Senado. 2.2. Na Câmara. III. Mecanismos de freios e contrapesos no direito constitucional. Conclusão: antagonismo entre divisão de poderes e definição de normas por assembleia na forma de poder legislativo.

### Introdução

O trabalho trata da aprovação da 52ª Emenda Constitucional, referente à verticalização nas coligações eleitorais, cita discursos e expõe a tensão de parlamentares com relação a decisão do TSE.

Buscou em teóricos clássicos elementos sobre o texto constitucional, considerando a teoria dos freios e contrapesos. Concluiu que as normas eleitorais interessam a toda a sociedade, não devendo os partidos serem considerados entidades privadas; o compromisso programático partidário deve sujeitar-se à fiscalização da sociedade e a penalidades do Judiciário; não é conveniente a autonomia dos partidos nem disporem de regras criadas pelos interessados, facilitando a perpetuação no poder. Parece imprescindível o uso adequado da teoria dos freios e contrapesos.

### *I. 52ª Emenda Constitucional*

#### *1.1. PEC nº 4/2002 no Senado*

A PEC nº 4/2002 foi apresentada em 27/02/2002 (DSF de 28/02/2002, pp. 977-978).

Flávio Rodrigues Motta é Advogado, OAB-DF nº 9.361; Professor, MEC LP 26.380; Analista Legislativo/SF; Secretário Adjunto da Subcomissão de Organização do Estado/Assembleia Nacional Constituinte; Assistente de Auditoria da Secretaria de Controle Interno, 2001 – 2006; Chefe do Serviço de Administração da Secretaria de Pesquisa e Opinião Pública, 2006 – 2007.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS – em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Doutor Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto.

Propôs nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição, de forma a permitir aos partidos coligações livres em processos eleitorais nas esferas federal, estadual e municipal. Sua justificação transpareceu que o TSE, em resposta à Consulta nº 715, do Dep. Miro Teixeira/PDT, havia interpretado “caráter nacional” distintamente da vontade do Constituinte de 1988 e do Congresso.

O relator da PEC na CCJ, Sen. José Fogaça, entendeu que a verticalização leva à ditadura das cúpulas e a uma intervenção nos órgãos estaduais dos partidos. Manifestou ser princípio constitucional a autonomia partidária; o art. 17 da CF deu aos partidos natureza de entidades privadas. Opinou pela aprovação da PEC na forma do substitutivo apresentado em 3/04/2002 (DSF de 12/04/2002, pp. 4179-4181).

Em 26/04/2002, o Sen. Carlos Patrocínio (PTB – TO) informou que não votaria a favor da PEC porque os partidos têm caráter nacional e que precisa existir legislação eleitoral duradoura regulamentando as coligações. Manifestou acreditar que, após a decisão do TSE, não haveria mais a bagunça partidária no Brasil (DSF de 27/04/2002, p. 6292).

Em 8/05/2002, o Sen. José Eduardo Dutra (Bloco/PT – SE) informou ter o STF derrubado Ação Direta de Inconstitucionalidade por entender que não caberia ação contra resolução do TSE. O Sen. Antonio Carlos Valadares (PSB – SE) lembrou que os partidos que não assumirem o risco de montar palanque nacional poderiam celebrar coligações incoerentes nos estados, distorcendo seus estatutos partidários. O Pres. da Mesa Diretora registrou sessenta votos pela aprovação, quatro pela rejeição e duas abstenções. Declarou aprovada a Emenda nº 1 da CCJ, ficando prejudicada a PEC original (DSF de 9/05/2002, pp. 7574/7582). Em 04/06/2002, foi votado em segundo turno o substitutivo, registrando o pres. cinquenta e sete votos favoráveis, cinco contrários e uma abstenção. Declarou aprovada a matéria e encaminhou-a à Câmara (DSF de 05/06/2002, pp. 10350/10352).

## 1.2. PEC nº 548/2002 na Câmara

Em 03/05/2005, o Dep. Paulo Magalhães (PFL – BA) citou ter o TSE alegado que não seria absoluto o princípio da autonomia partidária, devendo os partidos seguir regras nas relações com terceiros.

Em 16/06/2005, o Dep. João Almeida (PSDB – BA) apresentou emenda cuja justificação citou posicionamento do Min. Celso de Mello, relator da ADI 1.407-MC (DJ de 24/11/2000):

“O princípio da autonomia partidária não é oponível ao Estado, que dispõe de poder constitucional para, em sede legislativa, estabelecer a regulação normativa concernente ao processo eleitoral. O postulado da autonomia partidária não pode ser invocado para excluir os Partidos Políticos, como se estes fossem entidades infensas e imunes à ação legislativa do Estado [...]”.

A justificação entendeu que coligar ou não coligar seria decisão relativa à autonomia partidária; mas que o partido coligado relaciona-se com outro, caracterizando relacionamento externo à sua “intimidade estrutural”.

Em 22/06/2005, o relator na Comissão Especial, Dep. Pauderney Avelino (PFL – AM), alegou necessidade de celeridade para rejeição de emendas, pois sua aprovação implicaria em retorno ao Senado.

Em 06/12/2005, o Dep. Paulo Afonso (PMDB – SC) manifestou que a ausência da verticalização promoveria situações de contra-senso: no patamar nacional, partidos acusando-se; em alguns estados, irmanados, elogiando-se mutuamente. O Dep. Pauderney citou que o art. 2º da PEC, lido em plenário, foi até a parte “aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002”, enquanto na Comissão foi aprovado até “na data de sua publicação”. Informou que suprimiu parte do art. 2º por despicienda. O pres. da sessão, Dep. José Thomaz Nonô, disse que a Casa não poderia votar algo não corporifi-



cado no avulso, e este trazia a expressão relativa a 2002. O Dep. Pauderney apresentou a emenda de redação aprovada na Comissão, que dizia: “Suprima-se no art. 2º da proposta a expressão ‘aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002’” e solicitou a juntada das notas taquigráficas. O Dep. Miro Teixeira expressou que a matéria estaria prejudicada, merecendo esclarecimentos sobre o que ocorreu na Comissão e no avulso (DCD de 7/12/2005, pp. 59268/59279).

Em 25/01/2006, deu-se continuidade à discussão sem menção à aprovação da emenda supressiva. O Dep. Luiz Sérgio (PT – RJ) comentou que elaborou proposta de reforma política que nunca chegou a ser apreciada em plenário. Manifestou que os deputados não podiam passar para a sociedade a imagem de legislar em causa própria. O Dep. Antonio Carlos Biscaia (PT – RJ) expressou acreditar que somente haverá democracia mediante mecanismos regidos pelo TSE que impeçam a corrupção eleitoral, regra no Brasil. Observou que alguns consideram normal o caixa 2 (DCD de 26/01/2006, pp. 4129/4137). A Dep. Luciana Genro (PSOL – RS) manifestou que parte da indignação da população com a política deve-se a não se ver representada no Parlamento e no Executivo; o governo fora eleito com compromisso de mudanças, mas a mesma política e práticas anteriores continuaram (DCD de 26/01/2006, pp. 4557/4566). O Dep. Chico Alencar (PSOL – RJ) expressou ser a votação da PEC o enfrentamento de um casuísmo constitucional a um do TSE. O Dep. Tarcísio Zimmermann (PT – RS) acrescentou que o sistema eleitoral está na origem dos problemas éticos da Nação. O Dep. Dr. Ribamar Alves (PSB – MA) chamou a atenção para o quorum elevado. O pres. da sessão anunciou 343 votos sim, 143 votos não e uma abstenção, aprovando-se a PEC em primeiro turno (DCD de 26/01/2006, pp. 4575/4580).

Em 8/02/2006, o Dep. Francisco Dornelles (PP – RJ) entendeu não ser possível o poder

constituinte derivado editar norma contrária ao art. 16 da CF para estabelecer efeitos imediatos a novas regras do processo eleitoral; o art. 5º determina em seu § 2º que os direitos expressos na CF não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados; seriam intocáveis os princípios da anualidade e da segurança jurídica, tendo o eleitor direito de conhecer as regras do processo a um ano da eleição. Mencionou que o Pres. da OAB, Roberto Busato, afirmara não interessarem ao povo as regras alteradas, só aos políticos (DCD de 9/02/2006, p. 7361).

O Dep. João Fontes (PDT – SE) afirmou que o candidato a governador pelo PT, Marcelo Deda, convidara o ex-Gov. Albano Franco, do PSDB, para comporem chapa às eleições de 2006, fato que expõe a falsidade da guerra no Congresso entre PT e PSDB (DCD de 9/02/2006, p. 7372). O Dep. Wasny de Roure (PT – DF) pronunciou ter existido esperança de realização da reforma política, em favor de processo eleitoral mais transparente, legítimo, participativo e menos discricionário economicamente, quando parlamentares foram acusados de receber mensalão (DCD de 9/02/2006, p. 7373). A Dep. Luciana Genro (PSOL – RS) afirmou que instituições financeiras derramam dinheiro nas campanhas dos candidatos que defendem seus interesses, do PT ao PSDB, e que deveria ser proibida a doação por empresas que se relacionam com o poder público; o último escândalo deveu-se à promiscuidade entre Governo e empresas que prestam serviços ao Estado, que doam dinheiro em troca de facilidades nas licitações; contudo o Colégio de Líderes não dava apoio a medidas contra isso (DCD de 9/02/2006, p. 7373). O Dep. Feu Rosa (PP – ES) considerou estar entre os problemas a maneira como ingressam os suplentes de senador. Expressou ser necessário acabar com a eleição a cada dois anos; no plebiscito sobre desarmamento foram gastos um bilhão de reais, sendo contra-senso não aguardarem as eleições (DCD de 15/03/2006, p. 12354). O Dep.

Ricardo Barros (PP – PR) citou que um partido poderia lançar candidato à Presidência sem que nenhum partidário ou diretório estadual tivesse que acompanhá-lo, podendo coligar-se a outro candidato. Votada, a PEC foi aprovada em segundo turno com 329 votos favoráveis, 142 contrários e nenhuma abstenção, indo à promulgação (DCD de 9/02/06, pp. 7374/7385).

## *II. Discursos sobre o tema*

### *2.1. No Senado*

Em 28/02/2002, o Sen. José Eduardo Dutra (Bloco/PT – SE) criticou declaração do Pres. da República em que afirmara ter o TSE iniciado uma reforma política, como se essa lhe competisse. Em aparte, o Sen. Roberto Freire (Bloco/PPS – PE) citou ter o Senado estabelecido filiação um ano antes das eleições, cassando a elegibilidade de cento e dez milhões de brasileiros (DSF de 1º/03/2002, p. 1250).

Em 06/03/2002, o Sen. Roberto Requião (PMDB – PR) informou que, na CCJ, ele, o Sen. Pedro Simon e quase a unanimidade dos membros votaram a favor da vinculação nacional, considerada interessante por evitar a confusão do eleitorado. Em 18/03/2002, expressou ter sido instaurada imoralidade absoluta no processo político. Indagou se não era hora de fazer com que se acreditasse nos políticos, passando o Congresso e o Executivo a referências de moralidade. Exortou a necessidade de mudanças profundas (DSF de 19/03/2002, p. 2399).

Em 22/03/2002, o Sen. Carlos Patrocínio (PTB – TO) entendeu que a decisão do TSE fora o primeiro passo para acabar com a balbúrdia partidária (DSF de 23/03/2002, p. 2922).

Em 27/03/2002, o Sen. José Fogaça (Bloco/PPS – RS) disse que a decisão do TSE do dia anterior contradissera decisão anterior; a primeira demonstrou uniformidade política, estabelecendo coerência entre os partidos; a seguinte resolveu que, para partido

sem candidato à Presidência, pode haver 27 tipos de coligações nos estados (DSF de 28/03/2002, p. 3164). O Sen. Carlos Wilson (PTB – PE) manifestou que a missão de reorganizar o cenário político seria atribuição do Legislativo, mas a esperada reforma, falada a anos, tramitava apenas nas idéias, dando espaço para a decisão do TSE. Expressou não acreditar que o Congresso fizesse a reforma, apesar de urgentíssima (DSF de 19/04/2002, p. 5213).

Em 26/04/2002, o Sen. Lúdio Coelho (PSDB – MS) avaliou ter sido boa para a Nação e partidos a decisão do TSE. Citou que o Congresso até aquela data, por razões variadas, não fez a reforma e que o TSE colocara certa ordem no processo. Expressou não visualizar administração eficiente na organização partidária porque não haveria desempenho com tal dispersão de comando e necessidade constante de negociação (DSF de 27/04/2002, p. 6279).

Em 11/10/2005, o Sen. Marco Maciel (PFL – PE) manifestou-se contra reforma política porque se daria pelo sentimento das circunstâncias, da crise política vivida, sendo casuística; a reforma deveria dar-se após concluídos os trabalhos das CPIs do “bingo” e do “mensalão” sobre corrupção (DSF de 12/10/2005, p. 34868).

Em 28/11/2005, o Sen. Garibaldi Alves Filho (PMDB – RN) comentou terem surgido partidos que alegam fugir do “caciquismo” partidário. Em aparte, o Sen. Mão Santa (PMDB – PI) lembrou que há anos as regras são iguais nos EUA. Em aparte, a Sen. Heloísa Helena (P-SOL – AL) disse tratar-se de debate eleitoral sobre problema do PT e do PMDB em relação à eleição presidencial; as burocracias partidárias promovem imposições nos estados. Considerou que verticalização deveria significar alianças coerentes de programas; a aliança do PT com o PL não possui coerência ideológica. Mencionou a ação legislativa com interesse próprio e manifestou que quem não é filiado a partido tem direito a ser candidato. Apesar de favorável à fidelidade partidária, acredita

ter sido expulsa do PT por fidelidade, porque essa deve ser ao programa, não ao líder e às conveniências das cúpulas. O Sen. Garibaldi manifestou serem inseridos casuísmos na legislação, deixando os parlamentares em embaraços (DSF de 29/11/2005, p. 41563).

Em 26/01/2006, o Sen. José Jorge (PFL – PE) manifestou não haver motivo para determinar política nacional, sempre a de São Paulo, detentor de 25% do eleitorado e 50% do PIB (DSF de 27/01/2006, p. 2276).

Em 02/02/2006, o Sen. Leonel Pavan (PSDB – SC) indagou se um socialista catarinense diferiria de um socialista de outro estado e se a questão ideológica diferiria entre os estados. Frisou que a verticalização não obriga a reprodução das alianças nos estados. Observou que, se as coligações são distintas no País, estados e municípios, não há como a sociedade cobrar responsabilidade programática, havendo misturas de programas sem nexos. Questionou a necessidade de partido se não houver coerência em sua atuação. Citou que o povo deseja mais transparência e credibilidade nas alianças (DSF de 3/02/2006, p. 2946).

Em 22/02/2006, o Sen. Jefferson Peres (PDT – AM) expressou que a classe política e parte da população estão moralmente insensíveis. Entende estar a Nação deprimida pelos escândalos (DSF de 23/02/2006, p. 6160). O Sen. Ramez Tebet (PMDB – MS) enfatizou que os partidos não apresentam projeto de desenvolvimento; candidatos não têm surgido da sociedade, incrédula diante da corrupção. Manifestou-se favorável à diminuição da influência econômica nas campanhas (DSF de 23/02/2006, p. 6165).

Em 06/03/2006, o Sen. Cristovam Buarque (PDT – DF) constatou estarem os partidos sem nitidez interna e que a diversidade interna lhes retira a clareza, impedindo alianças afinadas. Em aparte, o Sen. Tião Viana (Bloco/PT – AC) expressou permitir a lei que a personalidade de um partido fique oculta. O Sen. Cristovam questionou a democracia sem debate de idéias; que somente

pensa no imediato, sem projeto de longo prazo, não se sentindo o povo representado (DSF de 7/03/2006, p. 6850).

Em 07/03/2006, a Sen. Heloísa Helena (PSOL – AL) citou ter sido vítima da decisão do TSE em 2002 porque o PT aliou-se ao PL; e ela não poderia estar no palanque com alguns representantes do lado podre da política. Criticou os que afirmam a necessidade de partidos fortes, mas que, se atingidos seus interesses, abdicam do discurso em razão da matemática do tempo de televisão e das contas para eleger. Lembrou que o Congresso teve 2003, 2004 e 2005 para alterar a CF e não o fez, votando a Casa quando o Governo põe balcão de negócios sujos, com distribuição de cargos, prestígio, liberação de emendas e propinóquios. Em aparte, o Sen. Magno Malta (PL – ES) entende ser a senadora precisa no comentário sobre o ridículo casuísmo, compreendido pelos que assistem à TV Senado ou ouvem a Rádio Senado. Considerou que se fala em avanços, inserção no primeiro mundo e amadurecimento da democracia, mas que, nos momentos cruciais que requerem atitudes dignas, há desilusão (DSF de 8/03/2006, p. 7080).

Em 23/03/2006, o Sen. Pedro Simon (PMDB – RS) informou ter recebido carta de Paulo Brossard, escolhido como advogado do Senado na questão da verticalização. Na carta dirigida ao Pres. do Congresso, o Sr. Brossard informou que seus serviços destinavam-se a elaborar as informações que o Congresso prestaria ao STF nos autos da ADI nº 3.685, ajuizada em 09/03/2006; e registrou alguns fatos: o Congresso tinha dez dias para prestar as informações, depois o processo iria à Advocacia-Geral da União e, após, à Procuradoria-Geral da República, ambos com cinco dias para manifestação; no domingo, dia 12, informou ao Advogado-Geral do Senado que utilizaria os dez dias; com surpresa, recebeu ligação do advogado, a pedido do Pres. do Senado, na noite de 13 de março, perguntando se o trabalho poderia ser entregue no dia seguinte; expôs as razões por que não poderia agir

com a pressa pretendida; o Pres. do Senado pediu que as expusesse ao pres. de um partido, debitando a ele o interesse na rápida solução; assim o fez; na tarde do dia 14 estava na biblioteca do STF quando foi chamado pelo Min. Pres. Nelson Jobim; o min. pediu que fossem apresentadas as informações do Congresso porque tinha compromisso com os partidos para julgar a ADI; que precisava delas com urgência, pois o julgamento ocorreria em 23 ou 24 de março; o min. informou que já havia providenciado junto à AGU e à PGR, e a manifestação de uma e o parecer da outra estavam prontos; a min. relatora estava apta a julgar o feito; no dia 20 de março entregou ao Pres. do Congresso o trabalho, embora soubesse já terem sido as informações apresentadas ao STF. O Sen. Simon recusou-se a comentar o assunto, considerando-o sério, previsível, grave por tratar do Pres. do Congresso, do Pres. do STF, de Paulo Brossard. Previu que pessoas haveriam de ir ao Senado copiar a carta, tomariam conhecimento e a julgariam (DSF de 24/03/2006, p. 9364).

Em 09/06/2006, o Sen. Simon considerou enérgico o Pres. do TSE ter expressado que seria iniciada nova vida político-partidária, a dos casamentos ao invés dos acasamentos (DSF de 10/06/2006).

## 2.2. Na Câmara

Em 02/05/2002, o Dep. Sérgio Reis (PTB – SE) informou que a candidatura do deputado pode ser barrada se o pres. do partido no estado não lhe der a legenda, o que faz com que não possa discordar da direção estadual. Entende não existir democracia, pois o deputado não tem direito de criticar o seu partido quando considerar sua postura errada. Ponderou que, se o Congresso tivesse feito a reforma, o Judiciário não estaria legislando. Em aparte, o Dep. Jorge Alberto (PMDB – SE) informou que em 1999 apresentara pesquisa do Vox Populi em que a reforma política figurava na sexta posição entre os vinte e dois itens que o povo desejava ver resolvidos; naquele quarto ano de

mandato constatava pouquíssimo avanço (DCD de 3/05/2002, p. 21757).

Em 29/04/2005, o Dep. Renildo Calheiros (PCdoB – PE) percebeu nos partidos de maior bancada falta de vontade para realizar reforma política, embora a defendessem em entrevistas e na televisão; colocavam cortina de fumaça nesse anseio da sociedade. Citou que grandes partidos restringem-se a defender o aumento da cláusula de barreira para limitar os pequenos partidos, tentando aumentar o prazo de filiação. Constatou que eles não querem a reforma; escondem sua posição e a impedem, cuidando do seu interesse imediato e a tratando com descaço. Expressou esperar que o PT, que foi pequeno, não defenda as posições dos grandes partidos. Considera não existirem partidos no Brasil, pois na eleição passada uma parte do PFL apoiou José Serra e outra apoiou Lula, o mesmo tendo ocorrido com o PMDB e outros partidos. Concluiu haver políticos aglomerados para atender à legislação; o indivíduo filia-se a partidos sem considerar o que defendem. Pensa que cada parlamentar tem necessidade de ser pres. de comissão, de relatar matéria para ocupar espaços e aparecer na mídia, mostrando aos eleitores um bom mandato; essa necessidade individual desagrega os partidos, pois o deputado sabe que, sendo candidato, seu adversário está dentro do partido; o político do partido ou coligação que assume uma prefeitura ou secretaria pode derrotá-lo; se seu partido for reeleger cinco deputados, ele não pode ser o sexto. Ponderou que, quem está no Governo não quer partidos consolidados; Collor não quis, Itamar não quis, Fernando Henrique não quis e Lula não quer porque lhe interessa a não existência de frente partidária; a chance de o Governo ampliar suas forças e avançar sobre parlamentares de diversos partidos é prática secular que precisa ser enfrentada. Pressupôs que os grandes partidos defendem a verticalização por considerá-la conveniente, julgando que, com seus candidatos à Presidência, enquadraram os demais partidos nos estados.

Defendeu o financiamento público devido conhecer eleição por fora e por dentro. Disse da tribuna, sabendo que ficaria registrado, que seria muito mais barato para o contribuinte o financiamento público, com regras rígidas, transparentes e fiscalizadas, do que o sistema atual em que o interesse público se confunde com o privado, prevalecendo este. Afirmou que os casos voltam porque o sistema político pressiona nessa direção, empurra quase todos para a vala comum; quem já viveu campanha sabe da possibilidade de o programa não ir ao ar porque a produtora não recebeu, sendo necessário dinheiro para pichadores, cartazes, carros de som, motoristas e gasolina; o sistema político deve ajudar a proteger quem quer ser homem de bem, quem quer fazer política em defesa do interesse público. O pres. da sessão, Dep. Hamilton Casara (PSDB – RO) expressou ter o orador dado oportunidade de reflexão aprofundada sobre a necessidade da reforma (DCD de 30/04/2005, p. 15723).

Em 26/01/2006, o Dep. Wellington Fagundes (PL – MT) informou que sua opinião era favorável à manutenção da verticalização, mas que foi obrigado a votar de acordo com o partido (DCD de 27/01/2006, p. 5141).

Em 07/02/2006, o Dep. Ronaldo Caiado (PFL – GO) lembrou que durante dois anos uma comissão promoveu audiências com vários segmentos da sociedade, tendo ouvido o povo, que expressou não suportar mais o troca-troca partidário. Informou que naquela legislatura 189 deputados mudaram de partido 332 vezes, o que corresponde a 37% dos 513 deputados. Questionou a representatividade do sistema partidário e afirmou que o fato provoca descrédito da população nos políticos; o financiamento das campanhas resultou na criação da função operador de campanha: PC, Waldomiro, vampiro, gafanhoto, Delúbio, Marcos Valério; figuras que proliferam no processo eleitoral e tornam-se mais fortes que governantes porque possuem o comando do financi-

amento, influenciando decisões, definindo nomeações e sendo temidos pelo receio de que revelem fatos. Julga que o sistema eleitoral, em vez de estimular um sentimento de participação, afugenta as pessoas de bem e atrai irresponsáveis e delinquentes que nada têm a perder. O PL nº 2.679/2003 propôs financiamento público, mas indagaram como seria explicado à população o gasto de 840 milhões de reais em campanha quando não há dinheiro para saúde, educação e segurança. Considerou hipocrisia o questionamento, pois, segundo levantamento do cientista político David Samuels, em 1994, uma eleição custa 10 bilhões de reais, sendo pouco desse dinheiro proveniente de caixa oficial e grande parte decorrente de desvio de verba, do financiamento do narcotráfico, do tráfico de armas, do roubo de carga, do jogo do bicho e de todas as organizações criminosas, que cada vez mais financiam o processo eleitoral. Citou que o candidato diz em seus redutos eleitorais: “se for eleito, vou construir essa estrada, vou fazer a ponte, vou trazer indústrias” – importando não o programa do partido, mas o gesto individual. Em aparte, o Dep. Francisco Turra (PP – RS) citou pesquisa em universidades do seu estado, inquirindo se os jovens apostariam em algum partido e 87% disseram que não votariam em partido porque consideram não existir partidos confiáveis. Em aparte, o Dep. José Carlos Machado (PFL – SE) informou que o Brasil ainda discute fidelidade partidária, assunto superado no mundo moderno; como exemplo, citou que na Inglaterra, nos últimos cinquenta anos, apenas dois políticos mudaram de partido. O Dep. Caiado constatou haver um governo que se diz engessado por não ter maioria no Congresso e que tinha por discurso priorizar a reforma política, mas que, ao chegar ao poder, fez o contrário do prometido e transformou a Casa em balcão de negócios; em troca de mensalão, buscou apoio para aprovar as matérias que dizia mais importantes e de interesse do governo. Em aparte, o Dep. Coriolano Sales (PFL – BA) posicionou-se a



favor de que as listas de candidatos fossem escolhidas por eleições primárias, para vivificação democrática e estancamento da corrupção da base eleitoral. O Dep. Caiado manifestou-se em favor da proibição de coligações nas eleições proporcionais. Informou que os líderes estavam reunidos na Casa para proporem alterações nos gastos de campanha, mas que a reforminha de conveniência não resolveria o caixa 2, o grau de corrupção e a fragilidade dos partidos. Expressou que gostaria de ver o PL apreciado no plenário, com vitória para os que obtivessem maioria (DCD de 8/02/2006, p. 6950).

Em 21/02/2006, o Dep. Adelor Vieira (PMDB – SC) citou que o PL nº 5.855/2005 avançava para reduzir a influência do poder econômico e aumentar o controle da sociedade e da Justiça sobre as despesas eleitorais. Quanto à prestação de contas pela internet, informou que a redação original previa na divulgação a discriminação das fontes dos recursos e sua destinação, mas a proposta não fora contemplada no substitutivo do Dep. Moreira Franco. Em aparte, a Dep. Luiza Erundina (PSB – SP) afirmou que o projeto trazia medidas pontuais que não enfrentavam a essência do problema, como o financiamento público, lista fechada predeterminada e coligações para os cargos proporcionais. Em aparte, o Dep. João Fontes (PDT – SE) expressou que a solução estava no fim da impunidade; se fossem presos os que usam o poder econômico ou se fossem cassadas suas candidaturas, não haveria o problema. O Dep. Adelor informou que gostaria de ver o eleitor votar facultativamente; o cidadão não precisaria comparecer às urnas e votar num sistema que não quer e em candidatos cujos procedimentos não concorda. Concluiu ser necessário reduzir os gastos com programas, uma das principais despesas; o horário de exibição também deveria ser abreviado, pois as emissoras beneficiam-se de remissão fiscal; caberia alterar os programas de forma a privilegiar a mensagem e reduzir os efeitos especiais de pu-

blicidade comercial. Exortou a Casa a não mais ficar alheia às demandas da sociedade em busca da transparência e de controle sobre as contas dos partidos (DCD de 22/02/2006, p. 9257).

Em 07/06/2006, o Dep. Jorge Alberto (PMDB – SE) ponderou ser o Congresso o reflexo da sociedade, com suas virtudes e defeitos (DCD de 8/06/2006).

Em 08/06/2006, a Dep. Perpétua Almeida (PCdoB – AC) considerou ter o Congresso responsabilidade pelo desarranjo no cenário político, pois, apesar de vários parlamentares terem buscado votar uma legislação eleitoral decente, foi votada pela Câmara a legislação faz-de-conta que não abordou as questões maiores (DCD de 9/06/2006).

Em 08/06/2006, o Dep. Eduardo Valverde (PT – RO) elogiou a decisão do Min. Marco Aurélio que normatizou as coligações, pois os partidos não constroem identidade política que norteie a decisão do povo. Citou não ser possível dizer que o Gov. Blairo Maggi seja socialista porque dificilmente dividiria suas fazendas com seus trabalhadores. Entende que a decisão do min. do TSE desmancha alianças espúrias, eleitoreiras e pagas. Supôs que talvez a síndrome da corrupção tenha em sua gênese as formas contraditórias de alianças pré-eleitorais, feitas sem coerência ideológica (DCD de 9/06/2006).

Em 08/06/2006, o Dep. Virgílio Guimarães (PT – MG) ponderou ter a reforma política algo de cultural. Citou a hipótese de mini-constituente para a reforma, feita longe das paixões e dos interesses partidários. Sugeriu que os constituintes exclusivos nem fossem eleitos ou que ficassem inelegíveis para não tratarem de interesse próprio. Pensa que, para haver autêntica representação dos estados, o senador deve ser eleito na chapa do governador. Em aparte, o Dep. Colombo (PT – PR) citou que a idéia de mudança na estrutura das Casas não poderia ser votada pela Câmara e Senado; a alternativa seria a criação de órgão transitório de representação do Estado, com a função de reforma das



instituições. Entende que, se os parlamentares deixarem a modificação para si, não haverá avanços. O Dep. Virgílio expressou que os partidos coligados devem constituir espécie de bloco partidário, posto que o voto em candidato não eleito ajuda a eleger outro da coligação; os partidos do bloco teriam que ter nexos entre si; a conquista de apoio não deveria ser através de permutas e distribuição de cargos e ministérios (DCD de 9/06/2006).

### *III. Mecanismos de freios e contrapesos no direito constitucional*

Observa-se a necessidade de reforma política, mas há enorme dificuldade para sua aprovação. Para o Congresso foi mais fácil aprovar uma Emenda Constitucional por maioria qualificada de três quintos, em dois turnos, que trata de interesses partidários, do que aprovar efetiva reforma política por projeto de lei e maioria simples, em turno único, de interesse da sociedade.

Para Maquiavel, é característica do homem a busca por vantagens (WEFFORT 1, 1993, pp. 13/24). As leis devem ser feitas para proteger os homens de si mesmos, das transformações que sofrem ao assumir o poder, do interesse pessoal que tende a superar o espírito público; precisam de mecanismos como a renovação democrática. Quando assumem o poder, inicia-se o distanciamento das autoridades da vontade daqueles que as elegeram. Virtude é renúncia a si próprio em nome do amor às leis e à pátria. Segundo Montesquieu, virtude é paixão política, espírito cívico, supremacia do bem público sobre interesses particulares (WEFFORT 1, 1993, p. 117); quando extinta a virtude, a ambição e a avareza aparecem e os desejos mudam, os homens se corrompem. Como virtude é valor subjetivo e incerto, a democracia é um caminho para buscá-la e renová-la, permitindo que a responsabilidade pela escolha recaia sobre a sociedade. Para Montesquieu, aqueles em que o povo confia, no intuito de esconder sua

corrupção, procuram corromper o povo (WEFFORT 1, 1993, p. 162). Acrescentou que a baixeza no orgulho, o desejo de enriquecer-se, a aversão pela verdade, a bajulação, a traição, a perfídia, o abandono dos compromissos, o desdém pelos deveres do cidadão, o temor da virtude do príncipe, a esperança em suas fraquezas, o ridículo lançado sobre a virtude e a pecha de desonestos e trapaceiros constituíam o caráter da maioria dos cortesãos e principais de um estado (WEFFORT 1, 1993, p. 140). Corrompido, o povo junta as diversões do luxo à própria pobreza, pois não se pode dar muito sem que se tire ainda mais do povo, fazendo com que perca até as vantagens de sua corrupção (WEFFORT 1, 1993, p. 163). Para que a virtude seja mantida, é preciso leis que façam as autoridades observar mais os perigos da punição do que as delícias do poder. O Estado, quanto mais tem segurança, mais se sujeita à corrupção (WEFFORT 1, 1993, p. 165).

Para Rousseau, o corpo administrativo do Estado define-se como funcionário do soberano, e não como corpo autônomo ou o próprio poder máximo (WEFFORT 1, 1993, p. 197). Embora o bem público seja de toda a sociedade, o governante tende a usufruí-lo em benefício próprio, como se lhe pertencesse. O seu direito restringir-se-ia a administrá-lo. O poder soberano é intolerante ao controle, sendo quase sempre inimigo do poder que o controla ou reduz. O controle se faz com a cadência de interesses opostos e rivais. Montesquieu identificou como elemento de estabilidade a figura da moderação e sugeriu a divisão da autoridade do Estado em três poderes (WEFFORT 1, 1993, p. 114). Todo homem que possui poder é levado a abusar dele até encontrar limites, sendo necessário que um poder seja contido por outro (WEFFORT 1, 1993, pp. 118/119). A capacidade de conter um poder é a chave da moderação, sendo preciso combinar poderes, regulamentá-los, temperá-los, fá-los atuar, lastrear um deles e pô-lo em condições de resistir a outro (WEFFORT 1,

1993, p. 160). A teoria dos freios e contrapesos contribui para manter a autoridade mais fiel possível aos seus ideais antes da assunção do poder. Os ramos de poder precisam de força para resistir às ameaças uns dos outros, cada um se mantendo nos limites fixados constitucionalmente. Burke considerou despotismo a democracia pura porque não possui o sistema de freios e contrapesos (WEFFORT 1, 1993, p. 44). Para Stuart Mill, os que se apoderam de poderes ilimitados degradam seus semelhantes (WEFFORT 1, 1993, p. 196).

A tripartição de poderes na CF é passível de críticas, como a alegada independência do Judiciário, quando os ministros do STF são designados pelo chefe do Executivo. Essa incongruência também é praticada nos EUA, berço do constitucionalismo moderno. O Legislativo pode legislar sozinho, o Judiciário julga sozinho, mas o Executivo não consegue governar sem a aquiescência do Legislativo, constituindo exemplo maior a necessidade de que este aprove o orçamento daquele, obrigando o Executivo a negociar. Tocqueville considerou imprescindível a existência no Legislativo de políticos interessados em fazer política de Estado e não por demandas que envolvem finanças, entendendo que déspotas abusam da vontade nacional em sufrágios comprados (WEFFORT 2, 1993, pp. 166/167). Para Hegel, a chamada lei financeira é essencialmente função do governo e impropriamente denominada lei, pois, para ser lei, o orçamento devia ser dado uma vez só e não anualmente. Expressou que as medidas financeiras para a subsistência do Estado não podem ser condicionadas a qualquer circunstância nem postas anualmente em questão (WEFFORT 2, 1993, pp. 132/133). A legitimidade do Executivo para gerir os recursos, dentro da legalidade, é concedida pelo voto. Sobre estagnação administrativa, vale lembrar o exemplo alemão, quando aquele país havia sido abandonado a uma burocracia paralizante. Como resistência à corrupção do sistema, houve três dias de ações judi-

cantes, em que o Fürher protegeu o direito do perigo. Na condição de juiz supremo, Hitler usou força e ação política absolutista (MACEDO JR., pp. 219/225). Ao invés de aprovar, caberia aos parlamentares definir limites orçamentários mínimos e máximos por destinação ou região e fiscalizar, denunciando irregularidades e propondo punição judicial de administradores que usem mal o erário ou deixem obras inacabadas. Não se pode esperar que ministros partidários e nomeados do TCU julguem com isenção contas de governantes pertencentes ao seu partido.

A divisão entre governo e Estado, dos regimes parlamentaristas, reduziria a força política, administrativa e econômica do governante. Apesar de inexistir exemplos, em tese, nada impediria que uma constituição, no tocante à organização do Estado, dividisse o Poder Executivo em governo e Estado. Nessa hipótese, instituições públicas de interesse permanente do Estado, como Forças Armadas, PGR, AGU, Ministério Público, Polícia Federal, Tesouro Nacional, Banco Central não estariam sob o comando do governante momentâneo, reduzindo assim seu poder de influência. A divisão atenderia ao princípio de que quem executa não fiscaliza, e quem fiscaliza não executa.

Conforme Kelsen (KELSEN, 2003, pp. 182/186), o paradoxo do princípio “o direito federal prevalece sobre o direito estadual” é contrário à idéia do Estado federativo, pois permite invadir a competência estadual. Os limites devem ser defendidos por instância arbitral – a corte constitucional – formada pelas coletividades jurídicas, em princípio coordenadas, da federação e dos estados. A escolha dos ministros do STF por indicação constitui reforço inadequado no poder do governante. Para preservação de suas atribuições, os poderes devem ser capazes, através de suas mútuas relações, de conservar cada um o seu espaço, e devem ser constituídos com a menor ingerência possível de escolha por membros dos outros poderes. Na condição de um dos pode-

res emanados do povo, insculpida no art. 1º da CF, que preceitua serem todos os poderes exercidos por meio de representantes eleitos ou diretamente pelo povo, os membros das altas cortes também deveriam estar sujeitos ao julgamento e voto da sociedade. As decisões colegiadas do Judiciário dão-se de forma democrática, mas a escolha dos seus membros não. O homem não deve ser perpetuado no poder, pois a revisão ajuda a limitar a interpretação. É possível que a forma de escolha dos magistrados tenha relação com a deficiente punibilidade de atos ilegais praticados por autoridades e à insuficiência do princípio constitucional da impessoalidade para proibir o nepotismo nas instituições públicas. Montesquieu referiu-se a uma passagem em que os cretenses, para manter os magistrados na dependência das leis, empregavam a insurreição, meio pelo qual se sublevavam e punham em fuga os magistrados, obrigando-os a retornar à vida privada (WEFFORT 1, 1993, p. 168). Cappelletti cita que, antes da Revolução Francesa, os juízes daquele país consideravam seus cargos direito patrimonial e hereditário, e sugavam bens das partes. Com a Revolução, muitos juizes foram para a guilhotina (CAPPELLETTI, 1984, pp. 96/97). Não parece haver razão para crer que um processo democrático renovável, praticado sobre conjunto pré-selecionado, capacitado e de carreira de magistrados, criaria corte constitucional irresponsável, até por ser de difícil mensuração a qualidade da hermenêutica jurídica produzida; ao contrário, concederia à corte caráter de legitimidade e de compromisso social, fundamental em razão do efeito vinculante de suas decisões. A idéia de eleições no Judiciário é prejudicada pela cultura da monopolização democrática por partidos políticos. Democracia não necessita desses intermediários, pois faz-se mesmo sem campanha política, apenas por biografias.

Seria função do bicameralismo a existência de casa representando os estados federados e outra representando o povo, de for-

ma que uma refreasse as iniciativas da outra, convergindo-as ao interesse comum. A existência de casas distintas dificulta ao Executivo a negociação de vantagens pessoais para aprovação de matérias do seu interesse (BETTO, 2006, p. 116). E quanto mais dessemelhante a índole dos órgãos, menor a probabilidade de se vergarem a conluios. A forma de escolha dos senadores não exige que sejam representantes dos governos estaduais, podendo até serem inimigos dos governadores. Em assembleias internacionais, não se imagina que um país envie como representantes adversários do chefe de Estado. União refere-se à união de estados, no sentido de seus governos constituídos. Senadores escolhidos por voto majoritário são representantes do povo do estado, assim como os deputados escolhidos por voto proporcional. Essa similaridade restringe o objetivo do bicameralismo, de valer-se de casas distintas que se moderem. Caberia à Câmara representar todo o povo com isonomia, pois os votos dos cidadãos dos estados menores valem mais que dos residentes nos estados mais populosos.

Seria do processo democrático a submissão de matérias à votação, independente de conhecimento prévio sobre o resultado. Entretanto, propostas que não agradam à liderança, por vezes não são levadas à deliberação. A eleição dos membros das Mesas Diretoras, fundamentais na escolha das pautas de votações, deve ser por voto secreto, conforme princípio que concede ao eleitor sigilo na escolha do seu representante, evitando votos de “cabresto”. Nas situações em que agem como representantes do eleitorado, o voto deve ser aberto. Montesquieu concordou com Cícero ao dizer que as leis que tornaram os sufrágios secretos nos últimos tempos da república romana foram uma das principais causas de sua decadência (WEFFORT 1, 1993, p. 130). Os representados têm direito de saber como vota seu representante.

A recusa de parlamentares em comparecer a sessões deliberativas impede a obten-

ção de presença mínima. Nas deliberações gerais reguladas pelo Direito Civil, o voto, antes de dever, é direito e responsabilidade que sujeita o agente a sanções no caso de omissão. A não exigência de presença mínima, após determinada espera e divulgação prévia da ordem do dia, em conjunto com a manutenção de quorum sobre os presentes, dificultaria o controle sobre as votações e inércia legislativa. Há estratégias que fazem parte do jogo democrático, contudo cabe distinguir as que não são válidas.

Os regimentos internos não constituem lei e, dessa forma, não estão sujeitos ao controle do Judiciário. Contêm regras que, conforme utilizadas, favorecem ou prejudicam a aprovação de proposições. Sob a teoria dos freios e contrapesos, caberia à sociedade levar certos casos à discussão de órgão externo e imparcial. Na discussão da PEC nº 548/2002, a Comissão da Câmara aprovou emenda supressiva que, por suposto erro de publicação, foi retirada do avulso submetido à deliberação do plenário, alterando substancialmente a tramitação que passaria a ter.

Burke foi quem primeiro atribuiu significado positivo a partido político, dissociando-o do caráter faccioso originalmente atribuído aos agrupamentos políticos. Até então, entendia-se que toda conexão perseguidora de fim político era facção que visava vantagens pessoais e antipatrióticas. Porém reconheceu que as pessoas adquirem com frequência, em partidos políticos, um espírito estreito, intolerante e proibidor (WEFFORT 1, 1993, p. 25).

A eleição de representantes, que constitui direito da sociedade, sujeita-se às vontades herméticas e privadas dos partidos. Estes, apesar de a lei os considerar entidades de direito privado, são dotados de inegável caráter público por constituírem instrumento imprescindível para a escolha pela sociedade de representantes nos Poderes Executivo e Legislativo, nas esferas federal, estadual e municipal. Os partidos controlam quem serão candidatos, fazendo com que os políticos sejam mais fiéis aos partidos do

que aos eleitores e às suas convicções. As regras eleitorais permitem que um candidato faça campanha defendendo determinadas posturas e, eleito, posicione-se de forma oposta. Caberia ao eleitor exigir coerência ideológica e programática de seu representante. A estrutura traz a inconveniência de eleger pessoas submetidas ao comando partidário nas votações de cada matéria. Parece insensato querer substituir a confiança pessoal por confiança no instituto abstrato, volátil e obscuro do partido político, cuja responsabilidade dilui-se entre seus membros e diretoria, não legitimados em processo democrático de representatividade social. Partidos deveriam ser meros coadjuvantes do processo eleitoral, sem direito a burocratizá-lo.

Talvez fosse melhor que a formação de grupos ocorresse por alianças livres, específicas e temporárias com aqueles de mesma convicção nas deliberação das matérias. Dificilmente duas pessoas têm posicionamentos idênticos em temas diversos. Os partidos parecem agir como “cabresto” para perpetuação dos detentores de poder. Segundo Napoleão Bonaparte “O homem menos livre é o homem de partidos”. O espírito de facção propicia a seus integrantes praticarem impropriedades das quais se envergonhariam se as cometessem individualmente. A partidarização esmorece a vontade do parlamentar de fiscalizar e cobrar do governante de mesmo partido o comportamento que exigiria se a autoridade fosse de oposição. Caberia a inserção de normas contra a autonomia partidária, impondo a obrigatoriedade de compromisso programático, sob pena judicial de perda de mandato. A assunção de posição contrária ao programa de um partido, em razão de negociação indevida com qualquer agente interessado, deveria configurar crime. Para Frei Betto, no Brasil os partidos parecem extensões de seus líderes, alguns mantendo estruturas autoritárias e por vezes corruptas, que perpetuam a elite dirigente (BETTO, 2006, p. 208). Não abrem espaço ao debate de teses

políticas nem à elaboração de projetos históricos. As bases não participam da formulação de políticas públicas e são induzidas a votar segundo seus líderes. A corrupção endêmica de partidos favorece o desinteresse pela política, e a falta de transparência em políticos profissionais transmite a idéia de ser a política um terreno pantanoso. O desinteresse da maioria dá-se em prejuízo da democracia (BETTO, 2006, pp. 209/210).

A definição de candidatos em processo eletivo, antes de atender interesses partidários, deveria refletir os interesses da sociedade, sendo sua vontade superior à dos partidos. A obrigatoriedade de candidatos escolhidos por partidos é regra antidemocrática porque age como baia na escolha pelos eleitores. A imposição do voto obrigatório também contraria a democracia, pois impede a ação dos eleitores e prejudica a realização de prévias para pré-seleção e afunilamento do rol de candidatos. O voto do eleitor deveria ser facultativo, assim como é o voto do parlamentar. A figura do suplente não deveria existir, posto na campanha não haver divulgação sobre si, suas convicções e compromissos, elegendo-se de forma velada. Seria pertinente a publicidade da biografia dos candidatos, demonstrando seus feitos, compromissos públicos e a origem dos recursos de campanha. Segundo Frei Betto, o segredo do *marketing* não é vender produtos, e sim ilusões que nutrem as mentes de fantasias (BETTO, 2006, p. 109). Se as campanhas fossem com recursos públicos, os candidatos disporiam de mais liberdade ideológica. O uso de recursos privados promove o vínculo a empresas e bancos, que investem em diferentes candidatos, todos seus devedores (BETTO, 2006, pp. 105/106). Por sua vez, empresários são pressionados a contribuir com partidos sob a força de barganha política, alimentando um círculo vicioso. É preciso punir criminalmente o uso de caixa 2 e sujeitar a contabilidade dos candidatos à auditoria do Ministério Público.

### *Conclusão: antagonismo entre divisão de poderes e definição de normas por assembleia na forma de poder legislativo*

Parece justo reconhecer que os poderes constituídos são espelhos da cultura de um povo. Entende o autor que a carência de virtude e a corrupção são a origem dos males sociais, fato que requer contínua vigilância. Pode-se afirmar ser de interesse da sociedade que autoridades eleitas não negociem suas decisões, os direitos sociais e os interesses do País por interesses menores. A falta de transparência em verbas públicas parece indicar que se tratam de recursos privados. Seria menos oneroso se houvesse eleições gerais na mesma data, podendo a posse dos eleitos dar-se em datas distintas.

Faz-se necessário combater a influência financeira nas eleições, prevalecendo a vitória por posturas que possam ser cobradas. O modelo atual propicia a eleição de agentes compromissados com seus financiadores. Em parte, o controle financeiro sobre o processo democrático deriva da ação da elite econômica, interessada em manter forte representatividade no poder público, mesmo consciente de que isso favorece a corrupção, a violência urbana e a abismal desigualdade social. Segundo Roberto Lyra Filho, para que haja legitimidade não devem existir leis capciosas, com manhas ilusórias de concessão de poder ao povo; a democracia é parte da realização do Direito, contudo é preciso mensurar o comando popular em seu processo (LYRIA FILHO, 2004). Segundo Frei Betto, as megaempresas controlam o poder globalizado e influenciam a pauta dos governos no aspecto econômico. A estrutura do Estado é feita de modo a manter o povo fora dela. Para os poderosos, a política é a arte de preservar sua hegemonia através da acumulação do capital e do controle sobre a sociedade e o governo (BETTO, 2006, pp. 226/227). O desafio para a sociedade é refrear essa engre-



nagem e transformar as eleições em processo efetivo de democracia; é obter normas que favoreçam o voto de parlamentares por convicção, e não por vinculação.

A verticalização nas coligações eleitorais significa simetria das posições políticas nacionais, estaduais e municipais. Segundo o princípio constitucional do equilíbrio entre os entes federados e o poder federal, a verticalização não poderia ser imposta de cima para baixo nem de baixo para cima. Caberia decorrer de acordo entre as esferas de poder, o que, devido à quantidade de entes federativos e de interesses diversos, dificilmente ocorreria. As coligações nas eleições proporcionais têm o objetivo de fazer com que assumam o poder não os candidatos ou partidos preferidos da sociedade, mas os candidatos de coligações oportunistas. A solução poderia ser sua proibição. Caso um partido queira coligar-se, conforme disse o Min. Marco Aurélio, deveria ser por casamento, criando um só partido, e não por acasalamento.

A história demonstra que a formação da constituição moderna decorreu do confronto de poderes e de interesses. É mais do que um texto, como comprovam as constituições não escritas da Inglaterra e de Israel. Segundo Hegel, saber a quem e a qual autoridade, e como organizada, caiba fazer uma constituição é o mesmo que perguntar a quem cabe fazer o espírito de um povo (WEFFORT 2, 1993, p. 127). Talvez em razão de artificialidades na constituição formal, o Executivo utilize força administrativa e econômica para negociar a aprovação de emendas, e o Judiciário desconsidere o texto constitucional em decisões segundo doutrinas do Dir. Constitucional.

Para Burke, uma das regras da sociedade é que nenhum homem seja juiz em sua própria causa, pois a primeira lei da natureza é o direito de autodefesa (WEFFORT 2, 1993, p. 37/38). Segundo O Federalista, ninguém tem o direito de ser juiz em causa

própria, em razão da tendência de seu julgamento corromper sua integridade (WEFFORT 1, 1993, p. 264). A Constituição tem como um dos seus objetivos o controle recíproco entre os poderes. A equipotência dos poderes deve estar representada em assembléia constituinte. Com respaldo na teoria dos freios e contrapesos, não seria ilógico afirmar que o texto constitucional deva decorrer da disputa equilibrada entre antagônicos interesses federais, estaduais e municipais, e posicionamento equilibrado entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma que um controle e evite os interesses próprios dos demais. Para legitimação final do texto, caberia a ratificação popular. Seria pertinente ainda a definição de regra de exceção, de forma a retirar a competência de um poder quando a deliberação envolva seu interesse. É preciso ajustar interesses conflitantes e torná-los subordinados ao bem público. Nesse sentido, as regras político-partidárias e eleitorais não deveriam ser produzidas exclusivamente pelos próprios interessados.

### Referências

- BETTO, Frei. *A mosca azul* – reflexão sobre o poder. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- KELSEN, Hans. *A Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LYRIA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- MACEDO JR., Ronado Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. Cap.
- PINTO, Cristiano O. P. Araújo. *Reação Norte-Americana aos Atentados de 11/09/2001 e seu Impacto no Constitucionalismo Contemporâneo*. UFMG, 2004.
- WEFFORT, F.C. (org.). *Os Clássicos da Política*. São Paulo: Ática, 1993. 2 volumes.



# A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos para os atos administrativos

Getulio Vaz

## Sumário

Introdução. 1. A Supremacia da Constituição. 1.1. O controle de constitucionalidade. 1.2. Princípios materiais que influenciam. 1.3. Da nulidade dos atos inconstitucionais. 1.4. Separação de Poderes e presunção da constitucionalidade dos atos normativos. 1.5. Unidade da ordem jurídica e interpretação conforme a Constituição. 2. O ato jurídico na Constituição. 2.1. Atos jurídicos de efeito concreto. 3. Efeitos da decisão. 3.1. Modulação dos efeitos. 4. Restrição dos efeitos. 4.1. Da isonomia. 4.2. Do direito adquirido. 4.3. Da expectativa de direito e do direito expectativo. Conclusão.

## Introdução

A declaração de inconstitucionalidade de lei *in abstracto* não tem como consequência imediata a nulidade de todos os atos administrativos. Em muitos casos, situações jurídicas não podem mais ser desconstituídas, e outras, considerando o tratamento isonômico, devem ser constituídas sob pena de nova inconstitucionalidade decorrente da negação na aplicação de outros princípios de igual hierarquia.

Os atos jurídicos editados entre a publicação de uma lei e a manifestação final do Supremo Tribunal Federal, pela sua inconstitucionalidade, não desconstituem, de plano, os atos emanados do Poder Público que foram editados com presunção de legalidade. Sendo declarada a inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, há de levar em conta o

Getulio Vaz é Técnico Judiciário do Supremo Tribunal Federal, Bacharel em Direito, exercendo cargos ligados à área de licitações e contratos, sendo membro da Comissão Permanente de Licitação e Pregoeiro.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Gilmar Mendes.

tratamento igual que deve ser aplicado aos demais administrados que têm expectativa de que seu direito tenha o mesmo tratamento. De outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade for dada com efeitos *ex nunc* há de se ter parâmetros para negar o mesmo direito àqueles que estavam na mesma situação jurídica, mas, por alguma razão, não tiveram a lei aplicada no momento anterior. Portanto, enquanto não for retirada do mundo jurídico, a lei tem plena executóriedade, gerando para a sociedade estabilidade e segurança.

O ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido da presunção de validade, enquanto não for declarada inconstitucional a lei que lhe deu origem, obriga todos à obediência dos seus comandos. Nesse sentido, Ronaldo Poletti, (*in* Controle da Constitucionalidade das leis, Rio de Janeiro, Forense, 1985, pág. 119) e, no mesmo entendimento, Miguel Reale (*in* Revogação e anulamento do ato administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 1980, págs. 28/29), onde informam que a jurisprudência e a doutrina admitem a possibilidade de haver-se como legítimo um ato nulo ou anulável em determinadas e especiais circunstâncias, bem como a constituição, em tais casos, de direitos adquiridos, e, por outro lado, considera exaurida a possibilidade de revisão pela Administração após prazo razoável.

No RE 79.343-BA (RTJ 82/791), demonstrando sensibilidade às situações concretizadas enquanto em vigor a lei declarada inconstitucional pelo STF, o Min. Leitão de Abreu defendeu tese não vitoriosa, no sentido de que o ato seria anulável, entendendo “... que não se deve ter por nulo, *ab initio*, ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido da presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos.”

Assim, merece análise a discussão dos efeitos das decisões da instância máxima que têm sido atenuados pela impossibilidade de desconstituir situações consolidadas,

em face dos princípios constitucionais da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e da presunção de legalidade do ato administrativo. Também, enquanto a norma não foi julgada, o princípio da isonomia deve ser analisado.

### 1. A supremacia da Constituição

No conjunto do ordenamento jurídico, a Constituição encontra-se no topo e, a partir dela, todas as demais normas jurídicas existentes têm seu fundamento de validade, decorrendo uma hierarquização vertical que dá unidade ao sistema normativo. É a Constituição que distribui as linhas mestras para a convivência social e organiza a estrutura normativa do Estado, sendo, por tudo isso, o elo entre essas normas, por onde vai escoar as diretrizes para elaboração e validação dessas mesmas normas, revelando-se, aqui, o princípio da compatibilidade vertical das normas estabelecido pelo princípio da supremacia da Constituição.

O princípio da supremacia da Constituição foi consagrado no ordenamento jurídico brasileiro de forma implícita, ao qual todos devem observar sob pena de praticar ato inválido e inconstitucionalidade por incompatibilidade, seja pelo seu conteúdo, seja pelo processo de elaboração, seja pelo comportamento, seja pela omissão inconstitucional. A superioridade da Constituição Federal brasileira pode ser confirmada por dispositivos como: arts. 23, I, 25, 29, 32, 60, 102, 103, 121, §§ 3º e 4º, 125 e outros. Nesse sentido, Medida Cautelar na ADI 2.215-PE, Rel. Min. Celso de Mello (DJ 26/4/01), ficando assentado que este princípio

“... tem o condão de desqualificar, no plano jurídico, o ato em situação de conflito hierárquico com o texto da Constituição – estimula reflexões teóricas em torno da natureza do ato inconstitucional, daí decorrendo a possibilidade de reconhecimento, ou da inexistência, ou da nulidade, ou da anulabilidade com eficácia *ex nunc* ou

eficácia *ex tunc*, ou, ainda, da ineficácia do comportamento estatal incompatível com a Constituição.

(...)

Impõe-se reconhecer, no entanto, que se registra, no magistério jurisprudencial desta Corte, e no que concerne a determinadas situações (como aquelas fundadas na autoridade da coisa julgada ou apoiadas necessidade de fazer preservar a segurança jurídica, em atenção ao princípio da boa-fé), uma tendência claramente perceptível no sentido de abrandar a rigidez dogmática da tese que proclama a nulidade radical dos atos estatais incompatíveis com o texto da Constituição da República (RTJ 55/744 – RTJ 71/570 – RTJ 82/791, 795)”.

Ante a supremacia das normas constitucionais, decorre a necessidade de controle dos atos emanados do Estado, seja do legislador constituinte derivado ou ordinário, seja das autoridades administrativas na aplicação ou interpretação da norma constitucional, o que a tornará mais efetiva e realizará seus fins, evitando-se desvios que a desfigurem ou permitam sua própria negação. Corolário lógico é que o ato administrativo deve guardar compatibilidade com a Lei Maior, pois se presume que esse foi elaborado para concretizá-la, não podendo ser instrumento que motive destruição ou ineficácia da Constituição Federal.

### 1.1. O controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é uma necessidade para manutenção da ordem jurídica, pois os atos, sejam legislativos ou administrativos, devem guardar coerência e concordância com a Norma Maior. Assim, a própria Constituição deve prever como será o controle das normas criadas pelos demais agentes no contínuo processo de elaboração ou de execução de seus princípios, programas, direitos etc., o qual se converte em meio pelo qual se tornam efetivas as políticas delineadas e objetivadas pelo legislador

constituinte, mantendo a regularidade dos atos individuais e dos entes públicos.

O processo de controle abstrato de constitucionalidade tem o poder de retirar do mundo jurídico a norma contestada, e a legitimidade para promover a ação é reservada a um número restrito de entidades ou autoridades. Igualmente pode-se declarar a inconstitucionalidade de ato administrativo e sua nulidade, cujos efeitos da decisão são variados, mas deve respeitar princípios que norteiem essa modulação.

### 1.2. Princípios materiais que influenciam

A análise de constitucionalidade de uma norma ou ato concreto exige do intérprete alguns cuidados preliminares que exercem forte influência na decisão a ser tomada, devendo-se ater aos limites do próprio texto constitucional, buscando nele os fundamentos que justificam uma escolha ou linha hermenêutica em detrimento de outra. A respeito, a lição de Bandeira de Mello (1996, p. 545/546):

“... 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 dá sentido harmônico.”

Assim, para se analisar as conseqüências e efeitos da declaração de inconstitucionalidade do ato administrativo em concreto, há de se ter em mente que o princípio é o alicerce sobre o qual será racionalmente compreendido e valorado, quando um possível choque estiver ocorrendo, sempre tendo como objetivo dar efetividade às normas constitucionais e sua interpretação coerente.

### 1.3. Da nulidade dos atos inconstitucionais

Os atos normativos presumem-se constitucionais, se, no processo de sua elaboração, forem observados todos os requisitos

previstos no ordenamento jurídico para a sua adequação. A tradição jurídica brasileira, adotando tese da nulidade absoluta, desenvolvida nos Estados Unidos e aqui defendida por Ruy Barbosa, faz associação do conceito de inconstitucionalidade com o de nulidade do ato contrário à lei fundamental.’

Assim, o entendimento de que são absolutamente nulos os atos normativos inconstitucionais domina a doutrina nacional, sendo dogma reconhecido pelo STF, conforme citado por Gilmar Mendes no estudo sobre a decisão proferida no RE nº 122.202-/MG (DJ 08/4/94). Essa mesma linha de raciocínio tem sido orientadora das decisões, quando se trata de fiscalização abstrata de constitucionalidade, pois o ato inconstitucional é repudiado pela necessidade de preservar a unidade jurídica nacional, consagrando o princípio da supremacia da Constituição. Decidindo Questão de Ordem na ADIn nº 652/MA (DJ 04/2/93), Relator Min. Celso de Mello, o STF assim se manifestou:

“EMENTA(...).

– O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de *menor* grau de positividade jurídica guardem, *necessariamente*, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade.

– Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

– A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emana-

dos do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito.

– A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia da lei e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai a sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo. ...”

Da análise da decisão do STF, conclui-se que o controle abstrato de constitucionalidade tem, dentre outras, as seguintes características: a decisão final que reconhece a inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*, determina a revigoração das normas que o referido ato afastava do mundo jurídico e, por não admitir a convalidação do ato inconstitucional, a ação não está sujeita a prazo extintivo. (Súmula 306/STF)

O princípio da nulidade com força constitucional não pode ser considerado absoluto, pois há de se levar em conta a ponderação de outros princípios também com sede na mesma norma fundamental como o da segurança jurídica, isonomia, ato jurídico perfeito etc., cabendo à decisão que declarar inconstitucional uma norma ou ato definir se os efeitos serão retrospectivos ou prospectivos.

#### 1.4. Separação de Poderes e presunção da constitucionalidade dos atos normativos

Os atos normativos trazem em si a presunção de que foram produzidos em estrita

observância das normas legais e, acima de tudo, constitucionais, pois, se assim não fosse, a insegurança jurídica seria generalizada pela necessidade de comprovação de regularidade para a sua plena eficácia e vigência.

Há de se ter sempre em mente que o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes impõem ao Judiciário somente declarar a inconstitucionalidade como exceção, quando ficar demonstrado que houve violação ao texto constitucional sem que essa decisão seja apenas uma opção por determinada linha de interpretação, pois é mais lógico aceitar que o legislador, ao elaborar a norma, ou o administrador, na execução desta mesma norma, sempre estará obedecendo à Constituição, donde se conclui que o princípio da presunção de constitucionalidade tem como objetivo conservar os atos normativos, sejam legislativos ou administrativos em concreto, dando maior grau de certeza e segurança jurídica.

### *1.5. Unidade da ordem jurídica e interpretação conforme à constituição*

A ordem jurídica deve ser preservada, partindo-se da premissa do regular funcionamento do Legislativo e de que atua em conformidade, respeitando as regras e princípios constitucionais. O princípio da interpretação conforme tem como meta a conservação da norma jurídica tal como construída pelo legislador, bem como o ato administrativo concreto editado para os fins de cumprimento da mesma norma, guiando à interpretação que esclareça sobre sua adequação à Constituição. Orienta a exegese no sentido de que se deve buscar a interpretação compatível com a Constituição, isto é, aquela que melhor se acomode ao texto fundamental, excluindo as demais construções possíveis que podem ser dispensadas sem prejuízo de qualquer ordem.

## *2. O ato jurídico na Constituição*

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, XXXVI, é taxativa ao afirmar que a lei

não pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Esse princípio constitucional impõe ao legislador ordinário observar a imutabilidade do ato jurídico que nasceu de acordo com as normas vigentes ao seu tempo, estando a salvo de alterações que o desnaturem, não lhe dê vigência ou o extinga por completo. A lei e o decreto são normas jurídicas gerais de criação do direito, enquanto o ato administrativo é norma jurídica individual. Cada grau da ordem jurídica é, ao mesmo tempo, uma produção de direito com relação ao nível inferior e uma reprodução do direito com relação ao nível superior. Portanto, o controle de regularidade ou constitucionalidade aplica-se a cada etapa, sendo uma garantia de constitucionalidade das leis.

A Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de preceito fundamental, no seu art. 1º, assim dispõe:

“Art. 1º A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público.”

Pela redação da parte final da referida norma, é possível concluir, dada a sua grande abrangência, que pode ser utilizada para controle concentrado de constitucionalidade de ato normativo, administrativo e jurisdicional, considerando que a expressão “ato do Poder Público” foi empregada pelo legislador em sentido amplo, incluindo-se os atos praticados por particulares que estejam exercendo atividade pública como concessionário e permissionário de serviço público e, também, os atos administrativos normativos, pelas suas características de impessoalidade, e os atos administrativos de efeito concreto, em razão da potencialidade de lesão a direitos que pode advir de sua emissão em discordância com a Constituição.

## 2.1. *Atos jurídicos de efeito concreto*

A jurisprudência do STF sempre foi firme no entendimento de que as normas secundárias, que têm como fundamento de validade outras que não a Lei Maior, não estão sujeitas a essa fiscalização, pois haveria sempre uma questão de prévia legalidade que demandaria o exame da compatibilidade entre a norma impugnada e aquela que lhe dá fundamento. Analisando o controle de constitucionalidade e sua relação com o ato de efeito concreto, Gilmar Mendes (2004, p. 181/182) faz crítica nos seguintes termos:

“A extensão dessa jurisprudência, desenvolvida para afastar do controle abstrato de normas os atos administrativos de efeito concreto, às chamadas leis formais suscita, sem dúvida, alguma insegurança, porque coloca a salvo do controle de constitucionalidade um sem-número de leis. (...)”

Outra há de ser, todavia, a interpretação se se cuida de atos editados sob a forma de lei. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. (...)”

Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária.

Ressalte-se que não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica

contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque abstrato – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade.

Por derradeiro, cumpre observar que o entendimento do Supremo Tribunal acima referido acaba, em muitos casos, por emprestar significado substancial a elementos muitas vezes acidentais, a suposta generalidade, impessoalidade e abstração ou a pretensa concretude e singularidade do ato do Poder Público. (...)”

Ora, se determinado ato administrativo é contrário à lei fundamental, não pode o STF deixar de declará-lo inconstitucional sob o argumento de que não houve ofensa direta, pois, mesmo reflexa, estará coexistindo norma de categoria inferior afastando norma de categoria superior. Porém, a declaração deverá considerar sempre a presunção de constitucionalidade na modulação dos efeitos, bem como os princípios da legalidade e isonomia em face do administrado.

## 3. *Efeitos da decisão*

O controle de constitucionalidade tem dupla função: em primeiro lugar, defender a Constituição e a compatibilidade das normas de grau inferior, ou seja, da legalidade; em segundo lugar, defender ou proteger direitos subjetivos que possam estar sendo ameaçados pela entrada em vigor de norma incompatível com o texto constitucional, podendo a violação ser direta ou indireta.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (cf. RDA 230/2002), a jurisprudência do STF não diverge da doutrina, sendo constante nas suas decisões a tese de que o ato inconstitucional é nulo, e, uma vez declarada tal situação, consequência lógica é o desfazimento retroativo de seus efeitos em todo o tempo de sua vigência. No entanto, no di-



reito brasileiro, por inexistir o instituto do *stare decisis*, próprio do sistema norte-americano, que torna inaplicável uma lei declarada inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade somente atinge as partes litigantes, resultando na possível continuidade de aplicação de uma norma inconstitucional.

Assim, o primeiro efeito da declaração de inconstitucionalidades é o desfazimento do ato nulo por contrário ao ordenamento jurídico e afronta ao texto da Lei Maior. Porém, essa posição da jurisprudência nacional registra caso singular que merece ser considerado e bem refletido, conforme nos ensina Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 292/293), que assim se expressa:

“Entretanto, não parece haver dúvida de que a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no incidental.

Observe-se ainda que, na jurisprudência do STF, pode-se identificar uma tímida tentativa, levada a efeito em 1977, no sentido de, com base na doutrina de Kelsen e em concepções desenvolvidas no direito americano, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade para o caso concreto. (...)

Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não poderia ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade, e sua aplicação continuada produziria consequências que não poderiam ser olvidadas. A lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso jure*, mas apenas anulável. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo. (...)

O ato declarado inconstitucional deve ser retirado do mundo jurídico por ser incompatível com a Constituição, mas é possível, analisando-se o caso concreto, que efeitos

do ato nulo continuem persistindo, devendo ser essa modulação de efeitos objeto explicitado da decisão do STF.

### 3.1. Modulação dos efeitos

Com a edição da Lei 9.868/99, o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade passou por modificações nas quais se inseriram normas (art. 27) que se destacaram, em face do defendido tradicionalmente pela doutrina, considerando razões de segurança jurídica ou de interesse social excepcional, com *quorum* qualificado, podendo restringir os efeitos da decisão ou resolver que esta somente tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que fixar. Os efeitos são do ato administrativo e do ato legislativo declarado inconstitucional, não do ato do legislador constituinte, pois a inconstitucionalidade não pode ser sanada. Se a decisão será retroativa (*ex tunc*) ou irretroativa (*ex nunc*), é um problema de segurança jurídica e política judiciária, gerando efeitos: quanto ao tempo (retroativa/irretroativa); nas partes (difuso – inter partes/concentrado – erga omnes) e, finalmente, no processo (declaratória ou constitutiva).

### 4. Restrição dos efeitos

As Leis 9.868/99 e 9.882/99 autorizam o STF a modular a decisão, restringindo seus efeitos. Com essa inovação, a doutrina da nulidade absoluta é relativizada para não se cometer injustiça, em face dos atos emitidos com presunção de legalidade e constitucionalidade e, igualmente, não comprometer a segurança jurídica que deve existir. Sendo a restrição material, o ato declarado inconstitucional continuará, no todo ou em parte, com vigência e eficácia, produzindo seus naturais efeitos, o que significa uma convalidação. Também pode ser reconhecido valor ao ato inconstitucional, resultando estar a salvo os efeitos já produzidos, não se desconstituindo *ex tunc*, conservando sua

aptidão para produzir efeitos para o futuro e mantendo sua eficácia, importando, novamente, numa convalidação. A segunda restrição, sendo temporal, significa a possibilidade de ser fixado momento distinto, a partir do qual o ato declarado inconstitucional deixa de produzir efeitos no mundo jurídico, que pode ser com o trânsito em julgado da decisão ou outro que venha a ser fixado no passado ou no futuro.

Porém, na decisão, há de se considerar entre os afetados, a isonomia, a presunção de legalidade dos atos administrativos praticados, o direito adquirido e o direito expectado, todos merecedores de apreciação pelo Tribunal.

#### 4.1. Da isonomia

A Constituição Federal de 1988 consagrou, no ser art. 5º, *caput*, o princípio da isonomia, ao afirmar a igualdade de todos perante a lei, sem qualquer distinção e, no inciso I, a igualdade de homens e mulheres em direito e obrigações. Ao declarar a inconstitucionalidade de um ato modulando os efeitos, o princípio da isonomia deve ser considerado sob pena de outra injustiça ser concretizada. Essa restrição deve levar em conta a igualdade jurídica dos possíveis afetados pela decisão.

#### 4.2. Do direito adquirido

Ao declarar a inconstitucionalidade de um ato, deve o STF fazer a modulação de sua decisão, considerando, em primeiro lugar, que a própria Constituição determina como limite o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conforme art. 5º, XXXIV, da CF/88. Interessa saber se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade podem retroagir ou, restringindo esses efeitos, ter como limite os direitos adquiridos. Vários autores de destaque analisam o tema relativamente à entrada em vigor de nova lei, que, aplicada à declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos, podem ser válidas as conclusões pela semelhança que guarda. Regina Ferrari (1999, p. 92/93),

discorrendo sobre os direitos adquiridos e irretroatividade, dá a seguinte lição:

“Na conceituação de direito temos que levar em consideração dois elementos: a existência de um fato em virtude do qual se adquire o direito e a existência de uma lei em razão da qual o fato seja capaz de produzir o direito. Já o fato aquisitivo, integrante de sua definição de direito adquirido, decorre da própria natureza do homem; assim, o respeito aos direitos adquiridos não é senão o respeito ao indivíduo que se conduziu para obter seus direitos, em conformidade com as leis.

Em conseqüência, para que um fato possa produzir a aquisição de um direito, necessita de quatro requisitos: 1. que esteja completo; 2. que tenha surgido em tempo idôneo; 3. que a pessoa que o realiza seja capaz; 4. que tenham sido observadas as formalidades prescritas na lei.”

Quando uma norma ou ato for declarado inconstitucional, as situações juridicamente consumadas estarão protegidas pelo direito por ser ato jurídico perfeito; mas, naquelas hipóteses em que os efeitos materiais não se produzirem ainda antes do evento da lei nova ou da retirada do ordenamento jurídico da norma impugnada, temos o direito adquirido.

Para se resolver o problema da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, é necessário considerar o conflito das leis no tempo, ou seja, não pode existir conflito entre situações jurídicas anteriormente constituídas e totalmente consumadas sob a vigência da norma impugnada. Regina Ferrari (op. cit.), conclui sobre esse tema, da seguinte forma:

“Dessa forma, admitir que esta declaração viesse estender seus efeitos ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma agora reconhecida como inconstitucional, seria propor-

cionar a insegurança jurídica, a instabilidade do direito, pois não estaríamos nunca em condições de apreciar se um ato lícito quando realizado ou um contrato válido quando celebrado conservaria tal característica no futuro.”

Essas lições são suficientes para se concluir que o direito que preencheu todos os requisitos da lei, enquanto válida, não pode mais ser desconstituído, em face da norma declarada inconstitucional. Problema surge quando se vislumbram aquelas situações em que também se preenchiam as condições para se materializar o direito, mas, por qualquer motivo, seu titular não o teve deferido, seja por não ter agido, seja porque a Administração, tomando conhecimento do início de processo para declaração de inconstitucionalidade da lei, aguardava a decisão sobre sua invalidação, cabendo, portanto, a análise da expectativa de direito e direito expectado ou esperado.

#### *4.3. Da expectativa de direito e do direito expectativo*

Declarada inconstitucional uma norma, dúvidas podem surgir com relação aos efeitos, em face de situações existentes que poderão estar consumadas ou não. Não se há de confundir a expectativa de direito com direito adquirido, pois este é uma realidade para seu titular que poderá fruí-lo quando o desejar, enquanto a expectativa é uma esperança. O direito adquirido é garantido por normas jurídicas, exercitáveis, segundo a vontade de alguém.

A expectativa de direito pode ser caracterizada como uma seqüência de elementos constitutivos, cuja aquisição vai ocorrendo gradativamente, formando-se, até constituir-se, quando o último elemento o integrar, no direito. Portanto, será expectativa, enquanto todos os requisitos necessários não estiverem preenchidos. Aplicado ao controle de constitucionalidade do ato administrativo, temos que o advento da declaração de inconstitucionalidade não terá efeitos que de-

vam ser restringidos, pois o direito ainda não nasceu por não preencher os requisitos legais. Nesse sentido, ADIn nº 2.306/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, INQ nº 1.684 (Informativo nº 251), AMS/TRF 2ª Região nº 10.297 e AMS/TRF 2ª Região nº 21353, que fazem distinção entre o direito adquirido e a expectativa de direito, fixando o entendimento de que esta depende de condição que pode não ocorrer.

Por outro lado, a decisão que declara inconstitucional uma norma pode encontrar situações fáticas que não se enquadram nas características da expectativa de direito por já ter preenchido todos os requisitos legais, mas que depende de situação que somente é aclarada em momento posterior, o que se poderia denominar ainda de direito expectativo. Para melhor desenvolver o tema em comento, é oportuno citar estudos e decisões judiciais que, de alguma forma, tocam nesse assunto, já registrando que o conceito entre expectativa de direito, direito expectativo, formativo ou acumulado, nos textos pesquisados, é confundido. Como base legal para o que será desenvolvido, inicia-se pela Lei Complementar nº 109/2001, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar, que tem a seguinte dicção:

“Art. 17. As alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participante.

Parágrafo único. Ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtenção dos benefícios previstos no plano é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria.”

Pelo texto da lei complementar, direito acumulado é aquele que se vai formando ao longo do tempo, um direito no sentido de esperado. Não se confunde com o direito

adquirido tratado no parágrafo único do mesmo artigo, que é igual a ato jurídico perfeito. Decidindo matéria relativa à vantagem instituída por liberalidade patronal prevista em regulamento interno, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Proc. 00182-2004-014-04-00-1 RO) entendeu que “...Empregado despedido antes de implementar as condições temporais prevista na aludida regulamentação, de interpretação restrita, não conta com o benefício invocado. Hipótese de expectativa de direito que não se confunde com direito expectativo e que não encerra despedida obstativa.” Interessante, também, a decisão do Recurso Especial nº 707.092 que decidiu questão relacionada ao direito de propriedade sobre imóvel e sua aquisição por título anterior ao casamento, onde a Relatora assim se expressa no seu voto:

“O TJDF decidiu a questão à luz do art. 272 do CC/16 (correspondência: art. 1.661 do CC/02), no sentido de que ‘o imóvel disputado resta incomunicável porquanto sua aquisição tem por título causa anterior ao casamento’.

(...) Se já havia direito, ainda expectativo ou formativo, o art. 272 incide.

Todas as conseqüências de ações que nasceram antes do casamento, são pertinentes aos bens incomunicáveis. O que decide é o momento em que nasceu a ação. Mas, se a ação nasceu depois, e a causa foi anterior, incomunicáveis são as conseqüências. O já ter nascido a ação é condição suficiente, se bem que não seja necessária. (...)”

No exemplo acima, direito expectativo ou formativo é igual à expectativa de direito. Entendimento diverso é o demonstrado em parecer da Associação dos Magistrados do Trabalho da Décima Quinta Região (ANAMATRA-XV), ao analisar os termos do Projeto de Emenda Constitucional – PEC 40/2003, de onde se transcrevem as seguintes partes:

“ O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em diversos arestos, que não há direito adquirido a determinado regime. Convém distinguir, todavia, entre o regime, em si mesmo, e os direitos em formação (ou acumulados) aderentes ao patrimônio jurídico do servidor, que surtem efeitos de direitos adquiridos, notadamente quando ‘assimiláveis aos [direitos] negociais, ‘quase-negociais’, como os que outorgam ‘vantagens’ (esperados) ao servidor público na suas relações com o Estado. Aqui se pode supor o aspecto da autonomia da vontade como *determinante da adesão a um quadro legalmente fixado*”. (...) Nesse sentido, exatamente, é que Dalmo de Abreu Dallari entende estar adquirido, no momento em que o servidor é empossado num cargo efetivo, o seu direito de se aposentar com proventos correspondentes à totalidade da remuneração. (...) Assim entendido, não pode a Administração Pública, por ato unilateral, alterar ou extinguir esse direito, como tampouco pode a lei prejudicá-lo (ou sequer o poder constituinte derivado, *ut* artigo 5º, XXXVI, da CRFB). (...)”

Os primeiros estudos doutrinários em torno do caput já avaliam que, ressalvados os direitos adquiridos e acumulados (que garantem, a seus titulares, regimes de transição), a possibilidade de alteração dos planos de benefícios, sejam eles de contribuição ou de benefício definidos, é da própria essência do instituto. É inegável, portanto, que o direito nacional caminha a passos largos para o reconhecimento de efeitos jurídicos iniludíveis aos direitos em formação ou acumulados, notadamente em matéria de previdência pública. (...) Mais que isso, os efeitos da adesão protraem-se no tempo, para além do próprio jubileamento – tanto que, à diferença do trabalhador filiado ao RGPS, o servidor público

pode sofrer a cassação de sua aposentadoria por conta de faltas disciplinares praticadas na ativa. À vista disso, é razoável reconhecer algum sinalagma no espectro positivo da relação: *do ponto de vista dos direitos, alguns há que deitam raízes, desde logo, no patrimônio jurídico do servidor, conquanto não possam ser fruídos de imediato, por conformarem-se com o tempo.* É o caso do direito ao cálculo da aposentadoria pela última remuneração da ativa ou, ainda, do direito à integralidade de proventos, em relação aos servidores que ingressarem no serviço público antes da eventual conversão da PEC 40/03: na exata concepção de Gabba, são (a) conseqüência de um fato idôneo para gerá-lo em razão da lei vigorante ao tempo em que tal fato teve lugar (= a posse no cargo), e (b) impossíveis de atuar ou de valer antes da entrada em vigor de nova norma relativa ao mesmo assunto (= PEC 40/03); faltam-lhe apenas o terceiro pressuposto, a saber, (c) o comando da lei contemporânea ao fato, no sentido de que o direito imanente integre-se imediatamente ao patrimônio de quem o adquire. De fato, o texto constitucional em vigor não o diz, porque estabelece diversos outros requisitos para o exercício do direito (artigo 40, §1º, III, da CRFB); nada obstante, estão presentes as duas outras características da definição de Gabba, em franca demonstração de que se está muito próximo do seu conceito de direito adquirido. O tempo de contribuição, a idade mínima, o 'pedágio' e os outros pressupostos objetivos da aposentadoria são, na verdade, elementos de um fato constitutivo mais complexo, cuja realização 'tem sua raiz num direito adquirido anterior', porquanto não está 'no poder do interessado [a Administração] impedir o fato que falta, em se tratando de condição verdadeira e própria'. (...)

Antes disso, interessa saber se, na prática, aqueles direitos estão sob guarida do artigo 5º, XXXVI, da CRFB e se são, portanto, imunes ao poder constituinte derivado. E, para tanto, não há critério seguro no direito positivo."

No parecer da ANAMATRA, direito formativo é igual a direito adquirido, pois este vai-se acumulando, sendo concretizado por fases bem estanques, criando uma expectativa que se incorpora ao patrimônio de alguém.

O direito societário enriquece mais a discussão sobre as diferenças apontadas acima, fazendo distinção entre direito expectativo e direito expectado. Do Processo CVM nº RJ2001/2212, que trata de consulta sobre Plano de Reestruturação Societária envolvendo sociedade controlada, transcreve-se a seguinte parte:

"(...)I. não haveria o que acrescentar ao dito pelo parecerista contratado pela (*omissis*), pois, até o momento da incorporação, o que se atribui ao acionista é um *direito expectativo*;

II. como explica Luis Gastão de Barros Leães: '*O direito do acionista ao dividendo é direito expectativo (spes debitum ire): em havendo lucro, fixado pelo balanço de exercício, e determinando a assembléia-geral o quantum e a maneira de sua distribuição (caso os estatutos já o não tenham feito), deixa de haver direito expectativo para nascer o direito expectado ao dividendo*".

Conforme parecer da CVM, o direito expectado é concreto, realizável, podendo o acionista se opor à sociedade quando esta não cumprir o previsto na legislação e no estatuto.

Por último, registra-se artigo do advogado Marcelo Ávila, publicado na Revista Ciência Jurídica, que trata da garantia dos direitos fundamentais, em face de emendas constitucionais. Em tópico dedicado ao direito adquirido, traz as seguintes informações:



“Veja-se a respeito a orientação adotada pelo ilustre Min. ALDIR PASSARINHO ao proferir seu voto no RE 105.812-PB, 2ª Turma, RTJ 119/1232:

“É que a norma constitucional benéficiou os que até a data prevista haviam complementado o requisito temporal. O direito já o possuía ela. Apenas o seu exercício que ficou dependendo de vaga do cargo titular. E é o que, como salienta o parecer da d. Procuradoria Geral da República, resulta do §2º do art. 6º da lei de introdução ao Código Civil (...)”

De outra senda, esse não-exercício do direito não é suficiente, e nem poderia sê-lo, para macular o direito adquirido, relegando-o ao plano da mera expectativa de direito, *eis que surge, in casu, a figura do Direito Expectativo*, expressão muito bem utilizada por novos e jovens processualistas para caracterizar o direito adquirido quando vem aclarar-se posteriormente ao momento da sua aquisição. Dentre esses jovens e brilhantes estudiosos da matéria destaca-se o eminente Juiz Federal WILNEY MAGNO DE AZEVEDO SILVA, que assim define a noção:

“É o caso de *direito adquirido, sujeito apenas, à ocorrência de condição inexorável e insuscetível de alteração, por vontade alheia*, no caso o falecimento de sua mãe. É o assim chamado *Direito Expectativo, noção diversa de Expectativa de Direito.*”

Nesse artigo, Marcelo Ávila entende que direito adquirido é aquele que já preencheu todos os requisitos para a sua formação, mas aguarda um momento posterior quando se vem aclarar. Essa condição não pode ser alterada por vontade alheia, incluindo-se a vontade estatal.

Portanto, não se pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quando se tratar de direito adquirido, ao entendimento de que este é o direito que está

pronto para ser usado, tendo preenchido todas as condições de fato, não podendo mais ser alterado por qualquer ação. No entanto, a decisão deve considerar o direito expectativo, entendendo-se este como aquele que, para ser requerido, deve aguardar que certas condições, de fato ou de direito, sejam atendidas, e, por outro lado, não pode ser alterado pela vontade de uma das partes, sendo um direito que se aclara em momento diferente, mas que não se confunde com direito adquirido e, muito menos, com expectativa de direito.

Como exemplos de direito expectativo, o Agravo de Instrumento nº 363.085-4/0-SP, onde as partes litigaram a respeito de registro de patente de medicamentos, a ementa tem a seguinte redação:

“...- *Registro da agravante na ANVISA realizado em primeiro lugar – Recorrente que se encontra, nas circunstâncias, com direito expectativo à patente.* (...) Agravo provido.”

No Agravo de Instrumento nº 234.257-4/9-SP, onde os agravantes ajuizaram ação de rescisão contratual, para habilitar créditos em face do espólio, decidiu o Tribunal que:

“...Os recorrentes têm, sem sombra de dúvida, *um direito expectativo contra o espólio*. Todavia, não há coisa julgada e inexistindo título representando dívidas vencidas e exigíveis, não se pode concluir, como querem os agravantes, que já possam, desde já habilitar créditos.”

Decidindo o REsp 135.569-PR, Relatora Min. Eliana Calmon, onde se discutiu Resolução do Banco Central e sua aplicação imediata, o STJ entendeu que:

“... Contudo essa situação criada unicamente pelo Fisco não pode ser alterada para onerar o contribuinte que, *mesmo não tendo direito adquirido a determinado regime fiscal, tem o direito expectativo a só pagar o imposto nos moldes da legislação vigente à época do contrato perfeito e acabado*. Destarte,



a Resolução n. 1.033/85 não tem aplicação imediata ao contrato realizado sob a égide da Resolução 613/80.”

Concluindo, para restringir os efeitos de ato declarado inconstitucional, o direito formativo não pode ser confundido com direito expectativo, pois este já preencheu os requisitos legais para a sua fruição, devendo aguardar a passagem do tempo para se aclarar e se concretizar, mas o tempo não é capaz de modificá-lo. Na hipótese de inconstitucionalidade declarada pelo STF, o ato administrativo que nasce desta norma pode e deve gerar efeitos, pois o direito estará consolidado por ser compatível com a ordem jurídica do momento de sua formação.

### Conclusão

A supremacia da ordem constitucional reflete o caráter eminentemente rígido das normas constantes do estatuto fundamental. Nesse contexto, a autoridade normativa da Constituição é decisiva na limitação da atividade estatal, sendo seu fundamento de validade e existência, o que resulta na eficácia dos atos administrativos e legislativos, donde nenhum destes pode contrariar seus princípios ou regras sob pena de serem invalidados.

Com a edição da Lei 9.868/99, foi introduzida grande inovação no ordenamento jurídico, autorizando o STF a restringir os efeitos da decisão, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Assim, não podem ser afetados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Igualmente, deve o Tribunal considerar aquele direito que já preencheu todos os requisitos para a sua concretização mas aguarda a passagem do tempo ou de alguma outra condição inalterável por outrem para que possa ser fruído pelo seu destinatário, o que chamamos de ‘direito expectativo’, e, nesta hipótese, a isonomia e o princípio da legalidade, que também têm

sede constitucional, não podem deixar de ser considerados, pois a restrição dos efeitos sem incluir aqueles que, por motivos alheios à sua vontade, não viram o cumprimento da norma enquanto válida, em razão desta situação, nova inconstitucionalidade será criada por tratamento desigual.

Oportuno citar decisão do STF no RE nº 442.683-8/RS, julgado em 13/12/2005 pela Segunda Turma, cuja ementa ficou assim redigida:

“(…)I. – A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos – 1987 a 1992 –, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito *ex nunc*, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; arts. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator Ministro Moreira Alves, ‘DJ’ de 25.6.1999.”

Conforme demonstrado, o princípio da isonomia justifica também que, em outros casos, possam ser avaliados e reconhecidos o direito, sob pena de, em não o fazendo, nova inconstitucionalidade ser cometida, qual seja, a não aplicação de norma válida enquanto vigente a outros destinatários do direito que, por razões alheias à sua vontade, não foram beneficiados, ferindo o princípio constitucional da isonomia.

### Nota

\* Bernardes, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade – elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 346 (comentário citando outro autor não identificado).

## Referências

ÁVILA, Marcelo Roque Anderson Maciel. *A garantia dos direitos fundamentais frente às emendas constitucionais*. Ciência Jurídica *ad litteras et verba*, v.14, n.93, maio/junho, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade – elementos materiais e princípios processuais*. Saraiva, 2004, São Paulo.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, 5ª ed., 1994.

BRASIL. Associação dos Magistrados do Trabalho da Décima Quinta Região. Guilherme Guimarães Feliciano. Pareceres. Disponível em [www.anamatra.org.br](http://www.anamatra.org.br) – consulta em 14/09/2006.

BRASIL Companhia de Valores Mobiliários – CVM. Decisão de Colegiado. Disponível em [www.cvm.gov.br](http://www.cvm.gov.br) – consulta em 14/09/2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 23ª ed., Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2004.

BRASIL. Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894. Completa a organização da Justiça Federal da República. Disponível em [www.planalto.gov.br/legislação](http://www.planalto.gov.br/legislação).

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União de 11 de novembro de 1999. Poder Executivo. Brasília, DF, 1999. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868) – consultada em 11/10/2005.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, de 06 de dezembro de 1999. Poder Executivo. Brasília, DF, 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 707.092/DF. Relatora: Nancy Andrighi. Decisão de 28 de junho de 2005. Diário de Justiça, 01.ago.2005. Disponível em: [www.stj.gov.br/jurisprudência](http://www.stj.gov.br/jurisprudência).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 647/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 18 de

dezembro de 1991. Diário da Justiça, Brasília, DF, 27 mar.1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 652/MA (Questão de Ordem), Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 02 de abril de 1992. Diário da Justiça, Brasília, DF, 02 abr. 1993. Disponível em [www.stf.gov.br/jurisprudencia](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 1417/DF Relator: Otvávio Gallotti, Brasília, 02 de agosto de 1989. Diário da Justiça, 23.mar.2001. Brasília, DF. Disponível em [www.stf.gov.br/jurisprudencia](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.460. Relator Ministro Sydney Sanches. Brasília, 17 de março de 1999. Diário da Justiça, 25.jun.1999. Disponível em [www.stf.gov.br/jurisprudencia](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 2.215-PE (Medida Cautelar). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 17 de abril de 2001. Diário da Justiça, Brasília, DF, 26 abr. 2001. Disponível em [www.stf.gov.br/jurisprudencia](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 2.859/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 de março de 2003. Diário da Justiça, 04.abril.2003. Disponível em [www.stf.gov.br/jurisprudencia](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 442.683/RS. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 13.dez.2005. Diário da Justiça, Brasília, DF, 27 mar. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 360. Brasília. Diário da Justiça, Brasília, DF, 02 abr. 1993. Disponível em [www.stf.gov.br/sumula](http://www.stf.gov.br/sumula).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 234.257.4/9. Relator Marcondes Machado. Decisão de 26 de fevereiro de 2002. São Paulo. Disponível em [www.tj.sp.gov.br/jurisprudência](http://www.tj.sp.gov.br/jurisprudência).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 223.391.4/4. Relator Ruy Camilo. Decisão de 26 de fevereiro de 2002. São Paulo. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/jurisprudência>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 318.185.4/1. Relator Márcio Marcondes Machado. Decisão de 21 de outubro de 2003. São Paulo. Disponível em [www.tj.sp.gov.br/jurisprudência](http://www.tj.sp.gov.br/jurisprudência).

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 4ª Região. Processo 00182-2004-014-04-00-1 RO – 4ª Turma. Relator: Juiz Nilton Varela Dutra. Disponível em [www.trt4.gov.br/jurisprudencia](http://www.trt4.gov.br/jurisprudencia).

- CANOTILHO, J.Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª Ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CRETELLA JR, José. *Elementos de direito constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4ª edição revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo nº 230, out./dez., 2002.
- FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Editora Método, 2003.
- FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Transcrição extraída no endereço <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Martins Fontes, São Paulo. 2003.
- LACERDA, Belizário Antônio de. *Inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato administrativo normativo*. Revista dos Tribunais, v. 88, nº 762, abr. 1999.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.868, de 10/11/1999*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- MARTINS, José Renato. *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.



# Diferenças sociais e ações afirmativas

## A luta pela igualdade

Hamilton Vieira Ramos

### Sumário

1. Introdução. 2. Diferenças sociais. 3. Desigualdades sociais. 4. A evolução do Estado de Direito. 5. Ações afirmativas. 6. Conclusão.

### 1. Introdução

As Políticas de Ação Afirmativa pressupõem uma situação de desigualdade nos níveis de gozo e fruição dos bens e direitos produzidos numa determinada sociedade.

Neste artigo, primeiro vislumbraremos alguns dos fatores históricos que deram origem a essas distorções para, em seguida, lançarmos nossa opinião acerca da viabilidade ou não das políticas idealizadas com vistas à sua correção.

O tema ações afirmativas é muito atual e encontra-se intimamente relacionado com a evolução do princípio da igualdade. Nosso objetivo é verificar se, frente ao significado que os textos constitucionais modernos consagram para esse princípio, estaria o Poder Público juridicamente autorizado a levar a efeito políticas públicas de caráter diferencialista<sup>1</sup> que tenham por finalidade a igualação das oportunidades entre os diversos segmentos sociais.

### 2. Diferenças sociais

O problema das diferenças sociais está relacionado com a existência, no seio de uma mesma sociedade, de grupos humanos caracterizados por variados padrões estéticos

Hamilton Vieira Ramos é Analista Legislativo do Senado Federal, Especialista em Análise de Constitucionalidade.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. José Eduardo Elias Romão.

e fenotípicos, bem como por costumes, hábitos alimentares, práticas religiosas, e valores culturais diversos.

Para explicar as diferenças físicas e comportamentais observáveis entre os grupos humanos, foram criados dois termos: raça e etnia.

O primeiro, a raça, é utilizado para diferenciar elementos da mesma espécie, estando, portanto, relacionado a aspectos biofisiológicos, como os padrões estéticos e fenotípicos.

O segundo, a etnia, constitui uma categoria antropológica destinada à consideração de elementos culturais como língua, religião, costumes alimentares e comportamentos sociais, reproduzidos no interior de grupos humanos não muito distantes em sua aparência, ainda que não necessariamente vinculados por nacionalidade comum, embora quase sempre compartilhando território comum e se organizando como população geral desse território.

Sant'Ana (2005, p. 43) informa que até a Idade Média, a exploração do homem pelo homem com base em suas características grupais se dava em consideração a fatores relacionados à religião, à política, à nacionalidade ou à linguagem do grupo dominado, mas nunca a eventuais diferenças biológicas ou raciais. As teorias e doutrinas biológicas surgiram depois, como instrumentos destinados à geração de argumentos mais sólidos, que melhor garantissem a dominação, propiciando para que essa se desse de maneira o menos possível contestada e, conseqüentemente, menos dispendiosa e arriscada.

Embora a submissão com base na raça haja se iniciado ainda no início do século XVI, a introdução de elementos biológicos nesse conceito só veio a ocorrer no final do século XVIII, após a revolução industrial européia, tendo resultado de estudos comparativos procedidos no crânio (frenologia) e no rosto (fisionomia) de exemplares humanos pertencentes aos diversos grupos. Por meio dessas análises, os pesquisadores se julgaram aptos a definirem as caracterís-

ticas psicológicas de cada grupo analisado e, a partir daí, à sua hierarquização. O resultado era a confirmação das teses sociológicas já em vigor, o homem branco era, sem dúvida, de raça superior, o amarelo situava-se numa posição intermediária, e o negro estava, realmente, mais próximo do reino animal (Vieira Júnior, 2005, p. 46).

O Professor Munanga (2003) observa que “a concepção do racismo baseada na vertente biológica começa a mudar a partir dos anos 70 [...]” e, em 15 de novembro de 1998, a revista *Isto É* publica recente pesquisa de autoria do biólogo Alan Templeton, que depois de comparar mais de oito mil amostras genéticas colhidas alheatoriamente de pessoas em todo o mundo, concluiu que não há raças entre os seres humanos porque “as diferenças genéticas entre grupos das mais distintas etnias são insignificantes”.

Assim, toda referência a raça não passa mesmo de pretexto para exploração, dominação e manutenção de *status*. É o que podemos depreender também das palavras de d'Adesky (2001, p. 48): “[...] Embora o continente africano devesse ser, teoricamente, isento de tensões raciais, a realidade mostra serem (ali) abundantes os conflitos interétnicos. É o caso de Ruanda e do Burundi, em especial, onde etnias encontram-se excluídas do centro das decisões políticas, aliadas dos altos postos das funções públicas, sofrendo igualmente restrições no acesso à escola e à universidade. Nesses países, a inserção étnica caracteriza-se, não pela cor da pele, uma vez que todos são negros, mas principalmente pela forma do rosto, pela envergadura e pela altura do indivíduo”.

Com a cessação das formas de discriminação mais explícitas, como a escravidão e o *apartheid*, o mundo pareceu convencer-se de que a prática do racismo estava eliminada e de que suas conseqüências prosseguiriam em decorrência do processo de introjeção, fenômeno que faz com que formulações culturais antigas sejam retransmitidas e continuem atingindo, moral e psicicamente, as sucessivas gerações, provocando, nos



grupos estigmatizados, um senso comum de inferioridade e de perda da auto-estima, e reforçando, no grupo dominante, o seu complexo de superioridade.

Dante Moreira Leite, *apud* Vieira Júnior (2005, p. 179), sustenta que: “o passado atua no presente e pode ser uma força determinante da ação, mas isso só ocorre quando forças do passado continuam no presente (...). Não existe a ‘misteriosa comunicação’ do passado com o presente, a não ser que aquele continue a atuar diretamente neste; ou, em outras palavras, quando se transforma a situação, o que continua a influir é apenas o que, na situação nova, restou da anterior”.

No mesmo sentido são as palavras do Professor Munanga (2003), que assegura que, depois do descrédito das teorias que sustentavam a *cientificidade* da idéia de raça, assiste-se “ao deslocamento do eixo central do racismo e ao surgimento de formas derivadas, tais como racismo contra mulheres, contra jovens, contra homossexuais, contra pobres, contra burgueses, contra militares, etc. [...]”.

Prestigiando esse entendimento, em setembro de 2003, nossa maior Corte de Justiça decidiu o Habeas Corpus nº 82.424/RS, que tinha como paciente um escritor e editor gaúcho acusado de editar, distribuir e vender obras literárias de cunho anti-semita.

Em seus itens de números 3, 4 e 16, a ementa do respectivo acórdão pronuncia-se sobre os problemas raça e racismo, reafirmando a imprescritibilidade dos crimes a eles relacionados.

Dada a sua natureza de síntese, a ementa desse julgamento, não podendo se alongar muito na referência que faz a respeito de raça, limitou-se a dizer que “A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social”.

Vemos, então, que também para o Judiciário brasileiro o conceito de raça ultrapassa os limites das características físicas para assumir as mais diversas formas, especialmente as relacionadas ao comportamento social.

Essa evolução da idéia de raça, que passou, então, a ser compreendida a partir de caracteres étnicos e políticos, possibilita, nas palavras do Professor Kabengele Munanga, qualificar de racismo “qualquer atitude ou comportamento de rejeição e de injustiça social”.

Nesse contexto, é de notar-se que as práticas racistas se adequaram ao novo conceito e que as desigualdades sociais com as quais nos deparamos não resultam apenas das discriminações do passado, mas constituem também efeitos de atos preconceituosos do presente.

A transformação verificada permite também que a idéia de racismo retroaja, pois, como vimos, até a Idade Média a exploração do homem pelo homem justificava-se em fatores como religião, política, nacionalidade e linguagem do grupo dominado, os mesmos em que atualmente se funda.

### 3. *Desigualdades sociais*

Essa consideração dos grupos humanos a partir de sua posição nessa idealizada hierarquia, vai gerar a idéia de maioria e minorias, conforme o pertencimento ao grupo de mando ou às camadas de subserviência, variáveis de acordo com o território e o período histórico. Da perspectiva que temos aqui, que seria a busca de um instrumento hábil a definir os grupos de menor grau de prestígio e influência no seio de determinada sociedade, o sentido que se deve dar ao termo minoria é o antropológico social, que, no Dicionário Aurélio Eletrônico, por oposição ao termo maioria, aparece como “Subgrupo que, dentro de uma sociedade, considera-se e/ou é considerado diferente do grupo maior e dominante, em razão de características étnicas, religiosas, ou de língua, costumes, nacionalidade, etc., e que em razão dessas diferenças não participa integralmente, em igualdade de condições, da vida social”.

A pretexto de suas particularidades, às minorias não é dado participar das decisões

do Estado, não dispendo elas, conseqüentemente, das mesmas oportunidades de gozo e fruição dos direitos fundamentais. É exatamente essa distância, essa diferença de poder, de influência e de prestígio, refletida nas oportunidades de efetivo acesso aos bens e serviços produzidos pela sociedade, que vai constituir as chamadas desigualdades sociais.

#### 4. A evolução do Estado de Direito

A primeira forma de Estado de Direito foi o Estado Liberal, que apareceu em contraposição ao Estado Absolutista, assim caracterizado pelo poder absoluto que detinha o soberano, no qual vigorava uma situação estamental de privilégios e sujeições baseadas na condição de nascimento.

Como reação a esse sistema “elitizante” e discriminatório, eclode, em 1789, a Revolução Francesa, que logrou consagrar e normatizar os direitos fundamentais do homem, inicialmente identificados com a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Nesse novo contexto, perante a lei todos eram considerados iguais. Juridicamente, nenhuma distinção poderia ser feita. Era o auge do formalismo. Na área econômica vigia absoluto o princípio da não-intervenção do Estado. Só havia lugar para o regime de competição. As leis do mercado faziam o único regulamento.

O compromisso do Estado Liberal era, então, exclusivamente com os direitos individuais. Para que não houvesse risco de que fossem esses prejudicados, foram positivados os princípios da legalidade, da separação dos poderes e da liberdade contratual. Nesse ambiente de extrema empolgação e apreço pela liberdade, não se fez nenhuma previsão para direitos de ordem social, econômica ou cultural. A autonomia individual só encontrava limites nos direitos que os outros detinham sobre a mesma autonomia.

O resultado dessa irrestrita liberdade de iniciativa econômica, associada à total proibição de tratamento jurídico diferenciado,

foi a enorme acumulação e concentração de renda e de patrimônio. Em decorrência disso, o que se viu foi uma rápida disseminação da pobreza e da miséria.

É nesse clima que vai se revelar o estado social-democrático. Seguramente não antes de muitas lutas e muitos protestos. A característica deste novo modelo de Estado é o dirigismo econômico. Desaparece o *État Gendarme*, que dá lugar ao Estado ativo, intervencionista, preocupado com o bem-estar do cidadão.

A liberdade individual é afetada também pela transformação do princípio da igualdade, que abandona seu aspecto formal para assumir um caráter material. A livre iniciativa e a livre concorrência, tidos como pilares do liberalismo, começam a ser restringidos. A propriedade passa a ter seu uso condicionado à sua função social<sup>2</sup>.

Surgem os direitos sociais, uma segunda geração de direitos fundamentais que tem por finalidade democratizar o acesso aos direitos de primeira geração, às liberdades clássicas que se pensava poderiam, por si sós, fazer de cada pessoa efetivamente um cidadão. Era o reconhecimento de que os direitos a serem deferidos por meio da autonomia garantida pelo absentismo do Estado só estariam a todos realmente disponibilizados se todos tivessem atendidas as suas necessidades vitais básicas, tais como a alimentação, a habitação, a saúde e a educação. Sem o acesso a essas condições básicas, ficava inviabilizado o sistema de competição institucionalizado. Não havia igualdade de oportunidades na disputa. Enquanto uma parcela lutava pela sobrevivência, pelo atendimento de suas necessidades básicas, a outra, já livre dessas limitações, avançava para a conquista e acumulação, cada vez maiores, de riqueza e de poder.

Assumindo como seu o encargo de a todos garantir essas condições mínimas de bem-estar econômico, social e cultural, necessárias para que a concorrência pudesse se dar em um ambiente de maior igualdade de oportunidades, o Estado Providência,

superando seu papel fiscalizatório, visando, então, o desenvolvimento social mais justo e equilibrado, passou a intervir no setor econômico, algumas vezes dando ao sistema produtivo privado a orientação que melhor convinha a seus objetivos, outras vezes atuando diretamente como agente produtor de bens e de serviços, tornando-se um verdadeiro concorrente do setor privado.

Tais mudanças principiaram pelas constituições mexicana e alemã<sup>3</sup>, migrando, em seguida, para os demais países constitucionalistas.

Em que pese todo o esforço, todo o ativismo empreendido pelo Estado nessa sua nova fase histórica, as condições de vida continuaram muito desiguais. O progresso científico e tecnológico sem dúvida trouxe melhorias para todos, mas a distância entre a parcela dominante e a parcela dominada, perceptível pela diferença no padrão de vida ostentado e nos níveis de prestígio e influência exercidos, pareceu conservar-se ou, em alguns casos, até aumentar. Insuficientes ou inócuas haviam sido as políticas de intervenção até então adotadas pelo Estado com vistas à igualização das oportunidades. A maior parte dos direitos constantes das declarações e dos textos constitucionais à época vigentes não passava ainda de mera afirmação de intenções, constituindo normas programáticas a serem efetivadas no futuro, dependentes da vontade política e das possibilidades de cada Estado.

Percebida a clara dissintonia entre o direito e a realidade, passa a ser questionada a eficiência do Estado Social. Reiniciam-se as lutas pela igualdade, pela efetiva implementação dos direitos formalmente reconhecidos nas cartas constitucionais. Ainda na primeira metade do século XX, em vista da opressão e marginalização de que continuavam vítimas, as minorias voltam às ruas para apresentar suas reivindicações. Desta vez, a pauta é mais complexa. Além da implementação dos direitos já consagrados e não satisfatoriamente disponibilizados, exige-se também o poder de efetiva participa-

ção nas decisões do Estado. Clama-se, então, por Democracia, pelo reconhecimento a todos de igual humanidade, pelo igual deferimento de direitos fundamentais, enfim, pelo direito à diferença. É um momento de nova transformação do Estado, cujo paradigma passa a ser a dignidade da pessoa humana. É o surgimento do Estado Democrático de Direito, que tem como maior objetivo a concretização da igualdade de oportunidades.

A despeito dessa nova mudança no constitucionalismo mundial, a idealizada igualdade jurídico-constitucional, destinada a propiciar tratamento condigno a todos, resgatando as minorias desprivilegiadas, também não tem conseguido produzir resultados satisfatórios. Desiludidos com as ineficientes políticas públicas de caráter universalista<sup>4</sup>, incapazes de cessar a concentração de rendas e a conseqüente ampliação dos quantitativos minoritários, os grupos em desvantagem prosseguem em suas manifestações. No contexto da diversidade e da pluralidade propiciado pelo estado democrático, pleiteiam, agora, políticas públicas de caráter diferencialista. Enquanto no passado as manifestações eram feitas em conjunto e, assim, as reivindicações eram por políticas públicas de caráter geral ou universal, mais recentemente os movimentos e protestos têm sido realizados separadamente, visando políticas públicas de caráter específico.

A nova feição que no Estado Democrático toma o conteúdo da isonomia sugere o entendimento de que, mais do que nunca, o Estado está, agora, autorizado a abandonar sua posição de neutralidade, devendo identificar as minorias em desvantagem e sair em sua defesa.

Em sua fase Democrática, com a responsabilidade de a todos garantir a igualdade de oportunidades e o respeito à diferença, é de pressupor-se que o Estado tem compromissos com as políticas públicas específicas aptas à redução das desigualdades sociais, possuindo a autoridade de que necessita para discriminar entre os seus cidadãos.

Aqui nos reportamos à discriminação benigna, àquela que, sem contrariar o ordenamento jurídico, sem desrespeitar os direitos fundamentais de quem quer que seja, viabiliza o resgate e propicia o desenvolvimento da pessoa humana.

A dificuldade reside, porém, na delimitação dos parâmetros com base nos quais essa discriminação possa ser legitimamente feita.

Konrad Hesse, *apud* Silva (2005, p. 145), anota que: “o princípio da igualdade proíbe uma relação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual; a questão é, quais fatos são iguais e por isso, não devem ser regulados desigualmente”.

A questão nos remete ao problema da definição dos critérios de justiça. É com base numa possível subjetividade por parte dos operadores do Direito que a maioria no comando ainda consegue dar sobrevida ao princípio de igualdade perante a lei. A pretexto de possíveis ilegalidades, consegue adiar a adoção das políticas sociais de caráter diferencialista, prorrogando, assim, o estado de desigualdades que lhe é favorável.

Os riscos de quebra da isonomia na execução das políticas públicas de caráter específico existem, mas podem perfeitamente ser superados pela atuação do Poder Judiciário, que adquire fundamental importância nesse processo de concretização da igualdade de oportunidades e de realização dos direitos fundamentais. Destinadas a prevenir tais riscos e a restabelecer a situação isonômica, eficientes técnicas interpretativas já foram desenvolvidas.

### 5. Ações afirmativas

As ações afirmativas surgem, então, no contexto de evolução do Estado.

No cumprimento de sua tarefa de discriminação, o Estado continua, sem dúvida, submetido ao princípio isonômico. O que pretende é a efetivação desse preceito. Seu esforço é no sentido de realização da fórmula clássica: que os iguais sejam tratados

igualmente e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades.

Visando auxiliar nessa busca pela equanimidade sem desrespeito à isonomia, interessantes teses têm sido desenvolvidas.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 17) entende que: “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”.

Gomes (2001, p. 21) informa que existem duas espécies de discriminação juridicamente admitidas: a primeira, relacionada com o emprego, é tida como inevitável e diz respeito à natureza da atividade a ser desenvolvida ou às características pessoais do candidato. Como exemplos mais comuns desse tipo de discriminação, o autor menciona a legítima exclusividade dada às pessoas de sexo feminino nas contratações para os cargos de guarda de presídio feminino e às pessoas de sexo masculino nas contratações para certos setores das Forças Armadas; a segunda é aquela levada a efeito por meio de políticas públicas ou privadas de caráter diferencialista, obrigatórias ou voluntárias.

Fora daí, qualquer discriminação seria ilegítima ou ilícita, podendo ocorrer de maneira intencional ou de forma inconsciente.

Carvalho (2005, p. 180) observa que, ao contrário do que supõe 99% da intelectualidade brasileira, a Índia é o país com mais longa história e experiência de ações afirmativas no mundo e não os Estados Unidos. O mesmo autor assegura que também na Malásia as políticas de ação afirmativa tiveram grande importância. De acordo com os dados em que se baseia, tais políticas apresentaram, naqueles dois países, excelentes resultados: na Índia, os *dalits*, que em 1950 correspondiam a 17% da população e detinham apenas 1% dos postos mais graduados do país, hoje ocupam 12% desses

postos; e, na Malásia, onde em 1971 os *bumiputeras* estavam inteiramente excluídos das posições de poder e da riqueza nacional, hoje “... a igualdade étnica (no país) já é aceitável e o sistema pode agora dar lugar às leis universalistas dentro de uma lógica realista de igualdade étnica e racial”<sup>5</sup>.

Para Gomes (2003, p. 21), o país pioneiro na adoção das políticas de ação afirmativa foram os Estados Unidos da América, onde foram concebidas como mecanismo tendente a acabar com a marginalização social e econômica do negro, passando, posteriormente, a beneficiar as demais minorias.

Silva (2005, p. 68) ressalta que uma das primeiras menções à idéia de ações afirmativas constou do famoso discurso proferido na Howard University, em junho de 1965, pelo então presidente norte-americano, Lyndon Johnson: “Você não pega uma pessoa que, por anos, esteve presa por correntes e a liberamos, a levamos para o início da linha de partida de uma corrida, e então dizemos ‘você está livre para competir com todos os outros’, e ainda acreditamos que fomos completamente justos. Assim, não é o bastante apenas abrir as portas da oportunidade. Todos os cidadãos devem possuir a habilidade necessária para atravessar essas portas”.

Gomes (2001, p. 40) define as ações afirmativas como “um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”.

Ana Emília Andrade Albuquerque da Silva (2005, p. 28) salienta que a “ação afirmativa põe fim à neutralidade do Estado, obrigando-o a uma conduta de natureza positiva com vistas à eliminação das desigualdades que impedem alguns de usufruir dos direitos mínimos necessários à vida dig-

na em sociedade. Além disso, as ações afirmativas importam em conferir aos grupos vulneráveis o mesmo ponto de partida dos grupos em situação de vantagem, possibilitando àqueles a sua integração econômica e social. Trata, por conseguinte, a ação afirmativa, de uma forma de obtenção de justiça social”<sup>6</sup>.

Admitindo-as tanto para o setor público quanto para a iniciativa privada, os conceitos supratranscritos atribuem às políticas de ação afirmativa o objetivo de contribuir para com a busca da igualdade de oportunidades, abrangendo como seus beneficiários todas as minorias.

A idéia de políticas de ação afirmativa enseja, então, uma espécie de discriminação positiva por parte do Estado, que, em determinado momento histórico, tendo percebido o fracasso das proclamações jurídicas que viam na institucionalização da igualdade formal o justo e adequado estímulo para o desenvolvimento da sociedade, abandona sua posição de neutralidade, seu compromisso de não-intervenção em assuntos de natureza econômica, espiritual e íntima do cidadão, para agir e incentivar ações tendentes à concretização do ideal de efetiva igualdade de oportunidades, considerando, para isto, as especificidades dos diversos segmentos sociais.

Podemos dizer que a idéia de ações afirmativas reconhece na sociedade a existência de preconceito e discriminação e que na sua proposta de superação desses males pressupõe a transformação consciente e planejada dos costumes e comportamentos, estimulando os envolvidos a uma revisão nas formas de relacionamento, levando-os à percepção e valorização das diferenças que cada um traz em si sem deixar que quaisquer constatações produzam o sentimento de hierarquização ou de segregação.

Uma primeira teoria visando justificar as políticas de ação afirmativa é a da justiça compensatória. Para essa teoria, o Estado deve agir em favor das minorias em decorrência da necessidade de reparação dos



danos suportados pelos diversos grupos minoritários que, no decorrer da história, foram vítimas do preconceito e da discriminação que, fundados em doutrinas racistas, foram praticados com vistas à dominação.

A legitimação das políticas de ação afirmativa com base na compensação encontra sérias restrições na via jurídica, uma vez que os requisitos para a indenização nos casos de responsabilidade civil consistem na indicação do fato ilícito, do dano e da conexão entre ambos, exigindo-se, ainda, que eventual ação judicial seja promovida por parte de quem haja sofrido o dano e em face de seu causador. Nesses termos, a responsabilização jurídica, ao demandar a perfeita identificação do causador do dano e de sua vítima, só se faz possível nas relações entre particulares, o que impossibilita o acionamento coletivo das atuais gerações por atos de gerações passadas, com a agravante de que, também o pólo ativo de eventual demanda, não poderia ser ocupado por suas vítimas diretas, mas por sucessores muito distantes.

Outra teoria destinada à justificação das políticas de ação afirmativa é a da justiça distributiva. Enquanto a idéia de justiça compensatória se relaciona com as postulações de natureza reparatória, apresentadas em razão de danos surgidos no passado, a idéia de justiça distributiva preocupa-se em obter justiça no presente. Seu postulado básico é o de que, por ocasião do nascimento, todos os seres humanos são essencialmente iguais, igualdade que deve ser preservada mediante a redistribuição equânime dos ônus, direitos e demais benefícios gerados pela sociedade.

Com a finalidade de justificar as políticas de ação afirmativa, existe ainda a tese utilitarista. Alguns autores a consideram apenas uma vertente da teoria da justiça distributiva, pois sua meta é, também, a redistribuição equânime dos ônus, direitos e demais benefícios produzidos pela sociedade. Outros, no entanto, consideram-na uma forma de justificação autônoma, porque al-

meja essa mesma redistribuição, mas justificando-a de maneira diferente. O fundamento utilitarista sustenta que a redistribuição equânime de ônus e benefícios é justa não porque preserva a igualdade que todos possuem ao nascer, mas porque implica o bem-estar geral, já que reduzindo-se as desigualdades desaparecem os ressentimentos e sobrevém um clima de paz e fraternidade social que propicia o melhor aproveitamento das potencialidades individuais com o conseqüente progresso da sociedade, que, assim, passa a ter um conceito mais positivo acerca das minorias.

Para o utilitarismo, as ações afirmativas podem representar, ainda, uma grande arma com vistas à promoção da harmonia e do desenvolvimento social. Uma das grandes vantagens dessas políticas seria a criação de modelos. Quando um membro de uma minoria vê um dos seus ocupando posição de prestígio, espelha-se nele e passa a acreditar que não haverá óbices em sua trajetória. O sucesso de alguns certamente estimularia a luta de muitos.

Cruz (2003, p. 181/184) é um dos que coloca o utilitarismo como vertente da justiça distributiva. Entretanto, critica tanto a teoria da justiça compensatória quanto a da justiça distributiva. Com vistas à satisfação dos direitos essenciais da humanidade, esse autor abraça como fundamento das políticas de ação afirmativa o princípio do pluralismo jurídico e da dignidade humana.

Nesse contexto, a eficiente aplicação dos programas de ação afirmativa demanda o reconhecimento da identidade de cada indivíduo e do grupo ao qual pertence, resurgindo, assim, a exigência de concretude e diferencialismo, ao invés da abstração, ordinariamente orientadora das políticas públicas.

Embora não se referindo direta e expressamente ao tema, os fundamentos jurídicos para as ações afirmativas no Brasil são perceptíveis desde o preâmbulo de nossa Constituição Federal de 1988, onde, sintetizando as orientações a serem seguidas por nossos



governantes, os Constituintes se declaram reunidos para “...instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...”.

Dessa mensagem já se depreende que nossos representantes na Assembléia Nacional Constituinte idealizaram um Estado que, além de democrático, seja ativo, pois destinado a assegurar o exercício de direitos, assegurar o bem-estar, assegurar o desenvolvimento, assegurar a igualdade e a justiça, finalidades que não podem ser alcançadas por via da inércia ou da abstenção.

Pela redação do artigo 1º da Constituição Federal, notamos que todos os fundamentos da República Federativa do Brasil levam à pessoa humana, a quem, no mínimo, deve ser garantida a dignidade.

Em consonância com essas premissas, nossos Constituintes fixaram, no art. 3º de nossa Carta Constitucional, como objetivos fundamentais a serem alcançados pela República Federativa do Brasil, mais alguns preceitos a guiar os atos de nossos governantes. São eles: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

À primeira vista, o inciso IV do art. 3º, assim como o *caput* do art. 5º, de nossa Constituição, parecem privilegiar a igualdade formal e, portanto, determinar a abstenção e a neutralidade do Estado no trato com seus cidadãos. No entanto, esses dispositivos visam unicamente a prevenir a discriminação ilícita, injustificada, desarrazoada. A própria Constituição, em variadas oportunidades, adota tratamentos diferenciados. É de se compreender que ao Constituinte não

era possível prever todos os casos em que se faz razoável o tratamento diferenciado. E é exatamente por isto que fixou princípios a nortearem os agentes públicos na necessária complementação de seu trabalho. A dignidade da pessoa humana, como fundamento de existência da própria Nação, se apresenta como o maior vetor.

Conforme previsto no § 2º, art. 5º, da Constituição Federal, além das políticas públicas de caráter diferencialista ditadas pelo texto constitucional ou com base nele formuladas, outras podem surgir em decorrência de tratados internacionais dos quais faça parte a República Federativa do Brasil.

Consoantes com os preceitos fundamentais supracitados, existem, em nosso sistema constitucional, muitas disposições com base nas quais se deve ou se pode adotar, no Brasil, políticas de ação afirmativa.

Vários são os diplomas infraconstitucionais que, destinados a concretizar as políticas de ação afirmativa viabilizadas pela Constituição Federal, encontram-se já em vigor no âmbito dos três poderes de nossa República.

Na área de ensino principalmente, em nível federal, estadual, distrital e municipal, já temos muitos exemplos de medidas positivas em favor de segmentos desfavorecidos.

Entretanto, nossa Corte Constitucional ainda não teve a oportunidade de se pronunciar sobre a legitimidade das políticas de ação afirmativa.

Em 2003 foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade em razão das Leis nº 3.524, de 2000, e 3.708, de 2001, promulgadas pelo Estado do Rio de Janeiro, as quais estabeleciam cotas para afro-descendentes na Universidade daquele Estado, na UERJ. Várias entidades se habilitaram como *amicus curiae* no processo correspondente. Entretanto, antes que acontecesse o julgamento, o Governo do Rio de Janeiro, por meio da Lei nº 4.151, de 2003, reformulou seu programa de ações afirmativas, o que tornou prejudicada a Ação de Inconstitucionalidade à época em tramitação.

A reformulação procedida não satisfaz os opositores do programa, que, em 2004, voltaram ao Supremo Tribunal Federal com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2858, por meio da qual pedem a eliminação da Lei nº 4.151, de 2003, e, conseqüentemente a extinção do programa de ação afirmativa instituído para o sistema de ensino superior daquele Estado.

Silva (2005, p. 254/255) nos informa que, em primeira instância, o sistema de cotas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro tem se deparado com muitas resistências. Entretanto, perante o Tribunal do Estado, tem encontrado abrigo. O autor conta que, inconformada com a preterição, uma estudante branca entrou com Mandado de Segurança perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, junto à qual alegou a inconstitucionalidade do sistema de cotas contra o qual se insurgia. Sua pretensão foi rejeitada, tendo a mesma recorrido ao Tribunal Estadual, que, por decisão unânime de sua Décima Primeira Câmara Cível, nos autos da Apelação nº 2003.001.27.194, também rechaçou seu pedido.

A espécie mais conhecida e utilizada de ação afirmativa é o sistema de cotas, que é também a mais criticada. Heringer, *apud* Silva (2005, p. 227), alerta para o fato de que a associação que se faz entre ação afirmativa e política de cotas não reflete a realidade. As cotas foram impostas no passado para corrigir situações de permanente e recorrente segregação, oportunidade em que outros esforços se provaram ineficazes na superação de padrões discriminatórios. Silva acentua que, apesar das recentes reclamações contra as políticas de cotas, o sistema não constitui novidade no Brasil, pois, em 1968, publicou-se a Lei nº 5.465, que criava, para os agricultores ou para os filhos destes, uma reserva de vagas nos cursos de ensino médio agrícola e superiores de veterinária e agronomia. Segundo o mesmo autor, antes disso, o Governo Getúlio Vargas, pelo Decreto nº 20.291, de 1931, já havia instituído

que seriam destinadas a brasileiros natos um mínimo de 2/3 das vagas em empresas, associações, companhias e firmas comerciais que explorassem concessões do Governo Federal ou dos Governos estaduais e municipais ou que com esses contratassem quaisquer fornecimentos, serviços ou obras.

Outras formas menos utilizadas de ação afirmativa são: a) o sistema de metas, pelo qual se busca estabelecer determinados objetivos a serem alcançados em relação a determinado segmento social minoritário, como, por exemplo, a ampliação da presença negra nos postos mais elevados da Administração; b) o sistema de preferência, utilizado mais em casos de empate na satisfação dos demais requisitos exigidos; c) o sistema de concessão de bônus, que pressupõe uma estimativa na capacidade competitiva dos concorrentes com o objetivo de uma maior precisão na compensação da diferença; d) o sistema de incentivos fiscais, que podem resultar em programas semelhantes ao PROUNI, que concede bolsas de estudos em estabelecimentos particulares; e e) o sistema de financiamento estudantil, cujo exemplo é o FIES, que disponibiliza linha de crédito em condições privilegiadas para o custeio de despesas de graduação.

Dentre os argumentos que se opõem às políticas de ação afirmativa, o mais consistente com o qual nos deparamos parece ser a crítica em relação ao mérito individual, que estaria sendo desprezado principalmente na implementação do sistema de cotas.

Também a esse argumento a doutrina já oferece respostas convincentes. Reportando-se à questão do acesso aos cursos de nível superior, Carvalho (2005, p. 184/185) sustenta que “[...] A idéia de mérito que circula no nosso meio é fruto de uma ideologia individualista, alienada da dimensão coletiva da produção de conhecimento. O mérito isola a parte do trabalho feita pelo indivíduo da colaboração que recebeu de inúmeras pessoas. Na realidade, quase nenhum trabalho é inteiramente individual; a maio-

ria das realizações científica ou artística dependeu de regimes desiguais de co-autoria. Há sempre os que apóiam, ensinam, contribuem, corrigem, defendem, substituem, de modo a tornar possível o mérito atribuído a posteriori à realização de um único indivíduo. Contudo, uma vez alcançado aquele objetivo, todo o apoio e co-autoria são silenciados imediatamente. O vestibular mede a pontuação final alcançada pelos candidatos, mas não mede a quantidade de apoio e estímulo que cada um recebeu [...]”.

As políticas de ação afirmativa têm sido cada vez mais utilizadas. São aplicadas já em grande parte do mundo. Essa expansão só é possível pela grande capacidade de convencimento dos argumentos colocados em sua defesa.

Não esqueçamos, porém, que, temendo a perda dos privilégios e do *status quo*, a parcela dominante ainda se debate na busca de teses que lhe permitam continuar no controle. Na falta de novas idéias, continua apegada às velhas teses racistas e aos antigos princípios do Estado Liberal.

Em nota de rodapé constante da página 47 de seu trabalho, Vieira Júnior (2005) informa que, em 1994, nos Estados Unidos da América, os autores Hernstein e Murray lançaram o livro *The Bell Curve*, no qual “sustentam que as ações afirmativas nos EUA são um desperdício de recursos públicos tendo em vista que o QI dos estudantes negros é inferior ao dos brancos por imposição genética”.

## 10. Conclusão

O ativismo do Estado inaugurado com o advento das Constituições Sociais, embora voltado para as políticas universalistas, já constituiu novidade longamente resistida. Então, não era mesmo de se esperar que logo encontrassem apoio as reivindicações mais recentes, que, formuladas a partir de uma concepção pluralista de nação, visam a concretizar os ideais da igualdade de oportunidades e do direito à diferença.

Quando se luta pelo direito à diferença, luta-se pela igualdade e pela não discriminação. Sabemos que até há pouco vigoravam doutrinas pseudocientíficas que tinham por objetivo justificar a subjugação e a dominação sem as quais não teria sido possível a concentração de recursos e a monopolização dos poderes que caracterizam a hierarquia social.

Quando se viu demonstrada a farsa das ditas ciências legitimadoras da exploração de uns pelos outros, criaram-se fórmulas jurídicas exaltadoras da igualdade e da fraternidade que deveriam existir entre os homens.

A se julgar pelo quadro de desigualdades que permanece, as prescrições jurídicas substituíram com eficácia as doutrinas pseudocientíficas destinadas à espoliação.

As posições que na ilegítima classificação hierárquica de hoje ocupam os diferentes segmentos sociais não refletem a capacidade de realização de cada um, senão o resultado dos artificios mediante os quais a parcela dominante conseguiu anular a capacidade de competição e até mesmo a identidade de determinados grupos. A vida em sociedade implica uma constante disputa por bens econômicos, que são, por natureza, escassos e, às vezes, acessíveis somente por meio da cooperação. Alijada da disputa, por não reunir as condições de competitividade que o processo histórico não lhe permitiu desenvolver, a parcela dominada, por conseqüência, vê-se excluída também politicamente.

Embora de forma desarticulada e contraditória, é ainda com esperança no modelo jurídico que as minorias apresentam suas propostas. O que se deseja é a substituição das fórmulas vazias que perenizam o *status quo*. O que se pretende é que, deixando de lado a percepção abstrata e universalista que faz da sociedade, o Estado passe a enxergar em sua concretude o indivíduo. Se o propósito do Estado Democrático é promover o desenvolvimento equânime de seus cidadãos, ele deve se colocar numa posição de

onde possa constatar as reais condições de cada segmento, adotando e estimulando as medidas aptas a resgatar as parcelas em desvantagem.

Para a parcela dominante o momento é de apreensão. Quando não pôde mais fundamentar seus interesses nas teorias racistas, substituiu-as pelas ordens jurídicas que diziam neutras, mas que, em sua aparência anódina, preservavam a situação que lhe era favorável.

Desiludidas, as minorias em desvantagem pleiteiam agora políticas públicas de caráter diferencialista, demandando, assim, uma revisão das normas universalistas pretensamente neutras que lhe são desfavoráveis.

Sem um novo discurso que a livre de suspeitas, a parcela dominante se apegava ao velho princípio da igualdade perante a lei e tenta adiar a transformação que sabe inevitável.

Conscientes de que no mundo político as mudanças seguras somente ocorrem por via do convencimento, as minorias elaboraram suas teses e buscam demonstrar as razões pelas quais acreditam fazer jus a um tratamento diferenciado.

O que se percebe é que, optando por uma ou por outra forma de justificação, grande parte dos envolvidos com o tema ações afirmativas já defendem sua legitimidade e conveniência. A polêmica se intensifica é no momento de definição dos critérios em relação aos quais devam ser formuladas.

Tendo como grande objetivo propiciar às minorias a igualdade de oportunidades, viabilizando para que alcancem níveis satisfatórios de gozo e fruição dos direitos fundamentais, as políticas de ação afirmativa só se realizam quando o Estado reconhece a fragilidade de determinado segmento social e, considerando suas características peculiares, promove uma discriminação positiva, viabilizando para que usufrua de direitos aos quais já têm acesso os demais.

Constituindo políticas de caráter diferencialista, as ações afirmativas surgem como

uma forma de discriminação positiva e, para colocá-las em prática, o agente, seja ele público ou privado, deve atender a procedimentos minuciosos de verificação de sua oportunidade e legitimidade.

Conforme já vimos, no Estado moderno o princípio da igualdade formal deve ser aplicado aos iguais, constituindo uma cláusula de segurança a lembrar que toda igualação tem que ser minuciosamente justificada. Só é aceita a discriminação que vise a igualação de oportunidades, a discriminação benigna. Rejeita-se a discriminação que possa trazer a desigualação.

Ressalte-se que num sistema bem menos explícito que o nosso, que é o ordenamento norte-americano, A Suprema Corte de Justiça, na apreciação do caso *Bakke vs. Universidade da Califórnia*, assegurou que qualquer plano de ação afirmativa pode ser compatível com a Constituição, desde que adequadamente concebido, devendo essa compatibilidade ser verificada por meio de padrões rigorosos, semelhantes aos que já nos reportamos.

Em relação a determinados segmentos minoritários, a legislação é clara em admitir e, às vezes, até em ordenar a implementação de atos que lhes tragam certos benefícios. Visando favorecer a situação de mulheres, idosos, deficientes e índios, por exemplo, já contamos com variados atos.

Nossa Constituição não prevê expressamente a possibilidade de ações afirmativas baseadas no critério cor. Dada a existência de grande contingente no país de membros da raça negra, contesta-se com muito mais veemência as propostas que tendam a beneficiá-la. Apesar de já quase vencido o mito da democracia racial<sup>7</sup> e de já haver um razoável nível de consciência acerca da história da raça negra, por vários séculos escravizada, injustiçada e anulada em seu poder pessoal de arbítrio, insiste-se em negar-lhe o reconhecimento de que necessita para sua completa integração. Será a voz da conveniência? O que parece preocupar não é tanto o custo financeiro a pagar por essas políticas

de inclusão, mas o velho medo da perda do poder, aquele mesmo que deu origem às teorias racistas destinadas a sustentar a dominação.

Se a preocupação é com a preservação de direitos legítimos, devemos ter em mente que se os direitos fundamentais a todos garantidos pelo Estado são a igualdade e a liberdade, bem como os decorrentes de seus desdobramentos, então o problema da legitimidade das ações afirmativas está em como demonstrar que o ativismo do Estado em favor das minorias discriminadas não prejudica direito fundamental de quem quer que seja. A disponibilização a todos dos direitos fundamentais constitui garantia mínima imposta pelo mandamento supraconstitucional da dignidade humana.

Uma só preocupação é em relação ao período máximo que deve durar cada medida de ação afirmativa, pois, se em vigor além do prazo necessário, pode apresentar, como único efeito, a inversão do pólo onde se assentam as diferenças que ameaçam o equilíbrio social. Os benefícios a serem concedidos por meios de políticas de ação afirmativa não podem ir além da efetivação dos direitos necessários à plena capacidade de competir. Em certos casos, como nas hipóteses em que se faz necessária a criação de modelos nos quais se inspirem os demais membros de determinados grupos vulneráveis, tolera-se a concessão direta de bens da vida. Como regra, entretanto, não nos parece possível uma sociedade onde todos os bens produzidos sejam repartidos equanimemente. Num mundo onde as pessoas ainda estão completamente dependentes dos bens materiais, o progresso econômico termina sendo a razão de fundo para a própria existência e, conseqüentemente, a base para todas as formas de desenvolvimento. Temos que admitir que o desenvolvimento econômico exige uma certa concentração de rendas. Se, por exemplo, dividíssemos o produto interno bruto de uma sociedade entre a totalidade de seus membros, provavelmente todos teriam o mínimo necessário à so-

brevivência. Entretanto, certamente ninguém poderia ter acesso a bens de consumo mais sofisticados, ficando inviabilizadas as espécies mais significativas de indústria.

No atual momento histórico, quando a globalização já transformou o sistema político-econômico em via de mão única, notadamente marcado pela competição, aumenta a dificuldade em aceitar-se as medidas de ação afirmativa. Por desinformação ou por conveniência, muitos têm tentado confundir políticas de ação afirmativa com esmolas ou puro assistencialismo. No entanto, a opção pelo progresso, consciente de que este demanda certa concentração de rendas, recomenda que aos menos aquinhoados seja garantido um mínimo que viabilize sua digna participação no processo social. A garantia de direitos básicos como alimentação, habitação, saúde e educação constitui medida destinada a viabilizar a igualação de oportunidades e não o favorecimento. Igualando as oportunidades alcançaremos níveis semelhantes de competitividade, o que tornará real a expectativa de revezamento nos postos de comando e propiciará um futuro mais seguro e harmônico para a Nação. A inclusão equivale a um somatório de forças, a um sistema de cooperação que certamente tornará mais célere o progresso.

Destinados à prevenção de possíveis injustiças nos atos de efetivação das políticas de ação afirmativa, um volumoso aparato jurídico e doutrinário já se encontra disponível.

Então, não tenhamos medo de fazer justiça.

### Notas

<sup>1</sup> Aquelas pelas quais, visando a implementação de direitos sociais ou a promoção da igualdade de oportunidades, o Estado leva em conta as peculiaridades e o pertencimento dos beneficiários, especialmente no momento em que contrata, regula as contratações ou disciplina o acesso aos estabelecimentos de educação.

<sup>2</sup> A função social que se exige seja cumprida pela propriedade inviabiliza a utilização deste di-



reito de forma exclusivamente individual, impedindo a busca do lucro pelo lucro. Os interesses do proprietário devem ser compatibilizados com os interesses da sociedade.

<sup>3</sup> É bom lembrar que, à mesma época, ocorria a revolução socialista soviética, cujos princípios também se difundiram para boa parte do mundo. O socialismo não foi considerado um avanço no constitucionalismo porque, apesar de ter consagrado amplos direitos sociais, extinguiu a propriedade privada e deixava nas mãos do Estado toda a atividade econômica, o que terminava por aniquilar direitos de liberdade cuja conquista levava séculos.

<sup>4</sup> Aquelas pelas quais, embora visando a implementação de direitos sociais ou a promoção da igualdade de oportunidades, o Estado não leva em conta as peculiaridades ou pertencimento dos beneficiários. Em geral considera o fator econômico, a variável renda.

<sup>5</sup> De qualquer forma, acreditamos que uma conclusão acerca da viabilidade das políticas de ação afirmativa não pode ser extraída unicamente com base nos resultados até agora conhecidos, haja vista que inúmeras e talvez ainda inimagináveis são as maneiras pelas quais podem ser implementadas. O histórico parece ser positivo, mas, acaso não fosse, a razão poderia estar indicando erro na medida escolhida ou na forma de levá-la a efeito, e não necessariamente a inconveniência do modelo.

<sup>6</sup> No contexto, a justiça social pode ser entendida como uma situação na qual todos os membros de uma determinada sociedade têm o efetivo gozo e fruição dos direitos considerados fundamentais.

<sup>7</sup> O entendimento de que no Brasil não há preconceito nem discriminação racial.

### *Referências*

- Bandeira de Mello, Celso Antônio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª Edição, 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.
- Buarque de Holanda, Aurélio. Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI – Versão 3.0 – Novembro de 1999.
- Carvalho, José Jorge de. Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior – São Paulo: Attar, 2005.
- Constituição de 1988: Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 52/2006 e Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006. 408 p.
- Cruz, Álvaro Ricardo de Souza. O Direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência – Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- d'Adesky, Jacques. Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil, Rio de Janeiro: Pallas, 2001. 248 p.
- Gomes, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA), Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- Lobato, Fátima; Santos, Renato Emerson. Ações Afirmativas: políticas públicas contras as desigualdades raciais. - Rio de Janeiro: DP&A, 2003. 216 p.
- Munanga, Kabengele. Palestra proferida no 3º Seminário Nacional Relações Raciais e Educação–PENESB-RJ, 05/11/03. Disponível na <http://www.acaoeducativa.org.br/downloads/09abordagem.pdf>
- Sant'Ana, Antônio Olímpio de. Alfabetização e Diversidade. Artigo publicado no livro Superando o Racismo na Escola. 2ª edição – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005. 204 p. – Artigo: História e Conceitos Básicos sobre o Racismo e seus Derivados.
- Silva, Ana Emilia Andrade Albuquerque da - Discriminação Racial no Trabalho. São Paulo: LTr 2005.
- Silva, Sidney Pessoa Madruga da. Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- Vieira Júnior, Ronaldo Jorge Araújo. Responsabilização Objetiva do Estado. Curitiba: Juruá, 2005. 248 p.
- Vilas-Bôas, Renata Malta. Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.



# O § 3º do artigo 5º da Constituição Federal

## Retrocesso da legislação brasileira na visão das modernas teorias do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Henrique Kenup Sathler

### Sumário

1. Introdução. 2. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no mesmo plano das leis ordinárias – entendimento adotado pelo STF. 3. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos como normas constitucionais – entendimento adotado por diversos doutrinadores, antes mesmo do advento do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. 4. O surgimento do § 3º do artigo 5º da Lei Superior. 5. Críticas ao novo dispositivo constitucional, em relação ao direito internacional contemporâneo. 6. Críticas à constitucionalidade do novo dispositivo constitucional. 7. Críticas à implantação das exigências presentes no § 3º do artigo 5º da Carta Magna. 8. Conclusão.

### 1. Introdução

A Emenda Constitucional nº 45, publicada no Diário Oficial da União de 31/12/2004, também denominada “reforma do judiciário”, acrescentou o § 3º no artigo 5º da Constituição Federal (CF), o qual dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Até a edição dessa Emenda Constitucional, o Judiciário, guiado por reiterados posicionamentos do Supremo Tribunal Federal – STF, entendia que todos os tratados e con-

Henrique Kenup Sathler é graduado em direito pela Universidade de Brasília – UnB, especialista em análise de constitucionalidade, analista legislativo e assessor técnico-jurídico da Câmara dos Deputados.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Marcus Faro de Castro.

venções internacionais, inclusive os que tratam de direitos humanos, eram do mesmo nível das leis federais. Com isso, qualquer compromisso internacional perdia vigência caso fosse editada lei ordinária posterior que com ele conflitasse.

Após a introdução do § 3º no artigo 5º da Carta Magna, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, doravante chamados simplesmente de “tratados internacionais de direitos humanos”, aprovados pelo *quorum* qualificado exigido, não podem ter o seu status constitucional rechaçado pelo Judiciário. Em consequência disso, os tratados internacionais de direitos humanos que lograrem tal *quorum* não poderão ser revogados ou derogados por lei ordinária brasileira.

Portanto, ao se figurar o debate sob uma visão pragmática, pode-se até considerar que este parágrafo inserido na Constituição Federal estabeleceu uma evolução, visto que viabilizou a alguns tratados internacionais de direitos humanos força hierárquica equivalente à emenda constitucional, o que, na atualidade, não é possível, em razão da citada visão do STF, seguida por grande parte dos aplicadores do Direito.

Todavia, grandes doutrinadores brasileiros, com destaque para Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, já vêm, há algum tempo, empunhando a bandeira de que, a despeito do novo § 3º do artigo 5º, todos os tratados, acordos e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, independentemente de *quorum* qualificado, têm posição hierárquica de nível constitucional, não somente com base em uma interpretação dos §§ 1º e 2º do citado artigo da CF, mas, principalmente, pelos princípios que tais tratados defendem e provocam, os quais, na visão de Trindade (1999, p.10), “se inspiram em valores comuns superiores (consubstanciados na proteção do ser humano) e são dotados de mecanismos próprios de supervisão que se aplicam consoante a noção de garantia coletiva, têm caráter especial que os diferenciam dos demais

tratados, que regulamentam interesses recíprocos entre os Estados-Partes e são por estes próprios aplicados”.

Há de se destacar que essa visão do Direito Internacional dos Direitos Humanos vem ganhando, a cada dia que passa, mais adeptos entre os pensadores e aplicadores do Direito nacional, tais como Carlos Weis, Osvaldo Agripino de Castro Júnior, Nádia de Araújo, Roberto Delmanto Júnior e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner.

Acredita-se – já que não há qualquer registro de discussão sobre esse assunto durante a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição – PEC – que redundou na “reforma do judiciário”, como será relatado no transcorrer desse artigo – que o intuito principal da introdução do § 3º no artigo 5º da Carta Magna foi o de encerrar a discussão sobre a força hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, além de colocar o Brasil na vanguarda da proteção aos direitos humanos.

Entretanto, sob o ponto de vista das modernas teorias do Direito Internacional dos Direitos Humanos, personificadas em Cançado Trindade e Flávia Piovesan, essa mudança, ao invés de avançar a legislação brasileira sobre Direito Internacional dos Direitos Humanos, sedimentou a visão retrógrada prolatada pelo STF, ao se concluir que todos os tratados internacionais de direitos humanos têm, por regra, força hierárquica de lei ordinária, e somente em casos excepcionais e de difícil concretização (aprovação com *quorum* qualificado) passarão a ter status equivalente às emendas constitucionais.

Vê-se que o legislador criou, na verdade, um sistema híbrido, pois tentou manter o Brasil filiado à visão clássica do Direito Internacional e, ao mesmo tempo, inseri-lo na vanguarda dos direitos humanos. Porém, essas correntes são inconciliáveis, já que a primeira tem por características o cuidado excessivo com a rigidez da CF, a divisão estática entre Direitos Interno e Externo e o apego à técnica, enquanto a

segunda objetiva menos preocupação com a forma e mais valor à pessoa humana.

Essa figura híbrida criada pelo legislador poderá ocasionar diversas situações desconcertantes para o Brasil, como, *verbi gratia*, a existência de alguns tratados de direitos humanos de hierarquia constitucional e outros de nível tão-somente infraconstitucional, o que na lição do já citado mestre Cançado Trindade (1999, p. 55), aponta que “o esquema continua sendo hermético, intra-hierárquico, deixando de impedir que futuras reformas constitucionais venham a contrariar os tratados de proteção. A seguir-se a mesma lógica, nada obstará a que se tivesse elevado tais tratados em nível supraconstitucional”.

Não bastasse esse retrocesso, a introdução do § 3º do artigo 5º da Carta Magna aparenta ser inconstitucional, pois trouxe à tona uma nova proposição legislativa, não prevista no artigo 59 da CF: o Decreto Legislativo com *quorum* qualificado e equivalência à emenda constitucional.

Reforçando a idéia de que o dispositivo recém-inserido na Constituição Federal é inconstitucional, vale lembrar que o presente caso constitui mudança radical da concepção do constituinte originário, o qual entendia que os tratados internacionais de direitos humanos tinham força constitucional. Essa inversão de entendimento somente poderia ocorrer por meio de reforma constitucional ou por nova assembléia constituinte, e não por emenda constitucional.

Assim sendo, o ponto principal deste trabalho é expor a idéia de que, além de inconstitucional, o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal se tratou de um retrocesso da legislação brasileira, visto que a redação constante dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da CF, acrescido de fundamentos e princípios insculpidos na própria Carta Magna, abrangia e assegurava a aplicação direta dos tratados internacionais de direitos humanos, filiando-se de forma exemplar nas modernas doutrinas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para aplicar esse enten-

dimento à prática, bastaria uma mudança de interpretação da leitura dos §§ 1º e 2º do artigo 5º – imprescindível seria que essa mudança partisse do STF –, que passaria a se preocupar mais com as necessidades do indivíduo do que com a cegueira da técnica. Caso esse entendimento fosse adotado, aí, sim, o Brasil estaria se filiando às novas tendências dos direitos humanos.

## *2. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no mesmo plano das leis ordinárias – entendimento adotado pelo STF*

Antes da promulgação da “Reforma do Judiciário”, o STF asseverava que a normatividade de todos os tratados internacionais, no que concerne à hierarquia das fontes, estava situada no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas. A principal consequência desse entendimento é que, depois de ratificado pelo Congresso Nacional, o tratado internacional passa a fazer parte do nosso direito interno, no âmbito da legislação ordinária, não tendo força para mudar o texto constitucional.

A mais importante decisão proferida pelo STF sobre a questão da incorporação dos tratados internacionais no âmbito do direito interno foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004-SE, realizado em 01/06/77, cujo Relator Originário foi o Ministro Xavier de Albuquerque e Relator para o Acórdão o Ministro Cunha Peixoto. Nesse caso, o Ministro Xavier de Albuquerque sustentou, vencido, o primado do Direito Internacional. Entretanto, a maioria, reconhecendo o conflito entre o tratado e a lei nacional, esta posterior àquele, garantiu a autoridade da lei nacional, mais recente, tendo em vista a paridade entre o tratado e a lei nacional. Os Ministros Cordeiro Guerra, Rodrigues Alckmin, Thompson Flores e Cunha Peixoto votaram no sentido de que, da mesma forma que o tratado posterior derroga a lei, a lei posteri-

or também derroga o tratado anterior, segundo a regra *lex posterior derogat legi priori*. Já o Ministro Antônio Neder, com base em argumentos diferentes, acompanhou a conclusão dos votos dos Ministros Peixoto, Guerra, Alckmin e Flores. O voto mais importante para a consolidação desse entendimento foi do Ministro Leitão de Abreu, pois melhor equacionou a controvérsia. Segundo Leitão de Abreu, a lei posterior não revoga o tratado anterior, “mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis”, pelo que “voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas”. Prevaleceu, na verdade, o entendimento de Leitão de Abreu, por isso que, revogado, posteriormente o Decreto Legislativo nº 427 pelo Decreto Legislativo nº 1.700/79, o STF continuou a aplicar as Convenções de Genebra (VELLOSO, 2004, p. 421-422).

Há diversos outros julgados do STF nesse mesmo sentido, tais quais: a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN – nº 1.480-3/DF, julgada em 04/09/97, o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 79.785, publicada no Diário da Justiça em 22/11/2002 e a Carta Rogatória nº 8.279-4, publicada em 14/05/98.

O Ministro José Francisco Rezek (*apud* MAZZUOLI, 2001, p. 06) sempre considerou muito difícil que o STF viesse a desprezar “o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. De forma que, ‘posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda* é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isso signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder’”.

De acordo com Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo (2003, p. 40), “os defensores dessa corrente ideológica sustentam esse posicionamento sob o fundamento de que as normas estrangeiras não podem ser

equiparadas às normas constitucionais, pois tal procedimento afrontaria, em última análise, a soberania nacional e, quando menos, a ordem pública e os bons costumes praticados no Brasil (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 17)”.

Nesse sentido, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (*apud* DUARTE, 2002, p. 84) destacam que “se pudessemos entender que o decreto legislativo pode alterar a Constituição Federal, incluindo Direitos, estaríamos afirmando que se trata de um texto flexível, não rígido, abandonando uma tradição constitucional e não aplicando os princípios do art. 60 e seus parágrafos, regra de imutabilidade implícita”.

Ainda, alguns defensores dessa corrente entendem que o disposto no § 2º do artigo 5º da CF somente diz respeito aos tratados internacionais anteriores à promulgação da Carta Magna.

Após a promulgação da “reforma do judiciário”, o STF sofreu um pequeno “arranhão” no seu entendimento, visto que foi instituída hipótese que possibilita aos tratados internacionais de direitos humanos se tornarem equivalentes à emenda constitucional. Entretanto, pode-se dizer que o dispositivo inserido na Constituição foi extremamente complacente com a visão do STF, já que se trata, segundo a famosa máxima, de “exceção que justifica a regra”, ou seja, se o tratado de direitos humanos não for votado com *quorum* qualificado, ele terá status de lei ordinária.

Diversas são as críticas sofridas por essa corrente capitaneada pelo STF, dentre as quais destacam-se os seguintes pontos:

1) caso um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite, chega-se à absurda situação de que um tratado pode, unilateralmente, ser revogado por um dos Estados-partes, o que não é permitido e compreendido no direito internacional;

2) quanto àqueles que entendem que o § 2º do art. 5º da Carta Magna só se aplica aos tratados anteriores à promulgação da Cons-

tuição Federal, há de se levantar um questionamento: como pode ser admitida norma constitucional criada para regular situações exclusivamente pretéritas? Não seria lógica e, muito menos, jurídica tal colocação;

3) a rigidez da Constituição seria mantida, já que a Constituição Federal, no § 2º do artigo 5º, deixa claro que se trata de apenas acrescentar direitos e garantias.

### *3. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos como normas constitucionais – entendimento adotado por diversos doutrinadores, antes mesmo do advento do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal*

Diversos doutrinadores renomados, tais como Flávia Piovesan, Cançado Trindade, Carlos Weis, Osvaldo Agripino de Castro Júnior (1996, p. 87), Nádia de Araújo, Roberto Delmanto Júnior (1998, p. 19-23) e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner (2000, p. 75), defendem que a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos a natureza de norma constitucional e aplicabilidade imediata.

Para melhor entendimento, convém, preliminarmente, transcrever os §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem os decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos

tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Pela conjugação dos §§ 1º e 2º do artigo 5º, sustenta-se que os tratados internacionais que explicitam novos direitos e garantias têm status constitucional e aplicação imediata, diferentemente do que apregoa o STF. Essa concepção vai ao encontro do constitucionalismo contemporâneo e das modernas teorias do direito internacional, as quais vêm entendendo que os Estados, ao assumirem compromissos mútuos em tratados internacionais, diminuem a sua competência discricionária, bem como restringem sua soberania.

Flávia Piovesan (*apud* SIQUEIRA JR., 2003, p. 25) melhor explica essa corrente, ao afirmar que:

“(...) o direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados internacionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos – por força do art. 5º, §§ 1º e 2º – apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa. No que se refere à incorporação automática, diversamente dos tratados internacionais, os tratados de direitos humanos irradiam efeitos concomitantemente na ordem jurídica internacional e nacional, a partir do ato da ratificação. Não é necessária a produção de um ato normativo que reproduza no ordenamento jurídico nacional o conteúdo do tratado, pois sua incorporação é automática, nos termos do art. 5º, § 1º, que consagra o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”.

Para Cançado Trindade (1999, p. 10), os tratados internacionais de direitos humanos têm força constitucional não somente pelo disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Carta Magna, mas também porque tais acordos se inspiram em valores comuns superiores e são dotados de mecanismos próprios de supervisão que se aplicam consoante a noção de garantia coletiva, tendo caráter especial diferente dos demais tratados, que regulamentam interesses recíprocos entre os Estados-Partes e são por estes próprios aplicados.

Cançado Trindade (1999, p. 53) segue sua exposição dizendo que:

“(…) não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais”.

Em resposta à idéia do STF e de outros respeitáveis doutrinadores, segundo a qual o tratado internacional é considerado equivalente às normas ordinárias, Carlos Weis (1999, p. 34-35) destaca a legitimidade da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Tanto que dispõe que as emendas constitucionais e os tratados acima referenciados são:

“sistemas absolutamente distintos e que operam através de mecanismos próprios, desde a confecção até a entrada em vigor da norma. Assim, se as emendas constitucionais extraem sua legitimidade da maioria qualificada existente para sua aprovação, no campo internacional chega-se a seme-

lhante resultado diante do complexo processo de elaboração dos tratados. (...) Então, ainda que a ratificação somente exija maioria simples, sua incorporação ao direito interno passa necessariamente pelo crivo dos dois Poderes que representam a vontade popular”.

Ainda segundo Carlos Weis (1999, p. 33-34), “o artigo que confere ao STF poder de decidir sobre a constitucionalidade de tratado internacional não pode ser aplicado aos que tenham por objeto direitos humanos, os quais possuem ‘privilégio hierárquico’ em relação aos demais, conferido pela CF/88, em atenção à sua natureza e finalidade”.

De acordo com essa corrente, os tratados internacionais têm sua forma própria de revogação, qual seja, a denúncia. Assim sendo, e a par de tudo o que já se viu até aqui, não há de se falar que a legislação interna, pelo critério cronológico, possa revogar ou derogar tratado. Este só pode ser alterado por outra norma de categoria igual ou superior, internacional, e não por lei nacional.

Por fim, vale lembrar as palavras de Cançado Trindade (1999, p. 10):

“é esta, a meu ver, a tese que melhor reflete e fomenta a evolução contemporânea convergente sobre a matéria tanto do direito internacional quanto do direito público interno, e a única que (...) logra desvencilhar-se e emancipar-se dos dogmas do passado, maximizando a proteção dos direitos humanos. Os ordenamentos internacional e nacional formam um todo harmônico, em benefício dos seres humanos protegidos, das vítimas de violações dos direitos humanos. Esta nova visão (...), cuja aplicação requer uma mudança fundamental de mentalidade, encontra expressão na jurisprudência internacional, começa a florescer de forma sistemática também na jurisprudência nacional de alguns



países – e espero sinceramente que venha a germinar de igual modo em terras brasileiras”.

#### 4. O surgimento do § 3º do artigo 5º da Lei Superior

Importante destaque deve ser dado à trajetória da criação do § 3º do artigo 5º da CF, introduzido pela PEC nº 96/92, que, após aprovação, se transformou na Emenda Constitucional nº 45/04.

De acordo com Sílvia Maria de Silveira Loureiro (2005, p. 213-217), em 29/03/92, o Deputado Federal Hélio Bicudo apresentou à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados a PEC nº 96/92, com o intuito de introduzir amplas modificações na estrutura do Poder Judiciário. Nesta proposta inicial, não constava qualquer modificação no artigo 5º da Constituição Federal.

Em 1999, a Comissão Especial que estudava a PEC designou como relatora principal a Deputada Zulaiê Cobra. Além disso, foram designadas sub-relatorias para as seguintes áreas setoriais: estrutura e competência do STF e da Justiça Federal; fiscalização e controle do Poder Judiciário; súmulas vinculantes; acesso à justiça e direito à sentença; e, direitos, garantias e disciplinas dos Magistrados, Tribunais e Juízes Especiais.

No bojo dessa vastíssima reforma do Poder Judiciário, surgiu – pode-se falar que “surgiu”, visto que não houve qualquer tipo de discussão ou debate entre os parlamentares sobre o assunto –, no substitutivo apresentado pela Relatora Zulaiê Cobra, o disposto no § 3º do artigo 5º da CF.

Sílvia Maria de Silveira Loureiro (2005, p. 213-217) supõe que o parágrafo foi incluído por meio de sugestão encaminhada àquela relatora, reforçando tal entendimento pelas seguintes evidências:

a) na consulta realizada aos volumes das emendas apresentadas perante a Comissão Especial não foi encontrada qualquer emenda parlamentar no sentido de introduzir o

dispositivo sobre tratados internacionais, ainda que tivesse sido rejeitada, total ou parcialmente;

b) o primeiro substitutivo apresentado com base nas emendas acima referidas – PEC nº 096/92-A – mantém a mesma matéria de mérito da PEC originária;

c) quando o projeto foi redistribuído para a relatoria da Deputada Zulaiê Cobra, não havia mais prazo para apresentação de emendas parlamentares, no entanto, consoante o relatório, “a Comissão abriu prazo para discussão e recebimento de sugestões, com vistas à elaboração do parecer”. Todavia, o referido relatório não traz qualquer registro a respeito da inclusão desse § 3º ao artigo 5º, seja quanto à procedência desta proposta, seja quanto à justificativa e discussão do texto.

O histórico da PEC não nos permite concluir, por absoluto, a razão da inclusão do § 3º do artigo 5º. Entretanto, pode-se inferir que o motivo fundamental para o acréscimo desse parágrafo era terminar com a discussão da questão da hierarquia dos tratados internacionais, deixando bem clara a posição encampada pelo Brasil: os tratados que não versarem sobre direitos humanos serão sempre incorporados como normas infraconstitucionais; já aqueles que tratem de direitos humanos poderão, caso o Congresso Nacional assim decida, ostentar a condição de norma constitucional, desde que tramite com aprovação em ambas as Casas do Congresso Nacional, por dois turnos, com três quintos dos votos. Encontra-se latente o posicionamento jurisprudencial consolidado nas teses majoritárias do STF, no qual os tratados internacionais, mesmo os de direitos humanos, são equivalentes à lei ordinária.

Ademais, impende destacar que o citado dispositivo não é uma inovação no âmbito mundial, mas sim em nível nacional, já que o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal segue tendência firmada na América Latina, e, assim, reproduz textos inseridos nas Constituições Argentina, Peruana, Nicaragüense e Colombiana.

### 5. Críticas ao novo dispositivo constitucional, em relação ao direito internacional contemporâneo

Este trabalho parte do pressuposto de que os tratados internacionais de direitos humanos já detêm força constitucional e aplicabilidade imediata, com base nos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal e nos valores comuns superiores, consubstanciados na proteção do ser humano.

Partindo desse entendimento, há de se destacar que uma nova geração de juristas não cogita mais utilizar as doutrinas clássicas de incorporação dos tratados internacionais, quais sejam: o *monismo* (existência de apenas uma ordem jurídica, sem distinção hierárquica entre normas internacionais e internas, possibilitando assim a ocorrência de conflitos entre essas normas) e o *dualismo* (existência de ordens jurídicas distintas, na qual o direito interno de cada Estado e o internacional são sistemas independentes e distintos, embora igualmente válidos. Por regularem matérias diferentes, entre eles não poderia haver conflito).

Não admitem essa comparação dos tratados com a legislação interna do país, ao contrário, desejam ver aqueles compromissos internacionais iguais à Constituição do Estado. O Ex-Secretário Geral das Nações Unidas, B. Boutros-Ghali (*apud* MAZZUOLI, 2001, p. 26), corroborou essa idéia em seu discurso na plenária de abertura da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 14/06/93), ao afirmar que:

“(...) por sua natureza, os direitos do homem abolem a distinção tradicional entre a ordem interna e a ordem internacional. Eles são criadores de uma permeabilidade jurídica nova. Trata-se, portanto, de não os considerar, nem sob o ângulo da soberania absoluta, nem sob o da ingerência política. Mas, pelo contrário, é preciso compreender que os direitos humanos implicam a colaboração e a coor-

denação dos Estados e das organizações internacionais”.

Na mesma esteira de pensamento, Cançado Trindade (*apud* MAZZUOLI, 2001, p. 89) destacou que:

“(...) o antagonismo irreconciliável entre as posições monista e dualista clássicas provavelmente levou os juristas a abordar mais recentemente a relação entre o direito internacional e o direito interno de ângulos distintos. A distinção tradicional, enfatizando a pretensa diferença das relações reguladas pelos dois ordenamentos jurídicos, dificilmente poderia fornecer uma resposta satisfatória à questão da proteção internacional dos direitos humanos: sob o direito interno as relações entre os indivíduos, ou entre o Estado e os indivíduos, eram consideradas sob o aspecto da ‘competência nacional exclusiva’; e tentava-se mesmo argumentar que os direitos individuais reconhecidos pelo direito internacional não se dirigiam diretamente aos beneficiários, e por conseguinte não eram diretamente aplicáveis. Com o passar dos anos, houve um avanço, no sentido de, ao menos, distinguir entre os países em que certas normas dos instrumentos internacionais de direitos humanos passaram a ter aplicabilidade direta, e os países em que necessitavam elas ser ‘transformadas’ em leis ou disposições de direito interno para ser aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas.”

Nádia de Araújo (2004, p. 575/576) também se manifestou, destacando que a proteção à dignidade da pessoa humana e os princípios daí decorrentes passam também a informar as condições de aplicação do direito estrangeiro, levada a cabo pela utilização da metodologia própria do direito internacional privado. As regras do direito internacional contemporâneo não podem prescindir do chamado *double coding*, ou seja,

um senso duplo das normas em questão, pois estas não são mais intrinsecamente neutras, mas trazem em si, além de sua finalidade precípua – a proteção dos valores constitucionais –, os direitos humanos reconhecidos na ordem jurídica. Essas novas construções teóricas devem encarar o direito internacional não como uma disciplina que regula em abstrato o alcance pessoal e territorial das leis, obedecendo a princípios próprios, mas antes um ramo do Direito, que como os demais, participa igualmente da tarefa de modelação da sociedade. Assim, mister acentuar-se a permeabilidade e a abertura do direito internacional a valores ou princípios do Direito Público.

Ainda Nádia de Araújo (2004, p. 575/576) dispõe que:

“no século XXI, essa nova jurisprudência está se construindo da perspectiva de um sistema nacional tendo como vértice a Constituição, mas partindo também da idéia da universalização dos direitos fundamentais. Assim, o papel do juiz, como intérprete do ordenamento jurídico, na aplicação do DIPR, está condicionado não só às leis internas especializadas sobre a matéria – como a LICC, no Brasil – mas também aos direitos humanos, protegidos no plano interno – pelas regras constantes do bloco constitucional, que incluem os princípios – e no plano internacional – em sua dimensão global e regional. (...) Por isso, as regras de DIPR precisam obedecer ao sistema de regra/exceção, tendo os direitos humanos como baliza das soluções encontradas pelo método conflitual, agora não mais vista a lei encontrada como a única solução possível para um problema plurilocalizado”.

Conforme já asseverado, esses doutrinadores comungam com a idéia de que a introdução do § 3º do artigo 5º da CF foi um retrocesso no âmbito do direito internacional, visto que consolidou direito internacional

que não se preocupa com os resultados obtidos, que corre o risco de ignorar os anseios da sociedade, dando-lhe as costas com a utilização de uma técnica sofisticada, que prima pela obstinada rigidez da Constituição, em detrimento das reais necessidades dos indivíduos.

### *6. Críticas à constitucionalidade do novo dispositivo constitucional*

Não bastando a defasagem do § 3º do artigo 5º da Carta Magna em relação ao direito internacional contemporâneo, entendendo que tal dispositivo é inconstitucional, pelos seguintes motivos.

Ao se analisar a equivalência às emendas constitucionais, percebe-se que as características da incorporação das normas internacionais no direito brasileiro não se coadunam com as exigências constitucionais para uma emenda à constituição.

O inciso I do artigo 49 da CF afirma que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Com base nessa informação, no princípio da separação dos poderes e no fato de o § 3º do artigo 5º não ter trazido qualquer ampliação de competências, observa-se que somente os Parlamentares detêm a competência para propor a votação de “constitucionalização” dos tratados de direitos humanos.

Entretanto, essa competência exclusiva dos Parlamentares de propor a equivalência do tratado ao de uma emenda constitucional impossibilita que tais normas passem a ser consideradas legítimas “emendas à Constituição”, haja vista que a Constituição originária não prevê qualquer matéria em que somente um ou dois dos capacitados (incisos I a III do artigo 60 da Constituição Federal) possam propor a PEC. Se a Constituição originária não previu essa hipótese, a emenda à constituição nº 45/04 também não pode prever tal hipótese.

Daí, infere-se que os tratados internacionais de direitos humanos “constitucionalizados” são, na verdade, nova proposição, não prevista no artigo 59 da Constituição Federal: *o decreto legislativo com quorum qualificado e equivalência às emendas constitucionais*.

Há de se destacar a inconstitucionalidade dessa nova proposição, visto que a doutrina considera que o rol constante do artigo 59 da Carta Magna é taxativo, não se podendo incluir outro tipo de proposição.

Por não ser emenda à constituição, mas tão-somente Decreto Legislativo com *quorum* qualificado e equivalência às emendas constitucionais, o tratado internacional de direitos humanos pode ter sua votação de “constitucionalização” durante intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio. Da mesma forma, se o citado Decreto Legislativo tiver sua matéria rejeitada, deve ocorrer a regra geral prevista no artigo 67 da Constituição Federal, qual seja, a de que matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional, e não a regra prevista para rejeição de PEC.

Já que o Decreto Legislativo com *quorum* qualificado não pode ter as limitações da PEC, pode-se ler nas entrelinhas que a sua equivalência às emendas constitucionais diz respeito tão-somente à hierarquia constitucional, ou seja, o legislador quis apenas afirmar que os direitos humanos aprovados pela exceção do § 3º do artigo 5º terão o mesmo status dos direitos e garantias individuais dispostos na Constituição.

Infere-se, portanto, que o § 3º do artigo 5º tentou conciliar duas concepções inconciliáveis (a que entende que os tratados internacionais de direitos humanos têm força constitucional e aquela que pensa que tais tratados têm status de lei ordinária), criando assim um híbrido, que não se adapta aos demais dispositivos constitucionais.

Em virtude da recente implantação do dispositivo constitucional e do fato de o Brasil já ter se filiado aos mais importantes tratados sobre direitos humanos, os problemas suscitados pela redação equivocada do § 3º do artigo 5º da CF ainda não foram examinados na prática, mas provavelmente virão à tona em futuro próximo.

Mais grave do que isso é a mudança radical da concepção do constituinte originário, o qual entendia que os tratados internacionais de direitos humanos tinham força constitucional. Prova dessa afirmação foi trazida por Sílvia Maria da Silveira Loureiro (2005, p. 44-61), ao dispor que a Assembléia Nacional Constituinte de 1988 foi dividida em diversas Subcomissões, sendo que a Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais solicitou conferência com o professor Cançado Trindade, realizada em 29/04/87, na qual ele sugeriu a presença de um dispositivo aberto na Carta Magna que atrelasse os tratados internacionais de direitos humanos à Constituição, o que asseguraria o cumprimento de qualquer área dos direitos humanos, e não de uma em especial (ex.: evitar o *apartheid*). Seguindo essa orientação, o legislador constituinte originário incluiu no corpo da Constituição de 1988 o § 2º do artigo 5º.

Todavia, com a recente inserção do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, houve a completa e total inversão desse pensamento, pois consolida a idéia de que os tratados internacionais de direitos humanos têm, salvo se obtiver *quorum* qualificado, nível de lei ordinária. Essa inversão, conforme prega José Afonso da Silva (1996, p. 64-65) seria impensável por meio de emenda, e sim por meio de reforma constitucional, o que, efetivamente, não ocorreu.

Clausner Donizeti Duz (2006) afirma que o dispositivo recém-introduzido seria inconstitucional em razão da consagração do *Princípio da Vedação ao Retrocesso*. Esse retrocesso viria dos seguintes fatos: a) os tratados que vigoram em nosso ordenamento jurídico e que não passaram por esse requisi-

to imposto pela “Reforma do Judiciário” muito dificilmente terão a possibilidade de equivalência às normas constitucionais; b) tais requisitos pioraram a situação antes garantida pela Constituição, qual seja, a de que somente o fato de tais disposições normativas tratarem de direitos humanos já os colocaria em patamar de emenda constitucional quando da sua vigência interna, não sendo necessária a aprovação em dois turnos e por três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.

### 7. Críticas à implantação das exigências presentes no § 3º do artigo 5º da Carta Magna

Afora a questão da inconstitucionalidade e do descompasso com o Direito Internacional contemporâneo, o novo dispositivo apresenta problemas na sua concretização, a saber.

Preliminarmente, há de se destacar que Cançado Trindade (1999, p. 55-56), muito antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, já tecia críticas contundentes ao modelo adotado pela reforma constitucional da Constituição Argentina, em 1994, que acrescentou ao seu corpo de determinação bastante similar à trazida agora pelo § 3º do art. 5º da CF, ao dispor que:

“o § 2º do artigo 5º da Constituição Brasileira tem o grande mérito de não se restringir expressamente a determinados tratados de direitos humanos, como o faz, por exemplo, o § 22 do art. 75 da Constituição Argentina vigente após a reforma constitucional de 1994. (...) Não surpreende que *os próprios juristas argentinos venham recentemente apontando as insuficiências do disposto no § 22 do artigo 75, nela inserido naturalmente com a melhor das intenções. Têm observado, por exemplo, que há uma certa incoerência em reconhecer a alguns tratados hierarquia constitucional e a outros tão-somente nível infraconstitucional.* (...) Como se o anterior não bastasse, ou-

tro inconveniente ou limitação reside na necessidade de prever um determinado procedimento legislativo para atribuir hierarquia constitucional a outros tratados de direitos humanos, que não tenham encontrado expressão na Constituição. É o que teve que prever a Constituição Argentina, requerendo para tal a aprovação congressual (de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara). Que ocorreria se o Congresso, por qualquer razão, ainda que de força maior, não tomasse esta providência? Assim, a Argentina é hoje parte em diversos tratados de direitos humanos, inclusive outros que os que foram ‘constitucionalizados’, e que estão a requerer o procedimento previsto em sua Constituição reformada.”

Dessa forma, caso não seja declarado inconstitucional, o § 3º do artigo 5º da Carta Magna poderá gerar insegurança jurídica em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, visto que o Brasil considerará alguns tratados com força constitucional e outros com status de lei ordinária.

Essa situação poderá gerar responsabilidade ao Brasil no cenário internacional, já que, segundo Francisco Rezek (2002, p. 96), “o Estado-tratadista, ao declarar sua vontade de se submeter a um acordo internacional, fica obrigado perante o Direito Internacional a tomar todas as providências para que sejam válidas e eficazes, em sua ordem jurídica interna, as normas dispostas na convenção. Se não procede dessa forma, comete ato ilícito e deve se responsabilizar por ele”.

Ademais, o § 3º do artigo 5º da CF exige *quorum* qualificado, o que, no atual momento do Congresso Nacional, será praticamente impossível, pois o Legislativo encontra-se abarrotado de medidas provisórias que tramam a pauta de votação e limitam o exercício de votação das Casas Legislativas.

Outro problema de implantação advém da discricionariedade concedida ao Con-



gresso Nacional, permitindo que eleve ou não o tratado internacional de direitos humanos ao equivalente à emenda constitucional. Essa discricionariedade será prejudicial aos direitos humanos, caso o Congresso não atue de acordo com a sua missão institucional – atender ao interesse público como órgão representante da vontade popular. Nesse sentido, Luís Fernando Sgarbossa (2006) dispôs que, “ao contrário de privilegiar os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional 45 colocou a sua vigência na esfera de conveniência e oportunidade políticas do Poder Legislativo Federal, de modo que pode o Congresso Nacional, doravante, disciplinar conforme seu juízo político a conveniência de conferir a hierarquia constitucional às disposições constantes dos referidos instrumentos”.

Ainda cabe frisar que, em razão do § 3º do artigo 5º da Carta Magna, a votação do Decreto Legislativo será cada vez mais morosa, visto que os parlamentares terão que realizar conjecturas sobre o grau de hierarquia que o tratado internacional de direitos humanos deve assumir. Isso trará danos a todos os brasileiros, pois os direitos dispostos no tratado a ser votado demorarão ainda mais a serem reconhecidos perante a sociedade internacional, dificultando sua aplicação no Brasil.

Por fim, há de se lembrar que o Brasil já é signatário de todos os tratados internacionais de direitos humanos mais relevantes, e, por isso, o Legislativo dificilmente sofrerá pressão popular para os parlamentares votarem algum tratado específico, o que torna ainda mais difícil a aplicação do *quorum* mínimo exigido no § 3º do artigo 5º.

## 8. Conclusão

O legislador constituinte instituiu, no inciso III do artigo 1º, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Em assim sendo, o ser humano e seus direitos básicos

deveriam, em eventual conflito, ter prioridade sobre qualquer outro.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal e a maioria dos aplicadores de Direito parecem esquecer esse fundamento ao sobrepor a técnica cega e a preocupação com a rigidez da Constituição em detrimento do indivíduo. Ainda impera no Brasil a idéia de que os tratados internacionais de direitos humanos têm valor hierárquico igual ao de um acordo internacional para venda de laranjas ou de sapatos. Em assim sendo, a qualquer momento, o legislador brasileiro pode revogar ou derogar um tratado internacional, com a simples edição de lei ordinária com dispositivo contrário ao tratado.

Novos estudiosos do assunto vêm entendendo de forma diversa do apregoado pelo STF, e destacam que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro deveriam, com base nos §§ 1º e 2º do artigo 5º da CF e outros princípios insculpidos na CF, ser fontes, per se, do sistema constitucional de proteção dos direitos, ingressando assim na ordem jurídica brasileira com índole e nível constitucional e conferindo suporte axiológico à interpretação de todo o direito interno.

A despeito do crescimento dessa última corrente, a introdução do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal marcou considerável revés a esse entendimento, por firmar de maneira indireta a tese defendida pelo STF.

Tal fato nos remete à lição de Sílvia Maria da Silveira Loureiro (2005, p. 226), que afirmou:

“ainda prevalece no Estado brasileiro a sensação de que é mais fácil mudar um texto constitucional de acordo com a conveniência de seus aplicadores do que mudar a mentalidade dos agentes realizadores da Constituição. Por um lado transparece, a dependência do Poder Legislativo em face do Poder Judiciário ao referendar em proposta de emenda constitucional a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sequer questionar



o desmonte de um sistema construído pelo próprio Legislador Constituinte. Por outro lado, é flagrante a dissonância entre estes Poderes – Legislativo e Judiciário – e o Poder Executivo, o qual propõe implementar na política externa brasileira de promoção dos direitos humanos. Em suma, ainda parece prevalecer no Brasil o equivocado entendimento segundo o qual as obrigações internacionais assumidas pelo Estado são apenas obrigações executivas e que, por conseguinte, o eventual descumprimento destas pelo Poder Legislativo ou Judiciário não acarretariam qualquer tipo de responsabilidade internacional.”

Essa visão do direito internacional dos direitos humanos coloca o Brasil cada vez mais distante da efetiva proteção à dignidade da pessoa humana, sendo que qualquer ameaça a esse fundamento deveria ser ferrenhamente combatida, principalmente nos tempos atuais, de globalização, de formação de blocos econômicos, de mercado livre, de exploração de mão-de-obra barata, de exploração do trabalho infantil, de crescimento do “ter” sobre o “ser”, de mercantilização do homem.

Portanto, o legislador brasileiro, quando da discussão e votação da “reforma do judiciário”, perdeu oportunidade de tornar o Brasil vanguardista na área do reconhecimento dos direitos humanos, assim como havia sido nos casos de proteção à criança (Estatuto da Criança e do Adolescente) e ao consumidor (Código de Defesa do Consumidor). Ao contrário, o legislador brasileiro introduziu dispositivo inconstitucional, doutrinariamente retrógrado e de difícil aplicação prática.

### Referências

ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado e Direitos Fundamentais: uma Perspectiva Retórico-Arumentativa do Princípio da Ordem Pública*. In: Brant,

Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *O Brasil e os novos desafios do direito internacional* / Rio de Janeiro : Forense, 2004.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *Uma reflexão acerca dos pactos e convenções internacionais e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, nº 43, p. 31-48, abr./jun. 2003.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. *Os direitos humanos no Brasil e sua garantia através dos instrumentos processuais constitucionais*. Revista de Informação Legislativa, nº 130, p. 83-97, abr./jun. 1996.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração* / Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DUARTE, Leonardo Avelino. *Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam tratados*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, nº 41, p. 69-96, out/dez. 2002.

DUZ, Clausner Donizeti. *O princípio constitucional da vedação ao retrocesso frente à constitucionalidade do artigo 5º, § 3º, da CF/88*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1016>>. Acesso em 14 jul. 2006.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição* / Belo Horizonte : Del Rey, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional : tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira* / Rio de Janeiro : América Jurídica, 2001.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público* / São Paulo : Saraiva, 2002.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em 19 jan. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* / São Paulo : Malheiros Editores, 1996.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Tratados internacionais de direitos humanos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, nº 43, p. 7-30, abr./jun. 2003.

STEINER, Sílvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro* / São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. In: Boucalt, Carlos Eduardo de Abreu e Araújo, Nádida de (orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional* / Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Direito Internacional e o Supremo Tribunal Federal*. In: Brant, Leo-

nardo Nemer Caldeira (coord.). *O Brasil e os novos desafios do direito internacional* / Rio de Janeiro : Forense, 2004.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos* / São Paulo : Malheiros Editores, 1999.

# A motivação para agir dos legitimados

## Um limite invisível ao controle concentrado de constitucionalidade

Leonardo Henrique Mundim Moraes  
Oliveira

### Sumário

1. Introdução. 2. A legitimação para agir na Ação Direta de Inconstitucionalidade e seu problema. 3. A atuação dos Chefes de Poder Executivo. 4. A atuação das Mesas de Poder Legislativo. 5. A atuação dos partidos políticos. 6. A atuação das Confederações Sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. 7. A atuação do Conselho Federal da OAB. 8. A atuação do Procurador-Geral da República. 9. A posição do Supremo Tribunal Federal no encaminhamento do problema. 10. Um diálogo com Peter Häberle. 11. Conclusões.

### 1. Introdução

Sob inspiração e força da democracia moderna, o legislador brasileiro remodelou, mediante significativa ampliação em relação à Constituição de 1967, o sistema de legitimação para instauração do controle jurisdicional concentrado da constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público, mediante ação direta de inconstitucionalidade.

Atualmente são em número taxativo de 09 (nove) as categorias de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, indicados no art. 103 da Constituição Federal: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI –

Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira é advogado; Conselheiro da OAB/DF; Professor do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB).

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise da Constitucionalidade, promovido pela Universidade do legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Alexandre Bernardino.

o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Comenta, a respeito, GILMAR FERREIRA MENDES (2005, p. 77):

“Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de constitucionalidade até então vigente no Brasil.”

De fato, a existência de normas inconstitucionais no sistema jurídico estampa uma espécie de nocividade objetiva: independentemente da natureza, conteúdo ou relevância da norma viciada, há evidente afetação à harmonia da regência normativa da sociedade. A importância da ampliação operada reside na maior chance de defesa da supremacia da Constituição, idéia central do controle de constitucionalidade.

Como ensina RAUL MACHADO HORTA (1995, pp. 108/109), a permanência da Constituição deriva da presença do *sentimento constitucional*, naturalmente impossível com a aceitação passiva de normas inconstitucionais:

“O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espalha na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional. É o domínio do sentimento constitucional. [...]”

O sentimento constitucional, que envolve a valorização sentimental da Constituição, é incompatível com a indiferença popular em relação à Constituição. O desconhecimento, a ignorância, o desprezo e o desrespeito sistemático à Constituição negam o

sentimento constitucional e fazem da Constituição uma ‘folha de papel’ que se agita na direção do vento. Essa conduta negativa opera substituição da estabilidade pela fragilidade da Constituição.”

Contudo, como se pretende indicar – e aqui se delimita o tema a ser tratado –, a mera ampliação dos legitimados para instaurar a impugnação constitucional abstrata, materializada em 1988, não se apresenta, no modo como essa ampliação vem sendo compreendida, suficiente para uma gestão eficaz do sistema de submissão de normas ao controle constitucional.

E o cerne está na constatação de que, ao longo dos últimos dezessete anos de vigência da atual Constituição Federal, *quase todos os legitimados do art. 103 vêm manejando a ação direta de inconstitucionalidade com certa vinculação a um propósito específico.*

A pesquisa empreendida nas três mil, setecentas e cinquenta e seis ações diretas de inconstitucionalidade protocolizadas no período de 06/10/1988 a 30/06/2006<sup>1</sup> demonstrou a existência de *quatro linhas-mestras de motivação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade*, que serão identificadas ao longo do texto. Constatou-se, igualmente, que apenas duas das nove categorias de legitimados não vinculam, na prática, a sua atuação a um propósito específico.

Com a percepção desse atrelamento prático de sete categorias de legitimados a tópicos básicos de *motivação para agir*, fica fácil a conclusão de que *diversas leis e atos normativos passam ao largo da análise jurisdicional concentrada de constitucionalidade*. Isso porque não se enquadram em nenhuma das quatro linhas-mestras de motivação motoras dos legitimados, considerando ainda o desconhecimento do público em geral sobre a atuação constitucional dos dois únicos legitimados não-condicionados a uma motivação pré-existente.

Com isso, aquelas normas-órfãs<sup>2</sup> que sejam inconstitucionais tornam-se as inconvenientes falhas na estrutura de organiza-

ção jurídica pretendida pela Constituição, potencialmente geradoras da *desestima constitucional* temida por RAUL MACHADO HORTA (1995, pp. 109/113), servindo ainda como pontos de corrosão da harmonia necessária ao sistema.

Outrossim, o campo de abrangência do controle concentrado de constitucionalidade fica diminuído – porquanto dependente, em forte grau, do enquadramento ou não de determinada norma recém-editada às mencionadas linhas-mestras de motivação para agir dos legitimados – e problema ainda priva da agilidade e cientificidade inerentes ao controle jurisdicional concentrado uma gama enorme de pessoas, entidades e instituições, que se vêem submetidas à legislação inconstitucional e impossibilitadas de proceder ao seu questionamento direto e abstrato, ou pelo menos enfrentam dificuldades para conseguir inaugurar esse questionamento.

O tema põe em debate a eficácia do atual sistema de controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, inclusive no tocante à sua real abrangência e ao seu grau de submissão/escravidão à vontade/motivação dos legitimados pelo art. 103 da Constituição. E a reflexão será hábil a propiciar o surgimento de idéias para maximizar e melhor gerir o sistema, o que certamente – conforme escólio de HÄBERLE (1997, p. 36/40) – será combustível para a otimização da democracia.

## 2. A legitimação para agir na Ação Direta de Inconstitucionalidade e seu problema

A técnica de imputação de uma *faculdade de agir* a um sujeito específico é originária do Direito Privado. RODRIGO DE OLIVEIRA KAUFMANN (2003, p. 31) afirma que o Século XX foi profícuo no campo da interação entre o Direito Privado e o Direito Público, com mútuas apropriações de técnicas e institutos.

Entretanto, a concepção da faculdade de agir – por natureza atribuída a um ou mais

sujeitos definidos e obstada aos demais – apresenta dificuldade quando se trata de agir em favor do interesse geral. A dificuldade consiste na natural busca humana de satisfação de interesses particulares, ou seja, num inevitável fim egoísta inculcado na formação do indivíduo e nos objetivos de agremiações de pessoas.

Para HEGEL (1986, p. 160) a existência do fim egoísta é mesmo uma das bases da construção de sistemas societários civis:

“183 – Na sua realização assim determinada pela universalidade, o fim egoísta é a base de um sistema de dependências recíprocas no qual a subsistência, o bem-estar e a existência jurídica do indivíduo estão ligados à subsistência, ao bem-estar e à existência de todos, em todos assentam e só são reais e estão assegurados nessa ligação.”

De início pareceria questionável focar um estudo na atuação dos sujeitos – ou seja, discorrer sobre aspectos subjetivos –, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, que se caracteriza como um processo objetivo<sup>3</sup>.

Porém, o enfoque ocorrerá precisamente sobre a *qualidade* do atual sistema de legitimação para propositura da ADI e a *amplitude* de seu alcance, questões basicamente *pre-processuais* e naturalmente tratáveis sob uma neutralidade objetiva.

Para sistematizar o rol de legitimação para agir mediante ação direta de inconstitucionalidade, serão assim organizados os legitimados do art. 103 da Constituição: (1) Chefes de Poder Executivo (Presidente da República e Governadores); (2) Mesas de Poder Legislativo (Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmara Legislativa do Distrito Federal); (3) partido político com representação no Congresso Nacional; (4) confederação ou entidade de classe de âmbito nacional; (5) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; e (6) Procurador-Geral da República.

Pergunta-se: a atuação dos legitimados constitucionais tem sido capaz de abarcar o

interesse geral pela higidez da Constituição? Outro modo: eles têm desempenhado o papel constitucional que lhes foi exclusivamente atribuído de sanar e manter higienizado o sistema de normas, de maneira a remover correntemente os ataques à Constituição perpetrados pela edição de leis e atos com ela incompatíveis?

Isso é o que se buscará analisar doravante, na demonstração do problema.

### 3. A atuação dos Chefes de Poder Executivo

PINTO FERREIRA (1999, pp. 367/368) tece críticas ao modelo do regime presidencialista desenhado no Brasil:

“No Brasil, como em geral nas Repúblicas latino-americanas, o presidente tem vastas atribuições, muito superiores àquelas concedidas aos presidentes norte-americanos, uma vez que tem até poderes legislativos, contrariando mesmo o dogma da separação de Poderes de Montesquieu. [...]

Essa é a razão pela qual Pontes de Miranda chega a declarar que os nossos presidentes são em geral monarcas a curtas prestações.”

A Constituição Federal de 1988 comete ao Presidente da República o exercício do Poder Executivo (art. 76), e as bases constitucionais do presidencialismo já foram consideradas pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Representação Interventiva nº 94, de 1947, como extensivas e vinculantes da organização política dos Estados-Membros.

Por consequência foram reconhecidos aos Governadores poderes similares aos do Presidente da República, observados, obviamente, os limites territoriais de atuação e a divisão constitucional de competências entre as respectivas pessoas jurídicas de direito público interno.

A força institucional reconhecida pelo sistema aos Chefes de Poder Executivo na-

cional e estadual – ou essa “quase-monarquia”, na visão de PONTES DE MIRANDA acolhida por PINTO FERREIRA – deveria ser suficiente para uma razoável liberdade de gestão do aparato estatal e das finanças públicas.

E assim era de se esperar que os Chefes de Poder Executivo dirigissem a maior parte de sua prerrogativa de impugnação constitucional à preocupação geral com a intangibilidade da Constituição, em todas as áreas do Direito e da vida social; ou ao menos que tivessem certa maleabilidade para com a legislação que venha a afligir ou tangenciar seus turbinados poderes.

Porém os dados estatísticos pesquisados demonstram que a motivação básica, precípua e estrutural, para que um Chefe de Poder Executivo instaure a impugnação constitucional de normas é exatamente assegurar a maior liberdade possível na gestão do aparato estatal e das finanças públicas.

Essa é, portanto, a primeira das quatro linhas-mestras de motivação, mencionadas na introdução deste trabalho: os Chefes de Poder Executivo (Presidente da República e Governadores) em geral propõem ação direta de inconstitucionalidade precipuamente movidos/atrelados a um propósito específico – qual seja, restaurar, a partir da invalidação ou interpretação normativa, a sua *liberdade de gestão* que tenha sido tolhida ou esteja ameaçada por normas editadas por outros entes (em especial União e respectiva Assembléia Legislativa) ou por governos anteriores.

Essa “liberdade de gestão” compreende basicamente três temas: (a) gerenciamento de servidores e empregados públicos (remuneração, regime jurídico, seguridade); (b) exercício das funções executivas (criação de órgãos/entidades, condução da política econômica, regulamentação de serviços públicos e privados); e (c) manutenção de arrecadação (tributária, parafiscal, multas de trânsito).

Foram localizadas, no período pesquisado (06/10/1988 a 30/06/2006), 1.063



(mil e sessenta e três) ações diretas de inconstitucionalidade propostas por Chefes de Poder Executivo, correspondendo

a 28,30% (vinte e oito vírgula trinta por cento) do total. A tabela a seguir demonstra o conteúdo:

TEMA TRATADO	NÚMERO DE AÇÕES	PORCENTAGEM
(A) Gerenciamento de servidores e empregados públicos (remuneração, regime jurídico, seguridade)	478	44,96%
(B) Exercício das funções executivas (criação de órgãos/entidades, condução da política econômica, regulamentação de serviços públicos e privados)	357	33,59%
(C) Manutenção de arrecadação (tributária, parafiscal, multas de trânsito)	170	15,99%
Outros (bens públicos, meio ambiente, processo civil, regras eleitorais, responsabilidade civil do Estado, tipificação criminal, terras indígenas, etc.)	58	5,46%
TOTAL	1.063	100%

Conclui-se que os temas (a), (b) e (c) indicados na tabela, referentes à linha-mestra *liberdade de gestão*, responderam por aproximadamente 95% (noventa e cinco por cento) da atuação dos Chefes de Poder Executivo na impugnação constitucional mediante ação direta de inconstitucionalidade.

#### 4. A atuação das Mesas de Poder Legislativo

O atual modelo de configuração parlamentar foi construído a partir de 510 a.C., com o advento da República Romana. Os membros do *Senatus* eram vitalícios e detinham ampla gama de atribuições, como a preservação da religião, a supervisão das finanças públicas, a direção da política externa e a administração de províncias (cf. CHACON, 1997, pp. 13/14).

A coexistência da fonte de poder do Parlamento com a fonte de poder do Governante não tardou em gerar desconfianças e conflitos, e seu principal combustível eram as tentativas do Governante em subjugar as orientações e decisões do Senado Romano, reduzindo com isso sua importância e mitigando seu valor institucional.

Isso gerou inicialmente batalhas silenciosas pela garantia de poder do Senado, e depois a criação da guarda senatorial, para fazer frente à guarda pretoriana submetida ao Governante. Num segundo momento es-

sas batalhas ganharam corpo e concreção, chegando ao ápice com o assassinato de Júlio César.

No Brasil o conflito também é histórico. Eram freqüentes, no período colonial, as desavenças entre os “senados de câmaras” – representantes imediatos da aristocracia rural e do povo – e os governadores das capitâneas, autoridades máximas nomeadas pelo monarca, representantes do poder central da metrópole.

Na história brasileira os parlamentares foram vistos diversas vezes como obstáculo à implantação de idéias de Governantes. Por essa razão o Parlamento Brasileiro já foi fechado em muitas oportunidades, em verdade desde seus primórdios quando, em 12/11/1823, D. Pedro I cercou com tropas a então operante “Assembléia-Geral Constituinte e Legislativa”, ordenou a prisão de alguns deputados e dissolveu a Assembléia (cf. DEIRÓ, 2000, p. 22).

Talvez a concepção torneada a partir do trauma institucional de vários fechamentos do Parlamento, bem como da tentativa constante, por parte dos Chefes de Poder Executivo, de enfraquecer o Poder Legislativo, tenha forjado no imaginário da classe política a necessidade de se proteger mediante a manutenção de poderes, prerrogativas e privilégios conquistados e a busca de novos.

E assim a prática da impugnação constitucional tem sido usada pelo Poder Le-

gislativo como meio de assegurar a manutenção de conquistas e alcançar novas parcelas de força, respeitabilidade e influência, especialmente na sociedade estadual.

A pesquisa demonstrou que a linha-mestra motivadora da atuação do Poder Legislativo na impugnação constitucional mediante ação direta é a *auto-afirmação institucional*, que se dá basicamente sob duas perspectivas: (a) defesa das prerrogativas do Legislativo (recebimento de recursos, auto-organização, fiscalização/supervisão do Executivo, competência legislativa); e (b) cooptação de simpatia mediante

atendimento a pleitos de servidores públicos e de grupos empresariais (especificamente da área de educação, produtores rurais e comerciantes).

Das ações diretas pesquisadas, foram encontradas somente 58 (cinquenta e oito) apresentadas pelo Poder Legislativo, equivalendo a 1,54% (um vírgula cinquenta e quatro por cento) do total. Destas, apenas 01 (uma) ação foi proposta pelo Poder Legislativo Federal<sup>4</sup>. Todas as demais têm como requerente Mesa de Assembléia Legislativa estadual ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Segue a tabela:

TEMA TRATADO	NÚMERO DE AÇÕES	PORCENTAGEM
(A) Defesa das prerrogativas do Legislativo (recebimento de recursos, auto-organização, fiscalização/supervisão do Executivo, competência legislativa).	22	37,93%
(B) Cooptação de simpatia mediante atendimento a pleitos de servidores públicos e de grupos empresariais (especificamente da área de educação, produtores rurais e comerciantes).	24	41,38%
Outros (consumidor, função do Vice-Governador, liberdade de imprensa, privatizações, terras indígenas, patrimônio histórico, regras eleitorais gerais, etc.).	12	20,69%
TOTAL	58	100%

Observa-se, que a linha-mestra da *auto-afirmação institucional* – traduzida pelos temas (a) e (b) – concentra 79% (setenta e nove por cento) da atuação das Mesas de Poder Legislativo.

### 5. A atuação dos partidos políticos

PINTO FERREIRA (1992, p. 18), analisando o partido político no contexto nacional, desmitifica sua concepção teórica como grupamento programaticamente regido, afirmando que “os partidos políticos brasileiros ainda dependem em alto grau da maneira como se correlacionam com as estruturas sociais e econômicas na distribuição do poder.”

Discorrendo especificamente sobre os partidos políticos no Brasil, assevera BENJAMIM ALVES RABELLO FILHO (2001, pp. 44):

“Na realidade, tal enquadramento ideológico, em termos de Brasil, não é seguido de maneira rigorosa, haja

vista que, nos últimos 18 anos, foram criados inúmeros partidos de cunho pessoal, com o fim único e exclusivo de abrir espaços políticos para determinadas pessoas.”

Na verdade a própria concepção do partido político como elemento segmentário da sociedade já restringe suas possibilidades de atuação no tocante à instauração do controle concentrado de constitucionalidade mediante ação direta. Um partido que dá suporte direto ao Presidente, por exemplo, não ousaria questionar no Supremo Tribunal Federal um decreto presidencial ou outro ato monocrático da mesma autoridade ou de sua administração.

A situação piora em razão do problema indicado pelos supramencionados doutrinadores, atinente à utilização precípua da criação e manutenção de partidos como meio de garantir espaços políticos pessoais.

Talvez por essas razões os partidos políticos brasileiros – que deveriam, em tese, se apresentar como meio pelo qual “a ação política dos cidadãos se materializa” (RABELLO FILHO, 2001, p. 130) ou “como canalizador de aspirações, de necessidades e de esperanças de universalização da vida de todos os homens” (MEZZAROBBA, 2003, p. 118) – desempenham, ao contrário, reduzido papel no conhecimento e encaminhamento de demandas de interesse geral por inconstitucionalidade de leis e atos normativos frente à Constituição Federal.

As ações diretas localizadas na pesquisa estampam, com efeito, tendências dirigidas ao agrado de setores do eleitorado, apoiadores/ou financiadores dos partidos impugnantes.

Seria uma atuação constitucional voltada para a consecução de votos ou ao menos para a obtenção da simpatia eleitoral. Por exemplo, vislumbrou-se que as ações referentes a servidores públicos e trabalhado-

res concentram-se na atuação dos partidos ditos “de esquerda”, enquanto que os partidos “de direita” encampam interesses de bancos e grandes empresas, especialmente na área de tributação.

A linha-mestra, aqui, é a de *interesses eleitorais*, e pode ser assim subdividida: (a) atendimento a grupos eleitorais específicos (servidores públicos, bancos, classes empresariais); (b) desestabilização jurídica de adversários políticos (impugnação de medidas econômicas e administrativas, disputas políticas localizadas); e (c) beneficiamento próprio (regras sobre eleições, prerrogativas partidárias, autonomia gerencial).

A pesquisa relevou a existência de 877 (oitocentos e setenta e sete) ações diretas de inconstitucionalidade propostas por partidos políticos, representando 23,35% (vinte e três vírgula trinta e cinco por cento) do total, com conteúdo segundo a tabela abaixo:

TEMA TRATADO	NÚMERO DE AÇÕES	PORCENTAGEM
(A) Atendimento a grupos eleitorais específicos (servidores públicos, bancos, classes empresariais)	413	47,09%
(B) Desestabilização jurídica de adversários políticos (impugnação de medidas econômicas e administrativas, disputas políticas localizadas)	286	32,61%
(C) Beneficiamento próprio (regras sobre eleições, prerrogativas partidárias, autonomia gerencial)	111	12,66%
Outros (custas judiciais, meio ambiente, direito a manifestações públicas, pena de morte, prerrogativas do Parlamento, processo civil, terras indígenas, etc.)	67	7,64%
TOTAL	877	100%

Conclui-se que os temas (a), (b) e (c) indicados na tabela, inerentes à linha-mestra *interesses eleitorais*, responderam por aproximadamente 92% (noventa e dois por cento) da atuação dos partidos políticos na impugnação constitucional mediante ação direta de inconstitucionalidade.

## 6. A atuação das confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional

A pessoa jurídica, no direito brasileiro, é historicamente vista sob uma coloração pri-

vatista. Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (2000, p. 186), “Numa associação [NR: *latu sensu*] vê-se um conjunto de pessoas, unindo seus esforços e dirigindo suas vontades para a realização dos fins comuns”.

No caso específico de confederações sindicais e entidades de classe, há três outros elementos que acentuam essa noção privatista e dirigida: a) são estruturas custeadas por categorias específicas; b) são comumente vinculadas a finalidades estatutárias rígidas; e c) seus dirigentes estão costu-

meiramente sujeitos a cobrança de resultados por parte dos financiadores.

Partindo da visão tradicional da pessoa jurídica e da compreensão dessa realidade das agremiações representativas, mostra-se fácil a percepção da linha-mestra que move as confederações sindicais e entidades de classe na atividade de impugnação constitucional, qual seja, o *interesse corporativo*, que se apresenta sob duas vertentes: (a) benefícios à categoria representada (tributação de empresas, contratos administrativos, contrariedade à regulamentação e fiscalização de atividades pelo Poder Público, remuneração, regime jurídico, previdência e outras vantagens de servidores públicos e de trabalhadores em geral, contrariedade a restrições derivadas de política econômica (índices, planos, orçamentos, juros), contrariedade a normas de responsabilização); e (b) beneficiamento próprio (autonomia gerencial).

De todas as ações pesquisadas, foram localizadas 983 (novecentas e oitenta e três) propostas por confederações sindicais e entidades de classe, representando 26,17% (vinte e seis vírgula dezessete por cento) do total.

A tabela abaixo demonstra a situação geral:

TEMA TRATADO	NÚMERO DE AÇÕES	PORCENTAGEM
(A) Benefícios à categoria representada (tributação de empresas, contratos administrativos, contrariedade à regulamentação e fiscalização de atividades pelo Poder Público, remuneração, regime jurídico, previdência e outras vantagens de servidores públicos e de trabalhadores em geral, contrariedade a restrições derivadas de política econômica (índices, planos, orçamentos, juros), contrariedade a normas de responsabilização)	929	94,50%
(B) Beneficiamento próprio (autonomia gerencial)	08	0,82%
Outras (eleições, concurso público, alienação de bens públicos, biossegurança, defensoria pública, normas de trânsito (desenho de vias, localização de faixa de pedestres, colocação de placas), direitos do consumidor, processo civil, etc.)	46	4,68%
TOTAL	983	100%

Conclui-se que os temas (a) e (b) indicados na tabela, e que dizem respeito à linha-mestra *interesses corporativos*, somam aproximadamente 95% (noventa e cinco por cento) da atuação das confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional na impugnação constitucional mediante ação direta de inconstitucionalidade.

### 7. A atuação do conselho federal da OAB

O papel da Ordem dos Advogados do Brasil consta atualmente da Lei nº 8.906, de 04/07/1994, precisamente em seu art. 44, *in verbis*:

“Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático

de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.”

A história política do Século XX estampa vários feitos notáveis da OAB no exercício de suas atribuições, a partir de uma compreensão comum da natureza institucional e semi-pública<sup>5</sup> da entidade.

Do último quartel do século passado pode-se mencionar a participação no movimento pró-anistia (1979); na campanha “Diretas-Já” (1983); na convocação de uma nova Assembléia Nacional Constituinte (1985); na consolidação do retorno ao regi-

me democrático (1990); no Movimento pela Ética na Política (1992); no processo de *impeachment* de Presidente da República (1992); e posteriormente em campanhas pontuais pela lisura eleitoral, pela limitação do poder de edição de medidas provisórias e pela reforma do Poder Judiciário. É cediço que a OAB nunca se curvou diante de arbitrariedades ou abusos de governos, e em geral adota postura crítica e corajosa no debate dos problemas nacionais.

A estrutura da entidade, nacionalmente organizada em seccionais estaduais e subseções municipais e micro-regionais, permite a capilaridade necessária à recepção de demandas por inconstitucionalidade de leis. A OAB dispõe de uma Comissão de Estudos Constitucionais, que funciona em caráter permanente junto ao Conselho Federal<sup>6</sup>, e cujas atribuições abrangem a análise de questões acerca de inconstitucionalidade de leis e formulação de propostas de impugnação constitucional ao Conselho<sup>7</sup>.

A organização do sistema, aliada à auto-percepção da OAB como participante ativa e com voz respeitada na sociedade civil, faz com que a entidade seja um dos dois únicos legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade que não estão sujeitos a vinculação de natureza prática.

Ou seja, em geral o Conselho Federal da Ordem atua de maneira ampla, desprezando aspectos de *motivação* e tendo em sobranceira vista a preservação da Constituição Federal, ainda que o tema a ser tratado na ação não repercuta diretamente na sua própria atuação ou na vida de seus membros inscritos – diferenciando-se sobremaneira, neste ponto, das demais entidades de classe.

O Conselho Federal da OAB, portanto, é um dos dois legitimados – referidos na introdução deste trabalho – que não se encontram sujeitos ao “limite invisível” para efetivação do controle concentrado de constitucionalidade na esfera federal, que não pauta o exercício de sua prerrogativa de

impugnação constitucional por alguma linha-mestra de motivação pré-existente ou voluntariamente vinculante.

Porém, apesar da boa estrutura, a percepção social de acesso à OAB ainda parece restrita, de maneira que nem todas as demandas por inconstitucionalidade chegam à sua apreciação, o que talvez justifique o pequeno percentual de ações diretas já propostas.

De todas as ações diretas de inconstitucionalidade pesquisadas, 169 (cento e sessenta e nove) foram propostas pelo Conselho Federal da OAB, equivalendo a 4,50% (quatro vírgula cinqüenta por cento) do total. Os temas tratados são muito variados e razoavelmente bem distribuídos, a saber: servidores públicos (benefícios, regime jurídico, remuneração) e demais trabalhadores (15,47%); benefícios a estudantes (1,78%); contratos administrativos (1,78%); processo civil (22,02%); processo penal (2,38%); processo legislativo (1,19%); custas judiciais (16,07%); direitos políticos (0,60%); meio ambiente (1,19%); precatórios (1,19%); política econômica (1,78%); prerrogativas da própria entidade (3,58%); prerrogativas de Advogado (4,77%); nomeação de membros do TCU (4,77%); regras sobre eleições (1,78%); regras sobre concurso público (6,54%); sigilo de documentos públicos (0,60%); serviços públicos (3,58%); regulamentação de atividades privadas (1,19%); e tributação (7,74%).

Conclui-se que o Conselho Federal da OAB, malgrado responder por pequeno percentual do número total de ações diretas, tem atuado de maneira a privilegiar a higidez da Constituição como interesse geral. A OAB tem movimentado sua estrutura em favor de diversos ramos da sociedade (servidores, estudantes, consumidores de serviços públicos, etc.), e também em prol de áreas diversificadas (meio ambiente, tributação, processo, etc.), sem vinculação a algum motivo específico e sem ter em vista, necessariamente, um interesse corporativo direto ou indireto.

## 8. A atuação do Procurador-Geral da República

O Procurador-Geral da República exercia com exclusividade, até 1988, a atividade de impugnação de leis e atos normativos contrários à Constituição Federal, através do instituto da *representação por inconstitucionalidade*<sup>8</sup> – prerrogativa estendida aos chefes do Ministério Público nos Estados, em defesa da Constituição Estadual<sup>9</sup>.

Entretanto, o Procurador-Geral da República lidava com uma delicada situação, uma vez que cumpria a função de chefe do Ministério Público, ao mesmo tempo em que lhe era imputada a realização da defesa do governo federal, hoje a cargo da Advocacia-Geral da União.

O desatrelamento das funções de defesa governamental, o prestígio público e o postulado constitucional de independência do Ministério Público implicaram um incremento significativo na atividade de impugnação constitucional por parte de seu chefe federal.

A capilaridade do Ministério Público da União, composto de quatro subestruturas básicas<sup>10</sup>, bem como a presença do Ministério Público em todos os Estados, permite que demandas por inconstitucionalidade em muitas áreas jurídicas cheguem ao conhecimento dos membros da Instituição. A constante interação com a sociedade, através de várias procuradorias e promotorias especializadas e da corriqueira participação em ações de cidadania, fortalece a percepção de uma atuação em favor do interesse geral.

Todos esses fatores fazem com que o Procurador-Geral da República seja outro legitimado – ao lado do Conselho Federal da OAB – cuja atuação na impugnação constitucional tem sido despida de qualquer linha-mestra de motivação pré-existente.

Entretanto o percentual de ações diretas propostas por esse legitimado ainda parece tímido, talvez em razão do desconhecimento de parte da sociedade sobre essa função impugnativa do Procurador-Geral. Do total

de ações diretas pesquisadas, foram encontradas 582 (quinhentas e oitenta e duas) propostas pelo Procurador-Geral da República, equivalendo a 15,50% (quinze vírgula cinquenta por cento) do total.

Os assuntos nelas tratados são vários, e abrangem inúmeras áreas jurídicas, diversas matérias e uma alta heterogeneidade de grupos defendidos. E a proporção de aparecimento dos assuntos é equilibrada – por isso a ineficácia, em termos de conclusão parcial, em confeccionar aqui uma tabela específica –, a apontar que Ministério Público tem cumprido, nessa parte, o papel constitucional de defesa dos interesses sociais indisponíveis.

## 9. A posição do Supremo Tribunal Federal no encaminhamento do problema

O Supremo Tribunal Federal, em sua missão constitucional *precípua* de exercer a “guarda da Constituição” (art. 102, *caput*, da Constituição), tem considerável responsabilidade na concretização do sistema de legitimidade indicado na Carta.

E considerando especialmente o óbice do *princípio dispositivo* – segundo o qual “o juiz não está autorizado a buscar, por si mesmo, a lide ou a pretensão insatisfeita, para julgá-la ou realizá-la” (SANTOS, 1999, p. 38) – a postura da Corte deveria tender a admitir a maior amplitude possível na atuação dos legitimados exclusivos do art. 103 da Constituição.

Porém nota-se *data venia* certa instabilidade na postura da Corte em matéria de atuação dos legitimados constitucionais. Três exemplos podem ser elencados.

O primeiro é sobre legitimidade dos partidos políticos. Numa primeira fase o STF passou a extinguir ações diretas de inconstitucionalidade, deixando sem análise o conteúdo normativo impugnado quando o partido político, autor da ação, perdia a sua representação congressional após a proposição. (ADI-Agr nº 2.822, DJ 16/05/2003).



Tal posição jurisprudencial foi recentemente revertida, por maioria de votos, quando do julgamento de agravo regimental na ADI nº 2.159 (DJ 24/08/2004).

Outro relaciona-se à questão das entidades de classe, em que o STF inicialmente considerou descaracterizadas como tais – e portanto inaptas a instaurar o controle concentrado – as entidades que se apresentassem como “verdadeiras associações de associações” (ADI-QO nº 79, DJ 05/06/1992). Recentemente a Corte modificou sua jurisprudência, passando a admitir a legitimidade ativa de tais entidades (ADI-AgR nº 3.153, DJ 09/09/2005), o que possivelmente será estendido às chamadas “centrais sindicais”.

Por último vale destacar a restrição mais acentuada: a concepção do requisito da “relação de pertinência temática”, que consistiria na necessidade de o tema tratado na ação direta de inconstitucionalidade dizer respeito, diretamente, aos interesses ou à peculiar visão de mundo do autor da ação.

Esse requisito não existe no texto constitucional, mas é atualmente imposto, por jurisprudência, às ações diretas propostas por confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional (ADI-MC nº 893, DJ 03/09/1993), às ações propostas por Governador (ADI-MC nº 902, DJ 22/04/1994) e até mesmo às ações propostas por Mesa de Poder Legislativo Estadual (ADI nº 2.242, DJ 19/12/2001), apesar da concepção inarredável de que o Parlamento é a instituição mais representativa da população nacional ou estadual, um receptáculo natural de demandas de oriundas de diferentes matizes.

GILMAR FERREIRA MENDES (2005, pp. 170/171) critica:

“Mais problemática ainda se afigura a exigência de que haja uma ‘relação de pertinência’ entre o objeto da ação e a atividade de representação da entidade de classe e da confederação sindical.

Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se

tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A ‘relação de pertinência’ assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir –, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas.”

Por sua vez, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD aduzem em termos gerais que “é tempo de afirmar a necessidade de atendimento de uma função social a ser desempenhada pela empresa (pessoa jurídica), seja ela qual for” (2006, p. 231).

A existência, demonstrada neste trabalho, das linhas-mestras de motivação que dirigem a atuação dos legitimados constitucionais, torna a exigência da *relação de pertinência* ainda mais questionável.

Isso porque, como se verá na conclusão, um contundente percentual da impugnação constitucional total é vinculado às linhas-mestras motivadoras. Assim a atuação não-vinculada – que constituiria para o Executivo e Legislativo o desempenho amplo e adequado de suas atribuições institucionais, e para as confederações sindicais e entidades de classe um salutar dispêndio de tempo e dinheiro em prol da sociedade – acaba sendo obstada ou antecipadamente desestimulada pelo requisito da *relação de pertinência*.

Sobre a possível objeção de risco de sobrecarga de processos, decorrente do fim da exigência de *relação de pertinência*, MENDES (2001, p. 108) demonstra que tem ocorrido exatamente o oposto: a excessiva discussão sobre legitimidade ativa, malgrado desestimular o aumento do número de *processos*, tem provocado sobrecarga de *trabalho* do STF. Confira-se:

“Se considerarmos que somente as confederações sindicais e entidades de classe propuseram, até 11 de junho de 1999, 555 ações diretas de incons-

titucionalidade e que o julgamento dessas ações resultou no reconhecimento da ilegitimidade de noventa e duas confederações sindicais ou entidades de classe, as mais das vezes após intensa discussão sobre a sua caracterização como entidade de classe, teremos de constatar que, em vez de contribuir para maior efetividade do controle abstrato, o exercício do direito de propositura da ação direta por esses entes tem servido para tumultuar ainda mais a já problemática situação do Supremo Tribunal Federal no que concerne à sobrecarga de trabalhos estatísticos.

Esse fator certamente tem contribuído para que se desenvolva o esforço constatado no sentido de se estabelecer uma conceituação dessas entidades, que, se não impossibilita a propositura da ação, pelo menos a torna assaz difícil. Certamente, tal prática pode levar à desnaturação do próprio processo de controle abstrato, no que concerne a essas entidades, como ressalta a necessidade de demonstrar a configuração de uma ‘relação de pertinência’ entre a atividade da organização e o objeto da ação proposta.”

Um contra-argumento poderia ser colocado no sentido de que o demorado debate, procedido caso-a-caso pelo Supremo Tribunal Federal sobre a presença ou não de *relação de pertinência*, ocorreria apenas num primeiro momento – na primeira ação direta de determinada entidade – colhendo-se depois o fruto com o óbice a futuras tentativas. Entretanto, como bem observa o doutrinador supracitado:

“O esforço que o Tribunal desenvolve para restringir o direito de propositura dessas entidades não o isenta de dificuldades, levando-o, às vezes, a reconhecer a legitimidade de determinada organização, para negá-la num segundo momento. Foi o que ocorreu com a Federação Nacional

das Associações dos Servidores da Justiça do Trabalho, que teve a sua legitimidade reconhecida na ADin 37-3, relativa à Medida Provisória n. 44, de 30 de março de 1989, colhendo inclusive a liminar requerida, e, posteriormente, veio a ter a sua legitimidade infirmada nas ADIns 433-DF, 526-DF e 530-DF.” (2005, p. 106)

Ademais vislumbram-se outras formas de se manter o bom funcionamento da Corte, como por exemplo a adoção concreta da súmula vinculante e da exigência de repercussão geral em recurso extraordinário, trazidos no âmbito da reforma judiciária de 2004 e regulamentados pelas Leis nºs 11.417/2006 e 11.418/2006.

Outras situações restritivas impostas por jurisprudência e situadas aparentemente fora do contexto constitucional podem ser mencionadas, como a impossibilidade de diretório regional de partido político impugnar lei, mesmo sendo local (ADI-MC nº 610, DJ 07/02/2002) e a necessidade de que a entidade de classe possua membros em pelo menos 09 (nove) Estados (ADI nº 386, DJ 28/06/1991).

## 10. Um diálogo com Peter Häberle

Em sua obra “Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição”, HÄBERLE debate a necessidade de ampliação formal do rol de legitimados à interpretação constitucional, além da ampliação material da participação de outros entes sociais na produção dos resultados dessa interpretação. Afirma o doutrinador (1997, p 12):

“A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitui-

onal dos juizes e nos procedimentos formalizados.”

E adverte (1997, p. 13): “Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”

Numa justificativa de sua tese, acrescenta (1997, p. 14):

“Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.”<sup>11</sup>

É possível estabelecer um paralelo dialógico entre a visão de HÄBERLE e o presente trabalho.

O renomado autor trata da questão da legitimação para a *interpretação constitucional*, e, apesar de prevê-la também na fase pré-processual, centra sua argumentação no desenrolar da análise da constitucionalidade pelos juizes, a presumir um procedimento já instaurado.

No presente trabalho a questão tratada é a da legitimação para a *impugnação constitucional*, ou seja, a legitimação para a propositura que dará início à análise da constitucionalidade.

A possibilidade de compatibilização dos dois aspectos, porém, é evidente. Repensar a legitimação para propositura de ações diretas passa necessariamente pela ampliação prática dos intérpretes da Constituição no momento pré-processual. A *chance* de novos ou antigos entes proporem e verem conhecidas pelo STF ações diretas de inconstitucionalidade, mesmo em assuntos alheios à sua temática habitual, já implicaria a abertura de novos canais de debate e interpretação na sociedade.

Os novos pontos de convergência de demandas contra leis viciadas seriam coletores naturais onde teriam voz os semi-excluídos do processo constitucional – quais se-

jam, aqueles afetados pelas normas que não se enquadram nas linhas-mestras motivadoras da impugnação constitucional por parte das atuais categorias de legitimados. Por isso que, como ocorre com a percepção de HÄBERLE, aqui também há fundamento democrático justificador, além do elemento da integração social.

Prossegue HÄBERLE (1997, p. 30/31 e 33):

“A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. [...]

Qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis. Todavia, essa práxis não é, essencialmente, conformada pelos intérpretes oficiais da Constituição.

Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.”

Transpondo para a questão da legitimidade para impugnação constitucional, observa-se que também o sistema normativo infraconstitucional “estrutura o Estado [...] e a esfera pública” (leis sobre organização e competência de entes públicos, leis sobre servidores públicos, leis processuais), e dispõe “sobre a organização da própria sociedade” (leis de trânsito, lei de locações, leis consumeiristas) e “sobre setores da vida privada” (código civil, lei do divórcio, leis sobre crianças e adolescentes).

Destarte as forças sociais e privadas afetadas de alguma maneira por tais leis – ainda que essa aflição decorra puramente da violação ao “sentimento constitucional” – não poderiam ficar à margem do processo de impugnação constitucional. Deveriam,

isso sim, ser integradas *ativamente enquanto sujeitos*, ou seja, admitidas a proporção direta de inconstitucionalidade para impugnar normas que entendam inconstitucionais.

HÄBERLE adverte sobre os riscos de não se proceder a essa integração, numa visão que se apresenta perfeitamente aplicável à questão da integração de novos legitimados para a propositura de ações diretas:

“Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo. De resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes ‘não corporativos’ (‘nicht-zünftige’ Interpreten). [...]”

A sociedade é livre e aberta na medida em que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato.” (1997, pp. 34 e 40)

E ao tratar das conseqüências de suas ponderações para a hermenêutica constitucional jurídica, o doutrinador aponta quais seriam no seu entender, as causas da existência das “normas-órfãs”<sup>12</sup> – ou seja,

aquelas normas que não chegam ao crivo da Corte Constitucional:

“3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados.” (1997, p. 42)

No presente trabalho, como se vê, é acrescentada mais uma causa às elencadas por HÄBERLE: a constatação, estatisticamente demonstrada, de que os legitimados pela Constituição vêm manejando a ação direta de inconstitucionalidade com certa vinculação a alguns propósitos específicos. Sua atuação segue e vincula-se, num elevadíssimo percentual de ações apresentadas, a uma linha-mestra de motivação, que funciona, na prática, como mais um limite invisível ao controle concentrado de constitucionalidade.

## 11. Conclusões

11.1) No período de 06/10/1988 a 30/06/2006 foram apresentadas 3.756 (três mil, setecentas e cinquenta e seis) ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

11.2) O quadro geral de requerentes está assim distribuído:

REQUERENTE	NÚMERO DE AÇÕES APRESENTADAS	PERCENTUAL EM RELAÇÃO AO TOTAL
1) CHEFES DE PODER EXECUTIVO	1.063	28,30%
2) MESAS DE PODER LEGISLATIVO	58	1,54%
3) PARTIDOS POLÍTICOS	877	23,35%
4) CONFEDERAÇÃO SINDICAL E ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL	983	26,17%
5) CONSELHO FEDERAL DA OAB	169	4,50%
6) PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA	582	15,50%
PARTES MANIFESTAMENTE ILEGÍTIMAS (pessoas físicas, empresas, câmaras de vereadores, etc.)	24	0,64%
TOTAL	3.756	100%

11.3) A atuação dos quatro primeiros requerentes – Chefes de Poder Executivo, Mesas de Poder Legislativo, partidos políticos e confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional – esteve, em apro-

ximadamente 90,38% (noventa vírgula trinta e oito por cento) dos casos<sup>13</sup>, vinculada a uma específica motivação para agir, guiada por 04 (quatro) linhas-mestras identificadas na pesquisa, a saber:

LEGITIMADO	LINHA-MESTRA DA MOTIVAÇÃO PARA AGIR
CHEFES DE PODER EXECUTIVO	<i>Liberdade de gestão</i>
MESAS DE PODER LEGISLATIVO	<i>Auto-afirmação institucional</i>
PARTIDOS POLÍTICOS	<i>Interesses eleitorais</i>
CONFEDERAÇÃO SINDICAL E ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL	<i>Interesses corporativos</i>

Os temas abordados que escaparam às supracitadas linhas-mestras de motivação para agir somam apenas 9,62% (nove vírgula sessenta e dois por cento) das ações diretas propostas pelas referidas espécies de legitimados.

11.4) Os únicos legitimados constitucionais que não atrelam o seu agir impugnativo a alguma motivação específica são o Conselho Federal da OAB e o Procurador-Geral da República. Porém, apesar de sua estrutura para estudar e impulsionar a impugnação constitucional, ambos responderam juntos por apenas um quinto das ações diretas já apresentadas ao STF, o que demonstra que há muito a fazer para aumentar o número de demandas por inconstitucionalidade que chegam à apreciação daqueles legitimados.

11.5) Conclui-se assim pela existência de um grande número de leis e atos normativos federais e estaduais que se encontram praticamente numa espécie de *orfandade jurídica*, por não se enquadrarem em nenhuma das linhas-mestras identificadas e não se subsumirem no contexto da motivação para agir de nenhuma das quatro primeiras espécies de legitimados, salvando-se apenas quando obtêm o acolhimento de dois dos legitimados exclusivos do art. 103 da Constituição. E por isso ficam à margem do sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

11.6) A motivação para agir dos legitimados, portanto, funciona na prática como um limite invisível ao controle concentrado de constitucionalidade, reduzindo na prática sua área de abrangência que, em tese, deveria se projetar sobre todo o sistema infraconstitucional pátrio.

### Notas

<sup>1</sup> A pesquisa foi feita na base de dados sobre ações diretas contendo número, nome das partes e

dispositivo normativo questionado, mantida pelo Supremo Tribunal Federal, cuja cópia foi gentilmente cedida.

<sup>2</sup> Ou seja, as normas que não se enquadrem numa linha-mestra de motivação para agir.

<sup>3</sup> Sobre ADI como processo objetivo: cf. BERNARDES, 2004, pp. 280/306.

<sup>4</sup> ADI nº 3.626, protocolizada em 09/12/2005.

<sup>5</sup> Para PAULO LUIZ NETTO LÔBO, “*O Estatuto estabelece que a OAB é serviço público.*”, além de mencionar que parte da doutrina qualifica a entidade como uma espécie de “*autarquia especial*”. (1999, pp. 176/177).

<sup>6</sup> Cf. Provimento do Conselho Federal nº 76, de 14/12/1992, DJ 11/01/1993, seção 1, p. 66.

<sup>7</sup> Cf. Resolução do Conselho Federal nº 06, de 12/12/2000, DJ 19/12/2000, seção 1, p. 806.

<sup>8</sup> Cf. art. 114, inc. I, alínea ‘I’, da Constituição de 1967, disponível em <https://www.planalto.gov.br>, acesso em 20/06/2006.

<sup>9</sup> Cf. art. 15, §3º, alínea ‘d’ da Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 01/1969, disponível em <https://www.planalto.gov.br>, acesso em 20/06/2006.

<sup>10</sup> A saber: Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, cf. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, art. 24.

<sup>11</sup> As “*potências públicas*” mencionadas pelo autor no texto são “*os cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública*”.

<sup>12</sup> A expressão “*normas-órfãs*” não foi utilizada por HÄBERLE, tendo sido cunhada na introdução deste trabalho.

<sup>13</sup> Média aritmética obtida a partir dos percentuais dos quatro primeiros legitimados.

### Referências

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHACON, Vamireh. *História Institucional do Senado no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1997.

DEIRÓ, Pedro Eunápio da Silva. *Fragmentos de Estudo da História da Assembléia Constituinte do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2000.

- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- HABÈRLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1986.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. A ‘Dicotomia’ Direito Público–Direito Privado. In: *Estudos de Direito Público: Direitos Fundamentais e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Síntese, 2003. pp. 17-43.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional – O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001 e 2005.
- MEZZAROBÀ, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Vol. I
- RABELLO FILHO, Benjamin Alves. *Partidos Políticos no Brasil: Doutrina e Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1999. Vol. 1.



# Controvérsias jurídico-constitucionais na criação de comissões parlamentares de inquérito

Marcos Evandro Cardoso Santi

## Sumário

1. Introdução. 2. Requisitos constitucionais e regimentais para a criação de comissão parlamentar de inquérito. 3. Histórico das controvérsias: 3.1. A CPI do governo Sarney. 3.2. A CPMI PC/Collor. 3.3. O governo Fernando Henrique Cardoso. 3.4. O governo Luiz Inácio Lula da Silva. 4. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito das minorias. 5. Conclusão.

## 1. Introdução<sup>1</sup>

No período democrático iniciado em 1985, com o final do regime militar, percebe-se uma instigante coincidência de grande repercussão para a vida política nacional: todos os Presidentes da República, exceto Itamar Franco, enfrentaram no Senado Federal ou no Congresso Nacional a criação de comissões parlamentares de inquérito – CPIs destinadas a investigar denúncias de corrupção em áreas estratégicas do Poder Executivo, tais como os órgãos que integram a própria Presidência e ministérios com muitos recursos orçamentários.

A importância de CPIs dessa natureza cresceu significativamente após 1992, ano em que a chamada CPI do esquema PC/Collor resultou no afastamento do Presidente da República e na sua posterior condenação pelo Senado Federal. Até então, era bem maior do que hoje o ceticismo quanto à eficácia dos inquéritos parlamentares, especialmente em razão do esvaziamento do Le-

Marcos Evandro Cardoso Santi é Consultor Legislativo na área de Direito Constitucional e Secretário-Geral da Mesa Adjunta do Senado Federal.

Artigo produzido com base no trabalho de conclusão do Curso de Especialização em Análise/Controle de Constitucionalidade, promovido pela UNILEGIS, em parceria com a UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Menelich de Carvalho Netto.

gislativo, como um todo, durante duas décadas de ditadura. A propósito, JOSÉ AFONSO DA SILVA (1989), analisou a questão:

“Um dos problemas mais sérios das comissões parlamentares de inquérito consistiu sempre na ineficácia jurídica de suas conclusões, normalmente dependentes de apreciação do Plenário da respectiva Casa ou do Congresso Nacional, que, não raro, as enterrava nos escaninhos das injunções políticas.”<sup>2</sup>

Outra CPI histórica, a do Orçamento, cujos trabalhos foram realizados no segundo semestre de 1993 e início de 1994, ajudou a consolidar a legislatura 1991/94 como um inédito momento de valorização das investigações parlamentares.

Desde então, a sensação de descrédito cedeu lugar a um generalizado temor por parte de eventuais investigados, especialmente dos governantes. Sob o argumento de que atrapalhariam o “normal” funcionamento da Administração Pública, os governos posteriores – de Fernando Henrique Cardoso (FHC) e o primeiro mandato de Luiz Inácio Lula da Silva – utilizaram-se de táticas semelhantes com o propósito de evitar a criação de CPIs.

O principal articulador político do governo Lula até o primeiro semestre de 2005, José Dirceu, resumiu bem esse sentimento de temor, quando recordou e utilizou argumentos do Presidente FHC. Ao relatar uma reunião que mantivera com o Deputado Roberto Jefferson, com o propósito de convencê-lo a retirar a assinatura do requerimento da CPMI dos Correios, assim se pronunciou JOSÉ DIRCEU (2005):

“... Dialoguei com o Deputado Roberto Jefferson nesse momento, disse a ele que CPI sempre tem um caráter político e tentam (*sic*) se voltar contra os governos. Aliás, me reporto ao ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, quando dava entrevista na época em que a Oposição propunha

CPI, dizendo: ‘Não permito, não vai ter CPI para desestabilizar meu Governo. É para fazer meu *impeachment*.’ É só pegar as revistas da época. ...”<sup>3</sup>

No âmbito interno do Poder Legislativo, a valorização das CPIs, de um lado, e o temor, de outro, exacerbaram duas posturas no jogo político-parlamentar: para a oposição e as minorias, CPI passou a ser sinônimo de oportunidade de enfraquecimento dos governistas e de ampliação das possibilidades de pregação política; para os governistas, CPI transformou-se em sinônimo de ameaça a ser evitada ou superada.

Nesse contexto, constata-se que os argumentos de natureza jurídico-constitucional muitas vezes foram trazidos para o centro dos debates do Legislativo, na tentativa de viabilizar ou não a criação de CPIs. Ou seja, as questões constitucionais, em muitos episódios, foram decisivas para que CPIs fossem criadas ou extintas.

Rememorar esses episódios e discussões históricas, mesmo que de forma bastante sintética, e analisá-las sob a perspectiva da construção de uma democracia em nosso País é o objeto principal deste estudo.

Convém esclarecer, ainda, que não serão estudadas aquelas tentativas frustradas, por falta de número mínimo de signatários, de criação de CPIs, mas somente as que foram efetivamente criadas mediante o preenchimento dos requisitos previstos na Constituição.

## *2. Requisitos constitucionais e regimentais para a criação de comissão parlamentar de inquérito*

Para a melhor compreensão dos episódios em que controvérsias jurídico-constitucionais foram decisivas na criação de CPIs, é importante explicitar as regras básicas que disciplinam a criação dessas comissões.

Nos termos do § 3º art. 58 da Constituição, a criação de uma comissão parlamentar de inquérito está condicionada ao pre-

enchimento de três requisitos: *a*) requerimento subscrito por, no mínimo, um terço dos membros da Casa Legislativa ou, no caso do Congresso Nacional, de ambas as Casas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal; *b*) descrição de fato determinado a ser apurado; e *c*) fixação de prazo certo (embora prorrogável, nos termos regimentais) de funcionamento do inquérito parlamentar.

A disciplina constitucional, desde 1934 – com exceção da Carta de 1937 –, sempre previu como *quorum* mínimo de subscritores de uma comissão parlamentar de inquérito a terça parte da composição da Casa ou das Casas Legislativas.

Tendo em vista o *quorum* inferior ao de maioria absoluta, a doutrina pátria tem tratado sem controvérsias a criação de comissões parlamentares de inquérito como direito da minoria parlamentar. Esse enfoque não é exclusivo do direito nacional nem nele teve origem, na lição de PAULO BROSSARD (2004):

“Se bem me lembro, foi a Constituição alemã de 1919, elaborada logo depois da I Grande Guerra, que tanta coisa mudou na Europa e no mundo, a primeira a cuidar da CPI como direito de minoria. Desde muito se reconhecia a legitimidade da criação de CPI, como auxiliar inerente às atribuições parlamentares. Foi a Constituição de Weimar, porém, que assegurou à minoria a prerrogativa de criá-las.

Querendo ou não a maioria, basta um terço de cada casa para que CPI seja criada na forma da lei. É um caso de deliberação minoritária. Pode desagradar à maioria, não obstante, a decisão cabe à minoria, independentemente de votação. ...”<sup>4</sup>

Por outro lado, a Constituição protege também o Legislativo, ao não atribuir o poder de criação de CPIs a minorias inexpressivas. Afinal, o *quorum* de um terço é uma garantia de que as minorias que o subscrevem possuem legitimidade e representativi-

dade para propor um inquérito e exercer papel ativo nas decisões.

A descrição do fato determinado, por sua vez, certamente é o requisito que tem sido objeto de maiores polêmicas no Congresso Nacional, por se tratar de um conceito aberto e, por conseguinte, mais propício às subjetividades de interpretação, o que o tem levado constantemente a ser submetido à atualização jurisprudencial e doutrinária. Além disso, essa abertura conceitual, o torna mais facilmente manipulável quando assim convém para a concretização de interesses políticos circunstanciais.

Já a fixação de prazo certo tem por finalidade impedir que a CPI – um instrumento excepcional e, por isso mesmo, dotado de poderes especiais – se converta em um mecanismo de arbítrio e abuso do Legislativo, o que ocorreria se tivesse ela a possibilidade de funcionar por período indeterminado, perdendo, dessa maneira, obviamente, o seu caráter excepcional.

A regulação das regras constitucionais referentes às CPIs, por meio dos regimentos das Casas Legislativas, tem sido objeto de divergências de interpretação jurídica. Em breve síntese, deve-se assinalar que, embora se trate de um diploma infraconstitucional, um regimento contém regras de natureza materialmente constitucional – tais como as que tratam da organização política da Casa Legislativa, das discussões e votações das futuras leis ou mesmo da atuação das CPIs.

Mas os regimentos também contêm regras de natureza meramente operacional, administrativa, como as que disciplinam a documentação a ser inserida nos processos das proposições, o assessoramento às atividades legislativas ou a previsão de recursos financeiros.

Um dos pontos de controvérsia jurídica é se o descumprimento de requisitos regimentais de natureza meramente administrativa ou operacional pode invalidar a criação de uma CPI. Evidentemente, tal controvérsia adquire uma conotação constitu-

cional, pois a criação de CPI é, em si mesma, tema de *status* constitucional: a questão a ser resolvida é se um requerimento de formação de CPI pode ser anulado com base em um dispositivo regimental sobre matéria administrativa ou se o descumprimento mencionado constituiria mera irregularidade, portanto passível de ser sanada por aditamento ao texto do requerimento.

### 3. Histórico das controvérsias

#### 3.1. A CPI do governo Sarney

Antes dos casos de polêmicas jurídicas nos governos Lula e FHC, portanto antes do período de valorização experimentado pelas CPIs, mas já no período democrático atual, encontram-se precedentes importantes de controvérsias quanto à constitucionalidade de requerimentos de criação de CPIs.

O primeiro desses casos ocorreu no mandato do Presidente José Sarney. Em janeiro de 1988, em pleno desenrolar da Assembléia Constituinte de 1987/8, foi criada uma CPI “destinada a investigar, em profundidade, as denúncias de irregularidades, inclusive corrupção na Administração Pública, ultimamente tornadas tão notórias pelos meios de comunicação”<sup>5</sup>.

Alguns meses depois, no dia 5 de abril daquele ano, baseando-se em parecer do então Consultor-Geral da República, Saulo Ramos, o líder do Governo no Senado, Senador Rachid Saldanha Derzi, foi à tribuna<sup>6</sup> questionar a “inconsistência dos termos” da resolução de criação da CPI, em virtude da indeterminação dos fatos a investigar. Para justificar sua argumentação, utilizou-se de trechos de pronunciamento efetuado pelo Presidente da CPI, Senador JOSÉ IGNÁCIO (1988), às vésperas da instalação do colegiado:

“De maneira que me pareceu vago demais o que consta da Resolução nº 22. Nós deveremos, evidentemente, para não permitir que a Comissão proceda inconstitucionalmente, encontrar, amanhã, quando da sua instala-

ção, uma fórmula para que cumpramos o texto constitucional, trabalhando sobre um fato determinado, ou seja, balizando, claramente, os limites de ação desta Comissão.”<sup>7</sup>

Na contradição, o Senador José Ignácio afirmou que a CPI, em sua primeira reunião, havia debatido e delimitado o fato: “a investigação da intermediação de verbas na Administração Pública Federal”<sup>8</sup>. Estaria, assim, segundo ele, superado o vício da Resolução que criara a CPI e que fora por ele apontado antes da instalação dos trabalhos da comissão.

O questionamento quanto à “indeterminação do fato a ser investigado” suscitado pelo Senador Saldanha Derzi e o parecer elaborado por Saulo Ramos, apesar de não terem evitado a continuidade dos trabalhos da CPI do governo Sarney – devido à intempestividade do pedido, o Presidente da Casa, Senador Humberto Lucena, indeferiu o pedido –, fizeram história, passando a ser lembrados e repetidos em episódios posteriores.

#### 3.2. A CPMI PC/Collor

A CPMI PC/Collor, criada no dia 27 de maio de 1992, foi imediatamente instalada em virtude das fortes repercussões na sociedade e no Parlamento causadas pela entrevista de Pedro Collor de Mello à revista “Veja”. Não havia como deixar de investigar denúncias tão graves e de procedência insuspeita, afinal, a fonte era o próprio irmão do Presidente.

O impacto das denúncias e a rápida instalação da CPMI PC/Collor explicam por que não houve questionamento formal do requerimento de criação do inquérito parlamentar, que tinha um objeto de investigação bastante amplo: o conjunto das denúncias descritas por Pedro Collor em uma longa entrevista à revista “Veja”. Todavia, nos bastidores do Congresso, à época da criação da CPMI, essa discussão sobre o requerimento não deixou de ser realizada. Isso foi recordado por MAURÍCIO CORRÊA, em

1996, quando Ministro do Supremo Tribunal Federal e relator do MS nº 22.494-1/DF:

“Por um lado, é verdade que em muitas ocasiões não se respeitou essa exigência [descrição do fato determinado] no Senado Federal. Recordo que, por exemplo, quando foi constituída a Comissão Parlamentar de Inquérito por fatos denunciados pelo Sr. Pedro Collor de Mello, também não se deu cumprimento ao fato determinado, na sua inteireza. Envolveu o episódio, naquela ocasião, uma abrangência de fatos, não um só, mas se entendeu que era fato determinado, exatamente porque houve vontade política, hegemônica, majoritária, que determinou que se formasse aquela CPI.”<sup>9</sup>

### 3.3. O governo Fernando Henrique Cardoso

Os dois mandatos presidenciais de Fernando Henrique foram marcados por uma indisfarçável política de evitar CPIs: logo no início, foi inviabilizada a instalação da CPI dos Corruptores, criada em março de 1995; num segundo caso, em 1996, foi extinta uma CPI já criada e instalada no Senado, a dos Bancos (ou do Sistema Financeiro Nacional) – destinada a apurar denúncias de favorecimento, pelo Banco Central, a instituições financeiras, como os Bancos Nacional (o filho do Presidente Fernando Henrique Cardoso fora casado com uma integrante da família que detinha o controle acionário da instituição) e Econômico.

Depois da CPI dos Bancos, os governistas tornaram-se mais atentos e passaram a atuar diretamente na fase de coletas de assinaturas e, com isso, conseguiram impedir algumas tentativas da oposição de criar CPIs sobre denúncias de corrupção ou de favorecimento a grupos privados, tais como as propostas de CPI das privatizações de empresas estatais e da compra de votos para a aprovação da emenda constitucional da reeleição (EC nº 16, de 1997).

No final do segundo mandato de Fernando Henrique, uma onda de denúncias de cor-

rupção abalou alguns importantes órgãos estatais, como as Superintendências de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) e do Nordeste (Sudene) e o antigo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER). Apesar de a oposição não ter conseguido criar qualquer CPI para investigar tais denúncias, muitas delas foram comprovadas em inquéritos policiais, o que serviu também como argumento para a extinção da Sudam e da Sudene e a criação, em seus lugares, das Agências de Desenvolvimento da Amazônia (ADA) e do Nordeste (Adene). No final de 2006, o Congresso aprovou a recriação da Sudene e da Sudam.

De acordo com a metodologia deste estudo, os dois episódios a serem analisados são os das CPIs dos Corruptores e dos Bancos, ambas no Senado Federal.

Em março de 1995, por iniciativa do Senador Pedro Simon, a CPI dos Corruptores foi criada ainda sob o impacto das anteriores CPMIs PC/Collor e do Orçamento e se caracterizava como uma decorrência inevitável das investigações iniciadas em 1992. Seria a CPI para investigar o outro lado ainda não desvendado da corrupção, ou seja, quais as empresas e as pessoas que haviam provido os recursos para os esquemas de PC Farias e dos “anões do orçamento” e em troca de que vantagens junto à Administração Pública.

Porém, os dois principais partidos governistas, PSDB e PFL, adotaram uma tática de desconsiderar o direito das minorias: não indicaram integrantes para a comissão, confiantes de que seria mantida a interpretação vigente à época, de que não havia dispositivo regimental que permitisse ao Presidente do Senado (então, o Senador Sarney) suprir a omissão dos líderes.

Essa tática, entretanto, somente obteve sucesso graças à combinação com uma outra interpretação – sem fundamento jurídico, mas de conveniência política governista, diga-se de passagem: a de que a designação dos membros da comissão, pelo Presidente do Senado, somente seria pos-

sível se houvesse o completo preenchimento das vagas.

Como foram indicados pelas lideranças nove Senadores para quinze vagas, a tática do PSDB e PFL, mesmo em minoria, logrou sucesso, e a CPI não chegou a ser instalada. Por fim, num episódio discutível e contestado em 1996 pelo Senador Pedro Simon, a comissão acabou extinta ao final da sessão legislativa de 1995, sem que tivesse funcionado.

No episódio da CPI dos Bancos, criada em 6 de março de 1996, todavia, a manobra da não-indicação de membros não resultou em sucesso, como ocorrera na CPI dos Corruptores. Dois partidos da base aliada – o PMDB e PPB – acabaram por preencher as vagas que lhes cabiam, passando a CPI a ser integrada por sete membros em um total de treze vagas. Além disso, o PMDB atuou junto à Mesa e conseguiu modificar a interpretação que estabelecia a necessidade do completo preenchimento das vagas, passando-se, desde então, a ser exigida apenas a indicação para a maioria absoluta das vagas, ou seja, mais da metade delas.

E, então, foi produzido um inédito e inusitado episódio, em que uma Casa do Congresso arquivou uma CPI já criada e instalada, com presidente eleito e relator designado.

No dia 19 de março de 1996, já transcorridas duas semanas da criação da CPI, quando eram lidas em plenário as indicações do PMDB e do PPB, o Senador Hugo Napoleão, líder do PFL, pediu a impugnação da criação da CPI. A primeira alegação foi que o requisito do “fato determinado” não estava adequadamente preenchido. O líder utilizou-se de partes do parecer que Saulo Ramos elaborara em 1988 para contestar a criação da CPI do governo Sarney:

“Onde está o fato que ocorreu no tempo e no espaço? Foi provocado por quem? Quando? Como? É o que indago.

Há uma menção hipotética de crimes que podem ocorrer em qualquer

sistema financeiro, em qualquer parte do mundo. Apenas isso.

Somente fatos determinados concretos, individuados e precisos podem ser objeto de investigação. Isto porque ‘o poder de investigar não é genérico ou indefinido, mas eminentemente específico, ou há de ter um conteúdo concreto, suscetível de ser antecipadamente avaliado na sua extensão, compreensão e alcance pelas pessoas convocadas a colaborar com as comissões de inquérito ...’ A cláusula constitucional tem um ‘sentido próprio. Nada mais significa do que fatos precisos, definidos, concretos, específicos e inequívocos, de maneira a poderem constituir objeto de investigação e de provas’. (Saulo Ramos citando Francisco Campos.)”<sup>10</sup>

O Senador Napoleão alegou, ainda, a inobservância, no requerimento, da regra que determina a previsão do limite das despesas com os trabalhos da CPI, estabelecida no art. 145, § 1º, do Regimento do Senado.

Naquele momento, somente poderia caber alguma impugnação contra as indicações; contra a criação da CPI, ocorrida duas semanas antes, qualquer providência era intempestiva.

Embora isso fosse óbvio, o Presidente José Sarney, mesmo indeferido a questão de ordem, a conheceu, o que possibilitaria a vitória da estratégia governista. Afinal, por ter sido conhecida a questão de ordem, os opositoristas puderam recorrer da decisão do Presidente para o Plenário. A seguir, houve prévia audiência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que elaborou o Parecer nº 131, de 1996, favorável ao recurso. Por fim, o Parecer foi ratificado pelo Plenário, por quarenta e oito votos contra vinte e quatro. Desse modo, a CPI dos Bancos foi extinta, e arquivado o requerimento que lhe deu origem.

Alguns dos autores do requerimento ajuizaram perante o Supremo Tribunal Federal



o Mandado de Segurança nº 22.494-1/DF, mas não foram bem sucedidos. Em uma decisão controversa, adotada por seis votos contra cinco, prevaleceu na Corte a tese do relator, Ministro Maurício Corrêa, que provocou uma preliminar para decidir se conhecia, ou não, do mandado de segurança: segundo ele, a impetração atacava um ato com dois fundamentos, um de natureza constitucional (fato determinado) e outro, regimental (limite de despesas)<sup>11</sup>.

Por considerar que o fundamento regimental constituía matéria *interna corporis*, o relator propôs o não-conhecimento da ação mandamental e a aplicação a Súmula nº 283 do STF, alegando a inutilidade da prestação jurisdicional no caso, uma vez que, mesmo se apreciada a matéria constitucional, o ato impugnado restaria ileso em razão da aplicação da doutrina dos atos *interna corporis* para o fundamento da ausência de limitação das despesas.

Esses dois episódios no início dos oito anos de governo de FHC podem ser caricaturados como a passagem de um “rolo compressor” da maioria por cima do direito de minorias de criarem CPIs – na verdade, para ser mais preciso, por cima do direito de instalar e fazer funcionar as comissões, pois juridicamente elas estavam criadas.

Depois desses casos, o governo FHC, em razão de sempre contar com expressiva maioria nas duas Casas do Congresso, conseguiu barrar outras tentativas de criar CPIs, conforme já mencionado.

Também para o “sossego” do governo FHC contribuiu o Supremo Tribunal Federal em outra importante decisão: em 2000, julgou a ADI nº 1.635-1/DF e considerou compatível com a Constituição o § 4º do art. 35 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que determina que, se estiverem funcionando cinco CPIs, as seguintes somente poderão ser criadas por deliberação do Plenário. Por isso, os requerimentos que haviam preenchido os requisitos constitucionais para criar novas comissões aguardavam indeterminadamente serem subme-

tidos ao Plenário, o que em geral não ocorreu na legislatura concluída em 2002.

#### 3.4. O governo Luiz Inácio Lula da Silva

Já o governo do Presidente Lula, de escassa maioria na Câmara dos Deputados e de maioria apenas eventual no Senado, teve nesta Casa, logo no início do seu segundo ano, sua primeira experiência com uma tentativa de investigação por parte do Legislativo: foi criada, em março de 2004, a CPI dos Bingos, em virtude das denúncias contra Waldomiro Diniz, Subchefe da Casa Civil para Assuntos Parlamentares, por corrupção e envolvimento com exploradores de casas de bingo, jogo do bicho e loterias instantâneas.

Se causou surpresa o governo do Partido dos Trabalhadores ter um integrante de posto estratégico envolvido com corrupção, talvez mais surpreendente tenha sido a discordância ostensiva do Partido em relação à proposta de criação de CPI para investigar as denúncias contra Waldomiro. Afinal, o PT marcara sua história parlamentar sempre ao lado da criação de CPIs e nelas teve atuações destacadas.

O envolvimento de alguém com corrupção, como foi o caso de Waldomiro, flagrado em vídeo negociando propina, até poderia ser justificado como um fato isolado. Mas a atitude do PT em evitar a criação da CPI foi uma ação coletiva, partidária. Em contrapartida, esperava-se, ao menos, por ações esclarecedoras mais convincentes, como por exemplo um depoimento de Waldomiro ou do próprio Ministro José Dirceu – a quem esse estava subordinado – no Congresso, que pretendia investigar as acusações.

Todavia, o que se viu foi a política de “blindagem” ao Chefe da Casa Civil e ao próprio Subchefe para Assuntos Parlamentares, que fez surgirem suspeitas de que algo mais grave poderia estar sendo acobertado. Possivelmente, as investigações das CPMIs dos Correios e do Mensalão e da CPI do Bingos, no Senado, realizadas a partir de 2005, tenham revelado fatos – especialmente irregularidades nas relações da Chefia da Casa

Civil com os congressistas, que foram intermediadas exatamente por Waldomiro Diniz no primeiro ano do governo Lula – que já no início de 2004 se temia que pudessem vir à tona.

Da mesma forma, causou surpresa o fato de o PT e seus aliados, não tendo conseguido impedir a criação da CPI dos Bingos, terem adotado manobras que impediram, por um ano, a instalação da comissão. Isso decorreu da aplicação, pelas lideranças situacionistas, da mesmíssima tática empregada oito anos antes pelo PFL e pelo PSDB nas CPIs dos Corruptores e dos Bancos, respectivamente em 1995 e 1996, de não indicar nomes, o que inviabilizou, até a decisão do STF em 2005, o *quorum* mínimo para a instalação da comissão.

A criação oficial da CPI dos Bingos no Senado ocorreu em 5 de março de 2004. Nos dias que se seguiram, as lideranças dos partidos da base de apoio ao governo tornaram público que não indicariam representantes na CPI.

No dia 9 de março, o Senador Arthur Virgílio, Líder do PSDB, formulou questão de ordem em que pediu a aplicação ao caso, por analogia, do art. 9º, § 1º, do Regimento Comum, que transfere ao Presidente da Mesa do Congresso a competência para indicar os membros de CPMI, se os líderes não o fizerem.

O Presidente José Sarney indeferiu o pedido, sob o argumento de que não havia omissão do Regimento; considerou que o dispositivo aplicável era o art. 66 do Regimento do Senado, que prevê apenas a competência dos líderes. Da decisão, foram interpostos recursos pelos Senadores Arthur Virgílio e Heloísa Helena, submetidos ao exame da CCJ.

A CCJ aprovou relatórios do Senador Leomar Quintanilha, um para cada recurso (Pareceres nºs 267 e 268, de 2004 – CCJ, respectivamente), ratificando a decisão e os argumentos da Mesa.

Em razão dessa decisão, signatários do requerimento de criação da CPI dos Bingos

impetraram mandados de segurança – o primeiro deles (MS nº 24.831-9/DF), que foi o julgado pelo STF, subscrito pelos Senadores Pedro Simon e Jefferson Péres –, todos com a tese de que uma CPI criada mediante o preenchimento dos requisitos constitucionais não poderia ser inviabilizada por uma suposta lacuna regimental, sobretudo quando o Regimento Comum e o Regimento da Câmara dos Deputados possuem regra – que poderia ser aplicada por analogia ao Senado – que determina que o Presidente da Casa deve suprir tal omissão.

Somente a decisão do STF, ao julgar o Mandado de Segurança nº 24.831-9/DF, em decisão concluída em 22 de junho de 2005, pôs fim à tática da não-indicação como meio de inviabilizar a instalação de CPIs. Mas antes da conclusão do julgamento do STF, já funcionava no Congresso a CPMI dos Correios.

A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI dos Correios foi criada em 25 de maio de 2005 para investigar denúncias de corrupção naquele órgão e que envolviam, em especial, pessoas supostamente ligadas ao Partido Trabalhista Brasileiro – PTB. O presidente dessa legenda, o Deputado Roberto Jefferson, considerou o envolvimento do PTB no caso como uma manobra do então Ministro José Dirceu e partiu para o contra-ataque: denunciou o que seria um esquema de propina – rotulado por ele de “mensalão” – comandado por Dirceu para obter e manter o apoio de Deputados Federais e partidos políticos que integravam a base de apoio ao governo Lula. Em consequência, a CPMI dos Correios concentrou o foco nas denúncias de Jefferson, mas, mesmo assim, foi criada uma outra CPMI, com o objetivo de investigar especificamente as denúncias de existência do chamado “mensalão”.

O requerimento propunha uma CPMI para “investigar as causas e consequências de denúncias de atos delituosos praticados por agentes públicos nos Correios – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos”<sup>12</sup>, em

virtude de reportagem da revista “Veja”. O requerimento mencionava, ainda, a possibilidade de investigação em possíveis esquemas semelhantes em outras empresas estatais, como Eletrobrás, Eletronorte, Infraero, Itaipu e Petrobras, uma vez que a reportagem da “Veja” também fazia menção a esquemas nelas.

O expediente usado para impedir a instalação da CPI dos Bingos não poderia ser adotado neste caso, pois, para as comissões mistas, o Regimento Comum prevê, no § 1º do art. 9º que o Presidente do Congresso deverá indicar os integrantes, se os líderes se omitirem.

Mas os partidários do governo Lula, mais uma vez, mantiveram a política de se opor a CPIs. Imediatamente após o despacho favorável do Presidente do Congresso, Senador Renan Calheiros, o Deputado João Leão, do PMDB, suscitou questão de ordem em que contestava:

“Ao pretender estender a apuração para outras empresas estatais [além dos Correios], empregando expressões genéricas como ‘atos e fatos delituosos envolvendo escalões superiores da Administração Pública em desvios’, o Requerimento não atende à referida exigência constitucional prevista no art. 58, § 3º, da Constituição da República.”<sup>13</sup>

O Senador Arthur Virgílio, ao contraditar, alegou que a questão de ordem era uma manobra procrastinatória e expressou que não havia como o Congresso justificar perante a sociedade a não-criação da CPMI, em razão de os fatos já serem do conhecimento público.

O Presidente Renan Calheiros indeferiu a questão de ordem, mas da decisão recorreu o Deputado João Leão. O recurso foi despatchado pelo Presidente para instrução na CCJ da Câmara, por ser a Casa do autor.

Do dia 26 de maio em diante, surgiram fortes indícios de que o propósito governista era realmente o de prover o recurso e evitar a criação da CPMI. A imprensa veiculou

notícias no sentido de que o relator, Deputado Inaldo Leitão, seria favorável ao provimento do recurso. Verdadeira ou falsa essa versão, poucos saberão esclarecer, mas incontestável é que a primeira parte do voto apresentado à CCJ da Câmara recordou o episódio e os argumentos da questão de ordem e do recurso que resultaram no arquivamento no Senado da CPI dos Bancos, em 1996, durante o governo FHC. Além disso, o relator teve o cuidado de transcrever parte do voto do Ministro Maurício Corrêa, relator do MS nº 22.494-1/DF (igualmente sobre o caso da CPI dos Bancos), que externou posição no sentido de que há o risco de abuso de poder quando uma CPI é criada para investigar “fatos abstratos ou situações de contornos indefinidos”<sup>14</sup>, argumentação essa numa linha que fazia supor o provimento do recurso.

Deixadas essas cogitações de lado, o fato principal foi que, antes da reunião da CCJ da Câmara que apreciaria o recurso, marcada para uma terça-feira, 7 de junho, um acontecimento na antevéspera enterrou qualquer pretensão de impedir a criação da CPMI dos Correios: a edição dominical do jornal “Folha de São Paulo” publicou a famosa entrevista em que Roberto Jefferson denunciou a existência de um suposto esquema de pagamento de propina (por ele rotulado de “mensalão”) a partidos e Deputados, em troca de apoio ao governo nas deliberações legislativas, esquema esse sustentado com recursos provenientes de corrupção.

A entrevista – que pouco tempo depois levou o Ministro-Chefe da Casa Civil, Deputado José Dirceu, a exonerar-se – provocou reações de indignação de tal ordem que qualquer atitude do governo no sentido de continuar tentando impedir a criação da CPMI dos Correios poderia detonar uma mobilização na sociedade, cujas consequências poderiam ser mais ameaçadoras do que a própria investigação parlamentar pretendida.

Desse modo, embora as mencionadas preliminares contidas no relatório do De-

putado Leitão pudessem fazer supor o acolhimento do recurso, optou ele, na conclusão do voto, apenas pelo provimento parcial do recurso, a fim de limitar o objeto da investigação ao contido na ementa e no parágrafo primeiro, excluindo-se as referências a quaisquer outros fatos mencionados no requerimento.

Em 8 de junho, o relator ainda modificou a conclusão do voto, substituindo o provimento parcial pelo improvimento do recurso, embora mantivesse a limitação de fato certo e determinado apenas à ementa e ao parágrafo primeiro do requerimento.

Superadas as tentativas governistas de evitar a criação dessa CPMI, o Poder Legislativo vivenciou um novo período de amplos trabalhos de investigação, somente comparáveis aos realizados pelas CPMIs do esquema PC/Collor e do Orçamento. Além da CPMI dos Correios, foi criada a do Mensalão. E o Supremo Tribunal Federal, em histórica decisão, provocou a instalação da CPI dos Bingos, no Senado.

Esse período foi bastante exemplar para a democracia, pois demonstrou que as CPIs não atrapalharam o normal funcionamento da Administração Pública e do País em geral e, ainda, o Presidente Lula, principal alvo dos opositores durante as investigações, conseguiu superar os episódios e obter a reeleição.

Mas nunca será demais recordar que essa realidade somente foi possível, após mais de dez anos de sucesso de manobras governistas no Congresso, em razão de fatos de grande repercussão junto à sociedade, como as denúncias de Roberto Jefferson, e a mudança de paradigma por parte do Supremo Tribunal Federal, que viabilizaram a criação de CPIs.

#### 4. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito das minorias

A tática utilizada pelas lideranças governistas em 2004 – assim como outras manobras jurídicas para transferir para a mai-

oria o poder decisório sobre a criação de CPIs, a exemplo do que ocorrera com a CPI dos Bancos em 1996 –, representou grave ameaça à criação de CPI, enquanto um direito de minoria. Isso porque, se fosse possível à maioria deixar de indicar integrantes, a instalação de uma CPI sempre dependeria da vontade dessa maioria.

Certamente a adoção dessa tática, assim como o sucesso das referidas manobras no Congresso, conforme já exemplificado e comentado, tiveram estímulo em decisões anteriores do STF, nas quais privilegiou a aplicação da doutrina dos atos *interna corporis*, em detrimento da própria Constituição Federal.

No caso da CPI dos Bingos, entretanto, criara-se um ambiente favorável a que o STF exercesse plenamente seu papel constitucional: em primeiro lugar, o governo Lula já nomeara quase a metade da composição do STF, o que, esperava-se, traria uma mudança de mentalidade; em segundo lugar, os Ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, que, em julgamentos anteriores, haviam sido favoráveis à criação de CPIs, quando preenchidos os requisitos constitucionais, continuavam no colegiado; por fim, em 22 de junho de 2005, data da conclusão do julgamento, já funcionava a CPMI dos Correios; portanto, não seria a decisão da Corte que colocaria o governo sob investigação parlamentar, apesar de, na primeira sessão do Pleno, em 4 de maio, a referida CPMI ainda não haver sido criada.

O Ministro-Relator, Celso de Mello, embora em 2004 tenha indeferido o pedido de liminar, por considerar que não estavam preenchidos os requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, no despacho manifestara-se favorável ao conhecimento do MS, pois ele “impõe graves reflexões a propósito do reconhecimento, em nosso sistema político-jurídico, da existência de um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares...”<sup>15</sup>.

Em 4 de maio de 2005, o Ministro Celso de Mello proferiu seu voto perante o Pleno.

Após rejeitar as preliminares, propôs, no exame de mérito, a apreciação da seguinte questão:

“Eis, portanto, Senhor Presidente, a delicada questão constitucional que se põe em análise na presente impeachment: pode a maioria, abstendo-se de indicar representantes de sua banca para compor determinada CPI, frustrar, com tal comportamento, o direito da minoria em ver instaurada uma investigação parlamentar?”<sup>16</sup>

Na resposta, o Ministro reconheceu a existência de um “verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares”, o “direito de oposição” e, entre os direitos constitucionais, o de a minoria – e de todo o Legislativo – investigar. Assim, as manobras do bloco majoritário não poderiam frustrar e nulificar o exercício da fiscalização legislativa constitucionalmente prevista, razão pela qual votou pela procedência do MS.

A seguir, o Ministro questionou se seria possível preencher a lacuna alegada, de que não haveria regra regimental que o autorizasse o Presidente do Senado a designar os membros da comissão. Na busca da resposta, recordou que as próprias regras regimentais do Senado permitem expressamente a aplicação analógica para suprir eventuais omissões. Nessa linha – e aí o relator teve que se atribuir a tarefa de estudioso e intérprete dos Regimentos do Senado e da Câmara e do Regimento Comum –, a solução inicial proposta por Celso de Mello foi a da aplicação ao caso do art. 28, § 1º, do Regimento da Câmara, embora também tivesse analisado a hipótese de aplicação do art. 9º, § 1º, do Regimento Comum.

Proferido o voto, imediatamente os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Ayres de Brito aderiram ao voto do relator. O Ministro Eros Grau pediu vista.

Em 22 de junho de 2005, ao ser retomado o julgamento, o STF, vencido apenas o Ministro Eros Grau, rejeitou as questões preliminares. No mérito, o voto do Ministro

Celso de Mello foi acompanhado por expressiva maioria, vencido apenas o Ministro Eros Grau. Esteve ausente da sessão a Ministra Ellen Gracie. A novidade dessa sessão, na apreciação do mérito, foi produzida pela acurada análise das normas regimentais. O Ministro Pertence identificou, no próprio Regimento do Senado, um dispositivo que, segundo ele, também poderia suprir a lacuna em questão. Em razão desses argumentos do Ministro Pertence, o STF determinou que, na hipótese de os líderes não indicarem representantes na CPI, ao Presidente do Senado caberia tal atribuição, com base na aplicação analógica do art. 28, § 1º, do Regimento da Câmara dos Deputados, combinado com o art. 85, *caput*, do próprio Regimento do Senado.

## 5. Conclusão

Os casos pesquisados e analisados permitem que se chegue a algumas conclusões sobre como o Direito, em geral, e o Processo Legislativo, em particular, muitas vezes são deixados de lado por conveniências de ordem política.

A análise de constitucionalidade realizada no Legislativo sobre as proposições legislativas – que tem por fundamento a necessidade elementar de os atos do poder público serem praticados em consonância com a Constituição – nem sempre se atém aos mesmos métodos técnico-jurídicos reconhecidos no universo do Direito, quanto à aplicação e interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Nos casos sob estudo percebe-se que as questões constitucionais suscitadas, bem como as respectivas decisões, sofreram forte interferência dos interesses políticos das diferentes correntes parlamentares. Assim, por exemplo, como regra, quem apresenta os requerimentos de criação de CPI são opositoristas; já os que contestam “juridicamente” a criação, por outro lado, são congressistas de partidos governistas. Nas decisões sobre as controvérsias, os votos dos



parlamentares, em geral, também seguem o alinhamento partidário pró e contra o governo.

Por isso, nos embates político-jurídicos a questão constitucional ou jurídica é suscitada, muitas vezes, mais como um argumento adicional, um recurso extremo, ou mesmo “mero pretexto” – expressão empregada pelo Ministro Marco Aurélio<sup>17</sup>, do STF – para tentar reverter “politicamente” o ato de criação de CPI.

O aspecto mais condenável desse desprezo ao Direito e às regras processuais se revela quando o alinhamento das forças majoritárias acaba por se transformar em posição oficial da própria instituição legislativa, maculando todo o Poder Legislativo.

Ao se criticar esses vícios parlamentares – de muitas vezes desconsiderar o Direito, em razão de interesses políticos – é necessário ir além e procurar as explicações e os porquês dessas práticas: nesse sentido, parece que essas decisões somente podem ser compreendidas como resultado direto da correlação de forças favorável a essa maioria. Mais do que os argumentos jurídicos, os interesses políticos e o número de votos das bancadas é que se constituem nos fatores preponderantes para explicar as decisões adotadas.

Além disso, é importante assinalar que a maioria somente se sente encorajada a fazer valer sua força numérica quando os mecanismos de controle institucionalizados – como o controle judicial – e os sociais não estão funcionando a contento.

Ou seja, os abusos verificados em decisões do Legislativo na criação das CPIs, ao menos neste tema, podem ser explicados pela ainda pequena vocação democrática de maiorias parlamentares eventuais – ou seja, independentemente de qual segmento político-ideológico esteve no poder: não é difícil constatar que, para a maioria, a investigação parlamentar, antes de ser assimilada como um direito democrático das minorias, tem sido interpretada como uma ameaça ao poder, o que tem gerado uma subversão dos

princípios constitucionais em favor de táticas e demandas “políticas” circunstanciais.

Outro aspecto fundamental para explicar essas práticas vinha sendo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, com base na doutrina dos atos *interna corporis*, na maior parte das vezes, deixou de exercer um efetivo controle judicial sobre os abusos verificados no Poder Legislativo, o que não só impediu a correção de atos irregulares submetidos ao julgamento do STF, como estimulou a produção de outros tantos.

Nesse sentido, os reflexos da jurisprudência do Supremo sobre a prática de abusos pelo Legislativo (e também pelo Executivo) foram comentados por MARCELO CATTONI (2006):

“No Brasil, essas posições assumidas pelo Supremo Tribunal Federal, competente para controlar a constitucionalidade da atuação (e da não-atuação) dos órgãos de cúpula do Estado, revelada por um entendimento jurisprudencial inadequado ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, têm levado, de uma perspectiva não somente normativa, mas também objetiva, ao surgimento de verdadeiras *ilhas corporativas de discricionariedade*, o que estará resultando numa quase total ausência de parâmetros normativos, abrindo espaço, dessa forma, para um exercício cada vez mais arbitrário do poder político. ...”<sup>18</sup>

Por isso, a fim de se evitar a perpetuação do desrespeito às regras de Processo Legislativo e aos direitos das minorias parlamentares, foi fundamental a mudança de paradigma efetuada pelo STF, no sentido de reconhecer a dimensão constitucional da criação de CPIs, mesmo quando for necessária a interpretação e a aplicação de normas inseridas apenas em regimento (MS nº 24.831-9/DF).

Esse julgamento insere-se em um contexto mais amplo de mudanças e de postura mais ativa por que vem passando o STF. Isso pode ser explicado por vitórias no Judiciário



rio de posições que cobravam do Supremo uma atuação menos defensiva e inspirada no passado (a chamada “jurisprudência retrospectiva”); pela ampliação da democracia no País, com a concretização da alternância no poder; e, seguramente, pelo “arejamento” na composição da Corte, verificando sobretudo no governo Lula, que já nomeou seis dos onze Ministros.

Mas, para que se reduzam as possibilidades de a maioria parlamentar cometer outros abusos contra o direito de as minorias criarem CPIs – assim como para garantir que a democracia continuará avançando em nosso País – não se pode contar com uma única instituição, mesmo que da importância de um Congresso ou de um Tribunal Supremo. Somente a efetiva atuação de todos os cidadãos, numa democracia que combine participação e representação, como está estabelecido em nossa Constituição, poderá assegurar o aperfeiçoamento de nossas instituições.

Com a participação social e o funcionamento adequado dos mecanismos de controle, os princípios e as regras processuais que norteiam as tomadas de decisão – em outros termos, as regras do jogo – dessas instituições serão respeitados, garantindo o que configura, segundo Habermas, a condição básica da democracia, ou seja, a possibilidade de enfrentamento institucional entre os opostos, em que os princípios processuais assegurem liberdade e igualdade de participação na argumentação e na deliberação.

Por fim, se, na visão habermasiana, o Legislativo é, em uma sociedade complexa, o coroamento de todo o processo de participação, mediatizado pela representação, em que a democracia está alicerçada na observância de princípios processuais legitimamente construídos para assegurar a convivência complexa e plural de cidadãos e grupos sociais bastante diferentes entre si, é imprescindível que a Constituição e as leis, também em suas normas processuais, sejam observadas nesse Poder e garantidas pelo Poder Judiciário.

## Notas

<sup>1</sup> A monografia “Criação de Comissões Parlamentares de Inquérito: tensão entre o direito constitucional de minorias e os interesses políticos da maioria”, em sua íntegra, foi publicada por Sérgio Antonio Fabris Editor ([www.fabriseditor.com.br](http://www.fabriseditor.com.br)), Porto Alegre, 2007.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Revista dos Tribunais, 1989 (pg. 445).

<sup>3</sup> Depoimento prestado pelo Deputado José Dirceu, em 2 de agosto de 2005, ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, na condição de testemunha, no processo movido pelo Partido Liberal contra o Deputado Roberto Jefferson.

<sup>4</sup> PINTO, Paulo Brossard de Souza, Zero Hora, 8/3/2004.

<sup>5</sup> Diário do Congresso Nacional, Seção II (DCN II), 20/1/1988, pgs. 116/7.

<sup>6</sup> Idem, 5/4/1988, pgs. 889 a 902.

<sup>7</sup> Idem, 5/4/1998, pgs. 889 a 901.

<sup>8</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>9</sup> MS nº 22.494-1/DF, pg. 426.

<sup>10</sup> DSF, 20/3/1996, pg. 4.409.

<sup>11</sup> MS nº 22.494-1/DF, fl. 394.

<sup>12</sup> DCN, 26/7/2005, pg. 526/577.

<sup>13</sup> DCN, 26/7/2006, pg. 663.

<sup>14</sup> Relatório e Voto do Deputado Inaldo Leitão, sobre o Recurso do Deputado João Leão, pg. 7.

<sup>15</sup> MS nº 24.831-9/DF. Decisão sobre o pedido de liminar.

<sup>16</sup> Idem, Voto sobre o mérito, pg. 6.

<sup>17</sup> MS nº 22.494-1/DF, fls. 431/2.

<sup>18</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido Processo Legislativo, Mandamentos Editora, Belo Horizonte, 2006 (pg. 51).

## Referências

ALVES, José Wanderley Bezerra. *Comissões Parlamentares de Inquérito: poderes e limites de atuação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das comissões parlamentares: comissões parlamentares de inquérito*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. *Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal*. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica – CAJ, ano I, vol. I, nº 1, versão *on line*, 26 pgs., abril de 2001.

- CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo: ANPOCS, vol. 12, nº 34, junho/1997.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo*, 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, 2ª ed., 2 volumes. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.
- PINTO, Paulo Brossard de Souza. “Artigo sobre CPIs”, *Zero Hora*. Porto Alegre: versão *on line*, 8/3/2004.
- SANTI, Marcos Evandro Cardoso Santi. *Criação de Comissões Parlamentares de Inquérito: tensão entre o direito constitucional de minorias e os interesses políticos da maioria*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 5ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1989.

# Controle de constitucionalidade e política judiciária

## Evolução histórica das súmulas no Supremo Tribunal Federal

Marcus Gil Barbosa Dias

### Sumário

1. Victor Nunes Leal e as súmulas. 2. As críticas. 3. A situação atual do Supremo Tribunal Federal. 4. Conclusão.

#### *1. Victor Nunes Leal e as súmulas*

Embora difundida em praticamente todos os tribunais brasileiros, a súmula da jurisprudência é pouco compreendida como método de trabalho jurídico. Diante de um número crescente de demandas iniciadas no Poder Judiciário é o aperfeiçoamento dos métodos de trabalho, mais que o aperfeiçoamento das leis processuais, a solução para alcançar uma justiça igualitária.

No Gabinete do Ministro Sepúlveda Pertence, auxiliando na análise de processos, principalmente nos inúmeros Agravos de Instrumento e Recursos Extraordinários – denominados processos de “massa” –, o autor percebeu o papel relevante das Súmulas como método de trabalho. A utilização deste mecanismo permite a simplificação dos procedimentos, sem perder em qualidade de fundamentação.

O presente trabalho não pretende discutir o conteúdo das Súmulas existentes. Apenas quando os exemplos forem indispensáveis e somente como ilustração, este conteúdo será apresentado. Da mesma forma, o controle de constitucionalidade na via direta será evitado. Embora complementares, o foco é no sistema difuso, pois ainda repre-

Marcus Gil Barbosa Dias é Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, é analista judiciário do Supremo Tribunal Federal, onde exerce a função de Oficial de Gabinete do Ministro Sepúlveda Pertence.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Rafael Favetti.

senta, pelo menos em números, a clientela mais significativa do STF.

Segundo dados da Secretaria de Informática, o Supremo Tribunal Federal julgou, da sua criação até o dia 29/09/05, 415.084 agravos de instrumento e 322.700 recursos extraordinários. Os números são impressionantes.

O tema ganha projeção com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, que alterou diversos dispositivos a respeito do judiciário brasileiro.

Em maio de 2003, o Governo Federal criou a Secretaria de Reforma do Poder Judiciário como forma de articular a sociedade na busca de um melhor funcionamento do Poder Judiciário. A EC 45 pode ser vista como o reflexo da articulação desta secretaria na parte responsável pelas sugestões de alterações à Constituição Federal.

A criação de uma Secretaria para a Reforma do Poder Judiciário enfrentou resistência por parte dos magistrados. O então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Maurício Corrêa, na solenidade de abertura do 62º encontro do Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil, fez duras críticas ao Poder Executivo.

A Súmula vinculante foi um dos pontos mais polêmicos da Reforma da Constituição. Desembargadores, juízes, advogados, em sua maioria, se posicionaram contra a adoção do efeito vinculante.

Em que pesem as críticas, o uso da Súmula vinculante pelo STF foi previsto de forma expressa na Constituição e, assim, assume papel principal no controle difuso.

Diante das inovações apresentadas, principalmente a possibilidade da adoção de efeitos vinculantes ao instituto das Súmulas, o Supremo se encontra em momento favorável para afastar a imagem de morosidade do Poder Judiciário, sem diminuir a qualidade de seus julgamentos.

O trabalho não perde de vista o caráter científico da matéria. Cada proposição será verificada na prática já arraigada no STF

em aplicar Súmulas. Mesmo a característica vinculante de decisões do STF já pode ser estudada ao se tangenciar efeitos do controle abstrato promovido no Tribunal.

No controle concentrado, a Constituição de 1988 admitiu explicitamente a adoção do efeito vinculante para a ADIn e ADC (desde a EC 3). Com a EC 45, o controle difuso pode alcançar o mesmo poder, equilibrando os sistemas que convivem no Brasil.

Estudar a vida e obra de Victor Nunes Leal impressiona pela atualidade dos ensinamentos deixados. A emenda regimental que introduziu a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal descreve, de forma precisa, o método de trabalho pretendido por Victor Nunes Leal. Aliás, percebe-se que há pouca referência histórica a este na doutrina brasileira, pelo menos quanto a sua importância para a viabilização do Supremo Tribunal Federal por meio de racionalização dos trabalhos do STF.

O livro mais relevante, no presente estudo, é “Problemas de Direito Público e Outros Problemas” de Victor Nunes Leal, v. 2. Assombra a simplicidade das respostas de Victor Nunes Leal às críticas sofridas pelo método da Súmula. Hoje, as súmulas pensadas por Victor estão difundidas no Supremo Tribunal Federal e em todos os Tribunais do Brasil.

Os críticos da Súmula vinculante defendem que o melhor sistema é o atualmente praticado, pois não obriga o magistrado a seguir a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Os defensores do efeito vinculante, por sua vez, aplaudem a EC 45, vista – na parte das súmulas vinculantes – como uma evolução natural do método tradicional. Como se vê, as Súmulas pensadas por Victor Nunes Leal são unanimidade entre os pensadores do direito.

Conhecer a vida de Victor Nunes Leal é essencial para entender o surgimento da Súmula. Sempre inovando em todos os ramos de suas atividades, Victor Nunes surpreende por sua simplicidade no agir, em

busca da eficiência. A súmula, em sua época, nasceu de anotações em um caderno durante as sessões do pleno. Este caderno encontra-se em exposição na Biblioteca “Victor Nunes Leal” no Supremo Tribunal Federal.

Nascido no dia 11 de novembro de 1914, na cidade de Carangola, Minas Gerais, Victor Nunes era filho de um fazendeiro português e uma professora, vivendo, assim, em um ambiente rico em valores éticos e culturais.

Quando jovem, sua família foi obrigada a mudar para o Município de Resplendor, MG. Victor, entretanto, preferiu seguir para o Rio de Janeiro, onde encontrou apoio em Pedro Batista Martins, advogado e amigo de seu pai. Colou grau em 1936 e auxiliou Pedro Batista Martins na redação do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1939, fato registrado em menção honrosa no livro *Comentários ao Código de Processo Civil*.

A chefia do Gabinete Civil do Presidente Juscelino Kubitschek, foi assim registrada em suas próprias palavras:

“A Casa Civil foi um turbilhão na minha vida, a começar pela falta de rotina do Presidente, que às seis horas, freqüentemente, já estava trabalhando e chamava seus auxiliares imediatos a qualquer momento do dia ou da noite. Dotado de memória invulgar, cobrava os encargos imprevisivelmente, com uma cordial censura para os nossos esquecimentos. Só perdia a calma excepcionalmente, sobretudo com os mais íntimos. De qualquer modo, era um fiscal incansável das nossas tarefas.”<sup>1</sup>

A passagem de Victor Nunes Leal pelo Supremo Tribunal Federal foi relevante. Além das Súmulas, que significaram a “democratização” da jurisprudência do Tribunal, bem como sua atuação no sentido de preservar a independência da corte, lhe custou o cargo de Ministro. Victor Nunes foi um dos Ministros aposentados compulsoriamente pelo regime militar em janeiro de 1969, pelo Ato Institucional n. 5.

### 1.1. A súmula do Supremo Tribunal Federal

Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal é o enunciado no qual o Tribunal inscreve o seu entendimento sobre as questões mais controversas na jurisprudência e sobre as quais o STF chegou a uma opinião firme, em face da sua composição contemporânea. É o pensamento dominante do Supremo em determinada época. Método de trabalho que visa simplificar os julgamentos no STF e divulgar a jurisprudência.

A súmula do Supremo Tribunal Federal foi instituída por Emenda ao Regimento do Supremo Tribunal Federal, publicada em 30/8/63. Entrou em vigor no início de 1964, com 370 enunciados, aprovados em 13 de dezembro de 1963.

Tal emenda acrescentava o Capítulo XX, no Título III, do Regimento, com a seguinte redação (DJ, 30/6/63):

“Art. 1º É criada, no Supremo Tribunal Federal, a Comissão de Jurisprudência, integrada por três Ministros, designados pelo Presidente.

Art. 2º Compete à Comissão de Jurisprudência:(...)

IV – Velar pela publicação e atualização da Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, a que se referem os artigos seguintes.

Art. 4º Será publicada, como anexo do Regimento, com as atualizações que se fizeram necessárias, a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, que poderá ser citada abreviadamente como Súmula do Supremo Tribunal Federal, ou simplesmente Súmula.

Art. 5º Serão inscritos na Súmula enunciados correspondentes:

I – As decisões do Tribunal, por maioria qualifica que tenham concluído pela constitucionalidade ou in-

constitucionalidade de lei ou ato do poder público (Reg., art. 87, §6º).

II – A jurisprudência que o Tribunal tenha por predominante e firme embora com votos vencidos.

Art. 6º A inscrição de enunciado na Súmula será decidida pelo Plenário, por proposta da Comissão de Jurisprudência, ou de qualquer dos Ministros, com o parecer da Comissão.

Parágrafo único. O enunciado será sucinto e mencionará as normas constitucionais, legais, regimentais ou de regulamento, a que se refira.

Art. 7º Qualquer dos Ministros por iniciativa própria ou atendendo a sugestão constante dos autos, poderá propor ao Tribunal a revisão de enunciado constante da Súmula quando surgir a oportunidade em processo ou incidente processual, observando-se, em matéria constitucional, o disposto no art. 87, §6º, do Regimento.

Art. 8º Sempre que o Plenário decidir em contrário ao que constar da Súmula:

I – Será concluído o respectivo enunciado até que de novo se firme a jurisprudência no mesmo ou em outro sentido.

II – Em matéria constitucional será substituído o enunciado pelo que resultar do voto da maioria qualificada (art. 87, §§ 1º e 2º). (...)

Art. 11º – Permanecerão vagos, para o caso de eventual restabelecimento, os números dos enunciados que forem cancelados, e estes, para efeito de confronto, serão publicados em apêndice, na edições sucessivas da Súmula.

Art. 12º A Súmula terá um índice de matérias, dividido em capítulos, correspondentes aos grandes ramos do direito, sem prejuízo de índices auxiliares a critério da Comissão de Jurisprudência.

Art. 14. A citação da Súmula será feita pelos números correspondentes

e dispensará perante o Supremo Tribunal Federal a citação complementar de outros julgados no mesmo sentido.”

Em notas ditadas ao jornalista Edísio Gomes de Matos, em 4/8/64, Victor Nunes apontava dois problemas graves nos trabalhos do Supremo Tribunal Federal. O primeiro era o desconhecimento de suas decisões, causado pela divulgação falha de seus julgamentos. O segundo era o acúmulo de serviço, principalmente de processos com questões jurídicas repetitivas. Na época, os Ministros julgavam cerca de 7.000 processos por ano.

Como integrante da comissão de jurisprudência, Victor Nunes atacou o primeiro problema aperfeiçoando as publicações oficiais dos julgamentos do Tribunal. Seu trabalho, além de facilitar a consulta por meio de índices, reduziu o tempo entre o julgamento e a publicação, que era de três anos, para um mês e meio.

Para solucionar o acúmulo de serviço, os estudiosos apontavam duas direções. Alguns defendiam a adoção de um sistema similar aos “assentos” expedidos pela Casa de Suplicação de Lisboa. Outros defendiam os prejulgados. A excessiva rigidez dos “assentos” e a ineficiência dos prejulgados levaram o Supremo Tribunal Federal a adotar medida intermediária denominada Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal.

A Súmula nasce para expressar a orientação dominante do Tribunal acerca de tema controvertido na jurisprudência e eliminar divergências anteriores. Cumpre com eficiência os dois objetivos almejados: divulgar a jurisprudência e acelerar os julgamentos.

Victor Nunes não vislumbrava, na súmula, qualquer ameaça à atividade criadora dos juízes de 1º grau, nem ao contraditório dos advogados. Pelo contrário, acreditava que eles seriam aliados no desenvolvimento do método de trabalho. Afirmava o seguinte:



“A Súmula também não é obrigatória para o próprio Supremo Tribunal: os advogados, quando surgir a oportunidade em algum processo, poderão pedir-lhe que reveja a orientação lançada na Súmula, mas também deles se espera que estudem mais aprofundadamente o assunto para que, em face de argumentação nova ou de novos aspectos do problema, ou de apresentação mais convincente dos argumentos anteriores, possa o Tribunal render-se à necessidade ou conveniência de alterar sua orientação.

Essa exigência do mais acurado estudo para se obter modificação da Súmula contribuirá para o aperfeiçoamento do trabalho profissional dos advogados, muitos dos quais anteriormente interpunham seu recurso com quem joga na loteria, na esperança de composição eventual do Tribunal que os favorecesse por ocasião do julgamento.”<sup>2</sup>

Acreditava que somente naqueles casos em que o advogado, por seu esforço profissional, tivesse a esperança de mudar o próprio entendimento do Tribunal, é que se animariam a pedir a revisão da Súmula, insistindo nos recursos.

A introdução da Súmula, no Supremo Tribunal Federal, atraiu juristas do mundo inteiro, dada a simplificação proporcionada nos julgamentos. Embora pudesse prejudicar advogados retardatários, a Súmula era uma vitória para as partes, pois garantiam que os processos iniciados em uma mesma época teriam o desfecho homogêneo. Este fato, na visão de Victor Nunes, contribuiu para o prestígio da Justiça, pois, as partes muitas vezes não compreendem as mudanças de orientação dos tribunais.

Em 1966, em artigo publicado na Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Victor Nunes Leal já respondia algumas críticas direcionadas as Súmulas. Atribuía este fato a uma compreensão errônea do método

e insistia em sua eficácia. Para os que alertavam que nosso sistema jurídico romano não comportava a utilização de súmulas, assim respondia:

“É sabido que não são idênticos os sistemas jurídicos dos dois países. Não damos aos precedentes judiciais a mesma força que têm nas nações de origem britânica. E seus juristas, afeiçoados a uma prestigiosa tradição de direito pretoriano, teriam de ser mais hostis do que nós às codificações, princípio de organização do Direito a que sempre fomos habituados.

Mas a atenuação progressiva dessa diferença vai assemelhando cada vez mais os problemas judiciários que eles e nós enfrentamos. De uma parte, vai-se ampliando, dia a dia, nos Estados Unidos, a área coberta pela legislação (stature); de outra, entre nós, o lento ritmo das codificações não dá vazão à nossa pletora de leis extravagantes, o que transpõe o seu ordenamento sistemático para o plano da jurisprudência. Partimos, assim, de pontos distanciados, mas estamos percorrendo caminhos convergentes, sendo aconselhável a comparação dos métodos que uns e outros vamos imaginando para espancar o pesadelo da sobrecarga judiciária, que nos é comum.”<sup>3</sup>

Victor Nunes estava ciente que a adoção mecânica ou a pura imitação dos métodos adotados nos países da *common law* seria improdutiva no Direito brasileiro. A sistematização de precedentes, por imperativo lógico, sempre foi mais avançada no sistema da *common law*, sem falar nos avanços tecnológicos em computação nos Estados Unidos. Porém, as semelhanças entre as Súmulas do Supremo Tribunal Federal e os *Restatement of the Law* permitiam uma comparação saudável.

Os *Restatement* se impunham pela autoridade dos doutrinadores. Não tem caráter oficial e se assemelham a uma consolida-

ção da jurisprudência dominante. Porém, é mais que a simples compilação de julgados, pois sofrem uma análise apurada dos princípios que regem a matéria julgada. Sofriam duas críticas. A primeira pela ausência de autoridade legislativa e judiciária. Por último, por se tratar de trabalho expositivo de direito vigente, não contribuíam para a evolução do mesmo.

Nesse ponto, a superioridade da Súmula era evidente, pois, por se tratar de jurisprudência autorizada pelo Supremo Tribunal apresentava efeitos processuais relevantes. Embora não obrigatória para os outros Tribunais, vinculava as partes na medida em que o interessado poderia fazê-la observar por meio de recurso.

Victor Nunes abominava a estratificação da jurisprudência pelas súmulas. Aos críticos, respondia o seguinte:

“A Súmula não é estática, nem estratificada, porque está previsto no Regimento do Supremo Tribunal, não só o seu acréscimo continuado, como também o mecanismo da sua modificação. Portanto, o que nela mais importa, como solução duradoura, não é propriamente o conteúdo dos seus enunciados (contra os quais é que se rebela boa parte dos seus críticos); o que mais importa na Súmula é ser um método de trabalho, um instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal, um elemento de racionalização da atividade judiciária, que simplifica a citação de precedentes, elimina afanosas pesquisas e dispensa referência especial, tanto aos julgados que lhe servem de base, como aos posteriores que se limitarem a aplicar a Súmula.”<sup>4</sup>

Em discurso proferido no Instituto dos Advogados de Santa Catarina, em 4/9/81, publicado na Revista de Direito Administrativo, nº 145, jul./set. 1981, Victor Nunes viu como um êxito, após 17 anos de vigência, a adoção da Súmula. Apontava o nascimento do neologismo Direito Sumular, obra

do Ministro e Professor José Pereira Lira, usado como título na obra do Dr. Roberto Rosas. Enfatizava a Súmula como método de trabalhado em detrimento do seu conteúdo. Discorreu, com satisfação, sobre a adoção do método em diversos tribunais e em áreas administrativas. Afirmava:

“Importante ressaltar a difusão que teve a Súmula, como método de trabalho, pois este parece ser o seu aspecto de maior eficácia, suplantando mesmo a sua condição de repertório oficial de jurisprudência da Alta Corte. Em certo sentido, pode-se dizer que o conteúdo da súmula passa para segundo plano, quando o comparamos com a sua função de método de trabalho, revestido de alguns efeitos processuais, que contribuem para o melhor funcionamento da Justiça.”<sup>5</sup>

A revisibilidade das Súmulas por meio de alterações legislativas e pela receptividade do Supremo nas propostas de sua revisão afastaram o receio de engessamento da jurisprudência, crítica constante à época. Acreditava que a Súmula alcançara o ideal do meio-termo entre a rigidez dos “assentos” e a inoperância dos pre-julgados.

Victor Nunes explicou, com maestria, a impossibilidade de se interpretar os enunciados das Súmulas. Para ele, sempre que fosse necessário esclarecer algum aspecto do enunciado, era um sinal para o cancelamento do mesmo para que nova regra fosse inscrita de modo a não permitir dubiedades. Afirmava ser a lei o objeto da interpretação, e a Súmula o resultado dessa interpretação promovida pelo Supremo Tribunal Federal. Por isso, defendia a clareza e precisão na redação dos enunciados de Súmulas. Criticava a alteração de palavras ou de sentido na interpretação de Súmulas sem o devido cancelamento da numeração e inscrição de um novo texto. Certa passagem do Ministro, sobre o tema, esclarece que:

“Tive ocasião, no STF, de contrariar essa tentativa de interpretar a Súmula. Dizia eu (RTJ 45/73 e segs.):

‘A Súmula não é norma autônoma, não é lei, é uma síntese de jurisprudência (...). Em alguns casos, interpretar a Súmula é fazer interpretação de interpretação. Voltaríamos à insegurança que a Súmula quis remediar. Quando o enunciado for defeituoso, devemos riscá-lo e redigir outro. Este é que é o método adequado previsto no Regimento.’

A isso replicou o Ministro Elói da Rocha:

‘Se tenho, como juiz, o poder de interpretar a mesma Constituição, poderei interpretar a Súmula.’

‘V. Exa. – insisti – tem, evidentemente, o poder de interpretar qualquer decisão nossa, e, portanto, a nossa jurisprudência sintetizada na Súmula. Mas a Súmula é um método de trabalho, através do qual esta Corte tem procurado eliminar dúvidas da interpretação. Se a Súmula, por sua vez, for passível de várias interpretações, ela falhará, como método de trabalho, à sua finalidade. Quando algum enunciado for imperfeito, devemos modificá-lo, substituí-lo por outro mais correto, para que ele não seja, contrariamente à sua finalidade, uma fonte de controvérsia.’<sup>6</sup>

Victor Nunes acreditava que o número de enunciados de Súmula chegariam a 2 ou 3 mil. Propugnava que o Supremo deveria adotar uma rotina constante de produção e reformulação de enunciados para agilizar o julgamento dos processos.

Como apontado por Victor Nunes a criação da Súmula arrancou elogios de juristas do mundo inteiro. A inovação decorreu de características próprias do sistema judicial brasileiro: de um lado um excessivo número de processos na Suprema Corte e de outro a deficiência no sistema de informática do Brasil em 1964, aliado ao

nosso sistema de *civil law*, sem tradição na adoção de precedentes.

Somente a adoção da urna eletrônica, também fruto de características próprias do judiciário brasileiro, encontra paralelo à súmula de Victor Nunes. Além de elogiada em todo o mundo, a urna eletrônica racionalizou o sistema eleitoral brasileiro e permitiu uma nova dimensão na democracia em nosso país.

Em 1970, as normas foram simplificadas e hoje está em vigência o texto de 15 de outubro de 1980.

### 1.2. A transição para o modelo vinculante

Em 1964, início da aplicação das Súmulas no Supremo Tribunal, o Supremo Tribunal Federal recebeu 8.960 (oito mil novecentos e sessenta) processos, 7.849 (sete mil oitocentos e quarenta e nove) deles foram julgados naquele ano. Este número já era alarmante.

A Constituição Federal de 1988 reduziu a competência do Supremo Tribunal Federal ao atribuir, no art. 105, diversas competências em matéria de legislação federal ao recém criado Superior Tribunal de Justiça. Naquele ano, o STF recebeu 21.328 (vinte e um mil trezentos e vinte e oito) processos, 16.313 (dezesesseis mil trezentos e treze) foram julgados.

A evolução em quantidade de julgamentos demandava uma evolução no método de Victor Nunes. Assim, no ano de 1994, na revisão constitucional, surgiu a primeira proposta de adoção da súmula vinculante. Neste ano, não houve um aumento significativo no número de processos recebidos – pouco mais de 24 mil – ao contrário do número de processos julgados 28.221 (vinte e oito mil duzentos e vinte um). Foram julgados 9.419 (nove mil quatrocentos e dezoito) agravos de instrumento e 16.344 (dezesesseis mil trezentos e quarenta e quatro) recursos extraordinários.

Em 2 de abril de 1997, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Sepúlveda Pertence, debateu, em Audiên-

cia Pública na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, a adoção do efeito vinculante nas súmulas do Supremo Tribunal Federal.

Disse Pertence:

“Qual a diferença entre a súmula vinculante e a súmula do meu saudoso mestre Victor Nunes Leal? Ou a atual decisão da ADIN? A diferença é puramente processual. Hoje, se a administração não observa uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional uma norma tributária e permanece lançando tributos declarados inconstitucionais, ou exigindo tributos declarados inconstitucionais, ou recusando-se a devolução, vai o cidadão para um mandado de segurança, se ainda tiver prazo, ou a uma ação ordinária em primeiro grau. Se vai juntar as cinco mil, sete mil, doze mil, conforme a Vara Federal em que for parar, segue a um Tribunal Regional Federal atestado, alguns levando um ano para distribuir os recursos; e dois a três anos para admitir o recurso extraordinário para o Supremo. E um dia chegará ao Supremo.

A solução do efeito vinculante que, num primeiro momento, provavelmente, assoberbará mais o Supremo do que hoje é o da utilização da reclamação.

Hoje, declarada inconstitucional uma lei à falta de efeito vinculante, o que sucede se o juiz continua a aplicá-la? O juiz apenas cometeu uma ilegalidade. Era como se aplicasse uma lei não vigente. E para isso – diz a doutrina assente do Supremo Tribunal – não cabe a reclamação, que visa assegurar autoridade das decisões do Tribunal.

O efeito vinculante visa exatamente enquadrar a hipótese naquelas que pelo processo absolutamente sumário da reclamação possam ser coibidas

imediatamente. Na esperança, é claro, de que o tempo, a prática, a convivência com o Estado de Direito Efetivo vá tornando excepcionais essas recalitrâncias a uma força vinculante emprestada pela própria Constituição.”

Após 10 anos (2004), o STF recebeu 83.667 (oitenta e três mil seiscentos e sessenta e sete) processos, julgando 101.690 (cento e um mil seiscentos e noventa). Assim, de 1940 até 04/06/2006, o STF recebeu 687.467 (seiscentos e oitenta e sete mil quatrocentos e sessenta e sete processos), julgando 637.346 (seiscentos e trinta e sete mil trezentos e quarenta e seis).

Do início de 2006 até 04.06.2006, 25.317 (vinte e cinco mil trezentos e dezessete) agravos de instrumento foram julgados e 16.712 (dezesseis mil setecentos e doze) recursos extraordinários. A média, somente nestas duas classes processuais é de 28,01 processos por dia, durante trinta dias, nos cinco primeiros meses deste ano para cada ministro.

Conforme apontado pelo Min. Gilmar Mendes<sup>7</sup>,

“Vê-se, pois, que a Súmula do Supremo Tribunal Federal, que deita raízes entre nos nos assentos da Casa de Suplicação, nasce com caráter oficial, dotada de perfil indiretamente obrigatório. E, por conta dos recursos, constitui instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal Federal, que somente deverá afastar da orientação nela preconizada de forma expressa e fundamentada.

Essas diretrizes aplicam-se também à súmula vinculante consagrada na Emenda n. 45/2004. É evidente, porém, que a súmula vinculante, como o próprio nome está a indicar, terá o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo, não mediante simples interposição de recurso, mas mediante apresentação de

uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (art. 103-A).”

Por isso, a adoção de efeito vinculante para as Súmulas do Supremo Tribunal Federal é mais que uma homenagem ao método de trabalho instituído por Victor Nunes Leal. Entretanto, impressiona a semelhança das críticas atuais às críticas sofridas na época da criação das Súmulas. As respostas à maioria delas foi apresentada por Victor Nunes Leal em seus trabalhos. Tanto antes como hoje são feitas diversas projeções acerca dos efeitos canhestros dos enunciados. Esquece-se do método e ataca-se o possível conteúdo. Para os indivíduos comuns, em busca de respostas rápidas do judiciário, essas discussões são tão inteligíveis quanto uma decisão divergente em um processo com a mesma causa de pedir, ainda mais se for provocada por um carimbo de protocolo de interposição de agravo ilegível<sup>8</sup>.

## 2. As críticas

Em audiência pública, realizada em 23/4/97, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, o Ministro Evandro Lins e Silva, realizou sérias críticas à adoção do efeito vinculante nas Súmulas do Supremo Tribunal Federal, afirmando:

“Não vejo como seja possível ficar o juiz coarctado, sem poder decidir de acordo com a sua convicção e consciência jurídica. Então, suprimamos a primeira instância e levemos logo todos os casos instruídos para o Supremo decidir se são constitucionais ou inconstitucionais, porque, do contrário, a Justiça perde inteiramente.

Percebe-se logo a absoluta inverdade de se introduzir o instituto do precedente absolutamente vinculante nos sistemas da família romano-germânica como a nossa.

Nesses, como sabido, a fonte primária do Direito é sempre a lei, isto é,

a norma geral e abstrata, emanada do poder competente, o qual, no regime democrático, é o próprio povo, diretamente, ou os seus representantes legitimamente eleitos, que formam o órgão estatal legislativo.

Os juízes não têm legitimidade democrática para criar o Direito, porque o povo não lhes delegou esse poder. A sua função precípua, na organização estatal, é a de funcionarem como árbitros supremos dos conflitos de interesse na aplicação da lei.

Ademais, o efeito vinculante dos precedentes judiciais afrontaria duas garantias maiores, ou seja, institutos postos na Constituição para garantir os direitos fundamentais do cidadão. O primeiro deles é a separação de poderes, inscrita no art. 2º da Constituição.

A independência recíproca dos Poderes pressupõe, como é óbvio, que cada um deles exerça uma função exclusiva, caso contrário, haveria superposição funcional. A função precípua e exclusiva do Poder Legislativo, como estabelecido, desde os primórdios, no regime democrático moderno, é a de editar as leis, entendidas como expressão da vontade geral do povo.

Ora, a súmula com efeito vinculante absoluto para os juízes de primeira instância significa a introdução em nosso sistema jurídico de um sucedâneo da lei, que produzirá a superposição ou conflito de atribuições entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

A segunda garantia institucional afrontada pelas súmulas vinculantes é a da liberdade de poder de todos os magistrados de decidir litígios segundo a lei e de acordo com o seu convencimento pessoal.

Essa independência da Magistratura não pode ser suprimida, nem mesmo reduzida, não só pelos demais Poderes, como é óbvio, mas também

pelos Tribunais Superiores, órgãos dirigentes do Poder Judiciário.

Os juízes de primeira instância ficariam proibidos de julgar livremente os casos abrangidos pelo pronunciamento prévio dos tribunais superiores, com a supressão do princípio do duplo grau de jurisdição.”

Em 24/6/97, também em audiência pública no Senado Federal, o Ministro Celso de Mello, afirma:

“Se o juiz não tiver a liberdade para decidir e se também não dispuser do necessário grau de autonomia funcional e independência intelectual para dirimir, segundo a Constituição e as leis com ela compatíveis, os conflitos e interesses, notadamente aqueles que se estabelecem em função de comportamentos abusivos do Poder Público, tornar-se-á nulo, em nossa organização política, o sistema das franquias constitucionais.

O magistrado, para legitimar-se em sua função essencial de arbitrar os conflitos, dirimindo-os, deve ser essencialmente livre no desempenho de seu ofício jurisdicional. À medida que o juiz perde autonomia decisória, limitado em sua independência intelectual, diminui, com notável e com preocupante extensão, o coeficiente de liberdade dos cidadãos e dos grupos sociais.

Tenho para mim que o juiz não pode ser despojado de sua independência, e o Estado não pode pretender impor ao magistrado o veto da censura intelectual, que o impeça de pensar, que o impeça de refletir, que o impeça de decidir com liberdade.”

Entre os críticos da adoção do efeito vinculante, destacamos Sérgio Sérulo, que deixou a chefia de Gabinete do Ministério da Justiça, no primeiro mandato do Presidente Lula, em razão da posição adotada pela bancada do Partido dos Trabalhadores sobre a matéria.

Sérgio Sérulo sugere que a adoção da Súmula vinculante impede que a parte discuta suas pretensões em juízo. Afirma, ainda, o seguinte:

“A súmula vinculante criada pela EC n. 45/2004 vai além dos assentos, e coloca-se acima da lei. Primeiro, porque é próprio da lei ser interpretada, mas é da natureza pervertida da súmula proibir a própria interpretação; segundo, porque a lei pode ser mudada ou revogada por outra lei, mas a súmula não. O poder legislativo poderá sem dúvida disciplinar de modo diferente a matéria objeto de uma súmula, mas só o Supremo Tribunal Federal poderá revê-la, ou dizer que ficou prejudicada com a nova disciplina normativa. Um dia vai cair a ficha do Congresso – particularmente do Senado – que abdicou de sua competência constitucional.

Não tem constituição o país em que qualquer pessoa, natural ou jurídica, ferida (ou acreditando-se ferida) em seus direitos constitucionais, não pode ser ouvida pelo juiz do lugar. Regimes de controle concentrado não se estabelecem para a guarda da Constituição, mas para a preservação do poder. O controle de constitucionalidade é meio de defesa do povo contra o governo, e o sistema de controle, estabelecido em defesa de si própria pela Constituição, não pode ser alterado sem ruptura constitucional.”<sup>9</sup>

Também Lenio Luiz Streck alertou que: “devemos refletir profundamente antes da aprovação de qualquer reforma em nosso sistema. Filiado à família romano-germânica, nosso sistema tem a lei como corolário. Ninguém nega que aos tribunais Superiores – em especial ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e ao Superior Tribunal de Justiça, unificador do direito federal – cabe a última em uma ação. Porém, parafraseando o Juiz



Dirceu Aguiar Cintra, se estes impedirem o juiz (ou os tribunais inferiores) de dar a primeira palavra, que nasce da dialética do cotidiano, da sangria da sociedade e do calor dos fatos, as discussões na base do Judiciário estarão imobilizadas! Então, do crime de hermenêutica da que falava Rui, ao crime de porte ilegal da fala (Bourdieu), faltará muito pouco!”<sup>10</sup>

Como se vê, a Súmula vinculante sempre provocou duras críticas por parte importante dos pensadores brasileiros.

### 3. A situação atual do Supremo Tribunal Federal

A simples crítica ao sistema da súmula não apresenta benefícios para o direito brasileiro. O efeito vinculante não descaracteriza a proposta de Victor Nunes. Gilmar Ferreira Mendes aduz que:

“Como se sabe, a Súmula do Supremo Tribunal Federal constitui uma das mais significativas inovações em termos de racionalização do processo de decisão por parte de nossas Cortes Superiores, tendo sido adotada por norma regimental em 1963.”<sup>11</sup>

Antes de criticar, é preciso estar atento para a evolução. O autor complementa:

“Quando se diz que um recurso pode ser provido ou desprovido monocraticamente, com base na jurisprudência dominante, revela-se idéia de decisão com efeito vinculante. Todavia, não há negar que a súmula cria maior clareza e segurança em torno do tema.

Verifica-se, assim, que a legislação processual civil, de certa forma, já admitia a obrigatoriedade das súmulas dos tribunais superiores, ao estabelecer que os recursos que se fundamentassem em tese jurídica contrária às súmulas dos Tribunais Superiores seriam inadmitidos pelo relator.”<sup>12</sup>

Quando percebemos a proporção de Recursos Extraordinários (RREE) e Agravos de

Instrumento (AAGG) frente aos outros processos, começam a ruir as críticas ao modelo vinculante. Nos últimos seis anos, 96,3 % de todos os processos julgados no Supremo Tribunal Federal foram RREE e AAGG. A Súmula vinculante vai reduzir este volume de trabalho, pois vai impedir a proliferação de processos repetidos.

Além disso, o uso da Súmula simplifica o julgamento dos recursos. Vejam a Decisão do Ministro Sepúlveda Pertence no AI 587.411:

“DECISÃO : Agravo de instrumento de decisão que inadmitiu RE, a, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento a agravo regimental de decisão do Presidente daquele Tribunal, assim ementado (f. 30):

“Pedido de Seqüestro – Precatório submetido a Emenda Constitucional nº 30/2000 – Não pagamento da complementação do décimo vencido – Agravo improvido”.

Alega o RE violação do art. 78, § 4º, do ADCT.

Inviável o RE. O objeto da decisão recorrida tem natureza administrativa –, incide a Súmula 733 (‘Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios’).

Nego provimento ao agravo.”

Ao analisar um caso similar ao mostrado acima, qualquer assessor de Ministro ou analista judiciário saberia com precisão apontar a aplicação da Súmula 733 ao caso em concreto. O Regimento do Supremo Tribunal Federal já atribui a esses funcionários a missão de auxiliar os ministros em processos e causas repetitivas. O efeito vinculante não afasta a discussão da matéria, apenas sua repetição.

#### 3.1. Súmula vinculante e atuação do Magistrado de 1ª Grau

A adoção da Súmula não impede a atividade renovadora do Juiz de primeiro grau.

A questão está posta de maneira equivocada pelos críticos do método de trabalho. A renovação da jurisprudência pode ocorrer de formas diversas. Tentar renovar jurisprudência decidindo de forma contrária aos tribunais superiores é a forma que mais prejudica o jurisdicionado, pois, ao lado da convicção o magistrado deve agir com responsabilidade.

O texto da EC 45 enumera um rol de legitimados a pedir diretamente ao STF uma alteração de Súmula Vinculante vigente. O texto não exclui a possibilidade de lei ordinária aumentar o rol dos legitimados. Seria interessante que a legislação expandisse este rol. Porém, a experiência demonstra que o juiz realmente atuante muda a jurisprudência do STF sem necessidade de se voltar contra o Tribunal e prejudicar as partes. Evidente que é mais trabalhoso buscar audiência com cada ministro e discutir a matéria, porém, o esforço, quando coerente, é reconhecido. É o que vemos no julgamento do CC 7208, no voto do Ministro César Peluzo:

“Senhor Presidente, peço vênias aos eminentes Ministros, especialmente aos que me antecedem, tendo em conta que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 438.639/MG, julgado no dia 9 de março último, insisti muito sobre a conclusão que, afinal, foi adotada pela Corte, contra os votos dos eminentes Ministros Relator e Marco Aurélio.

Recebi, depois, um trabalho muito bem fundamentado e muito bem documentado de um juiz do TRT de Minas Gerais, Dr. Sebastião Geraldo de Oliveira, cujas considerações levaram-me a rever aquela posição. E tal posição, que teve modesta influência no teor do acórdão, baseou-se no princípio fundamental da chamada unidade de convicção, segundo o qual, por conta dos graves riscos de decisões contraditórias, sempre ininteligíveis para os jurisdicionados e depre-

ciativas para a Justiça, não convém que causas, com pedidos e qualificações jurídicos diversos, mas fundadas no mesmo fato histórico, sejam decididas por juízos diferentes. O princípio, a meu ver, é irretocável e ainda é o que deve presidir a solução da questão da competência neste caso.

Mas parece-me que, conforme propôs o eminente Ministro-Relator, deva ser outra a resposta que promana daquele princípio.

É que a revisão do tema me convenceu de que tanto as ações acidentárias, evidentemente oriundas de relação de trabalho, como, sem exceção, todas as demais ações resultantes de relação de trabalho, devam, em nome do mesmo princípio, ser atribuídas à Justiça do Trabalho. A especialização e a universalidade desta já recomendariam, quando menos em teoria, tal solução, por razões mais que óbvias, como acabou de demonstrar o voto do eminente Ministro Carlos Britto.

Pesaram-me, sobretudo, duas outras ordens de consideração.

A primeira, porque o que dava suporte constitucional à jurisprudência da Corte quanto à competência da Justiça estadual para as ações de acidente do trabalho, à luz da Constituição atual, era menos o fato de nesta já não constar norma expressa equivalente às prescrições do art. 123, § 1º, da Constituição de 1946, e do art. 142, § 2º, da Constituição de 1967, os quais atribuíam aquelas causas à Justiça ordinária dos Estados, do que o fato de tirarse do artigo 109, *caput*, da Constituição vigente, por exclusão hermenêutica, igual consequência normativa.

Antes da Emenda nº 45, parecia deveras consistente a leitura de que, se estavam excetuadas da competência da Justiça Federal as causas de acidente do trabalho, em que sempre é interessada autarquia federal, só po-

diam elas caber na competência da Justiça dos Estados, porque a mesma norma as excluía das que eram, por outras regras, sujeitas à Justiça do Trabalho.

Mas, de lá para cá, a evolução da legislação acidentária, sobretudo com a equiparação dos valores dos benefícios acidentários e previdenciários, e a disseminação dos órgãos da Justiça trabalhista, competentes para tantas outras causas ligadas à própria segurança do trabalho, desenharam nova realidade judiciária, que as próprias exigências da *unidade de convicção* e da especialização de conhecimentos não poderiam deixar de considerar nas perspectivas da revisão daquela exceção constitucional. Isso, sem cogitar da necessidade de coerência axiológica que impunha a vigente Constituição da República, ao conceber a indenização acidentária como direito típico da condição jurídica do empregado e, portanto, como irradiação da relação de trabalho, como se vê ao art. 7º, inc. XXVIII, da mesma Constituição.

É, portanto, dentro desse quadro, que há de interpretar-se a Emenda nº 45, quando, explicitando, no inc. I do art. 114, o caráter geral da competência da Justiça do Trabalho, nela incluiu todas as ações oriundas da relação de trabalho.

Suposto não tenha sido essa a intenção do constituinte derivado, a cujo olhar atento não poderia escapar a necessidade de, para guardar congruência com o eventual propósito de submissão das causas de acidente de trabalho àquela Justiça especializada, dar nova redação ao artigo 109, *caput* – para evitar dúvidas –, de modo algum pode esquivar-se, diante do papel precário e relativo do material histórico e das correlatas intenções do legislador, a conclusão de que outra há de ser a leitura da norma que ex-

cepciona as ações acidentárias da competência da Justiça Federal.

O que com isso pretendo dizer é que, perante a novidade representada pelos termos da Emenda nº 45, em particular pela redação introduzida no inc. I do art. 114, deve o art. 109, *caput*, significar apenas que as ações de acidente do trabalho não são da competência da Justiça Federal e, por conseguinte, que a sede dessa competência deve buscar-se alhures, agora designadamente no próprio art. 114, que a açambarcou.

Essa interpretação acomoda ambas as cláusulas constitucionais, reverencia a especialização e a funcionalidade da Justiça do Trabalho, alivia a Justiça estadual e sustenta-se na necessária unidade de convicção, sem esvaziar o disposto no inc. VI, onde apenas se divisa a positivação, mediante relevo destinado a superar todas as dúvidas, da jurisprudência desta Corte, que, sob a redação original do art. 114, *caput*, entendia – a meu ver, com indiscutível acerto – que, para efeito dessa competência distribuída com apoio em vários princípios, entre os quais o da unidade de convicção, era e é irrelevante a província taxinômica das normas aplicáveis ao caso, se direito trabalhista ou civil, e, pois, também a natureza mesma da responsabilidade, se negocial ou aquiliana.

Essa conjugação conduz, portanto, a meu ver, ao seguinte resultado prático: são, agora, da competência exclusiva da Justiça do Trabalho todas as ações oriundas da relação de trabalho, sem exceção alguma, trate-se de ações acidentárias típicas ou de indenização de outra espécie e de outro título.

Senhor Presidente, a única objeção que me ocorreria, na hipótese, é que tal exegese poderia, eventualmente, implicar sobrecarga à Justiça do Tra-

balho. Mas as considerações daquele eminente Juiz trabalhista mineiro provaram que, sobretudo depois da equiparação dos valores dos benefícios acidentários e dos benefícios previdenciários, cuja diferença justificava que os empregados recorressem às ações acidentárias, estas são hoje raras, e a sua transferência não vai agravar a Justiça do Trabalho.

Com essa proposta, acompanho o voto do eminente Relator, para declarar que todas as ações de indenização resultantes de relação do trabalho, inclusive as acidentárias típicas, são da competência da Justiça do Trabalho.”

Como vimos acima, no julgamento do RE 438.639, a matéria de competência trabalhista estava pacificada no Supremo Tribunal Federal. Poucos dias depois e um trabalho atuante de um magistrado de primeiro grau, o Supremo modificou a posição. Era esta a atuação esperada por Víctor Nunes Leal nas primeiras súmulas e esta atuação impede que uma Súmula Vinculante sufoque a atividade criadora dos juízes de primeiro grau.

### 3.2. Súmula vinculante à atividade do advogado

No julgamento da medida cautelar no HC 86864, o Supremo Tribunal Federal afastou de vez a possibilidade de uma Súmula suplantar direitos constitucionais. Vejamos o voto do Ministro Carlos Velloso, na parte pertinente à discussão:

“Fui dos primeiros, nesta Casa, a sustentar o não-cabimento de *habeas corpus* contra decisão de relator que, nos Tribunais Superiores, denega *habeas corpus*. Sempre sustentei, entretanto, que, em caso de flagrante violação à liberdade de locomoção, o *writ* seria cabível.

No voto que proferi ao despachar o HC 80.288-MC/RJ, escrevi:

‘(...)

Tenho sustentado, a partir da decisão que proferi no HC 79.924-RJ, em

24.12.99, entendimento que manifestei, em seguida, por exemplo, nos HHCC 80.316-RS e 80.287-RS, de que não cabe, de regra, deferir liminar em *habeas corpus* impetrado contra a decisão do Relator que, no Superior Tribunal de Justiça, denega medida liminar em pedido de *habeas corpus*. Ter-se-ia, com o deferimento da liminar, forma de subtrair do Superior Tribunal de Justiça competência constitucional para apreciar e julgar *habeas corpus* contra decisões de Tribunais de 2º grau (C.F., art. 105, I, c, redação da E.C. 22/99). Admito que, em casos excepcionais, em que esteja ocorrendo flagrante violação à liberdade de locomoção, seria possível entendimento diverso, vale dizer, entendimento no sentido da possibilidade do deferimento, no Supremo Tribunal Federal, de pedido de *habeas corpus* que objetivasse, na hipótese mencionada, a desconstituição da decisão proferida pelo Relator, no S.T.J., indeferitória da liminar. O caso, repita-se, haveria de ser excepcional, ocorrente, inclusive, a possibilidade de irreparabilidade do direito.

(...).’

A jurisprudência do Supremo Tribunal acabou consolidada na Súmula 691, a expressar que ‘não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior indefere liminar.’

A Súmula 691 admite, entretanto, abrandamento, ao que entendo: diante de flagrante violação à liberdade de locomoção, não pode a Corte Suprema, guardiã-maior da Constituição, guardiã-maior, portanto, dos direitos e garantias constitucionais, fechar os olhos, quedar-se inerte.”

De fato, a discussão não abrange uma Súmula Vinculante. Porém, a sistemática

durante o julgamento será a mesma. É pedagógico o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no mesmo processo. O Supremo não é insensível a qualquer violação aos direitos individuais, porém, não atentar para os métodos de trabalho desenvolvidos na Corte gera confusão e incerteza, fato que prejudica a prestação jurisdicional. Vejamos:

“Senhora Presidente, a sessão de hoje confirma, exatamente, o que tive oportunidade de assinalar quando da rediscussão da Súmula nº 691, no julgamento do HC 85185. Como, então, anteví, teria sido muito melhor cancelá-la do que submetê-la a este exercício que estamos a praticar: primeiro, examinamos se há ilegalidade, para, depois, conhecer, ou não, do *habeas corpus*.

Não conheço do *habeas corpus*, conforme a Súmula nº 691. Mas o certo é que já que discutimos o caso, houve sustentação oral e se reviram os fatos do processo e as decisões anteriores, que negaram sucessivamente a liminar. Aí, já não posso fechar os olhos aos dados do caso.

Então, não conheço da impetração, nos termos da Súmula 691 e continuarei a aplicá-la sem examinar o caso e sem trazê-lo ao Plenário; mas, ciente, na espécie, da ilegalidade, concedo de ofício a ordem. E não a liminar: não tem objeto conceder a liminar. Para quê? Para confirmarmos, depois, essa liminar? Porque o que se pede é a liminar. Não foi julgado o *habeas corpus* no Tribunal Regional (...) Senhora Presidente, o meu voto, embora pareça paradoxal, é coerente com o meu entendimento das razões que justificam a Súmula nº 691: a pretensão de muita jurisdição leva a nenhuma jurisdição.

Nós estamos, realmente, é nos dando o direito de avocar *habeas corpus* em início de tramitação, em qualquer lugar do Brasil, para lhe examinarmos o mérito. Agora, não posso, realmente, fingir que não ouvi, no caso

concreto, as razões pelas quais, efetivamente, não há justificativa para a prisão preventiva. Então concedo de ofício a ordem, como a concederia se tivesse tido conhecimento disso num agravo de instrumento em matéria de ICM, pois o certo é que conheci de uma ilegalidade.”

#### 4. Conclusão

Não há como dissociar de forma completa a Súmula criada por Victor Nunes Leal e a Súmula Vinculante instituída na EC 45. Criticar uma e elogiar outra é uma contradição, haja vista que, em essência, são institutos semelhantes.

Súmula é método de trabalho. Não é direito, não é lei, e, por isso, não pode engessar a evolução normativa brasileira, nem frear a capacidade criativa dos magistrados de primeiro grau. É um método democrático, pois, permite que a posição vencedora nos tribunais superiores prevaleça para todos os jurisdicionados. O acesso aos Ministros no Supremo Tribunal Federal permite que advogados e juízes sugiram a alteração da jurisprudência do Supremo de modo dinâmico.

Não podemos esquecer que a Emenda Constitucional 45 trouxe diversas mudanças na Constituição, entre elas, o seguinte dispositivo do art. 5º: “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”.

A celeridade no trâmite dos processos é princípio explícito na Constituição. Por isso, deve ser conjugada com a independência dos poderes, contraditório e acesso ao judiciário.

A Súmula Vinculante tem elementos para concretizar a celeridade processual sem desprezar qualquer princípio da Constituição. Ao acelerar o julgamento de processos repetitivos e eliminar a proliferação dos mesmos, transformará o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro guardião da Constituição brasileira e os juízes em instrumento de pacificação social.



Da maneira como está redigida a Emenda Constitucional n. 45, nenhuma matéria será sumulada sem antes passar por todas as instâncias do judiciário brasileiro.

Ora, se, somente após reiteradas decisões em matéria constitucional, o STF poderá editar uma Súmula, sabendo que uma matéria constitucional, em regra, só alcança o STF após esgotados todos os recursos nas instâncias inferiores, seria impossível a imposição de uma Súmula por vontade unilateral do Supremo.

Ademais, a súmula terá como objetivo interpretação de normas determinadas, o que afasta a criação de súmulas genéricas com características de lei, impossibilitando o conflito de atribuições entre o judiciário e o legislativo.

Enfim, conforme afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence:

“O efeito vinculante teve o grande valor de realizar a isonomia, às vezes contra o cidadão, muitas vezes a favor do cidadão desarmado, desinformado de seus direitos e sem capacidade para postular perante uma jurisdição cara e, sobretudo, tão demorada. Certo é que, muitas vezes e em certas conjunturas, o controle difuso amplo parece ser mais democrático, mais é ilusório porque, no final das contas, apenas vai expor o usuário a uma das duas possibilidades: ou a correr por anos as vias da jurisdição originária até chegar à solução já prevista, e já imposta *erga omnes*, ou, o que é pior, ficar pelo caminho entre uma perda de prazo na preclusão de um recurso, enfim, entre acidentais processuais.”

### Notas

<sup>1</sup> LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, v. 2, p. 331.

<sup>2</sup> LEAL, Victor Nunes. *Op. Cit.*, p. 52.

<sup>3</sup> LEAL, Victor Nunes. *Op. Cit.*, p.59.

<sup>4</sup> LEAL, Victor Nunes. *Op. Cit.*, p.63.

<sup>5</sup> LEAL, Victor Nunes. *Op. Cit.*, p.283.

<sup>6</sup> LEAL, Victor Nunes. *Op. Cit.*, p.293.

<sup>7</sup> RENAULT, Sérgio Rabello Tamm/Pierpaolo Bottini (coord.) Livro Reforma do Judiciário, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 344.

<sup>8</sup> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite o Agravo de Instrumento quando o carimbo do protocolo de interposição RE está ilegível na cópia juntada no traslado (AI-AgR 506593, Cezar Peluso, DJ 30-06-2006; AI-AgR 587017, Joaquim Barbosa, DJ 16-06-2006; AI-AgR 569505, Gilmar Mendes, DJ 20-04-2006; AI-AgR 549763, Sepúlveda Pertence, DJ 16-12-2005, este último, assim ementado: “*EMENTA: Agravo de instrumento: traslado deficiente: carimbo com a data de protocolo do RE ilegível, impossibilitando a verificação da tempestividade do recurso pelo Supremo Tribunal: incidência das Súmulas 288 e 639*”).

<sup>9</sup> RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (coord.) Livro Reforma do Judiciário/Pierpaolo Bottini, São Paulo: Saraiva, 2005, p.51.

<sup>10</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p.286.

<sup>11</sup> RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (coord) Livro Reforma do Judiciário/Pierpaolo Bottini, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 328/329.

<sup>12</sup> RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (coord.) Livro Reforma do Judiciário/Pierpaolo Bottini, São Paulo: Saraiva, 2005, p.330.

### Referências

BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (coord.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FAVETTI, Rafael. Brevíssima Introdução aos principais conceitos utilizados em coronelismo, enxada e voto, de Victor Nunes Leal. Disponível em <<http://www.victornunesleal.pro.br/1.htm>>. Acesso em 7 de julho de 2006.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, v. 1 e v. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.



STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier et al. *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2000*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.



# Modulação dos efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade e reflexos sobre a norma do art. 52, X, da Constituição Federal

Maria Elizabeth Malaquias Ferreira

## Sumário

1. Introdução. 2. A constituição e a jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. 3. Efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade da lei no sistema brasileiro de controle e sua modulação. 4. A função do Senado Federal na suspensão da eficácia da lei inconstitucional e a modulação dos efeitos temporais no controle incidental de constitucionalidade. 5. Conclusões.

## 1. Introdução

O princípio da nulidade da lei inconstitucional implica a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A partir dessa afirmação, examina-se o procedimento instituído pela Constituição para o controle judicial incidental, incluindo-se a função prevista para o Senado Federal no art. 52, X, e analisa-se a legitimidade da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no referido controle.

Na jurisprudência do STF, os fundamentos para utilização da mencionada técnica podem ser encontrados na decisão no Recurso Extraordinário 197.917, na qual declarou-se a inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* de dispositivo da Lei Orgânica 222, do Município de Mira Estrela, SP.

Nessa decisão, reafirma-se o princípio da nulidade como regra no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, mas defende-se a flexibilização dos efeitos retro-

Maria Elizabeth Malaquias Ferreira é graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Pará, pós-graduada pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, especialista em Análise da Constitucionalidade pela UnB/UNILEGIS, Analista Judiciário no Supremo Tribunal Federal.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Leonardo Augusto de Andrade Barbosa.

ativos da declaração de inconstitucionalidade nos casos em que “a eventual decisão de caráter cassatório acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”. Propôs-se, assim, a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade sob “um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante”<sup>1</sup>.

Essa argumentação, estruturada sob a influência da ponderação de valores sistematizada na jurisprudência das Cortes Constitucionais Europeias e da “lei de colisão de princípios”, desenvolvida por Robert Alexy<sup>2</sup>, tem fundamentado pedidos de modulação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade no controle incidental, mais ainda, após o STF concluir pela possibilidade de aplicação da modulação de efeitos prevista no art. 27, da Lei nº 9.868/99, para ambos os critérios de controle.

Nesse contexto, alguns municípios pleiteiam, para afastar pretensões à repetição do indébito que supostamente os levariam ao desequilíbrio econômico-financeiro, seja conferido efeito *ex nunc* à decisão que, em recurso extraordinário, declarara a inconstitucionalidade das leis municipais que previam alíquotas progressivas para a cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano.

Pretensões como essa, revelam que o afastamento do princípio da nulidade mediante mero juízo de ponderação pode afetar direitos fundamentais dos jurisdicionados, notadamente quando a argumentação recorre a argumentos do tipo *segurança jurídica* e *interesse social relevante*.

Necessária, portanto, a investigação sobre as conseqüências da utilização das técnicas de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no controle judicial incidental.

Das hipóteses passíveis de reflexão – provável afetação de direitos fundamentais,

eventual ilegitimidade da utilização de argumentos não-jurídicos, possível subversão do procedimento previsto na Constituição para o controle judicial difuso –, optou-se pela abordagem da última.

## 2. A constituição e a jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito

O paradigma<sup>3</sup> constitucional do Estado de Direito resulta do processo de mudança desencadeado pela dissolução de estruturas econômicas, sociais e políticas sedimentadas na Antiguidade e na Idade Média, períodos marcados pela prevalência da religião e das tradições, usos e costumes na criação do direito e caracterizados pela ausência de abstração e generalidade das normas.

Assentado no pensamento liberal e plasmado nas teorias de Locke, Montesquieu e Kant, esse paradigma, enquanto define a democracia como resultado de escolhas da maioria detentora da renda mínima exigida para a inserção no limitado quadro de eleitores e de elegíveis, compreende o direito como “um ordenamento de leis racionalmente elaboradas e impostas à observação de todos por um aparato de organização política laicizado” (CARVALHO NETTO, 1998, p. 239).

Nesse contexto, e desde Rousseau, começa a firmar-se a idéia de Constituição como produto da razão e resultado da vontade geral, um pacto que “permitia consolidar formalmente os direitos naturais do homem” (SOUZA CRUZ, 2004, p. 69).

O desdobramento dessas idéias determina a gênese do constitucionalismo com o surgimento da Constituição escrita, definida como estruturação política e de hierarquia superior, que atua como “mecanismo ou instrumento de governo (*instrument of government*)”, na medida em que “o equilíbrio regulado entre poder político e interesses sociais necessita de um *canal constitucional*” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 66).

A limitação da atuação do Estado à defesa da lei e a elevação do princípio da separação dos poderes à condição de dogma repercutem no exercício da atividade jurisdicional, para confinar o juiz à condição de mero aplicador silogístico das normas.

No primeiro Pós-Guerra, instaura-se a crise do primeiro paradigma constitucional:

“A liberdade e a igualdade abstratas, bem como a propriedade privada, terminam por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história, possibilitando um acúmulo de capital jamais visto e as revoluções industriais.” (CARVALHO NETTO, 1998, p. 241)

Inicia-se o período caracterizado pelas demandas coletivas de materialização dos direitos, o qual sinaliza a mudança para o paradigma do Estado de Bem-Estar Social:

“É o constitucionalismo social, que redefine os direitos fundamentais ‘liberdade e igualdade’, materializando-os, e, ao fazê-lo, amplia a tábua de direitos. Assim é que, na verdade, não temos uma mera edição de uma segunda geração de direitos, que seriam sociais, coletivos, mas temos uma mudança de paradigma que redefine o conceito de liberdade e igualdade.” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 77)

O suporte teórico de Hans Kelsen e Carl Schmitt estruturou o conceito de democracia sob esse paradigma. Desde então, democracia passou a ser considerada “um processo autocompreensivo através do qual a identidade ética presumidamente homogênea de uma comunidade concreta se realiza” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 81).

Em conseqüência, a Constituição será compreendida “como a consubstanciação axiológica concreta da identidade ética e da auto-organização total de uma sociedade política” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 66).

O exercício da atividade jurisdicional é afetado pela alteração de paradigma, e ob-

serva-se exigência peremptória de um ativismo judicial que garanta a implantação dos novos direitos:

“A hermenêutica jurídica reclama métodos mais sofisticados, como as análises teleológica, sistêmica e histórica, capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do direito que a mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e das tarefas sociais.” (CARVALHO NETTO, 1998, p. 243)

O risco de excesso de subjetividade nas decisões judiciais determina o surgimento, nas Cortes Constitucionais européias, da noção técnica de decisão que, baseada na ponderação de valores, busca um controle racional das decisões.

Os fundamentos da técnica são examinados na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, a qual define os princípios como *mandados de otimização* dotados de diferentes *pesos* de forma a permitir a ponderação no caso de colisão entre eles.

As transformações observadas depois da Segunda Guerra Mundial vêm novamente gerar a necessidade de revisão de conceitos e posturas e a mudança para o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Ao condicionar a legitimidade do Direito à sua fundamentação no princípio democrático, o paradigma atual altera substancialmente o conceito de democracia; transforma-o à medida que a noção de sociedade civil é ampliada para alcançar os “diversos componentes sociais do mundo da vida” e passa a requerer “o reconhecimento equíprimordial das dimensões pública e privada” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 80).

A noção de esfera pública deixa de significar esfera estatal e tende a constituir-se como a complexa dimensão em que se expressa o pluralismo social:

“Não há mais, pois, como restringir a esfera pública ao Estado, como atestam os chamados direitos fundamentais de terceira geração. O público tem que ser visto hoje como uma dimensão bem mais complexa do que simplesmente a de um lócus estatal, e sim como dimensão discursiva de mobilização e expressão dos diversos fluxos comunicativos, políticos, artísticos, científicos, enfim, culturais; o que, inclusive, requereu a profunda revisão por que passa toda a teoria jurídico-processual.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2003, p. 31)

Verifica-se a insuficiência da concepção liberal que define a Constituição como instrumento de governo destinado a compor conflitos de interesses, e da concepção republicana, que a conceitua como materialização das convicções éticas, sociais e políticas partilhadas em determinada sociedade.

Reformulam-se tais concepções, para atribuir-se à Constituição a função de propiciar a “articulação entre a política e o Direito” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 286).

Passa-se, então, a entendê-la como “mecanismo de organização de procedimentos de garantia do fluxo de comunicação de argumentos para a justificação das ações estatais, de modo que elas só se legitimem se entendidas como ‘justas’, de forma recíproca entre a maioria e a minoria, em qualquer arena de debate” (SOUZA CRUZ, 2004, p. 5).

A Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Jürgen Habermas propõe um tipo de procedimento democrático que reúne elementos dos paradigmas anteriores para a tomada de decisões políticas:

“Com isso, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é,

da estrutura da comunicação lingüística.” (HABERMAS, 2004, p. 286)

Dessa perspectiva, a Constituição não poderia limitar, mas sim viabilizar, o princípio democrático, ao tempo em que se configura como “mediação jurídica entre canais institucionais e não-institucionais, regulados e não-regulados” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 84).

O reconhecimento e desenvolvimento, pela Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, da distinção entre juízos de justificação e juízos de aplicação, resulta no afastamento da concepção de Hans Kelsen que atribui à jurisdição constitucional a tarefa de legislador negativo.

Inevitáveis, também, as reformulações conceituais sobre o exercício da atividade jurisdicional e, principalmente, sobre o objeto e a função da chamada jurisdição constitucional e, de forma específica, do controle de constitucionalidade das leis que a integra:

“A tarefa geral da Jurisdição Constitucional e, especialmente, do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, no marco do paradigma do Estado Democrático de Direito e na perspectiva da superação da distinção entre direito objetivo e direito subjetivo, é a garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos co-associados jurídicos, no sentido da equi-primordialidade e da inter-relação entre elas.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 130)

Reforça-se, também, o conceito de contraditório, para compreendê-lo como garantia de efetiva paridade da participação dos interessados nos diversos tipos de provimentos estatais, incluído o provimento jurisdicional:

“A argumentação jurídica através da qual se dá a reconstrução do caso concreto e a determinação da norma jurídica adequada está submetida à garantia processual de participação



em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional. O contraditório é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 116)

Estabelecidas essas premissas, propicia-se caracterização do controle judicial de constitucionalidade das leis sob a perspectiva da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia.

A chamada “Jurisprudência de Valores” afasta-se da visão positivista da atividade jurisdicional e fundamenta-se na prática da ponderação de valores que tem como pilares a dignidade da pessoa, como valor supremo, e o princípio da proporcionalidade:

“O conteúdo do valor dignidade humana seria um norte seguro para que as decisões judiciais fossem sempre racionais e ao mesmo tempo consentâneas com os valores mais caros da humanidade. Por meio dele, o intérprete seria capaz de alcançar a resposta correta. Dessa forma, o elemento kantiano de uma ética substantiva manifesta-se com toda a sua força novamente.” (SOUZA CRUZ, 2004, p. 232)

Essa forma de exercício da jurisdição constitucional tem sido criticado nas últimas décadas em razão de alegada arbitrariedade dos objetivos que persegue e das técnicas de decisão que utiliza.

Ao refletir sobre o problema típico da Jurisprudência de Valores, configurado na excessiva concentração da interpretação constitucional nos órgãos estatais, Peter Häberle desenvolve uma tese que insere a questão da integração das “forças pluralistas da sociedade” nas reflexões sobre hermenêutica constitucional e formula proposta cuja importância reside no fato de configurar um marco na reflexão sobre a participação dos afetados na interpretação constitucional:

“Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema ‘Constituição e realidade constitucional’ – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral –, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da ‘realidade constitucional’.” (HÄBERLE, 1997, p. 12)

Häberle propõe que os enfoques teóricos ultrapassem as questões sobre objetivos e técnicas de interpretação e se voltem ao tema da participação dos integrantes da esfera pública pluralista – “intérpretes constitucionais em sentido *lato*”:

“Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com esse contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.” (HÄBERLE, 1997, p. 15)

Além disso, expõe a influência positiva dessa proposta na hermenêutica constitucional e no direito processual constitucional.

A interpretação constitucional seria beneficiada à medida que a abertura às “forças pluralistas da sociedade” impedisse o isolamento do juiz constitucional e permitisse à corte constitucional interpretar a Constituição em conformidade com “a sua atualização pública”. Isto é, a interpretação conferida pela corte deveria espelhar “as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles (HÄBERLE, 1997, p. 41-43).

Häberle reconhece a desarticulação dessa esfera pública, o que poderia resultar num déficit de racionalidade, e propõe que as várias formas de influência das forças pluralistas sejam “filtradas” pelos princípios e métodos interpretativos:

“A forma de participação da opinião pública está longe de ser organizada ou disciplinada. Aqui reside uma parte da garantia de sua abertura e espontaneidade. Não obstante, os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o seu significado, exercendo, porém, uma nova função: eles são os ‘filtros’ sobre os quais a força normatizadora da publicidade (*normierende Kraft der Öffentlichkeit*) atua e ganha conformação. Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo.” (HÄBERLE, 1997, p. 43-44)

Assim, propõe a ampliação dos canais de contato do juiz constitucional com as “potências públicas pluralistas” para tornar “mais elástica e ampliativa” a interpretação constitucional.

Defende, por fim, a flexibilização da aplicação do direito processual constitucional pela corte, “tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas (atingidos) enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição” (HÄBERLE, 1997, p. 48).

A questão da participação democrática na jurisdição constitucional, contudo, parece-nos melhor configurada nas noções de Direito e jurisdição constitucional propostas pela Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas.

Para Habermas o Direito é fundamental para a integração social, ou seja, para a institucionalização da opinião e da vontade dos indivíduos, e sua legitimidade está estreitamente ligada à sua conformidade ao que foi debatido no processo democrático.

O conceito habermasiano de autonomia pública liga-se à liberdade comunicativa dos

indivíduos, e o conceito de autonomia privada pode ser resumido como o conjunto das liberdades subjetivas protegidas pelo Direito. Essas duas autonomias se co-originam para transformar os cidadãos em autores das normas jurídicas que os obrigam:

“Uma soberania popular interliga da internamente com as liberdades subjetivas entrelaça-se, por seu turno, com o poder politicamente organizado, de modo que o princípio “todo poder político parte do povo” vai ser concretizado através dos procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada da opinião e da vontade.” (HABERMAS, 2003, p. 173)

Dessa perspectiva, Habermas destaca as diferenças entre os discursos jurídicos de fundamentação (legislação) e de aplicação (jurisdição), decorrentes da forma diversa de comunicação e argumentação observada entre eles:

“Do ponto de vista da lógica da argumentação, a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam resulta da *distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos* e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos. Somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações equitativas, isso, porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas. A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais; os mesmos argumentos, porém, desempenham um papel diferente, quando são aplicados num discurso jurídico de aplicação que se apóia em decisões consistentes e na visão da coe-

rência do sistema jurídico em seu todo.” (HABERMAS, 2003, p. 239)

Assim, o papel da jurisdição constitucional será, precisamente, o de garantir os direitos fundamentais à participação na interpretação da Constituição, compreendida ela própria como “garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos” (CATTONI, 2001, p. 259).

Imprescindível levar em conta essas conclusões para melhor analisar tanto a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no critério incidental quanto a função atribuída ao pelo art. 52, X, da Constituição ao Senado Federal.

### 3. Efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade da lei no sistema brasileiro de controle e sua modulação

Mauro Cappelletti, ao analisar o controle judicial de constitucionalidade, discorre sobre os órgãos incumbidos dessa função, para distinguir dois principais sistemas nos quais se exercita o referido controle:

“a) o ‘sistema difuso’, isto é, aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; e

b) o ‘sistema concentrado’, em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário.” (CAPPELLETTI, 1984, p. 67)

O “sistema difuso” caracteriza o *judicial review* americano, prática judicial estabelecida com a decisão proferida em 1803 pelo *Chief Justice* John Marshall, no caso *William Marbury vs. James Madison*, precedente cuja importância vai além da instituição das bases do controle judicial, visto que “esse processo consolida a moderna concepção de República, ou seja, com alternância ordenada de facções políticas no poder” (SOUZA CRUZ, 2004, p. 326).

Esse sistema permite a arguição da inconstitucionalidade perante qualquer juízo ou tribunal, no curso do processo comum, em que a aferição da compatibilidade constitucional da lei aplicável se torna imprescindível para a decisão da controvérsia.

Já o “sistema concentrado” foi pensado por Hans Kelsen para atribuir o poder de controle exclusivamente a uma corte constitucional.

Efetivada em processo sem partes, sem lide e sem contraditório, a fiscalização visaria à revogação da lei inconstitucional mediante o direto confronto de seu texto com a Constituição<sup>4</sup>.

Essas idéias influenciaram o sistema austríaco de controle de constitucionalidade conforme instituído na Constituição austríaca de 1920:

“O controle de legitimidade das leis vinha a ser, na Áustria, diversamente dos Estados Unidos da América, *inteiramente desvinculado dos casos concretos*, vale dizer, dos processos comuns (civis, penais, administrativos); ele, por conseguinte, em vez de poder ser exercido, como na América, tão-só ‘em via incidental’, isto é (como também com certa impropriedade se diz), ‘em via de exceção’, devia ser exercido, na Áustria, sempre ‘em via principal’, ou seja, ‘em via de ação’, mediante um adequado e autônomo recurso e com a instauração de adequado e autônomo processo *ad hoc* perante a Corte Constitucional.” (CAPPELLETTI, 1984, p. 104-105)

O sistema instituído no Brasil para o controle judicial de constitucionalidade é inspirado nesses principais sistemas analisados por Cappelletti.

Há uma espécie de critério difuso, incidental e concreto de controle de constitucionalidade, inspirado no sistema norte-americano e instituído pela Constituição federal de 1891 como parte importante da nova configuração do Poder Judiciário então adotada sob a inspiração de Rui Barbosa.

Na configuração atual, esse critério de controle pode ser descrito como a espécie que autoriza todos os juízes e tribunais, nos casos concretos e por meio de decisão de eficácia *inter partes*, a deixar de aplicar a lei contrária à Constituição.

Sob a influência de argumentos que remetiam à possibilidade de decisões contraditórias resultantes da inexistência de mecanismo do tipo *stare decisis* no sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade, cria-se, na Constituição federal de 1934, um procedimento que atribui ao Senado Federal a prerrogativa de suspender a eficácia da lei inconstitucional, conferindo à decisão do Supremo Tribunal Federal eficácia *erga omnes*.

A Emenda Constitucional 16/1965 instituiu o procedimento para a aferição direta da constitucionalidade, deflagrado com uma *representação de inconstitucionalidade* instituída nos moldes da representação destinada a compor controvérsias federativas, apta “não apenas a eliminar a lei declarada inconstitucional da ordem jurídica (*pedido de declaração de inconstitucionalidade*), mas também a elidir controvérsias que se instaurassem sobre a legitimidade de determinada norma (*pedido de declaração de constitucionalidade*)” (MENDES, 1996, p. 73).

Reservou-se ao procurador-geral da República a atribuição de iniciar esse procedimento de controle, o qual, apesar de não ter tido grande repercussão política no período:

“Possibilitava a aferição direta da constitucionalidade de leis que, pela via incidental, jamais teriam a sua constitucionalidade examinada judicialmente por não se mostrarem aptas, em princípio a ser submetidas, como questão preliminar, numa controvérsia concreta.” (MENDES, 1996, p. 77)

No sistema instituído pela Constituição de 1988, houve ampliação da legitimação e dos meios processuais para a deflagração do controle pela via direta.

A representação de inconstitucionalidade deu lugar à ação direta destinada à fiscalização da constitucionalidade das leis federais e estaduais. Instituiu-se o controle da omissão e o controle de constitucionalidade das leis estaduais e municipais em face da Constituição estadual.

Emenda constitucional instituiu, em 1993, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Essas alterações, especialmente a ampliação do rol de legitimados, fundamentam a tese, proposta por Gilmar Mendes, de que teria ocorrido mudança significativa no sistema brasileiro de controle judicial de constitucionalidade, fato que indicaria a redução do significado do critério de controle incidental.

Pode-se refutar tal assertiva se se compreender, com Habermas, a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade como garantias dos direitos fundamentais e do exercício da autonomia pública dos indivíduos. Dessa perspectiva, o critério incidental e o critério por via direta são compatibilizados e têm igual importância no sistema, pois exercem papéis complementares na fiscalização da constitucionalidade.

Numa compreensão adequada ao sistema de controle instituído pela Constituição, os critérios incidental e pela via direta, segundo Marcelo Cattoni, devem assumir as funções, respectivamente, de meio ordinário e meio especial de controle de constitucionalidade.

À esta altura, inevitável o exame da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Cappelletti analisa os efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos sistemas clássicos de controle:

“No primeiro desses dois sistemas, segundo a concepção mais tradicional, a lei inconstitucional, porque contrária a uma *norma superior*, é consi-

derada *absolutamente nula* (“null and void”) e, por isso, *ineficaz*, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, *declara uma (pré-existente) nulidade* da lei inconstitucional.

No sistema austríaco, ao contrário, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas *anula, cassa (aufhebt)* uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é *válida e eficaz*, posto que inconstitucional.” (CAPPELLETTI, 1984, p. 115-116)

O autor ensina que, no modelo americano, reputa-se pré-existente a nulidade da lei inconstitucional, e, portanto, a eficácia da decisão opera retroativamente. No modelo austríaco, inspirado na doutrina de Hans Kelsen<sup>5</sup>, ao contrário, sustenta-se a eficácia *ex nunc* e *pro futuro* da declaração de inconstitucionalidade, “não se admitindo qualquer retroatividade da eficácia da anulação”.

Ressalta, contudo, que ambos os modelos experimentaram temperamentos:

“De outra parte, como na Áustria as exigências práticas levaram, em 1929, a uma atenuação do rigor teórico da doutrina da não-retroatividade, assim, por outro lado, nos Estados Unidos da América, como já foi aludido, e, igualmente, na Alemanha e na Itália, as exigências práticas induziram a atenuar notavelmente a contraposta doutrina da eficácia *ex tunc*, ou seja, da retroatividade.” (CAPPELLETTI, 1984, p. 122)

Mais que atenuações, observa-se no direito alemão e no direito português a utilização conjugada dos dois modelos, adotando-se em larga medida técnicas de modulação dos efeitos.<sup>6</sup>

No Brasil, observa-se tendência majoritária na doutrina, desde Alfredo Buzaid, até Clémerson Merlin Clève, de filiação à tese da nulidade *ipso jure* e *ab initio* da lei inconstitucional.<sup>7</sup>

Marcelo Cattoni, ao tempo em que propõe sejam conciliados os dois critérios clássicos, porquanto complementares e não-excludentes, defende a reconstrução da teoria da nulidade, para adequá-la ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, ensina que a declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Judiciário seria a última fase de um procedimento que se iniciara no contexto social e gerara influência política a partir desse debate nos espaços públicos. Naturais, assim, o reconhecimento da nulidade *ipso jure* da lei inconstitucional e a atribuição de eficácia retroativa à declaração da inconstitucionalidade.

Gilmar Mendes relata o tratamento da questão no Supremo Tribunal Federal e observa que a Corte reconhece hierarquia constitucional ao princípio da nulidade, ou seja, entende nula *ipso jure* e *ex tunc* a lei inconstitucional.

Ressalva, contudo, que essa orientação do Tribunal não chega a desautorizar o uso de técnicas de modulação, em situações nas quais a aplicação do princípio da nulidade venha a configurar ameaça à segurança jurídica ou não atenda às finalidades buscadas no controle da omissão.

Assim, nesses casos, conforme o mesmo autor, seria recomendável sanar a insuficiência das técnicas de decisão e adotar a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tanto no critério pela via direta quanto no critério incidental de controle.

Sob essas premissas, foi positivada a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

Inseriu-se na Lei Federal nº 9.868/99, que disciplina “o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, dispositivo que autoriza a modulação dos efeitos temporais:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e



tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só terá eficácia a partir do trânsito em julgado ou outro momento que venha a ser fixado.”

Nesses termos, o Supremo Tribunal Federal poderá, além de restringir os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, determinar eficácia *ex nunc* – efeitos da declaração a partir do trânsito em julgado da decisão –, ou eficácia *pro futuro* – efeitos da declaração em data a ser determinada pelo Tribunal.<sup>8</sup>

O dispositivo transcrito está inserido na disciplina legal do controle pela via direta. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contudo, veio mais tarde a acatar possibilidade de aplicação da modulação dos efeitos temporais ao critério incidental de controle.

Lê-se em voto do ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário 197.917-8:

“A declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais, e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter in-

clusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.”

E conclui:

“Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente revelante manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.”

Esse entendimento passa a orientar a modulação de efeitos temporais nas decisões proferidas no controle incidental.

Constata-se o fato no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 392.139-8, *DJ* de 13.05.2005, relatado pelo ministro Eros Grau, *verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPTU. ALÍQUOTA PROGRESSIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM EFICÁCIA PROSPECTIVA (*EX NUNC*) EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO. NÃO-CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 27 DA LEI N. 9.868/99.

1. A possibilidade de atribuírem-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de *quorum* qualificado previsto em lei específica.”

E, ainda, no Recurso Extraordinário 442.683-8, *DJ* de 13/12/2005, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, assim ementado:



CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: PROVIMENTO DERIVADO: INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO *EX NUNC*. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA.

I – A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos – 1987 a 1992 –, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito *ex nunc*, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, “DJ” de 25.6.1999.

II – Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos.

Ao analisar o mencionado dispositivo da Lei nº 9.868/99 e a jurisprudência da Corte Superior sobre a flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, Marcelo Cattoni critica os argumentos metodológicos e pragmáticos que informaram a posituação da técnica, a qual, além de contrária ao princípio do Estado Democrático de Direito, também não seria compatível com o sistema ordinário de controle judicial incidental previsto na Constituição.<sup>9</sup>

A última afirmação justifica o exame dos reflexos da modulação/flexibilização dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade sobre a função do Senado

Federal no procedimento de controle incidental de constitucionalidade.

#### 4. A função do Senado Federal na suspensão da eficácia da lei inconstitucional e a modulação dos efeitos temporais no controle incidental de constitucionalidade

Para garantir, no sistema brasileiro de controle, a estabilidade e a segurança jurídica resultantes da generalização das declarações de inconstitucionalidade no controle difuso, atribuiu-se ao Senado Federal, desde a Constituição federal de 1934, a função de suspender a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A natureza de ato político discricionário destinado a retirar do ordenamento, com efeitos *ex tunc*, a lei declarada inconstitucional; a impossibilidade de revogação da suspensão e, ainda, a de restringir o alcance da decisão de inconstitucionalidade foram entendimentos a respeito do instituto que parecem ter prevalecido até 1988<sup>10</sup>.

A doutrina divide-se em torno da questão relativa à importância dessa função no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Afirma-se a participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade como exigência constitucional inafastável, “compondo o devido processo constitucional”<sup>11</sup> e como “uma das melhores contribuições do Brasil para fortalecer o direito constitucional na luta para garantir a Constituição” (RESENDE DE BARROS, 2003, p. 164).

Gilmar Mendes afirma que a preservação do instituto deve-se mais a razões históricas que à sua efetiva aplicabilidade no sistema de controle de constitucionalidade implantado pela Constituição de 1988.

Justifica a afirmação apontando significativa diferença entre o atual sistema de controle e aquele instituído anteriormente.

Segundo o autor, a ênfase maior conferida ao controle abstrato e a conseqüente re-

dução do significado do controle incidental; a possibilidade de suspensão liminar da eficácia das leis e atos normativos pelo Supremo Tribunal Federal; a limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle incidental; a liberação de aplicação do princípio da reserva de plenário nos tribunais no caso de existência de declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal; a adoção de efeito vinculante aos fundamentos determinantes das decisões em controle de constitucionalidade e o controle de constitucionalidade nas ações coletivas justificariam a desnecessidade da suspensão, pelo Senado Federal, da execução da lei declarada inconstitucional.

Conclui, assim, que ficaria configurada, em relação ao art. 52, X, da Constituição, a mutação constitucional que Jellinek denominara *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*.<sup>12</sup>

Em outras palavras, a função do Senado Federal no controle de constitucionalidade tenderia à obsolescência pelo desuso.

A norma do art. 52, X, da Constituição, contudo, deve ter sua importância observada de outros ângulos.

Necessário ir além da tese que posiciona o instituto da suspensão da lei inconstitucional pelo Senado como fórmula decorrente do princípio liberal da separação de poderes.

A análise mais acurada pode levar ao reconhecimento da importância dessa função para o exercício constitucionalmente adequado da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade.

O procedimento previsto na Constituição para o controle incidental permite a abertura da interpretação constitucional aos indivíduos. Configura garantia do direito fundamental do acesso à justiça, seja para veicular pretensão sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade das leis, seja para participar da construção da decisão judicial em matéria constitucional e o instituto da suspensão da execução da lei inconstitucional

integralmente esse procedimento com a função precípua de suspender a vigência da lei inconstitucional e, assim, conferir efeito *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a qual, como se sabe, vincula apenas as partes no sentido processual do termo.

Assim, tratar como mutação constitucional o mero desuso da regra prevista no inciso X do art. 52 da Constituição federal seria reconhecer em processo informal de reforma o próprio procedimento instituído para controle incidental.

A releitura da análise de Georg Jellinek sobre o fenômeno da mutação constitucional conduz ao afastamento dessa tese.

O autor define a mutação constitucional como “la modificacion que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciéncia, de tal mutacion” (JELLINEK, 1991, P. 7).

Ao examiná-la em relação ao modo como se exerce o poder estatal, o autor acaba por reconhecer que “de ninguna manera puede concluir-se que por el desuso de una competencia del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales y legales resulten obsoletas” (JELLINEK, 1991, p. 51)

Essas afirmações não parecem apropriadas a fundamentar a tese de mutação pelo desuso da função prevista para o Senado no controle incidental.

Além disso, pertinente observar-se reflexões doutrinárias mais recentes sobre o tema:

“A idéia de mutação constitucional parte de uma natureza dual, uma dicotomia, que domina toda cadeia argumentativa que se segue à formulação do conceito: a oposição entre a *norma constitucional* e a *realidade constitucional*.”

Da disjunção entre esses dois elementos nasce a mutação constitucional.

Pode-se, todavia, indagar: como classificar a realidade constitucional?

Qual critério adequado para que se possa aferir o divórcio entre regulamentação constitucional e a concreitude das relações que se desenvolvem no contexto político-jurídico de uma determinada sociedade?” (ARAÚJO PINTO, 2003, p. 294)

Acolher a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição implica prévia resposta a essas questões.

Afastada a tese da mutação constitucional no caso da referida norma, prepara-se o caminho para o exame da alteração jurisprudencial e legal efetivada no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade e que passou a permitir a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A utilização da técnica, ainda que no controle abstrato, é contrária à interpretação constitucionalmente adequada do direito fundamental à participação.

Essa afirmativa vale ainda mais se referida no âmbito do controle incidental, cujo procedimento inclui a participação do Senado Federal.

A declaração de inconstitucionalidade no controle incidental pode ser considerada a penúltima fase de um procedimento que se caracteriza pela abertura aos afetados. Na última fase desse procedimento devolve-se ao Legislativo a discussão sobre a conveniência da retirada da norma inconstitucional do ordenamento jurídico.

Assim, compreensão constitucionalmente adequada do controle de constitucionalidade exige seja entregue ao Senado a prerrogativa de dispor sobre os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no momento em que for editada a resolução que suspenderá a execução da lei.

Mais se acentua a conclusão pela ilegitimidade da modulação de efeitos pelo Supremo quando a reflexão se volta para o papel da jurisdição constitucional na perspectiva da Teoria Discursiva do Direito de Habermas:

“O fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se

às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito – e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema dos direitos, à medida que persegue suas políticas. O tribunal torna a desamarrar o feixe de argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente; todavia ele não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita.” (HABERMAS, 2003, p. 324-325)

Percebe-se caber ao legislador, não ao Supremo Tribunal Federal, a tarefa de definir os interesses sociais relevantes e recompor os interesses jurídicos eventualmente afetados pela declaração de inconstitucionalidade, com vistas à garantir a observância dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

As possíveis controvérsias decorrentes da composição de perdas e danos devem ser resolvidas no âmbito das instâncias judiciais ordinárias, utilizando-se os instrumentos previstos no ordenamento infraconstitucional.

## 5. Conclusões

1. As reformulações conceituais resultantes do advento do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito inspiram novas reflexões sobre a jurisdição constitucional e, especificamente, sobre o controle de constitucionalidade;

2. No tema pertinente à abertura da interpretação constitucional aos afetados, Häberle propõe a instituição de um modelo

que permita a participação, estruturado na forma de “comunidade aberta de intérpretes da Constituição”.

3. Habermas, a partir das teses que atribuem ao Direito um papel fundamental para a integração social e transformam os cidadãos em autores das normas jurídicas que os obrigam, ensina que a jurisdição constitucional deve desempenhar a função de garante dos direitos fundamentais à participação na interpretação constitucional;

4. O sistema de controle de constitucionalidade instituído pela Constituição de 1988 deve ser analisado como um modelo que estabeleceu, além da relação de complementaridade entre as espécies de controle, um procedimento específico para cada uma delas;

5. O procedimento previsto para o controle incidental, examinado à luz das teses de Häberle e Habermas, permite a abertura da interpretação constitucional aos afetados e configura garantia do direito fundamental do acesso à justiça, seja para veicular pretensão sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade das leis, seja para participar da construção da decisão judicial em matéria constitucional;

6. A observância desse procedimento desautoriza a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, eis que a técnica é contrária ao princípio do Estado Democrático de Direito e desconsidera o fato de que cabe ao Senado a providência para a expansão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle incidental mediante “ato político de alcance normativo, e não simples ‘ato complementar de decisão judicial’ como pretende parte da doutrina nacional” (MACIEL:2005).

7. A recomposição das situações jurídicas afetadas pela aplicação do princípio da nulidade e do efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade, assim como o resguardo dos interesses sociais relevantes, devem ficar a cargo do legislador.

8. As controvérsias fundadas em eventuais ofensas aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica devem ser resolvidas no âmbito das instâncias judiciais ordinárias.

## Notas

<sup>1</sup> Excerto do voto-vista do ministro Gilmar Mendes.

<sup>2</sup> Alexy propõe, para resolver a colisão entre princípios, uma técnica de ponderação que resultará na eleição de um e no afastamento do outro conforme as circunstâncias fáticas.

<sup>3</sup> Paradigma “é uma noção que vem da filosofia da ciência através de Thomas Kuhn e que, por sua vez, chega a Kuhn mediante a leitura de Gadamer em *Verdade e Método*” e é definido pelo primeiro como “pré-compreensões que integram o pano de fundo da linguagem”. A aplicação dessa noção ao Direito tem início “a partir de uma discussão na Alemanha, na década de 60, quando se descobre que também no Direito havia paradigmas”. (CARVALHO NETTO, 2002, p. 73/74/75)

<sup>4</sup> Cf. SOUZA CRUZ, 2004, p. 123.

<sup>5</sup> Gilmar Mendes ensina que, para Kelsen, “a lei inconstitucional não poderia ser considerada nula porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade, e sua aplicação continuada produziria consequências que não poderiam ser olvidadas. A lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso jure*, mas apenas anulável. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo”. (MENDES, *Jurisdição constitucional*, p. 253-254)

<sup>6</sup> Cf. FERRARI, 2004, p. 272-275.

<sup>7</sup> Idem, p. 286-288.

<sup>8</sup> Cf. SOUZA CRUZ, 2004, p. 420-421.

<sup>9</sup> Cf. CATONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 34.

<sup>10</sup> Cf. MENDES, 2004, p. 149-168.

<sup>11</sup> Cf. SOUZA CRUZ, 2004, p. 350.

<sup>12</sup> Cf. MENDES, op.cit., p.168.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do Direito Brasileiro*, Nova Série, n. 6, p. 233-250, jul./dez. 1998.

\_\_\_\_\_. A Contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, n. 2, p.67-84, abr a jun. 2002.

\_\_\_\_\_. A Constituição da Europa. *Crise e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*/José Adércio Leite Sampaio, coordenador. p. 282-289. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. I, 2.ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: Estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber. São Paulo: Loyola, 2004.

JELLINEK, Georg. *Reforma e Mutacion de la Constitución*. Tradução Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MACIEL, Marco. Suspensão da execução da lei. *Correio Braziliense*, Brasília, 22 ago. 2005. Caderno *Direito&Justiça*.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: Um caso clássico de mutação constitucional. Estudos em homenagem a Anna Maria Villela. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

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

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOURA SILVA, Elke Andrade Soares de. Controle difuso de constitucionalidade como salvaguarda do Estado Democrático de Direito. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 50, p. 37-74, jan./mar. 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

RAMOS TAVARES, André. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, v. 819, p. 45-64, jan. 2004.

RESENDE DE BARROS, Sérgio. O Senado e o Controle de Constitucionalidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p. 163-180, jan./jun. 2003

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.





# Doutrina das questões políticas e jurisdição constitucional

Análise da atuação do Supremo Tribunal Federal à luz da teoria discursiva do direito e da democracia

Maria Luísa Silva Ribeiro

## Sumário

1. Introdução. 2. A doutrina das questões políticas. 3. Jurisdição constitucional sob a perspectiva da teoria discursiva de Jürgen Habermas. 3.1. A teoria discursiva e a legitimidade do direito. 3.2. Relação entre política e direito. 3.3. Princípio da separação de Poderes. 3.4. Papel e limites de atuação das Cortes Constitucionais. 4. Estudo de casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo questões de natureza política. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

A doutrina das questões políticas está relacionada ao processo de transição do primeiro pós-guerra, com o Plano Marshall, para a reconstrução da Europa devastada, que veio a constituir o chamado Estado do Bem-Estar Social ou Estado Providência, preocupado com os problemas da pobreza, as insuficiências do mercado para solvê-las, dando um novo perfil e significado para o papel que assume.

Antes ou até então, a concepção de cidadania, e também a de Estado de Direito, estavam Jungidas, sob o ponto de vista político, à contenção do poder do Estado. Com o Estado do Bem-Estar Social, surge a idéia de cidadania também econômica, de modo que a participação do cidadão deveria se dar não apenas no âmbito do político, mas também no processo econômico (JUCÁ, 1999, p. 42-44).

Maria Luísa Silva Ribeiro é bacharel em Direito pela Universidade de Brasília UnB, Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes e em Análise da Constitucionalidade pela UnB e Coordenadora do Núcleo Jurídico Câmara dos Deputados.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise da Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro - UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília - UnB, como requisito para obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Leonardo Augusto de Andrade Barbosa.

No momento em que a intervenção do Estado na economia passa a ensejar o surgimento de direitos para os cidadãos, oponíveis contra o Estado, de exigir ações concretas, e estas não se efetivam, passou-se a configurar lesão ou ameaça de direito que, em tese, legitimaria o endereçamento de provocação ao Poder Jurisdicional. A esse último caberia, como garante do ordenamento jurídico em última instância, obrigar os encarregados do exercício do poder político à execução dessas ações.

Essa, em breves linhas, é a raiz do fenômeno denominado pela doutrina de “judicialização da política” ou “politização do Judiciário”<sup>1</sup>, caracterizado pelo recurso frequente ao Poder Judiciário para decidir sobre questões de natureza econômica ou política que afetam os outros poderes estatais, prestadores dos serviços correspondentes aos direitos subjetivos invocados.

Vale lembrar que o Judiciário foi construído e experimentado como poder “politicamente neutro”. Sob a capa da imparcialidade e independência dos juizes, postulava-se a exclusão, na sua ação, dos fatores históricos e sociais, limitando-se a hermenêutica aos estreitos limites da aplicação da hipótese legal ao caso concreto.

Esta feição ganhou novo perfil a partir da consolidação política da Suprema Corte norte-americana, inaugurando o controle de constitucionalidade das leis, fundado no princípio da supremacia da Constituição sobre o corpo normativo infraconstitucional, negando validade a este quando em dissidência àquela.

Simultaneamente ao surgimento do controle de constitucionalidade naquela Corte, desenvolveu-se a chamada doutrina das questões políticas, a qual vindicava existir uma distinção entre matérias políticas e jurídicas, para concluir que aos tribunais somente compete dirimir os conflitos jurídico-constitucionais, ficando a solução dos problemas políticos a cargo dos órgãos dotados de legitimidade democrática. Explícita, dessa forma, a idéia de que certas decisões

provenientes dos Poderes Legislativo e Executivo estariam imunes à autoridade judiciária (TEIXEIRA, 2005, p. 47).

O adensamento da dimensão política do poder judicial o retirou daquela postura de neutralidade, ainda que em parte, tendo em vista o desempenho do papel de controle real de poder. Ao praticar o crivo do controle de constitucionalidade, com poderes para negar efeito a ato jurídico do Executivo e do Legislativo, ganhou a Corte Constitucional, assim e por isso, nova dimensão.

Essa nova dimensão de atuação das Cortes Constitucionais agudizou-se de tal modo na Suprema Corte Norte-Americana, que Ingeborg Maus (2000, p. 185-187) chegou a proclamar, criticamente, o papel do Judiciário como superego da sociedade:

“[...] Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição de Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.”

As decisões de forte conteúdo e significação política têm oportunizando questionamentos sobre a legitimidade do Judiciário para deliberar sobre aspectos políticos, ao tempo em que suscitam a elaboração de teorias a respeito dos limites de atuação da jurisdição constitucional nessa seara, sobretudo porque, alega-se, os juizes não são detentores de mandato popular. Argüi-se, ainda, que o Judiciário nem sempre dispõe do instrumental técnico adequado a enfrentar determinadas questões, o que comprometeria a qualidade das decisões.

À medida que o Judiciário aprofunda sua condição de partícipe do processo de gover-

no em sentido amplo, várias correntes doutrinárias passam a debruçar-se sobre a questão teórica da função e dos limites de atuação dos tribunais constitucionais em matérias políticas.

Destaca-se, nesse cenário, a solução proposta pela teoria discursiva de Jürgen Habermas (HABERMAS, 1997, p. 99 e 149), a qual sustenta a contenção judicial ao papel de garante da manutenção de um nível ótimo de vazão dos dutos democráticos. Mesmo essa atuação judicial excepcional deve se dar, entretanto, em ambiente dialógico, razão pela qual os debates construtivos deveriam ser realizados no âmbito da comunidade de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem alternado posturas ativistas e contidas na apreciação de questões ditas estritamente políticas. Pretende-se, assim, no presente trabalho, após explanar os pressupostos da doutrina das questões políticas, desde suas origens nos Estados Unidos até o seu desenvolvimento no Brasil, mergulhar nos esclarecimentos teóricos oferecidos pela teoria discursiva do direito sobre o papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, para, ao final, sob os auspícios dessa teoria, lançar luzes sobre a postura que vem sendo adotada pelo Colendo Tribunal ao decidir questões de natureza política.

## 2. A doutrina das questões políticas

A doutrina das questões políticas compreende a distinção entre matérias políticas e jurídicas, para concluir que aos tribunais somente compete dirimir os conflitos jurídico-constitucionais, ficando a solução dos problemas políticos a cargo dos órgãos dotados de legitimidade democrática. Explícita, dessa forma, a idéia de que as decisões provenientes dos poderes políticos do Estado estão imunes à autoridade judiciária, como esclarece Cristina Queiroz (1990, p. 210):

“No fundo, o que se discute não é o direito ou a obrigação de julgar, mas algo de mais profundo: a relação entre o juízo normativo e o juízo político, a relação entre o direito e a política. A este propósito, a *Political Question Doctrine* pode, de algum modo, servir de paradigma. Como critério interpretativo não significa uma redução ou debilitamento da competência judicial de controle dos tribunais de justiça constitucional. Significa, exclusiva e rigorosamente, a sua renúncia em fazer política, a sua renúncia em intervir no domínio da liberdade de conformação política criadora dos órgãos para tal legitimados.”

A doutrina tem sua aplicabilidade no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, servindo, nas palavras de Alfonso Santiago (1998, p. 175), como uma espécie de “válvula de escape que justifica a não-realização do controle de constitucionalidade em algumas matérias ou aspectos concretos”. Assim é que, por meio da qualificação de uma questão como política, sujeita à discricionariedade de outro Poder do Estado, o juiz renuncia ao exercício da jurisdição constitucional, abstendo-se de julgá-la.

Sua origem remonta ao surgimento do controle judicial de constitucionalidade na Suprema Corte dos Estados Unidos. Na famosa decisão do Caso *Marbury v. Madison* (ESTADOS UNIDOS, 1803), o juiz Marshall registrou que, se por um lado, o Poder Judiciário está autorizado a reconhecer a nulidade dos atos legislativos quando contrários à Constituição; por outro, não lhe é facultado ingressar no campo da política.

Marshall partiu da idéia de que a Constituição confere ao titular do Poder Executivo (e seus auxiliares, quando atuam sob suas ordens) certas atribuições políticas dotadas de discricionariedade. Os atos que ele pratica no exercício dessas atribuições não estão sujeitos a exame judicial, porque dizem respeito a assuntos de interesse da nação e não envolvem direitos individuais. O Judiciário,

ao se deparar com matéria confiada ao Executivo, não poderia apreciar o tratamento a ela dispensado, tornando definitiva a decisão do Presidente da República, que só responderia à sua própria consciência e às leis do país.

Já no Brasil, o período de consolidação da doutrina no Supremo Tribunal Federal (STF) ocorreu no período entre 1910-1930, quando se passou a reconhecer, nos casos submetidos à sua apreciação, que se determinada questão envolvia matéria essencialmente política, ela não estaria sujeita ao controle judicial.

As principais questões que lhe foram submetidas e que podem ser indicadas como responsáveis pelos primórdios do exercício do poder de autocontenção do tribunal envolveram a decretação do estado de sítio e da intervenção federal, duplicata de governos e assembleias estaduais, cassação de mandato de deputado estadual, processo de *impeachment* de governante estadual e banimento da ex-família imperial. (TEIXEIRA, 2005)

A evolução da doutrina das questões políticas no Excelso Pretório teve como consequência prática a ampliação do espaço jurisdicionável. Nesse processo evolutivo, os direitos individuais desempenharam papel fundamental, pois passaram a ser razão fundamental embasadora da intervenção judicial, mesmo naqueles casos em que se discutia matéria de conteúdo político.

Já no passado mais recente, de vinte anos para cá, pode-se dizer que o Supremo tem exercido seu papel de autocontenção, por meio da doutrina das questões políticas, basicamente nas matérias *interna corporis* das Casas Legislativas, na apreciação de atos de expulsão de estrangeiros, em casos de anistia e no conhecimento dos pressupostos das medidas provisórias.

A abordagem das questões políticas consideradas *interna corporis* se tornou mais frequente a partir da década de 80, quando o Tribunal foi provocado a se pronunciar em episódios relacionados ao processo de aber-

tura política pelo qual passava o País. Várias medidas tomadas pela direção das duas Casas do Congresso Nacional na tramitação de emendas à Constituição que tratavam de eleições diretas foram levadas ao Tribunal que, em todas as oportunidades, decidiu tratar-se de matéria *interna corporis*, insuscetível de crítica judiciária.

Na década de 90, esse mesmo posicionamento foi reafirmado, desta feita apregoando a idéia de que as normas regimentais do processo legislativo são dotadas apenas de natureza ordinatória, não gerando efeitos subjetivos que possam ser garantidos mediante atuação do Poder Judiciário.

Apenas nos casos em que houvesse violação do processo legislativo constitucionalmente previsto haveria algum tipo de direito parlamentar. Na hipótese, esse último recorreria ao Judiciário para não participar do processo legislativo vedado constitucionalmente, obstando ao seu andamento.

Quanto à expulsão de estrangeiros, por envolver medida que expressa um ato de soberania estatal, o tribunal a tem considerado matéria de competência exclusiva do Presidente da República, somente podendo ser objeto do crivo judicial quando incidentes hipóteses expressamente estabelecidas em lei como impeditivas do ato<sup>2</sup>. A anistia, igualmente, tem sido reconhecida como matéria de atribuição exclusiva do Chefe do Executivo, sendo vedada sua anulação pela via judicial, consoante restou assentado na ADI nº 2.306-3/DF.

No que tange à análise dos pressupostos para edição de medidas provisórias – relevância e urgência – o STF tem admitido “o controle dos pressupostos da medida provisória, todavia apenas na hipótese de excesso do poder de legislar, diante de abuso manifesto do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República.” (CLÈVE, 2000, p. 230).

Muito embora o Supremo tenha recorrido à doutrina das questões políticas para conter o exercício da jurisdição sobre determinadas matérias, a tendência tem sido a

redução do seu âmbito de incidência, o que pode ser constatado nas recentes apreciações de temas como o processo de *impeachment* do Presidente da República e os processos político-disciplinares de parlamentar.

No julgamento de questões relacionadas ao *impeachment*, o Supremo entendeu que, apesar da sua natureza essencialmente política, sempre que for apontada alguma lesão a direito individual do cidadão, o processo estará sujeito à deliberação judicial, sendo que somente o mérito das decisões da Câmara e do Senado estarão imunes à crítica por parte da Corte<sup>3</sup>.

Da mesma forma, os processos político-disciplinares de parlamentar, nada obstante seu caráter político, podem ser levados ao Tribunal para garantia da regularidade na condução do processo, da ampla defesa e do contraditório. (TEIXEIRA, 2005).

No último capítulo deste trabalho, apresentar-se-ão, com mais detalhes, alguns dos recentes casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo questões políticas, desta feita analisados à luz dos esclarecimentos oferecidos pela teoria do discurso de Jürgen Habermas, objeto de estudo do próximo capítulo.

### *3. Jurisdição constitucional sob a perspectiva da teoria discursiva de Jürgen Habermas*

#### *3.1. A teoria discursiva e a legitimidade do direito*

No mundo contemporâneo, as cosmologias metafísicas ou religiosas tornaram-se insuficientes para conferir legitimidade ao direito. A legitimidade do direito também não mais se sustenta em uma forma de dominação coletiva, instituída pela racionalidade administrativa/judicial e vinculada a uma estrutura abstrata e formal de leis, como pensava Max Weber e Kelsen, prosélitos do positivismo jurídico.

Como resposta à rejeição da sociedade plural e racionalista, Habermas (1997, p. 46) propôs que o papel do sagrado fosse ocupa-

do pela ação simultânea e co-originária da Moral e do Direito. A legitimidade do direito deveria, assim, advir da seguinte relação: a imposição coercitiva do Direito pelo Estado está conectada a um processo de normatização racional do direito, sendo coerção e liberdade elementos fundamentais à dupla dimensão da validade jurídica. Em substituição à produção interior e monológica de normas jurídicas, pautada por uma moral convencional, Habermas (1997, p. 138) apresenta o procedimento dialógico, fundado no princípio do discurso.

A moral co-originária do direito é a pós-convencional, em que os indivíduos conseguem identificar os valores que formam sua identidade e passam a ter juízos críticos sobre eles, por meio do reconhecimento dos direitos individuais e de princípios universais.

O direito, assim, não recebe seu pleno sentido normativo de per si, por meio de sua forma, nem de um conteúdo moral *a priori*, mas sim por intermédio de um procedimento de elaboração legislativa que gera legitimidade. Assume, dessa forma, a função primordial de estabilizador das expectativas sociais de comportamento.

A legitimidade e justiça de uma lei estão, agora, relacionadas à sua gênese democrática, consoante destaca Habermas (2003, p. 235), citando a socióloga Ingeborg Maus: “O que garante a justiça da lei é a gênese democrática e não os princípios jurídicos *a priori* aos quais o direito deveria corresponder. ‘A justiça da lei é garantida através do processo especial de seu surgimento’”.

Para o direito moderno, o princípio do discurso significa, em verdade, o próprio princípio democrático; e o conceito de constituição, nessa perspectiva, é identificado com um processo permanente de aquisição de direitos fundamentais. (CARVALHO NETTO, Menelick de, 2003, p. 145). Trata-se, portanto, de uma comunidade de princípios, que atribui densificação a um sistema de direitos abstrato, consoante destaca Habermas (2003, p. 166).

### 3.2. *Relação entre política e direito*

Para Habermas (2003, p.181-183), direito estatal e poder político são elementos co-originais que se unem na institucionalização de funções que fornecem ao exercício da dominação política uma forma organizada. Dessa forma, poder político e direito estatalmente sancionado surgem como dois componentes que constituem a autoridade estatal juridicamente configurada. Pode-se asseverar, destarte, existir uma conexão funcional entre os códigos do direito e do poder.

A função intrínseca do poder político figura, nesse cenário, como sendo a realização de finalidades coletivas. A do direito, a estabilização de expectativas de comportamento. De um lado, no momento em que o direito empresta uma forma jurídica à dominação política, ele serve à constituição de um código binário de poder. Quem quer que disponha do poder, pode dar ordens aos outros. A par de instrumentalizar a organização da dominação política, o direito também legitima o poder político, funcionando como fonte de justiça.

Na esteira desse raciocínio, é possível citar como contribuições do direito para a realização da função intrínseca do poder político o fato de lhe conferir autoridade e competência jurisdicional, e também o constituir e autorizar as instituições governamentais.

De outro lado, o poder político garante a observância das decisões dos tribunais, servindo à constituição de um código jurídico binário: legal/ilegal. Nessa medida, atua como instrumento de institucionalização do Direito pelo Estado.

Como contribuição do poder político para a função intrínseca do direito, é válido afirmar que o poder engendra uma certeza do direito, que possibilita aos destinatários calcular as conseqüências de seu comportamento e dos outros, reforçando-o com o elemento da coercibilidade.

Nesse passo, cada comunidade concreta de co-associados exerce sua autonomia em um sistema de direitos que requer inter-

pretação e desenvolvimento, o qual se processa por meio de deliberações acerca de leis e políticas em que se procura, fundamentalmente, responder à questão básica “O que devemos fazer?”. De acordo com o problema e a forma pelo qual ele é resolvido, diferentes formas de deliberação se apresentam, quais sejam: pragmáticas, éticas e morais.

### 3.3. *Princípio da separação de Poderes*

Explicitada a constituição recíproca de direito e poder político, é possível passar à justificação dos princípios que informam a organização constitucional da autoridade pública e então compreender a lógica da divisão de poderes sob a ótica da teoria discursiva.

Para a teoria habermesiana, a separação de competências entre as instâncias que elaboram as leis, as que as aplicam e as que as executam decorre da distribuição das possibilidades de utilizar os diferentes tipos de argumentos e de sua relação com as formas de comunicação que determinam como lidar com esses argumentos (HABERMAS, 2003, p. 215-216).

O Legislativo interpreta a Constituição ao elaborar e desenvolver o sistema de direitos. Só ele goza de acesso irrestrito aos argumentos de grande generalidade e abertura, como os éticos, morais, normativos e pragmáticos, realizando o processo de justificação de normas. Para Habermas (2003, p. 352), na tarefa de elaboração legislativa, o suprimento de informações e a escolha racional-finalística de meios são entrelaçados com o equilíbrio de interesses e com a constituição de compromissos, com a conquista da autocompreensão ética, com a formação de preferências, com a justificação moral e com testes de coerência jurídica.

Mas, no âmbito do parlamento, para que se assegure o procedimento democrático, é essencial que todos os membros da comunidade jurídica sejam capazes de tomar parte no discurso, com iguais oportunidades de assumir a posição de aceitação e de negação perante todas as afirmações relevantes.



Para que assim se opere, os discursos produzidos por representantes nas assembleias devem permanecer porosos, sensíveis e receptivos às sugestões, temas e contribuições de uma esfera pública comunicativa, pluralista, próxima do poder diluído.

Ao Judiciário, de sua vez, cumpre tão-somente desatar o feixe dos diferentes tipos de argumentos introduzidos no processo de normatização, fornecendo uma base racional para as pretensões de legitimidade do direito vigente e buscando conferir coerência ao sistema jurídico como um todo. Os discursos judiciais servem, desse modo, à aplicação das normas.

Nos discursos jurídicos de aplicação, uma decisão deve ser tomada apropriando-se das normas presumivelmente válidas em uma dada situação, cujas características relevantes devem ser descritas tão completamente quanto possível. O juiz atua como um representante imparcial da comunidade jurídica para a solução da controvérsia, visando decidir qual das normas válidas é aplicável. O Judiciário, ao interpretar a Constituição, toma suas razões para reger coerentemente casos concretos, de forma que as decisões tenham por base princípios jurídicos vigentes. Para as normas que não permitam aplicação consentânea com a Constituição, utiliza-se o controle de constitucionalidade.

À Administração, ao contrário do Legislativo e do Judiciário, é vedado lidar construtiva ou reconstrutivamente com os fundamentos ou motivos normativos. As normas conferidas à Administração vinculam a persecução de finalidades coletivas às premissas anteriormente estipuladas e restringe a atividade administrativa ao aspecto da racionalidade intencional. A ela compete, mediante utilização de discursos pragmáticos, escolher as tecnologias e estratégias mais adequadas à realização dos valores e finalidades previamente afirmadas nos discursos de justificação, sob a condição de que não se busque interesses ou preferências de sujeitos privados.

### 3.4. *Papel e limites de atuação das Cortes Constitucionais*

De acordo com a teoria discursiva, a prática decisória judicial é vinculada ao direito e às leis vigentes e a racionalidade da prestação jurisdicional depende da legitimidade desse direito, a qual, por sua vez, está associada à racionalidade do processo legislativo.

A questão da racionalidade da jurisdição está associada à necessidade de as decisões judiciais satisfazerem, ao mesmo tempo, aos critérios de segurança do direito e da aceitabilidade racional. O primeiro relaciona-se à manutenção de coerência do sistema jurídico, ao fato de as decisões devem levar em conta os precedentes jurisprudenciais. A aceitabilidade racional, por seu turno, prende-se à questão de verificar se os precedentes são efetivamente adequados ao caso concreto.

O procedimentalismo aposta na racionalidade das próprias condições que fundamentam o suposto de que o processo democrático como um todo facilita resultados racionais. “A partir daí, é possível dizer que a razão incorpora-se nas condições pragmático-formais possibilitadoras de uma política deliberativa, não sendo necessário contrapô-la a esta última como se fosse uma autoridade estranha, situada além da comunicação política.” (HABERMAS, 2003, p. 354).

Por isso, a Constituição, para a teoria discursiva, não pode ser concebida como uma ordem jurídica concreta que imponha uma forma de vida *a priori* específica à sociedade. Ao invés, ela estabelece procedimentos segundo os quais os cidadãos podem, no exercício de seu direito de autodeterminação, buscar realizar o projeto cooperativo de fixação de justas condições de vida.

Com esteio nesse raciocínio, pode-se afirmar que a Corte Constitucional tem a função de zelar para que o processo de elaboração legislativa ocorra sob as condições legitimadoras da política deliberativa, que deve

ser desenvolvida, segundo Michelman (1988, p. 1529), com a associação de dois elementos: a) a formação da vontade parlamentar institucionalizada nos procedimentos legais e b) construção da opinião política nos círculos informais de comunicação política. As contribuições, temas e propostas mais relevantes devem vir das margens para o centro estabelecido do espectro de opiniões.

Como explica Habermas (2003, p. 326), à Jurisdição Constitucional compete proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia pública e privada e resguardar os cidadãos das posições de poder econômico e social, preservando o exercício dos direitos comunicativos.

Um dos importantes temas de discussão levantados por Habermas (2003, p.298) quanto ao papel das Cortes Constitucionais diz respeito a uma crítica à jurisprudência de valores.

Segundo narra aquele autor, sob o paradigma do Estado Social de Direito, o sistema de direitos passou a ser efetivado por meio de titularidades a serviços prestados por um Estado provedor, que acobertaria os riscos, regulamentaria, facilitaria e compensaria.

Os direitos fundamentais, que passaram a fundamentar pretensões a prestações positivas, sofreram uma transformação que elevou os direitos subjetivos de liberdade para o conteúdo jurídico-objetivo de normas fundamentais conformadoras de estruturas.

Essas transformações na conceituação dos direitos fundamentais refletiu-se, nas decisões da Corte Constitucional alemã (cf. HABERMAS, 2003, p.308), no emprego dos chamados “conceitos-chave constitucionais” – tais como o princípio da proporcionalidade, da reserva do possível e da limitação da vigência imediata dos direitos fundamentais em função de direitos fundamentais de terceira pessoa – que serviriam para, nas hipóteses de colisão, inter-relacionar as várias normas de forma a conferir consistência à Constituição. Com o desenvolvi-

mento dos conceitos-chave, a Corte alemã passou a reconhecer a estrutura aberta da Lei Fundamental.

Por outro lado, a orientação por normas de princípios fundamentais levou a uma ampliação da margem de atuação do Poder Judiciário que subverteu o equilíbrio da estrutura normativa do Estado de Direito, ao custo da autonomia do cidadão. O perigo da ampliação de margem de atuação do Judiciário e do recurso às “normas de fundo” é, para Ingeborg Maus (1989, p. 191-210), que ele passe a se envolver em uma criação do direito reservada, segundo a lógica de separação de poderes, ao legislador democrático.

Vale destacar, no particular, que, segundo interpretação de Habermas quanto à teoria defendida por Robert Alexy (2002, p. 86), os princípios devem ser transformados em valores, como comandos de otimização cuja intensidade permanece aberta. Se as normas não dizem quando e como cumprir um comando de otimização, então a aplicação de tais princípios se faz mediante uma avaliação orientada por finalidades ou objetivos. Como nenhum valor tem prioridade incondicional sobre os demais valores, a mencionada operação de avaliação conduz a interpretação do direito ao interior de um caso relatado, concretizando a concepção de valores.

O grande equívoco dessa visão, segundo a teoria discursiva, é a equiparação de direitos a valores. É que os princípios – norma de mais alto nível à luz das quais as demais são justificadas – têm um sentido deontológico, que obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprir as expectativas generalizadas de comportamento. Seguem, portanto, uma pretensão de validade binária: ou são legítimas ou ilegítimas. Por isso, normas distintas não devem se contradizer reciprocamente, mas enquadrar-se em um complexo coerente, formando um sistema.

Já os valores, por seu turno, têm um significado teleológico, entendidos como pre-

ferências intersubjetivamente compartilhadas. Dessa forma, expressam, em uma coletividade específica, o caráter preferencial de bens pelos quais vale a pena lutar e que são adquiridos mediante ações dirigidas a objetivos ou finalidades. Firmam relações de preferência, que indicam quais bens são mais atrativos do que outros. Decisões sobre valor procuram, sobretudo, “o que é bom para nós”. Valores distintos competem entre si por prioridade, na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo em uma cultura ou forma de vida, constituindo, assim, configurações flexíveis plenas de tensão.

Assentadas essas premissas, a idéia de equiparar a Constituição a uma ordem concreta de valores se revela equivocada, pois esquece o caráter especificamente jurídico da Carta Magna. Os direitos fundamentais, como normas jurídicas que são, constituem-se, da mesma forma que as regras morais, segundo o modelo das normas vinculantes, e não o dos bens atrativos.

Além disso, a prestação jurisdicional orientada por valores põe em xeque a legitimação da decisão judicial, porquanto a concretização de normas assume a forma de uma elaboração legislativa implícita, que atribui às decisões da Corte o *status* de uma legislação concorrente. Habermas (2003, p. 321-322) alerta para o perigo de juízos irracionais fundados em valores, os quais fazem com que argumentos funcionalistas prevaleçam sobre os normativos e até mesmo concorram com garantias constitucionais de liberdade.

Habermas (2003, p. 322-323) condena, portanto, a prática judicial de submeter os direitos fundamentais a uma avaliação de custo-benefício, bem como a consideração da relação entre normas *prima facie* aplicáveis como valores em concorrência, pregando existir entre elas, ao invés, uma relação de adequação e não-adequação.

A validade de uma norma, seja ela regra ou princípio, possui, assim, o sentido deontológico de um comando e não o sentido te-

leológico do que poderíamos alcançar sob dadas circunstâncias no horizonte de nossos desejos.

Com essas premissas, poder-se-ia também definir a tarefa do juiz como a de encontrar, entre todas as normas pretensamente aplicáveis à espécie, aquela mais adequada ao caso concreto, que, para tanto, deve ser descrito da forma mais exaustiva possível e com todos os seus elementos relevantes (HABERMAS, 2003, p. 322).

#### *4. Estudo de casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo questões de natureza política*

A seguir, são colacionadas algumas decisões proferidas pelo STF em que são abordadas questões de natureza política, assim classificáveis pela doutrina abordada no início deste trabalho, para, na seqüência, analisá-las à luz dos pressupostos da teoria procedimental do discurso, visando primordialmente esclarecer em que medida seus postulados têm sido observados pela Corte Constitucional Brasileira, em especial no que diz respeito à compreensão do papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito.

A primeira das decisões invocadas é a proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, publicada no DJU de 4 de maio de 2004.

Naquela assentada, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar veto emanado do Presidente da República incidente sobre dispositivo da lei orçamentária anual de 2004 (LDO 2004), nada obstante tenha concluído pela prejudicialidade da argüição, emitiu juízo em que reconheceu a possibilidade de que a ação constitucional aludida seja utilizada como instrumento idôneo e apto à concretização de políticas públicas quando, previstas no próprio texto da Carta Política, venham a ser descumpridas pelas instâncias governamentais.

Segundo o Ministro Mello, embora não seja competência funcional do Poder Judiciário formular e implementar políticas públicas, em bases excepcionais, poderá ser-lhe atribuída tal incumbência, se e quando configurada hipótese de abusividade governamental.

Na mesma decisão, há também referência ao princípio da “reserva do possível”, segundo o qual a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Confirma-se, adiante, os principais trechos da decisão em comentário, *verbis*:

“[...] não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o

Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

[...] Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.”

Na decisão acima, observamos que o Supremo admitiu expressamente, ainda que em bases excepcionais, a possibilidade de o Judiciário formular e implementar políticas públicas, ao tempo em que reconheceu a ADPF como instrumento idôneo para viabilizar a concretização dessas mesmas políticas.

De acordo com a teoria discursiva, no entanto, a separação de competências entre as diversas instâncias passa a ser consubstanciada na possibilidade de utilização dos diferentes tipos de argumentos. Ao Judiciário, como vimos, compete fazer uso apenas dos discursos de aplicação das normas, não sendo facultado a ele lançar mão de argumentos éticos, morais, pragmáticos ou teleológicos para construir sua decisão.

De outra parte, não pode ele atuar, consoante condena Habermas, como um tutor que assume o lugar do menor de idade, para corrigir eventuais abusos ou omissões praticadas pelo Legislativo ou pelo Executivo, mas apenas zelar para que o processo de elaboração legislativa ocorra sob as condições legitimadoras da política deliberativa, garantindo a observância do princípio democrático e dos direitos fundamentais.

Ao se arrogar a possibilidade de criticar as opções políticas dos outros Poderes, o Judiciário atrai para ele próprio o risco de de-

ciões irracionais, pondo em xeque a legitimidade de sua atuação e dando azo ao fenômeno de qualificação do Judiciário como “superego da sociedade”.

Além disso, admitir a utilização do princípio da reserva do possível, como foi o caso da decisão citada, significa atribuir ao STF a faculdade de sopesar princípios, possibilitando que argumentos funcionalistas prevaleçam sobre os normativos e até mesmo concorram com garantias constitucionais de liberdade, prática também rechaçada pela teoria discursiva.

A segunda decisão a ser comentada é o Mandado de Segurança nº 25.295/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, divulgada no Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 384, de abril de 2005. Nessa deliberação, o Supremo concedeu a ordem impetrada contra o Decreto Presidencial nº 5.392/2005, por meio do qual a União declarou estado de calamidade pública no Município do Rio de Janeiro e autorizou a requisição de bens, serviços e servidores afetos a hospitais daquele Município ou sob sua gestão.

Na espécie, além de decretar a nulidade do ato, por falta de motivação, o STF atuou para evitar intervenção federal 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).

Concluiu, dessa forma, ter sido o Município em questão desafetado de serviço que lhe é próprio, por destinação constitucional, já que a saúde pública é área de atuação de toda pessoa federada, correspondendo a um condomínio funcional, nos termos do art. 196, da CF. Vejamos, a seguir, resumo do conteúdo dos informativos divulgados pelo STF:

“Informativo STF – Brasília, 18 a 22 de abril de 2005 – Nº 384.

Estado de Calamidade Pública e Sistema Único de Saúde – 1

O Min. Carlos Britto divergiu em parte do relator. Considerou tratar-se,

na espécie, não 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). Concluiu, dessa forma, ter sido o município em questão desafetado de serviço que lhe é próprio, por destinação constitucional, já que a saúde pública é área de atuação de toda pessoa federada, correspondendo a um condomínio funcional, nos termos do art. 196, da CF. MS 25295/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 20.4.2005. (MS-25295.)

Para examinar a atuação do Supremo na hipótese, faz-se necessário uma breve incursão pelo princípio do federalismo e sua contribuição para a concretização do princípio democrático.

Segundo o conceito clássico, o federalismo constitui uma forma específica de Estado na qual o governo está verticalmente dividido entre governos regionais e governo central, de modo que cada um tem autoridade exclusiva em sua área de atuação. Ambos governam o mesmo território e a mesma população, mas cada um tem autoridade para tomar decisões independentemente do outro. Essa autoridade, por sua vez, é derivada do voto popular direto e de recursos próprios para o exercício do poder (RIKER, 1964, p. 1975).

O federalismo é, assim, um sistema de poder e de tomada de decisão compartilhado entre dois ou mais governos livremente eleitos, com autoridade sobre as mesmas pessoas e a mesma área geográfica. Garante e protege a capacidade de tomar decisões em que os resultados são sentidos de forma mais imediata nas comunidades locais, bem como nos níveis mais altos do governo.

Ele promove a responsabilidade do governo para com as pessoas e incentiva a participação dos cidadãos e a responsabilida-



de cívica, ao permitir que os governos locais elaborem e administrem leis locais, que refletem as preferências segundo as quais as comunidades locais escolhem viver — polícia e bombeiros, administração escolar, saúde local e regulamentos sobre a construção são, com frequência, decididos e administrados localmente.

A vantagem do sistema num país geograficamente grande e economicamente diversificado como o Brasil é que as disparidades de renda e bem-estar social entre as regiões podem ser tratadas pelo governo nacional através de políticas que redistribuem os impostos arrecadados.

Vale acrescentar, por oportuno, que o federalismo proporciona oportunidades múltiplas para os partidos políticos servirem seus eleitores, pois mesmo que determinado partido não detenha a maioria no Parlamento ou no Executivo, é permitido sua participação nos níveis regional e local.

Registre-se, de outra parte, como já salientado neste trabalho, que a concretização do procedimento democrático depende de que todos os membros da comunidade jurídica sejam capazes de tomar parte no discurso, com iguais oportunidades de assumir a posição de aceitação e de negação perante todas as afirmações relevantes.

Para que assim se opere, os discursos produzidos por representantes nas assembleias devem permanecer porosos, sensíveis e receptivos às sugestões, temas e contribuições de uma esfera pública comunicativa, pluralista, próxima do poder diluído.

Ademais, é próprio da lógica do discurso o princípio do pluralismo político, que reflete a necessidade de suplementação da formação da opinião parlamentar por meio da construção da opinião informal envolvendo os partidos políticos e aberta a todos os cidadãos na esfera pública. É a garantia dessa autonomia das esferas públicas e da concorrência partidária, juntamente com o princípio parlamentar, que constituem o princípio da soberania popular.

Considerando que o federalismo, ao diluir o poder político – ao fomentar a participação ativa dos cidadãos no âmbito local (permitindo a averiguação mais próxima dos problemas cotidianos daquela comunidade) e ao estimular o pluralismo político – atua em prol da permeabilidade do processo discursivo de formação da opinião/vontade e do princípio da soberania popular, podemos afirmar que a atuação judicial em defesa do princípio federativo se coaduna com o papel da jurisdição constitucional pensado em termos de teoria discursiva.

Nesse sentido, é lícito também concluir que a decisão do Supremo, no caso, atuando em defesa do princípio do federalismo, está em consonância com a concretização do princípio democrático.

O terceiro e último julgado a ser examinado é o Mandado de Segurança nº 25647 MC/DF, relator Ministro Carlos Britto, impetrado pelo então Deputado José Dirceu contra ato praticado pelo Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, na Representação 38/05, do PTB – Partido Trabalhista Brasileiro, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, no recurso 229/05, e pela Mesa Diretora e Presidência da Câmara dos Deputados, em que se lhe imputava a prática de quebra do decoro parlamentar.

A principal argumentação aviada pelo requerente, alvo de controvérsias no Supremo, alegava ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, em decorrência da inversão da ordem de oitiva das testemunhas no processo de cassação, consoante noticiado no informativo STF nº 411, de 28 de novembro a 2 de dezembro de 2005, que abordou a matéria em questão. Adiante, são citados excertos do voto de minerva do Ministro Sepúlveda Pertence:

“Voto do Ministro Sepúlveda Pertence

Com todas as vênias, o contraditório e a ampla defesa assegurados ao mandatário — independentemente de norma regimental expressa do Cód-



go de Ética e Decoro — são bastantes a impor o transplante ao processo parlamentar, sempre que nele se haja de admitir a prova oral, da regra que a audiência das testemunhas da acusação haja de preceder à inquirição daquelas arroladas pela defesa.

Essa precedência não é regra de mera ordenação procedimental, mas imperativo da ‘relação dialógica’ — usando a expressão do Ministro Celso de Mello — em que se há de desenvolver todo e qualquer processo regido pela garantia da contraditoriedade, que, acentuou S.Exa, há de ‘ser efetiva e real, não meramente simbólica ou retórica, ensejando-se ao que sofre uma acusação’ — seja qual for a sua índole, penal, administrativa ou política — ‘a possibilidade de contestar, de opor a qualquer prova que lhe seja prejudicial’, o que — enfatizo — envolve a de produzir contraprova da anteriormente oferecida pela acusação.”

Os argumentos bem lançados pelo Supremo pugnam pela observância, na hipótese, do princípio do contraditório, que representa nada mais nada menos do que o próprio princípio do discurso aplicado à decisão judicial. Essencial, portanto, que, mesmo no processo de cassação política, todas as partes afetadas pela decisão tenham a chance de se manifestar em igualdade de condições e de se contrapor a cada uma das afirmações altercadas pela parte contrária.

Registre-se, ainda, que, para a teoria discursiva, uma jurisdição constitucional ofensiva é requerida exatamente nos casos que digam respeito à imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa de formação da opinião e vontade políticas.

Essa a situação ocorrida no processo de cassação do ex-Deputado José Dirceu. Violados os pressupostos discursivos de formação da decisão no curso do processo de cassação (por meio da inobservância do devido processo legal e do contraditório),

andou bem a nossa Corte Constitucional ao intervir para restabelecer o procedimento adequado no processo.

## 5. Conclusão

Muito embora o Supremo tenha, ao longo de sua história, recorrido à doutrina das questões políticas para conter o exercício da jurisdição sobre determinadas matérias, a tendência atual tem sido a redução do seu âmbito de incidência, o que pode ser constatado nas recentes apreciações de temas como o processo de *impeachment* do Presidente da República e os processos político-disciplinares de parlamentar.

Nas matérias em que ainda se pratica a autocontenção, a Corte Constitucional sofre duras críticas por parte daqueles que sustentam que a doutrina das questões políticas tem servido como uma escusa para escamotear a falta de independência do Judiciário e a intenção de evitar seu enfrentamento com os demais Poderes do Estado.

No que concerne à apreciação das matérias ditas *interna corporis* do Legislativo, as críticas, de fato, merecem prosperar. Se é verdade que as assembléias devem estar sujeitas a regras procedimentais que garantam os pressupostos comunicativos necessários à formação discursiva do direito, daí decorre a relevância das questões regimentais como modo de eleição dos representantes, imunidades parlamentares, regras da maioria, turnos de discussão e votação, constituição de comissões e organização dos trabalhos.

Falta ao Judiciário, nessas hipóteses, reconhecer o papel de relevo que as condições procedimentais de formação da lei desempenham no Estado Democrático, para então adotar uma postura mais agressiva na defesa do chamado “devido processo legislativo”.

É preciso ressaltar, noutro giro, que nem sempre o intervencionismo judicial é saudável para a democracia. Quando se fala do debate atual sobre a efetividade dos direitos sociais, o Judiciário tem se utilizado de ar-

gumentos funcionalistas como o princípio da reserva do possível, do “prejuízo financeiro”, do “dano econômico irreversível” e o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, para deixar de reconhecer direitos normativamente garantidos e para arrogar-se a função de deliberar sobre políticas públicas.

A postura do Supremo de sopesar princípios e de admitir, ainda que em bases excepcionais, que o Judiciário possa formular e implementar políticas públicas – classificada por muitos como “responsável” – faz, nesses casos, é evidenciar a tendência do Judiciário, condenada por Habermas, de agir como tutor do Legislativo e do Executivo, o que frequentemente o leva a chancelar abusos por parte dos governantes.

Isso não quer dizer que o proceduralismo impeça a inclusão social. Ao contrário, ele a pressupõe e exige da atividade judicial o compromisso com a busca da resposta correta, sujeita a questionamentos e a análises de mérito, fundamentadas no agir comunicativo, no tratamento adequado dos argumentos éticos, morais e pragmáticos e no próprio procedimento.

Merecem aplausos, por outro lado, as intervenções bem-sucedidas do Tribunal na defesa do princípio do devido processo legal e do contraditório nos processos político-disciplinares, porquanto a possibilidade de que as partes envolvidas numa discussão sejam ouvidas e participem do processo em igualdade de condições é requisito fundamental para a formação discursiva do direito. Igualmente louvável tem sido sua atuação na defesa do federalismo, cláusula pétrea da Constituição, cujo valor para a democracia consiste em tornar mais diluídos e porosos os processos de formação da vontade nas esferas públicas de decisão.

### Notas

<sup>1</sup> Nesse sentido, cf. JUCÁ, Francisco Pedro. Judicialização da política e politização do Judiciário.

*Ciência Jurídica*, n. 85, jan.-fev. 1999 e SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 99-101.

<sup>2</sup> Cf. RTJ 32/480, RTJ 34/438, RTJ 60/398, RTJ 7/385, RTJ 95/589, RTJ 110/650.

<sup>3</sup> Cf. Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nºs 21.564, 21.623, 21.628, 21.689 e 21.633. In: *Impeachment: Jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1996.

### Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad.: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudio Constitucionales, 1989.

ARAÚJO, António. “Political question doctrine”. *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n. 12, p. 190-193, jan./jun., Portugal, 1998.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 68.402-5/DF. Impetrante: John Michael Whitte. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 2.295. Impetrante: Município do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163.

CITTADINO, Giselle. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2.ed. revista, atualizada e ampliada do livro *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 2000.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1983).

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUCÁ, Francisco Pedro. Judicialização da política e politização do Judiciário. *Ciência Jurídica*, n. 85, jan.-fev. 1999.

MAUS, Ingborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Tradução Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Estudos em Avaliação Educacional Fundação Carlos Chagas*, n. 20, jul.-dez. 1999.

RIKER, W. *Federalism, Origin, Operation, Significance*. Little, Brown and Company, 1964.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

TEIXEIRA, José Elares Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.



# A efetividade do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito

Por uma interpretação constitucionalmente adequada aos direitos da mulher no trabalho

Maria Terezinha Nunes

## Sumário

1. Introdução. 2. O princípio da igualdade nos diversos paradigmas do direito. 3. Os direitos da mulher no trabalho anteriores à Constituição de 1988. 4. Os direitos da mulher no trabalho e a Constituição de 1988. 5. Os direitos da mulher no trabalho e a proteção internacional. 6. A mulher e o mercado de trabalho. 7. O Supremo Tribunal Federal e o princípio da não-discriminação. 7.1. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 953-2/DF. 7. 2. A análise da decisão do Supremo Tribunal Federal. 7. 3. A interpretação no controle de constitucionalidade. 8. A efetividade dos direitos da mulher no trabalho. 8.1. A interpretação constitucionalmente adequada para efetivação do princípio da não-discriminação. 9. Considerações finais.

*Temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza, temos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza.*

*Boaventura Santos*

## 1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, representando o marco jurídico da democracia no País, redefiniu o conceito de igualdade entre homens e mulheres somando o caráter formal, sempre presente nas Constituições anteriores, ao caráter material, com reconhecimento explícito das diferenças e da condição de desigualdade da mulher na sociedade (PIOVESAN, 2005, p. 48).

Considerando que o compromisso estabelecido constitucionalmente com o regime democrático, na promoção da igualdade en-

Maria Terezinha Nunes, Advogada, Especialista em Direito Legislativo e Análise de Constitucionalidade é servidora do Senado Federal.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília - UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. JOSÉ EDUARDO ELIAS ROMÃO.

tre homens e mulheres, harmoniza-se com o princípio da dignidade humana e repúdio à intolerância aos diferentes, buscamos compreender por que, tendo a Constituição Federal consignado em seu texto vários dispositivos garantidores da igualdade, tais como proibição da discriminação e de proteção dos direitos da mulher no trabalho, não reflete, no mercado de trabalho, as transformações que propugna.

Com esse objetivo, trazemos à reflexão o papel da interpretação como instrumento de efetividade das normas constitucionais, tanto na criação das leis proibitivas da discriminação e de proteção do trabalho da mulher pelos diversos entes da federação, quanto na interpretação dessas leis, quando questionadas, no Judiciário.

Analisaremos a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Lei Distrital nº 417/93, a qual tem servido de paradigma para outras ações diretas contra leis dos Estados, (ADIns nºs 2487-6/SC, 3165-1/SP e 3166-0/SP, em tramitação no STF), cujo objeto é a redução da discriminação da mulher no trabalho, sob a alegação de que os Estados estão legislando sobre trabalho, matéria de âmbito restrito à ação legislativa e de fiscalização da União.

Questionamos essa decisão, uma vez que, sob os fundamentos do Estado Democrático de Direito, a interpretação da Constituição Federal pelo órgão máximo do Poder Judiciário há de ser atenta não só ao conteúdo formal da lei, mas também ao conteúdo material de garantias dos direitos fundamentais, lançando os olhos para a finalidade da lei numa nova interpretação constitucionalmente adequada em que, sem afrontar o Estado de Direito, oriente-se pela busca da efetivação do princípio da igualdade de gênero e da afirmação da democracia no País.

## *2. O princípio da igualdade nos diversos paradigmas do direito*

Fizemos uma breve incursão nos paradigmas do direito para compreender as di-

ferentes conceituações pelas quais passou o princípio da igualdade, desde o paradigma da Modernidade até os nossos dias.

O primeiro paradigma, do Estado liberal, teve por mérito consagrar no texto constitucional a igualdade formal, ou seja, de que todos são iguais perante a lei. No Estado liberal, tinha-se a crença de que a interferência mínima no espaço privado era o quanto bastava para a garantia do exercício da liberdade. Contudo, a igualdade formal e o mercado livre mostraram-se insuficientes para conter as desigualdades sociais, as quais eram mais evidenciadas nas relações trabalhistas onde se percebia o abismo que separava os sujeitos envolvidos nas relações contratuais: os empregados e os empregadores.<sup>1</sup> (CARVALHO NETTO, 2001, p. 15).

Foi nesse contexto de se buscar novas respostas para as desigualdades sociais, notadamente no mercado de trabalho, que se criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, quando da assinatura do Acordo de Paz entre as nações, incluindo-se uma cláusula no Tratado de Versalhes.

No paradigma do Estado Social, resgata-se a intervenção do Estado para a garantia dos direitos sociais, amplia-se o aparelho estatal para permitir ao público (apenas o Estado) minimizar as desigualdades sociais, por intermédio da regulação do direito do trabalho e criação do sistema previdenciário.

Entretanto, foi no Estado Democrático de Direito, segundo CARVALHO NETTO (2001, 17) que se tornou necessário repensar o valor da igualdade, a fim de que as especificidades e as diferenças sejam observadas e respeitadas. Conforme esse autor, somente mediante essa nova perspectiva é possível transitar da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva, quando há uma ampliação do espaço público para abranger não só o Estado, mas também as associações da sociedade civil. Esse ambiente, propício ao debate e ao questionamento, proporciona às mulheres a busca



pelo reconhecimento da diferença e a efetivação do princípio da igualdade.

### *3. Os direitos da mulher no trabalho anteriores à Constituição de 1988*

Maria Alice de Barros, em pesquisa detalhada dos direitos da mulher, nos mostra a evolução desses direitos no trabalho, desde o seu início, na legislação infraconstitucional brasileira até ser alçada à garantia constitucional, conforme exposto a seguir (BARROS, 1995, p. 410-423).

A primeira lei referente ao trabalho da mulher surgiu no Estado de São Paulo, em 1917, a qual proibia o trabalho da mulher “nos estabelecimentos industriais no último mês de gravidez e no primeiro de puerpério”. Somente em 1923 foi facultado, mediante lei federal, um repouso de trinta dias antes e trinta dias após o parto às mulheres que trabalhassem nos estabelecimentos comerciais e industriais.

Pelo Decreto de 1932, foi assegurado um repouso de quatro semanas antes e quatro semanas após o parto àquelas que trabalhassem em estabelecimentos públicos ou privados. Esse Decreto previa a estabilidade do emprego da mulher gestante. A proteção à maternidade ganhou contornos constitucionais a partir da Constituição de 1934. Foi assegurada, nessa Carta, a igualdade de salário entre homens e mulheres, proibido o trabalho da mulher em locais insalubres e era ampla a proteção à maternidade à conta da contribuição da União, do empregado e do empregador.

A Constituição de 1937 assegurou, em legislação infraconstitucional, a licença da gestante “sem prejuízo do salário”, à conta do empregador, omitindo-se quanto à estabilidade da gestante. O custo da licença maternidade para o empregador contrariava a Convenção nº 03, da OIT, ratificada pelo Brasil em 1935, no sentido de que o encargo referente ao afastamento da gestante não devia onerar o empregador, já alertando para o fato de que a elevação do custo da

mão-de-obra feminina acarretava uma discriminação das mulheres no trabalho. A Constituição de 1937 silenciou quanto à proibição de diferença de salário entre os sexos. Assim, em 1940, foi publicado Decreto autorizando a diferença de salários em 10%, em desfavor das mulheres.

A Constituição de 1946 voltou a proibir a diferença de remuneração, por motivo de sexo, assegurava o repouso remunerado e a estabilidade da gestante. Nessa ocasião se travou discussão entre o governo e os representantes da OIT em razão das divergências sobre o custo do repouso da gestante, resultando na denúncia da Convenção nº 03 pelo Brasil. Ocorre, entretanto, que havendo a ratificação da Convenção nº 103, da OIT, em que constava a mesma diretriz, não houve como o governo se eximir de transferir essa obrigação para a previdência, liberando o empregador desse ônus.

A Constituição de 1967 e a Emenda nº 01, de 1969, mantiveram os mesmos direitos da Constituição de 1946, ressaltando-se a Constituição de 1967 quanto à proibição de diferença de critérios de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil e aposentadoria.

Verificou-se com o passar dos tempos que a tutela legal da mulher no trabalho, conferida pelo Estado, na realidade, tinha como destinatário a proteção da família, visando à conciliação do trabalho da mulher fora do lar com o trabalho no lar. As leis limitando a jornada de trabalho, proibindo a remuneração pela sua prorrogação, restrição ao trabalho em lugares insalubres, a licença gestante à custa do empregador, na verdade fomentava a discriminação da mulher no trabalho.

### *4. Os direitos da mulher no trabalho e a Constituição de 1988*

A igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações, proclamada pela Constituição Federal de 1988, sem dúvida representou um ganho extraordinário para

as mulheres na busca incessante ao direito de igualdade. Segundo SILVA (2002, p. 216) “[...] É um artigo que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações”.

Nesse sentido, a Constituição Federal evoluiu no Estado Democrático de Direito para consignar a igualdade meramente formal, perante a lei, e a igualdade material, mediante previsão de medidas punitivas e ações afirmativas de incentivos específicos de compensação, visando a redução das desigualdades sociais por gênero. Com essa finalidade, a Constituição discrimina positivamente a mulher criando benefícios previdenciários diferenciados em razão do sexo, como são exemplos a proteção à maternidade, a aposentadoria com menos idade e tempo de contribuição, e a proteção do mercado de trabalho mediante incentivos específicos.

A Constituição Federal determina que o exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão é livre, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII). No entanto, a realidade evidencia um cenário completamente diferente a se descortinar desde a fila de seleção para o emprego. A mulher, candidata ao emprego, mesmo em igualdade de condições profissionais e intelectuais com o homem, carrega consigo, só pela condição do sexo<sup>2</sup>, a carga das obrigações familiares existentes ou a existir como possibilidade futura e comprometedoras para a empresa em termos de disponibilidade, dedicação e previdência.

Não obstante o amplo leque de direitos e garantias às mulheres para que tenham sua dignidade valorizada no ambiente de trabalho, as pesquisas revelam uma realidade onde impera a discriminação e o desrespeito às normas constitucionais. O acesso ao mercado de trabalho é limitado pelas exigências discriminatórias; a contratação é vista com reserva; exigências são feitas em relação à procriação e estado civil, são diferentes os salários e o exercício de funções.

Por isso, a erradicação da discriminação, por sexo, no trabalho e a materializa-

ção do princípio da igualdade faz-se mais exigente no Estado Democrático de Direito em que o princípio da dignidade humana foi erigido à condição de princípio fundamental da República, cujo *status* impede qualquer transigência seja na esfera pública ou privada.

Ante esse quadro de aparente contraste entre a constituição e a realidade, é possível observar a importância da interpretação constitucional na criação de normas de combate à discriminação da mulher e a chance-la do intérprete máximo da Constituição na aplicação dessas leis como forma de efetivação do princípio da igualdade entre homens e mulheres.

### *5. Os direitos da mulher no trabalho e a proteção internacional*

A Constituição Federal de 1988 elege como princípio a reger as relações internacionais da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos. Esse princípio significa a observância interna dos compromissos assumidos internacionalmente, mediante tratados, convenções ou conferências de direitos humanos. Conforme PIOVESAN (2005b, p. 47), a incorporação dos direitos humanos ao direito doméstico dos Estados ocorreu a partir do fim da segunda guerra mundial quando pelos horrores produzidos buscou-se uma garantia adicional para a universalização e proteção dos direitos humanos e, “neste contexto, [...] emerge a grande crítica e repúdio à idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, captado pela ótica meramente formal”.

A Convenção das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher constitui-se em um dos principais documentos internacionais de proteção da mulher que o Brasil inseriu em seu ordenamento jurídico, pela vinculação do princípio da igualdade com a efetivação do princípio da não-discriminação. Mas o compromisso do Brasil com a

Organização Internacional do Trabalho (OIT) na promoção da igualdade entre homens e mulheres no trabalho é anterior a essa Convenção da ONU, conforme Convenção nº 100, de 1951, que trata da igualdade de remuneração entre homens e mulheres, e a Convenção nº 111, sobre a discriminação no emprego e profissão.

## 6. A mulher no mercado de trabalho

A situação atual da mulher brasileira no mercado de trabalho foi bem retratada por Laís Abramo, Especialista Regional em Gênero e Trabalho da representação da Organização Internacional para o Trabalho – OIT no Brasil, no artigo intitulado “Desigualdades e Discriminação de Gênero e Raça no Mercado de Trabalho Brasileiro e suas implicações para a formulação de uma política de emprego”.

Segundo a Especialista, o mercado de trabalho brasileiro está marcado por significativas e persistentes desigualdades de gênero e raça, devendo esse aspecto ser levado em conta nas políticas públicas em geral e, em particular, nas políticas públicas de emprego, inclusão social e redução da pobreza. Ressalta que não obstante a participação da mulher no mercado de trabalho representar 42% da população economicamente ativa “[...] apresentam uma situação de sistemática desvantagem em todos os indicadores sociais e de mercado de trabalho considerados. Além disso, é necessário assinalar que as desigualdades de gênero e raça são eixos estruturantes da matriz ou do padrão desigualdade social no Brasil, padrão esse que está na raiz da permanência e reprodução das situações de pobreza e exclusão social”. (grifamos)

Em síntese, as conclusões da Especialista da OIT: 1 – O número de mulheres no mercado de trabalho vem aumentando progressivamente, mas ainda é inferior à participação masculina. A taxa de participação das mulheres no mercado de trabalho representa 55% e a taxa de participação masculina chega a 85%;

2 – A taxa de participação das mulheres pobres em relação à taxa de participação dos homens pobres é bem inferior, significando que as mulheres “mais pobres e menos escolarizadas” enfrentam dificuldades adicionais para entrar no mercado de trabalho, destacando-se dentre outros fatores, os obstáculos que têm de enfrentar para compartilhar as responsabilidades domésticas, em particular o cuidado com os filhos;

3 – O nível de escolaridade aumentou na população economicamente ativa, como um todo. Constatou-se, porém, que as mulheres brancas são mais escolarizadas que os homens brancos e as mulheres negras são mais escolarizadas que os homens negros;

4 – A taxa de desemprego das mulheres é superior à dos homens, acentuando-se essa diferença na década 1992 a 2001;

5 – As diferenças de remuneração, relacionadas ao sexo e cor, são fatores de crescente discriminação no mundo do trabalho. Considerando a hora trabalhada, as mulheres recebem em média 79% da remuneração média dos homens (21% a menos). As mulheres negras recebem apenas 39% do que recebem os homens brancos (61% a menos). Observa a Especialista que “o perfil educacional mais elevado das mulheres deveria refletir-se em uma renda média mais alta que a dos homens. No entanto, a renda das mulheres é sistematicamente inferior à renda dos homens com os mesmos níveis de escolaridade”;

6 – A segmentação ocupacional, ou distribuição ocupacional de homens e mulheres no mercado de trabalho “é uma das expressões mais claras de poderosos mecanismos de discriminação”.

Ao final, Laís Abramo declara que a melhoria das condições da mulher no mercado de trabalho tem reflexos diretos na erradicação do trabalho infantil, uma vez que “uma parcela cada vez maior da população depende exclusivamente, ou em grande medida, dos rendimentos advindos do trabalho remunerado das mulheres, ou seja, “quase um terço das famílias brasileiras são

chefiadas por mulheres e isso, em geral, quer dizer que as mulheres são as únicas provedoras dessas famílias”. Esses dados confirmam a importância do trabalho da mulher para a erradicação da pobreza em um número cada vez mais significativo de domicílios.

Vindo ao encontro das conclusões do trabalho da OIT, registramos o estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sobre Pobreza e Exclusão Social<sup>3</sup>, o qual, embora não trate especificamente da perspectiva de gênero no trabalho, analisa o aspecto da renda na redução da pobreza, sua influência nas desigualdades sociais e as dificuldades encontradas por determinados segmentos da sociedade para sair desse ciclo, em razão de seus atributos pessoais.

De acordo com essa pesquisa, o crescimento sustentado “certamente deverá produzir efeitos positivos na redução da pobreza e em suas mais trágicas manifestações, a indigência e a fome, mas são poucos conhecidos os seus efeitos sobre as desigualdades, [...] assim ele é importante, mas não suficiente”.

Esclarece os autores desse Capítulo que “na prática, a *pobreza* é associada à insuficiência de renda. Diz-se, portanto, que um indivíduo ou uma família é pobre quando a soma de seus rendimentos não lhe permite satisfazer as necessidades básicas de alimentação, transporte, moradia, saúde e educação. Por sua vez, *exclusão social* é interpretada de maneira mais ampla e abrange, *além da renda, restrições à mobilidade social* (intra e intergerações) derivadas de condições como raça, sexo, tipo de ocupação, condição socioeconômica, além de fatores culturais, institucionais e políticos” (grifamos).

A pesquisa mostrou que a *exclusão social* pode ser vista sob os seguintes enfoques: a) da limitação da possibilidade de ascensão social, por fatores independentes de esforço ou mérito; b) interferência de mecanismos institucionais e culturais na mobilidade social em razão de fatores como posição no

mercado de trabalho, escolaridade cor e sexo; c) sob o enfoque da “vulnerabilidade social” causada pela marginalização de determinados segmentos sociais (em geral pobres com baixa escolaridade, negros e mulheres) em relação aos benefícios gerados pelo desenvolvimento (IPEA, 2005, p. 87-89).

Assim, podemos concluir pelos trabalhos realizados pelo IPEA e OIT, que a discriminação contra a mulher no mercado de trabalho é uma realidade comprovada que envolve a dificuldade de acesso e permanência no emprego. É fator de marginalização e pobreza quando é registrada uma baixa taxa de participação das mulheres no mercado de trabalho e um grande número de domicílios chefiados por mulheres, com renda familiar exclusiva desta.

Considerando que a redução das desigualdades sociais, mediante redistribuição da renda, redução da pobreza e da marginalização passa, necessariamente, pelo mercado de trabalho, fórmulas alternativas de efetivação dos direitos da mulher no trabalho, mediante redução de todas as formas de discriminação, devem ser buscadas e experimentadas.

## 7. O Supremo Tribunal Federal e o princípio da não-discriminação

### 7.1. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 953-2/DF

Foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, contra a lei distrital nº 417, de 1993, que cuidava de normas de proteção à mulher no trabalho. Até então, inexistia lei federal que regulasse condutas proibidas como a exigência de teste de gravidez para o acesso ao emprego. Somente em 1995, com a Lei nº 9.029, essa prática, além de outras semelhantes às previstas na lei distrital, foram relacionadas como proibidas, passíveis de multa e detenção de um a dois anos.

Mesmo havendo, à época, omissão legislativa da União, compreendeu o Ministro

Relator da Medida Cautelar que a Constituição, vinculando as competências para legislar e fiscalizar no âmbito do trabalho excluiu qualquer pretensão dos Estados nessa matéria, “não obstante a extrema relevância social das inspirações da lei discutida”. Essa decisão foi confirmada, no mérito, em 2003.

### 7.2. *Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal*

Pode uma lei estadual, que visa combater a discriminação da mulher no trabalho, e, portanto, atribuir efetividade a direitos fundamentais, ser taxada de inconstitucional? Para o Supremo Tribunal Federal a resposta é afirmativa, a considerar pela declaração de inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 417, de 1993, restringindo a interpretação de seu conteúdo ao campo formal, exclusivo da competência privativa. Contudo, a finalidade da norma impugnada, não somente essa, mas qualquer outra, que objective efetivar direitos fundamentais, deve ensejar a rejeição da solução comum e imediata de inconstitucionalidade absoluta para a busca de uma nova interpretação, constitucionalmente adequada, para a real garantia desses direitos.

A concessão da cautelar, sob o argumento do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, para assegurar a não aplicação de multas a quem praticasse atos atentatórios à dignidade da mulher, com a preocupação limitada ao aspecto da legalidade formal, permitiu a afronta direta a um princípio fundamental da República, qual seja o da dignidade da pessoa humana, constante do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal e o objetivo de redução de qualquer forma de discriminação, determinado pelo art. 3º, inciso IV.

No julgamento do mérito, ocorrido em 2003, a Ministra Relatora fez constar de seu voto o cenário de discriminação que a mulher enfrentava no mercado de trabalho apresentando dados estatísticos do IBGE e DIEESE, mas, ao final, sem atentar para o fato de que as leis federais de combate à dis-

criminação, especialmente a Lei nº 9.029, de 1995, já contavam com mais de sete anos de vigência, entendeu que as leis federais melhor implementariam as garantias e direitos individuais.

A interpretação de cunho eminentemente formal dificultou a compreensão da responsabilidade e compromisso de todos os entes da Federação na efetividade dos direitos fundamentais e na consolidação do Estado Democrático de Direito, determinada pelo art. 23, I, da Constituição Federal. Muito embora o comando constitucional contido no inciso XLI do art. 5º indique que cabe à lei federal a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, *cuidou a Constituição de indicar claramente que essa tarefa seria também dos Estados e Municípios quanto às pessoas com deficiência (art. 23, II e art. 24, XIV) e quanto à proteção da infância e juventude (art. 24, XV) (grifamos).*

Considerando, então, que a Constituição não indica com a mesma clareza, no rol das competências, a quem caberia a legislação quanto à proteção dos direitos da mulher contra qualquer forma de discriminação, caberia uma construção interpretativa do Supremo Tribunal Federal voltada para a unidade dos princípios e objetivos constitucionais na consolidação do Estado Democrático de Direito. Com essa finalidade, haveria de ser considerado o papel central da efetivação do princípio da igualdade e erradicação de toda forma de discriminação como tarefa não só da União, mas também dos Estados e Municípios, tarefa essa implícita na competência comum disposta nos arts. 23, I e X da Constituição Federal.

### 7.3. *A interpretação no controle de constitucionalidade*

SILVA (2003, p. 60-61) em esmerado trabalho de pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, referente ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, nos dá conta de que as decisões dessa Corte “confirmam a tradicional cultura do



patriarcado no País. Em raras ocasiões a Corte adotou uma postura neutra em relação ao tratamento diferenciado conferido aos indivíduos pertencentes ao sexo feminino, ressaltando-se a orientação constantemente “protetora” das mulheres”.

Após 1988, com a nova ordem constitucional voltada para a consagração dos direitos fundamentais e dentre eles o princípio da igualdade, verificamos alguns julgados a respeito do princípio da igualdade e da não-discriminação no controle concreto (Recursos Extraordinários de nºs 336361/RJ; 375896/RJ), os quais confirmaram a constitucionalidade das ações compensatórias utilizadas pela lei para minorar as desigualdades da mulher no trabalho, pela aplicação do princípio da igualdade, consubstanciado no tratamento desigual aos desiguais.

Assim, não obstante os revezes na interpretação do princípio da não-discriminação da mulher, em especial no trabalho, são poucos os casos sujeitos ao deslinde jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. Esse fato, longe de afastar o judiciário na efetivação do princípio da igualdade, ao contrário, o exige cada vez mais considerando a realidade da situação da mulher no mercado de trabalho estampada nas estatísticas oficiais.

A interpretação adequada à concretização dos direitos da mulher, realizada em sede de controle difuso ou concentrado, há que ser voltada para a efetivação do princípio da não-discriminação e da igualdade, primando sua interpretação pela unidade da Constituição, Segundo BASTOS (2001, p. 386-387) “alcançada por intermédio da harmonização de seus preceitos”.

Para PIOVESAN (2005b, p. 49-50) a “Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais”, nesse sentido “pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe doa unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de

1988, imprimindo-lhe uma feição particular”.

Assim, não obstante a crítica que fazemos no presente estudo, quanto à posição do Supremo Tribunal Federal manifestada na declaração de inconstitucionalidade da lei distrital que visava coibir práticas discriminatórias no ambiente de trabalho, sob a alegação de vício formal, consideramos relevante a discussão produzida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2816-2, de 24.02.2006, em que aquela Corte privilegiou a análise do conteúdo da norma em razão de sua finalidade.

No referido julgamento, o Ministro Carlos Britto, manifestando inquietude quanto à finalidade da norma, abriu a discussão para o campo material da lei. Em seu entendimento, a lei disciplinava procedimentos administrativos voltados para a ampla defesa e o contraditório, os quais não colidiriam com as normas federais sobre trânsito. A ação foi julgada procedente em parte sob o fundamento de que os Estados-membros detêm competência para a edição de leis sobre procedimentos administrativos.

Sendo o princípio da não-discriminação da mulher no trabalho um princípio que reclama efetividade no Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional no modelo concentrado, com eficácia *erga omnes*, a exemplo do que ocorreu com a ADIn nº 1946/DF, pela qual ficou pacificada a controvérsia sobre o pagamento integral dos salários à empregada no período da licença maternidade, privilegiando, assim, a interpretação que garante a efetividade dos direitos fundamentais, será importante resposta do Supremo Tribunal Federal ao esforço de superação das desigualdades sociais provocadas por discriminações, em razão de gênero<sup>4</sup>.

## 8. A efetividade dos direitos da mulher no trabalho

A efetividade dos direitos da mulher no trabalho depende, inexoravelmente, da re-



dução de toda e qualquer forma de discriminação quanto ao acesso ou permanência no emprego. Reduzir a discriminação, porém, significa ir bem mais além: significa construir a cidadania sob o comando do princípio da dignidade humana.

A prioridade na erradicação da discriminação no ambiente de trabalho é ressaltada pela OIT (2003, p. 27), conforme observamos da resposta ao questionamento “Por qué es importante eliminar la discriminación en el trabajo”:

*“La erradicación de la discriminación del lugar de trabajo es estratégica para combatir la discriminación en otros ámbitos. Em el lugar de trabajo se puede contribuir a disipar los prejuicios y los estereotipos si se reúne y se trata com equidad a personas com características diferentes. Se pueden ofrecer modelos de conducta que los miembros de grupos desfavorecidos podrán tener em cuenta. Los lugares de trabajo que sena socialmente incluyentes pueden allanar el camino para lograr um mercado de trabajo y sociedad más igualitarias, democráticas y unidas.”*

Assim, considerando que a proteção dos direitos da mulher no trabalho se encontra, essencialmente, na legislação<sup>5</sup>, e a efetividade, segundo SARLET (2005, p. 234-237) “é a própria realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a materialização no mundo dos fatos dos preceitos legais simbolizando a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”, ganha relevância o papel da interpretação legislativa pelos Estados e Municípios mediante “enfrentamento” dos problemas locais e suas peculiaridades. Cabe ainda acrescentar as elucidativas lições do autor sobre eficácia e efetividade dos direitos fundamentais:

“[...] ao tratarmos da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, nos situamos, em verdade, na ante-sala de sua efetivação, razão pela qual *o adequado*

*enfrentamento dos problemas suscitados naquela esfera pode facilitar em muito o trabalho dos que buscam soluções para a efetiva realização dos direitos fundamentais.”* (SARLET, 2005, p. 234 – 237, grifo nosso).

Assim, podemos inferir que uma norma punitiva de discriminação, eficaz, porque de caráter geral, regulando e estabelecendo sanções às relações proibidas de discriminação<sup>6</sup>, no ambiente do trabalho, terá maior efetividade se permitida sua regulamentação na legislação Estadual e Municipal, pelo acentuado decréscimo no nível de abstração que deverá abarcar, sendo, portanto, mais propensa a regular as situações mais recorrentes da sociedade local.

ROMÃO (1998, p. 67-75) entendendo como “limitação à ordem jurídica estatal” a impossibilidade de “disciplinar ações crescentemente complexas [...] da pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diferenciadas”, propõe a seguinte indagação: “Os poderes legiferantes de um Estado estão aptos e suscetíveis a atender os interesses gerais e universais de uma nação”? Indica como resposta e um “caminho a seguir”:

“[...] a refundamentação da produção legislativa (sobretudo no âmbito municipal) numa racionalidade normativa não só estatal, reduzindo consideravelmente o risco de déficits e descumprimentos. *À medida que as Câmaras Municipais legislassem por sobre as deliberações resultantes do discurso jurídico emergente dos ordenamentos infra-estatais [...] a população distante dos procedimentos formais, embora devidamente organizada, vislumbraria sua realidade fático-axiológica consagrada no enunciado da norma, revalidando a crença popular no poder institucionalizado [...].*”

Importante sem dúvida a efetivação do princípio da não-discriminação da mulher no trabalho, mediante ampliação dos espaços interpretativos, no ato de constituição da lei, pelos Estados e Municípios, em con-

junto com a União sem, no entanto, pretender tão somente um incremento dos textos legislativos decorrente da ampliação da competência dos Estados e Municípios. A finalidade precípua seria a aproximação dos diversos atores na discussão do princípio constitucional da não-discriminação, sua incidência sobre o princípio da dignidade humana e sobre o princípio da igualdade, envolvendo-os no compromisso de busca de alternativas para a efetividade desses princípios.

Tratando sobre a “violação à intimidade da empregados”, BARROS (1995, p. 65) nos fornece uma idéia da importância dos normativos que assegurem à ofendida a reparação pelo dano sofrido, nos seguintes termos:

“[...] Ora, admitindo-se que o empregador investigue a gravidez da trabalhadora, através de testes ou exames, sobretudo na fase de seleção de pessoal, o princípio da não-discriminação restaria mutilado, pois o empregador, em face dos inconvenientes que a contratação de uma mulher grávida poderia acarretar, deixaria de admiti-la, sem que ela tivesse oportunidade de insurgir-se contra a medida, com êxito, o que tornaria inútil o preceito constitucional que veda tratamento diferenciado na admissão, por motivo de sexo. Ademais, estar-se-ia permitindo, ainda, violação ao direito à intimidade, assegurado no art. 5º, X da Carta Magna, ao cidadão brasileiro, em geral.

PIOVESAN (2005, p. 178-179), não obstante defender a federalização dos crimes contra os direitos humanos deixa registrada a importância da responsabilização de todos os entes federativos na tarefa de densificação desses direitos. Traz a noção de complementaridade dos sistemas de proteção internacional e nacional. Nesse sentido, a federalização dos crimes contra os direitos humanos se constituiria numa garantia a mais, em caso de falha ou omissão dos

Estados na apuração de grave violação aos direitos humanos.

### *8.1. A interpretação constitucionalmente adequada para a efetivação do princípio da não-discriminação*

De início, registramos que o objetivo do presente trabalho não é questionar a importância da unidade da legislação em matéria de direito do trabalho. Pela necessidade de unicidade dos normativos ela disciplina os institutos de férias, jornada de trabalho, piso salarial, dentre muitos outros, de modo que esses direitos se constituam em obrigação mínima a ser cumprida pelo empregador, em benefício dos trabalhadores, em geral.

Contudo, não deve passar despercebido ao intérprete jurisdicional da constitucionalidade das leis o fato de que a redução da discriminação é etapa indispensável a ser vencida se almejamos a efetivação do princípio da igualdade. Este, por sua vez, é requisito essencial à consolidação do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de PIOVESAN (2003b, p. 39) podemos observar a íntima relação entre a efetivação dos direitos fundamentais e a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Observamos que o art. 3º da Constituição impõe a tarefa de consolidar o regime democrático à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, para a redução das desigualdades, eliminando-se toda forma de discriminação. A considerar pelo disposto no art. 5º, inciso XLI, de que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” podemos inferir que a União abraça para si a iniciativa das leis de redução da discriminação. Esse inciso, no entanto, não tem o condão de afastar a obrigação da federação como um todo nessa mesma tarefa, pois constituindo a dignidade da pessoa um princípio fundamental da República, impossível de ser alcançado em um ambiente em que predomina a discriminação da mulher, não devem os demais entes federativos se omitir

nessa tarefa, abrindo mão da competência de guardiões das instituições democráticas, conforme preceitua o art. 23, I, da Constituição Federal.

A intenção constitucional de cooperação, em âmbito nacional, na redução das desigualdades sociais foi estabelecida na competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios de zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas, além da tarefa de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização.

Ao contrário do que entende Celso Ribeiro Bastos (BASTOS e MARTINS, 2001, p. 492) as causas da pobreza não passam somente pelo desenvolvimento econômico. É o que nos demonstram os trabalhos do IPEA e OIT em que só o crescimento econômico não é suficiente para a redução da pobreza vez que outros fatores, como a discriminação no trabalho por gênero e raça, impede a mobilização social, perpetuando a pobreza pelas gerações seguintes.

Para a OIT o vínculo entre a discriminação e a pobreza é determinante “em las perspectivas de los individuos y de los grupos”:

“357. La OIT se centra em el vínculo que existe entre el empleo y la reducción de la pobreza. Allí donde la discriminación fomenta la pobreza y la perpetúa las acciones y las políticas de lucha contra la pobreza, deben combatir la discriminación a fin de resultar eficaces. *Las políticas relacionadas con el trabajo y las instituciones del mercado de trabajo basadas em la supresión de la discriminación, encaminadas a reducir la pobreza y creadas com miras al crecimiento, serían una aportación de la OIT a um enfoque del desarrollo y la de la reducción de la pobreza basado em los derechos.*” (OIT: 2003, p. 128-129, grifo nosso)

Assim, se na competência comum, incumbe aos Estados reduzir as causas da pobreza e da marginalização, dentre as quais se sobressai a discriminação por gênero e

raça – considerando que a mulher negra é duplamente discriminada, pelo sexo e cor – é natural que estejam ao alcance desses entes os meios necessários à obtenção desses objetivos.

Não é demais lembrar que as ações dos Estados-Membros e Municípios encontram limites no âmbito de suas competências constitucionais, razão pela qual deve ser buscada, pela interpretação constitucional, a autorização necessária para que esses entes legislem sobre normas antidiscriminatórias, bem como sobre os incentivos às empresas que promovam ações afirmativas de gênero.

Assim, entendemos que o disposto no art. 24, § 2º, de que “a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”, e a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, em conjunto com as disposições do inciso XLI do art. 5º, sobre a regulamentação geral das punições a quem praticar atos de discriminação, autorizam os Estados e Municípios a legislar, administrativamente, com base no art. 23, incisos I e X, em complementação às normas da União, como são exemplos as penalidades administrativas de competência exclusiva dos Estados, para efetivação do princípio da não-discriminação da mulher no trabalho.

A interpretação da competência comum da União, Estados e Municípios de zelar pelas instituições democráticas e reduzir as causas da pobreza e da marginalização, consolidando na sociedade o princípio da não-discriminação, e, por conseguinte, efetivando o princípio da igualdade, complementa as ações da União constantes dos arts. 21, XXIV e 22, I, constituindo uma nova forma de olhar a Constituição com vistas a aproximar a força normativa nela existente à realidade constitucional social vigente. Conforme leciona PAIXÃO (2002, p. 290) as Constituições sofrem mudanças ao longo do tempo, dada a dinâmica da sociedade, sendo a interpretação o meio mais eficaz de pro-

mover “a mudança na normatividade constitucional à margem dos procedimentos de alteração legislativa”.

Importa ressaltar o nosso entendimento de que a própria Constituição oferece as ferramentas necessárias a esse fim, devendo, portanto, serem utilizadas em uma interpretação constitucionalmente adequada, elevando a posição dos Estados e Municípios de meros colaboradores em co-autores, numa escala descendente de regulamentação dos princípios constitucionais, mediante elaboração de normas proibitivas da discriminação e de políticas públicas destinadas à efetivação do princípio da igualdade da mulher, no trabalho.

Nesse sentido, destacamos trecho do artigo de ROCHA (2003, p. 74-75) intitulado “Os Princípios Constitucionais e o Novo Código Civil”, em que destaca a função do intérprete do direito no aperfeiçoamento dos institutos e das instituições:

“Boa vontade com lei nova é o mínimo que se pode pedir de quem tem o dever de ter esperança de que o direito não se frustrou, e que mesmo nesta nova civilização conturbada e num mundo em ruínas de tudo o que lhe antecedeu e faz-se uma vertigem de mudanças permanentes e desenfreadas rumo ao desconhecido deve acreditar que o direito pode propiciar segurança à pessoa, mesmo no incerto da vida” (grifo nosso).

### 9. Considerações finais

Parece correto afirmar que as razões da discriminação da mulher, pela condição de mãe e cuidadora dos filhos, atentam contra a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana e, ao mesmo tempo, contra o Estado Democrático de Direito. A elevada porcentagem da população feminina, economicamente ativa, fora do mercado formal de trabalho, revela que as mulheres pobres, que não têm com quem deixar os filhos, são as mais atingidas pela discriminação. Con-

siderando também que um terço dos domicílios são chefiados por mulheres, a eliminação das barreiras impostas ao acesso ao mercado de trabalho tem reflexos diretos na redução da pobreza e eliminação do trabalho infantil.

Inegável pela divulgação dos dados estatísticos, oficiais e internacionais, relativos à situação da mulher brasileira no mercado de trabalho, que o princípio da igualdade entre homens e mulheres carece de efetividade, ou seja, as diferenças existentes em termos de acesso, revelada pela baixa taxa de participação da população economicamente ativa, 55% das mulheres para 85% dos homens e, ainda, a diferença de remuneração para trabalhos iguais, em contraste com a taxa de escolaridade das mulheres superior a dos homens não deixa margem de dúvida quanto às desigualdades existentes, em função de gênero.

Ante essa estreita relação entre a discriminação da mulher e a pobreza, dada a dificuldade no acesso ao emprego e a sua evolução nele é que entendemos que a busca de alternativas pelos Estados e Municípios em coibir as práticas abusivas de exigências relativas à procriação encontram respaldo no texto constitucional. Nesse sentido, a importância da prestação normativa proibitiva da discriminação é inegável para combater a discriminação direta<sup>7</sup>. Mais difícil, no entanto, tem se revelado o combate à discriminação indireta, aquela em que normas e práticas reiteradas de gestão, aparentemente neutras, tanto públicas quanto privadas, resultam em marginalização da mulher, pela condição de gênero. A Lei nº 9.029, de 1995, com previsão de pena de detenção de um até dois anos, cumulada com multa, a qual pode ser objeto de transação penal, nos termos da Lei nº 9.099, de 1995, parece insuficiente para determinar alteração de conduta na sociedade e em especial no mercado de trabalho.

Assim, a proibição da discriminação no mercado de trabalho, exigida constitucionalmente, é o mínimo a ser exigido pelo Estado

como bem explica YANOULAS (2006): “No espaço público o dever do Estado será o de estimular o diálogo social, visando articular interesses e lógicas, mas assumindo como ponto de partida inegociável o combate aos diferentes tipos de discriminação e a garantia do exercício pleno da cidadania”. No trabalho coordenado por CAPPELLIN (2005, p. 62) a autora ressalta “contextos regionais e municipais tendo em vista a localização e territorialização das empresas e empregadoras, assim como a diversidade das formas discriminatórias, fruto das relações entre as atitudes e as culturas locais dos empresários”.

Interessante notar que a observância dos princípios constitucionais sensíveis, de cunho obrigatório pelos Estados e Municípios e a impossibilidade desses entes em legislar sobre normas discriminatórias proibitivas e reparatórias, remonta à leitura do princípio da igualdade do início da Modernidade, de natureza meramente formal e de liberdade negativa a esses entes.

Essa, no entanto, não é a interpretação constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito que a Constituição Federal de 1988 consigna em seu texto, a teor da incumbência comum à União, Estados e Municípios de zelar pela guarda da Constituição e das instituições democráticas e, portanto, da efetivação do princípio da igualdade, mediante igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, unicamente pelas qualificações técnicas e profissionais, sem discriminação por gênero e raça.

### Notas

<sup>1</sup> No universo do ideário liberal, o contrato de trabalho é concebido como um contrato entre pessoas livres e juridicamente iguais, cabendo às partes decidir o que melhor lhes convém. A flagrante desigualdade entre as condições econômicas do empregador e as do empregado ou de quem procura emprego torna óbvia a falácia de tal proposição. Para minimizar tal desequilíbrio, a sociedade, mediante a pressão de grupos organizados de trabalhadores, inclusive no âmbito internacional, criou

mecanismos de garantia de direitos mínimos aos trabalhadores através de normas jurídicas (PIROTTA & PIROTTA, 2004, p. 285).

<sup>2</sup> “[...] o novo contingente de trabalhadoras é agora composto por mulheres mais velhas e casadas. Mas suas novas responsabilidades não as excluem das familiares e maternas. Ao contrário, qualquer que seja sua situação laboral, elas seguem sendo as responsáveis por múltiplas tarefas associadas à casa, aos filhos e à família em geral [...]. É desta condição de gênero que resulta, para as mulheres, uma posição secundária e discriminada no mercado de trabalho”. (Cristina Bruschini (2000) em citação feita por PIROTTA & PIROTTA, 2004, p. 283).

<sup>3</sup> A Pesquisa resultou no Livro Brasil: Estado de uma Nação, cujo Capítulo III “Pobreza e Exclusão Social”, p. 87-88 define exclusão social: “como um mecanismo ou conjunto de mecanismos que fazem com que um indivíduo ou família, independente de seu esforço ou mérito, esteja limitado em sua possibilidade de ascensão social presente ou tenha artificialmente reduzida a probabilidade de ascensão futura”.

<sup>4</sup> Não se pretende com essa assertiva desconstruir a importância do controle difuso na jurisdição constitucional, vez que nesse o exercício do controle jurisdicional da Constituição é mais amplo que o controle concentrado, o que se coaduna com o princípio plural da democracia.

<sup>5</sup> “Se é difícil para o trabalhador garantir condições mínimas no contrato individual de trabalho, para a trabalhadora a dificuldade é incrementada pela situação de subalternidade de gênero, fazendo-se sentir com mais nitidez a necessidade de mecanismos eficazes de equilíbrio entre as partes contratantes.” [...] Embora apresentando inúmeros problemas e imperfeições, a legislação prossegue sendo a maior garantia da mulher trabalhadora, assim como o processo legislativo, apesar das grandes disputas de interesses que o envolvem, prossegue sendo a arena privilegiada para a ampliação dos direitos das mulheres no trabalho, sobretudo quando se recorda a importância da aprovação de leis garantidoras de direitos sociais no processo de advocacia em direitos humanos”. (PIROTTA, PIROTTA & SCHOR, 2000 grifamos)

<sup>6</sup> “A norma jurídica traça, objetivamente, as fronteiras entre o lícito e o ilícito jurídico. Ela não encerra a coação ou a coatividade como elementos essenciais, mas as autoriza e condiciona. Só com o autorizamento da norma jurídica fica o lesado autorizado a coagir o violador da norma a cumpri-la ou a reparar o mal por ele produzido.” (DINIZ, 1991, p. 342).

<sup>7</sup> Entende-se por “discriminação indireta aquela ligada a atos ou práticas de diferenciação *originadas em regulamentos e práticas aparentemente neutras*,



mas que resultam no prejuízo de pessoas com determinadas características, que podem estar relacionadas, por exemplo: a raça, cor, sexo, religião, inclinações e opções sexuais, caracteres legítimos e ilegítimos do nascimento, antecedentes clínicos, herança celular ou de sangue consideradas atípicas”. *E discriminação direta*: “refere-se a toda prática, regra ou procedimento que faz da cor, raça e sexo, e não das competências, habilidades e experiências de trabalho, um critério determinante para fins de admissão ao emprego, promoção ou demissão. Ela está relacionada a qualquer diferenciação que surja de indagações e considerações de fatos não relevantes e não essenciais para a avaliação das reais atitudes profissionais de uma pessoa”. (Cf. CAPPELLIN, P. e LETTIERRE. L, 2005, p. 62, grifamos).

### Referências

- ABRAMO, L. *Desigualdades e Discriminação de Gênero e Raça no Mercado de Trabalho Brasileiro e suas implicações para a formulação de uma política de emprego*. OIT, Brasília. [http://www.oitbrasil.org.br/htsites/hst\\_pgemp/downloads/lais\\_seminario\\_oit\\_politicas\\_de\\_emprego\\_29dez04.doc](http://www.oitbrasil.org.br/htsites/hst_pgemp/downloads/lais_seminario_oit_politicas_de_emprego_29dez04.doc). Acesso em 02.06.2006.
- BARROS, A. M. *A Mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- BASTOS, C. R. e MARTINS, I. G. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CAPPELLIN, P. e LETTIERRE, L. *A Experiência dos Núcleos de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Combate à Discriminação no Emprego e na Ocupação*. OIT. Brasília, 2005.
- CARVALHO NETTO. *A Contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrador para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. *Fórum Administrativo - Doutrina*, v. 1, n. 1, mar.2001, p. 11-20.
- DINIZ, M. H. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- IPEA - Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicada. *“Brasil: Estado de uma Nação”*. Capítulo III – *Pobreza e Exclusão Social*. Brasília, 2005. Acesso em 05.06.1006 <http://www.ipea.gov.br/Destaques/brasil/CapIII.pdf>.
- MELO, H. e BANDEIRA L. *A pobreza e as políticas de gênero no Brasil*. CEPAL – *Série Mujer y desarrollo*, Santiago de Chile, Junho, 2005.
- OIT. Informe Del Director General – *La hora de la igualdad em el trabajo*. *Oficina Internacional del Trabajo*: Ginebra, 2003. <http://www.ilo.org/declaration>. Acesso em 05.06.2006.
- PAIXÃO, C.A. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o princípio da dignidade humana*. *Revista do Advogado*. Ano XXIII, nº 70. São Paulo: julho de 2003, p. 34-42.
- \_\_\_\_\_. *Federalização dos Crimes contra os Direitos Humanos*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. nº 54, maio-junho, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Humanos, O princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988*. *Revista dos Tribunais*, março 2005, vol. 833, p. 41-53.
- PIROTTA, W. R. B e PIROTTA, K. C. M. *O impacto da Flexibilização das Leis Trabalhistas sobre as Condições de Trabalho da Mulher*. *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, v. 3, n. 9, jan/mar. 2004, p.281-296,
- ROCHA, C. L. *A Os Princípios Constitucionais e o Novo Código Civil*. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 6, n. 22, 2003, p.74-75.
- ROMÃO, J. E. E.. *Pluralismo Jurídico: Uma pedra na funda contra o totalitarismo do mercado*. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena-CAAP*. Belo Horizonte. 1998, nº 4, 55.
- SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. (2ª Parte – O Problema da Eficácia dos Direitos Fundamentais), 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2005.
- SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros Editores, 22ª ed., 2002.
- SILVA, F.B.E. *A Isonomia Constitucional e a Efetivação dos Direitos das Mulheres no Brasil*. 2003, 330f. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2003.
- YANOULAS, S. C. *Seminário Internacional GRPE 2006 OIT/Brasil - Mesa Diversidade* Texto Silva C.Yannoulas – 4 – Brasília, 28 de junho de 2006.



# Imunidade parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional nº 35, de 2001

Orlange Maria Brito

## Sumário

Introdução. 1. Contextualização histórica sobre imunidade parlamentar no direito comparado. 2. Origem do instituto nas constituições brasileiras. 2.1. O ensaio inicial da democracia. 2.2. A imunidade e a inviolabilidade. 2.3. A imunidade material. 2.4. A imunidade formal. 2.5. Outras espécies de imunidades: foro privilegiado, testemunho limitado, imunidade militar e a imunidade no Estado de Sitio. 3. A Constituição de 1988 e a imunidade parlamentar. 3.1. A crise política e a repercussão social do instituto da imunidade. 3.2. A necessidade de novo enfoque sobre o instituto à vista das críticas sofridas. 4. Efetividade das modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001. 5. Interpretação do instituto pelo Supremo Tribunal Federal. 6. Considerações finais.

## Introdução

Iniciamos este ensaio trazendo à baila algumas questões postas por Flávia Piovesan e Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves<sup>1</sup> sobre o verdadeiro sentido da imunidade parlamentar na ordem contemporânea e como compatibilizá-la com os princípios da igualdade e da responsabilidade dos agentes públicos.

Em razão do desconhecimento de muitos, da má-fé de alguns interessados na desestabilização das liberdades públicas e na desmoralização das instituições representativas e, principalmente na utilização descabida do instituto, as imunidades parla-

Orlange Maria Brito é Advogada, Analista Legislativo, Assessora Jurídica da Advocacia do Senado Federal.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucional, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade Brasília – UnB, como requisito para obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. José Geraldo de Sousa Junior.

mentares têm sido desacreditadas e criticadas de forma, por vezes, desarrazoada.

Parafraseando Jorge Kuranaka, essencialíssimo o Poder Legislativo no arcabouço do Estado Democrático de Direito, sendo o parlamentar peça fundamental à estrutura de representação para a formação da vontade geral. Normal e necessário que se concedam ao Órgão Legislativo prerrogativas adicionais, indispensáveis para sua independência e desenvoltura no desempenho de suas funções, através de seus membros. A imunidade material e a formal representam, justamente, tais garantias<sup>2</sup>.

A partir de certo momento, entretanto, a proteção, de tão ampla, ou porque incorretamente utilizada, ou, ainda, por se tornar, em alguns de seus mecanismos, anacrônica, deixa de beneficiar o Poder Legislativo, e passa mesmo a denegri-lo, na medida em que redundante na idéia de intocabilidade e impunidade que gera.

A forma federativa do Estado brasileiro guarda liame com o princípio da separação dos poderes e, de conseqüência, com o instituto das imunidades parlamentares, como mecanismo assecuratório da independência do Poder Legislativo, principalmente em relação ao Poder Executivo.

Se há uma construção filosófica constitucional e democrática que sustenta a vigência do instituto, em contrapartida, a sociedade passou a cobrar transparência dos atos de todos os poderes, incluindo a atuação dos seus representantes. Para estes, a legislação, antes de matéria profissional e de discussão diária, deve ser mote de existência, compromisso e exemplo.

Como concebida a redação do texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no tocante ao instituto da imunidade parlamentar, considera-se que este serve, dentre outras coisas, para encobrir abusos e chocar a opinião pública, aumentando a falta de credibilidade do poder legislativo e tornando-o frágil, o que impulsionou as mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional nº 35, de dezembro de 2001.

Em conclusão, retoma-se as conceituações apresentadas para diferenciar imunidade de impunidade, defende-se o fortalecimento da inviolabilidade como forma de assegurar a autonomia do parlamento e o fim da imunidade formal, como uma das ações para recuperar a credibilidade popular do Poder Legislativo.

### *1. Contextualização histórica sobre imunidade parlamentar no direito comparado*

Quase todas as constituições brasileiras limitaram expressamente a imunidade ao exercício do mandato.

Atualmente, as imunidades parlamentares estão previstas no artigo 53 da Constituição de 1988, cujo texto originário foi modificado pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001, da qual se trata mais adiante. O conteúdo do referido artigo estabelece que os deputados e senadores sejam invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos; possuem foro privilegiado (Supremo Tribunal Federal) desde a diplomação; não podem ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável e, neste caso, os autos deverão ser remetidos, em vinte e quatro horas à Casa respectiva, para deliberar, por maioria de votos, sobre a prisão.

Detalhe diferenciador, a nosso ver, é a previsão contida no § 8º no sentido de que as imunidades subsistirão durante o estado de sítio e só poderão ser suspensas por voto de dois terços dos membros da Casa respectiva nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional que sejam incompatíveis com a execução da medida.

A maioria dos países desenvolvidos a utiliza como elemento de proteção ao desempenho independente das funções legislativas, sendo que a imunidade processual é muito menos justificável que a material e as Constituições até então estudadas assim o demonstram, visto que não recebe tal prer-

rogativa o mesmo tratamento dado à imunidade material.

## 2. Origem do instituto nas constituições brasileiras

Preliminarmente, entendemos importante a conceituação da palavra imunidade na medida em que é da má compreensão de seu sentido e alcance que resulta até mesmo a censura muitas vezes feita ao próprio instituto.

O vocábulo tem sua origem no latim *Immunitate*. Na definição de Aurélio Buarque de Hollanda<sup>3</sup> este substantivo feminino traduz a condição de não se estar sujeito a algum ônus ou encargo. Significa isenção.

Considerada a aplicação jurídica do termo, traduz-se por “Direitos, privilégios ou vantagens pessoais de que alguém desfruta por causa do cargo ou função que exerce”<sup>4</sup>.

Segundo De Plácido e Silva<sup>5</sup>, entende-se por imunidade “o privilégio outorgado a alguém para que se livre ou se isente de certas imposições legais, em virtude de que não é obrigado a fazer ou a cumprir certo encargo ou certa obrigação, determinada em caráter geral”. Em princípio, ela é atribuída àquelas pessoas – entre elas os parlamentares –, que exercem certas funções públicas, assegurando-lhes algumas regalias e prerrogativas excepcionais em relação às demais.

O instituto da imunidade parlamentar insere-se, plenamente, na fisionomia dos estados de direito, refletindo, em linha final, a autonomia e independência que deve ter o Poder Legislativo, representante, por excelência, da vontade popular<sup>6</sup>.

Para Jorge Krieger, o parlamentar possui o direito – e o dever, em face dos eleitores – de suscitar, no exercício de seus misteres, as questões que lhe pareçam relevantes, sem qualquer receio, para o que dispõe de inviolabilidade – imunidade material – garantida pela Carta Magna em vigor, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001 (caput do artigo 53: Os

*Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos*).

Imprescindível, aqui, mencionar as inigualáveis palavras do inesquecível jurista Rui Barbosa<sup>7</sup> (1933), ao afirmar, acerca da imunidade dos parlamentares, que não há “nada mais fácil que desmoralizar uma instituição, pregando-lhe o cartaz de ‘privilegio’”, ressaltando que as imunidades parlamentares não são privilégios pessoais dos membros do Congresso, mas das próprias Casas Legislativas  $\frac{3}{4}$  e assim do país  $\frac{3}{4}$  em favor de sua autonomia e do livre e destemido exercício de suas atribuições, em perfeita consonância com o interesse público.

A corroborar os dizeres acima, Rosah Russomano<sup>8</sup>, afirma que é indispensável que o parlamentar, quer seja deputado, quer seja senador, mantenha sua independência, tome atitudes retas e altaneiras, fiscalize a administração, aponte-lhe abusos, denuncie arbitrariedades, expendam livremente sua oposição aos planos do Executivo, emita, enfim, com destemor, sua opinião.

As imunidades parlamentares, no Brasil, foram desenvolvidas paulatinamente, ao longo dos anos e dos séculos, tomando por fundamento inicial a Constituição Portuguesa de 1821 e, a partir daí, recebeu diferentes tratamentos, nos quais se verificou a tentativa de fortalecimento e independência do Poder Legislativo em face do Poder Executivo, fortalecimento e independência estas, ligadas, hoje, ao próprio conceito de Estado Democrático<sup>9</sup> bem como ao de Estado de Direito<sup>10</sup>.

A atual Constituição Brasileira cuidou da matéria em estudo, no artigo 53, que por se tratar do tema central deste trabalho será abordado no item 3.

### 2.2. A imunidade e a inviolabilidade

A conferência de maior ou menor proteção aos parlamentares reflete o maior ou menor grau de desenvolvimento democrático. Assim, temos que as prerrogativas individuais dos parlamentares foram conce-

bidas como meios de proteção às instituições e não aos indivíduos, tendo se apresentado, desde o início, com suas características permanentes: a inviolabilidade (proteção geral no exercício das funções) e a imunidade (proteção pessoal contra procedimentos tendenciosos).

Entende-se imprescindível a distinção entre ambas para que se faça sua adequada correlação com os conceitos dispostos na Constituição da República.

A utilização do termo imunidade, mesmo quando parte dos mais renomados juristas, pode ser confundida. Apresenta-se abaixo, apenas para ilustrar e para não sermos prolixos, dois trechos da lavra de alguém não menos reconhecido que Rui Barbosa e Pontes de Miranda.

Rui Barbosa<sup>11</sup>, in “Campanhas Jornalísticas”, 1957, VII, 167, fixa bem que:

“A inviolabilidade pela manifestação ao pensamento no desempenho de funções públicas, na tribuna de qualquer das casas do Congresso, é elementar no regime representativo. Sempre se considerou essa inviolabilidade irrenunciável e inerente ao exercício do mandato.”

Pontes de Miranda<sup>12</sup> ressalta as imunidades como institutos viscerais à liberdade de pensamento, conseqüência de regime democrático, posto que, “não há Poder Legislativo que possa representar, com fidelidade e coragem, os interesses do povo, cujos membros não ostentarem tais garantias constitucionais de inviolabilidade no exercício pleno do mandato eletivo ou representativo”.

Depreende-se do exposto que as imunidades parlamentares são garantias institucionais do Congresso que visam assegurar a amplitude do exercício das funções legislativas de seus membros, decorrentes da natureza do Poder da República, que goza da autonomia e independência em relação aos outros, constitucionalmente estabelecidas, cuja finalidade precípua é a representação dos interesses dos seus representados de forma fiel, livre e corajosa.

Dessa forma, sob o gênero imunidade, também denominada prerrogativa, contempla-se duas modalidades básicas: imunidade material (relativa à inviolabilidade do parlamentar pelas palavras, votos e opiniões proferidos no exercício da atividade) e imunidade formal, ou relativa ou ainda processual (assim referida à improcessabilidade, que consiste na liberdade contra prisão ou processos tendenciosos que contra eles venham a ser intentados).

Assim, tem-se que o termo imunidade “traduz os direitos, os privilégios ou vantagens pessoais de que alguém desfruta por causa do cargo ou função que exerce”.

No tocante à inviolabilidade tem-se que é a prerrogativa pela qual certas pessoas (como os parlamentares) e certos lugares ficam livres da ação da justiça.

Assim, tem-se imunidade como gênero e inviolabilidade como espécie do gênero imunidade.

### 2.3. A imunidade material

Também denominada de imunidade absoluta ou real, tem consagrada pela doutrina o termo “inviolabilidade”.

A inviolabilidade (imunidade material) consiste em garantir a total liberdade de expressão, seja por “opiniões, palavras e votos”, aos parlamentares, que não podem ser processados nem mesmo com licença de sua Casa Legislativa. Ela abriga atos funcionais diretos e indiretos, ou seja, toda manifestação que tenha relação evidente com o exercício das funções parlamentares.

Aqui, cumpre esclarecer que se entende por opiniões, votos e palavras, a liberdade de expressão que deve possuir o parlamentar como importante meio para o desempenho da função que lhe foi confiada por intermédio do sufrágio.

A doutrina define que para incidência da imunidade material são indispensáveis dois requisitos: o fato há de ser praticado no exercício do mandato e há de ser passível de materialização por via de opiniões, palavras e votos.

Assim, do âmbito dos atos protegidos por esta prerrogativa excluem-se quaisquer manifestações de interesse notadamente pessoal, ainda que político. Deve-se analisar cuidadosamente caso a caso, mantendo claro que o que se pretende proteger é o interesse público, critério esse que se justifica pela amplitude de atos de parlamentares, a exemplo de entrevistas, discursos e outras declarações proferidas fora da atividade legislativa.

Damáσιο de Jesus (2000) nos ensina que a imunidade material concede a seu titular incapacidade penal por razões de ordem política, ao que observa que deve haver o nexo de necessidade entre o exercício do mandato e o fato cometido.

Ressalta-se o fato de que a imunidade material é inerente ao cargo e não à pessoa do parlamentar e, portanto, não pode ser renunciada. Apesar de não ignorar este fato, é comum encontrar parlamentares discursando que “abrem mão” de sua imunidade para provar sua inocência, o que na verdade não passa de recurso retórico e político.

A inviolabilidade abrange os parlamentares federais (art. 53, CF 88), os deputados estaduais (art. 27, § 1º, CF 88) e, nos limites da circunscrição de seu Município, os vereadores (art. 29, VIII, CF 88).

#### 2.4. A imunidade formal

Como dito anteriormente, é também denominada de imunidade relativa ou processual. Anteriormente às modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 35/2001, utilizava-se também o termo improcessabilidade que, como veremos adiante, não mais se aplica. Outra referência, menos utilizada, é de incoercibilidade.

Esta espécie de imunidade protege os parlamentares de prisão, inclusive de prisão civil, salvo em caso de flagrante de crime inafiançável, ainda que em tal situação o fato será submetido à Câmara para que através de votos resolvam sobre a prisão e autorizem a formação ou não de culpa (§ 2º do artigo 53).

A teor do que dispõe o parágrafo terceiro do artigo 53 da Constituição em vigor, os parlamentares podem ser livremente processados, hipótese em que, recebida a denúncia por crime praticado após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal deverá dar ciência à respectiva Casa, Câmara ou Senado, para que esta possa votar a continuidade ou suspensão do processo, desde que a iniciativa venha de partido político nela representado.

Em se tratando de suspensão do processo há igualmente a suspensão da prescrição enquanto durar o mandato (§ 5º do artigo 53).

Diferentemente da imunidade material ou inviolabilidade, a imunidade formal possui limitação temporal e relatividade, isto é, só protege o parlamentar pelo período em que exercer o mandato bem como, uma vez que, recebida a denúncia por crime comum, será ele processado independentemente da concessão de licença pela Casa a que pertencer.

#### 2.5. Outras espécies de imunidades: foro privilegiado, testemunho limitado, imunidade militar e a imunidade no Estado de Sítio

Além das imunidades material e formal, objeto principal do presente estudo a ser desenvolvido adiante, a Constituição Federal em vigor concede em seu texto outras espécies de franquias. Embora não se vá tratar especificamente cada uma delas, menciona-se aqui, apenas para efeito de conhecimento a sua respectiva definição.

*Foro Privilegiado.* A Constituição também concede aos parlamentares foro especial, ou seja, julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, desde a sua diplomação, subsistente ainda que o parlamentar esteja provisoriamente afastado, hipótese de exercício de outro cargo público que não seja incompatível com a sua condição de parlamentar. Salvo disposição específica na Constituição Estadual, o vereador não desfruta da prerrogativa de foro.

A Súmula nº 394, do STF, assentou entendimento de que “cometido o crime du-

rante o exercício do mandato parlamentar, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquirido ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

Na sessão plenária de 25 de agosto de 1999, a Súmula acima mencionada foi cancelada com efeitos “ex nunc” pondo fim à situação prevista desde o Império, pois a prerrogativa de foro pressupõe o exercício de mandato ou de cargo, até porque visa garantir o exercício do cargo ou do mandato e não proteger pessoalmente a quem o exerce, e, com menor razão, ainda, que deixou de exercê-los.

*Testemunho limitado.* Ao contrário do que possa indicar, limitar significa restringir, não impedir. Com efeito, é permitido ao parlamentar escolher data e hora convenientes para testemunho em juízo, todavia, por questão de convivência harmônica entre os Poderes, deve-se optar por data em que haja funcionamento normal do Poder Judiciário.

Aqui, registra-se que freqüentemente o parlamentar, em virtude das funções que exerce, possui acesso a informações, por vezes oficiais, e por outras em decorrência de contatos com pessoas que buscam auxílio no trato de denúncias, não podendo ser obrigado a manifestar-se nem sobre as informações, menos ainda sobre a fonte de quem as tenha sabido.

Ainda que assim seja, o parlamentar não poderá recusar-se a testemunhar, mas terá seu testemunho limitado visando à proteção das fontes.

*Incorporação militar.* Para que o parlamentar possa incorporar às Forças Armadas, em tempo de guerra ou de paz é necessária a concessão de licença da Câmara respectiva, nos termos previstos pela Constituição Federal (artigo 53, § 7º). Entende-se que tal proteção visa dificultar que os representantes da sociedade sejam afastados de suas atividades para atender a interesses políticos contrários à vontade popular sob o argumento de obrigação de dever cívico e militar.

*Estado de sítio.* A Constituição Federal mantém as imunidades durante o estado de sítio, todavia, podem ser suspensas mediante autorização por quorum qualificado de dois terços dos membros da Casa respectiva em casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional que sejam incompatíveis com a execução da medida de emergência.

Infere-se disso que mesmo decretado o estado de sítio deverão os parlamentares continuar a exercer suas atribuições, inclusive o controle político sobre ele.

### 3. A Constituição de 1988 e a imunidade parlamentar

A Constituição Federal de 1988, no Título IV, regulou, originariamente, a Organização dos Poderes, no Capítulo I, trata do Poder Legislativo e, finalmente, na Seção IV cuida do instituto das imunidades na forma abaixo transcrita<sup>13</sup>:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente sem prévia licença de sua Casa.

§ 2º O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato.

§ 3º No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

§ 4º Os Deputados e Senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 5º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.



§ 6º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 7º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos, praticados fora do recinto do Congresso, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

A leitura do artigo 53 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser feita distinguindo-se, a imunidade material da imunidade formal, procedida nos itens 2.3 e 2.4 anteriormente discorridos.

Doutrinariamente, tem-se que a imunidade material é caracterizada pela exclusão do cometimento de crime por parte de Deputados e Senadores por suas opiniões, palavras e votos.

Considerados o Deputado e o Senador como agentes políticos cujos direitos e obrigações originam-se da delegação recebida do povo, por intermédio da eleição, portanto, exercente de parcela da soberania popular, entende-se que o alcance das imunidades, quanto à livre manifestação das suas idéias (incluídas aí opiniões e palavras) e do voto, a eles deferidas pela Constituição deve ser o mais amplo possível.

Conclui-se, assim, que a inviolabilidade constitui excludente de ilicitude nos mesmos moldes dos tratados pelo artigo 25 do Código Penal<sup>14</sup>, garantindo assim a irresponsabilidade civil e penal (incluída no texto pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001) do parlamentar pelas críticas, denúncias, comentários e votos proferidos no exercício do seu mandato, de forma irrestrita, para que possa, reitera-se, realizar seus trabalhos sem qualquer tipo de intimidação, ameaça ou censura, principalmente em função da previsão penal no que respeita aos crimes contra a honra e os delitos de opinião, devidamente respaldado pela proteção constitucional específica.

Pode-se dizer, ainda, que a inviolabilidade é uma verdadeira cláusula de irresponsabilidade funcional dos parlamentares afeta aos seus atos no parlamento, que evita o processo judicial e disciplinar.<sup>15</sup>

Entretanto, não podemos afirmar que elas são ilimitadas, pois quando tal manifestação venha a ser considerada ofensiva ao Poder Legislativo, ou, ainda, cujo procedimento seja declarado, nos termos do artigo 55, inciso II, da Constituição Federal em vigor, incompatível com o decoro parlamentar, poderá ser o “ofensor” punido com a perda de mandato.

Isso pode ocorrer em caso de prática de crime em plenário ou dependências das Casas Legislativas que possuam conexão com palavras e opiniões ofensivas a outrem.

Como se pode observar, poucas foram as modificações introduzidas no texto originário da Constituição de 1988 no tocante à imunidade material. Cinge-se, somente, à inclusão do texto “civil e penalmente”, o que, a nosso ver, encontrava-se implícito, uma vez que a jurisprudência assim o entendia.

Todavia, não se pode dizer o mesmo quanto à imunidade formal, uma vez que tal conquista já insculpida do texto originário, revelou-se ao longo dos anos um mecanismo ensejador de desmandos e abusos em razão do mau uso pelos parlamentares, implicando grande construção jurisprudencial e doutrinária, sem falar também nas críticas que reclamavam mudanças pela redução das prerrogativas processuais.

Quanto à imunidade formal, para melhor compreensão, opta-se por examinar a mencionada prerrogativa em três momentos distintos. Inicialmente, sob o texto constitucional tal como concebido pela Assembleia Nacional Constituinte. Na seqüência, examina-se os fatos que conduziram à crise acerca do instituto e, finalmente, cuida-se dele sob a égide da Emenda Constitucional nº 35, de 2001, destacando-se as alterações.

A redação do texto original consagrou no mencionado artigo 53, §§ 1º, 2º e 3º, a

dupla imunidade formal: uma em relação à garantia da não-prisão e outra em relação à instauração do processo.

Na primeira hipótese, em caso de ser o parlamentar preso em flagrante delito inafiançável, os autos deveriam ser remetidos, dentro de 24 horas, para a Casa Legislativa respectiva a fim de que esta resolvesse, por meio de voto secreto da maioria de seus membros, sobre a prisão e a formação de culpa.

O § 2º, do artigo 53, estabelecia que na ausência de deliberação ou sendo indeferido o pedido de licença, a prescrição seria suspensa enquanto durasse o mandato do parlamentar envolvido. Assim, mesmo que ele fosse reeleito sucessivas vezes, ao final do último mandato seria ele processado.

Em relação à exigência constitucional da licença prévia para a instauração do respectivo processo criminal, entende Kuranaka<sup>16</sup> que por ser a conduta do parlamentar estranha ao exercício do mandato, ou seja, sem relação funcional com a atividade parlamentar, normalmente, praticada fora do recinto da Casa Legislativa, é que para ser processado criminalmente impunha-se o requisito formal da prévia licença.

Por sua vez, Damásio Evangelista de Jesus entende que “não está a autoridade policial inibida de proceder ao inquérito, mesmo que não se trate de flagrante. A ação penal pode ser proposta, indo a sua peça inicial instruir a Casa do Congresso a que pertença o parlamentar, quanto à concessão ou não da licença”.<sup>17</sup>

Uma vez que a proteção pensada ao parlamentar tornou-se desviada da sua correta utilização, exacerbada e geradora de irresponsabilidades indevidas e à vista da consolidação da democracia, a manifestação da doutrina e a ocorrência de fatos e críticas sobre o instituto permite-nos questionar a necessidade e atualidade em tempos em que não mais existiam a situação de autoritarismo do momento histórico e político em que foram concebidas.

Nessa linha, Flávia Piovesan noticia o caso em que o corpo de uma estudante –

MBS, de 20 anos, foi encontrado, em junho de 1998, em terreno baldio nos arredores de João Pessoa, em que as provas apuradas no inquérito policial apontavam como autor do homicídio um deputado estadual. Por duas vezes solicitou-se à Assembleia Legislativa da Paraíba, a autorização do processo criminal contra esse deputado, tendo sido, em ambas as vezes, negada<sup>18</sup>.

Diante de inúmeros fatos, ocorridos à época, instalou-se a preocupação em evitar que a imunidade se degenerasse como mecanismo que lograsse acobertar atos delituosos que não deveriam fugir da atuação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, mencionamos como fatos que indignaram a opinião pública na década de noventa, o envolvimento dos então Senadores José Roberto Arruda e Antonio Carlos Magalhães (violação do painel eletrônico do Senado Federal por ocasião da votação pela cassação ou não do também então Senador Luiz Estevão) que renunciaram ao mandato para evitar a cassação; o caso do então Deputado Federal Hildebrando Pascoal (à época acusado de narcotráfico e mandante crimes de homicídios), cumprindo-se lembrar que o ex-Deputado Federal Hildebrando Pascoal, posteriormente, foi condenado à prisão por delitos a ele imputados àquela época.

### *3.1. A crise política e a repercussão social do instituto da imunidade*

O aparente caos instalou-se, na política recentíssima, em 14 de maio do ano próximo passado, quando, em fita gravada por duas pessoas, o ex-chefe do Departamento de Contratação e Administração de Material dos Correios, Maurício Marinho, revelou-se um esquema de corrupção na estatal que seria comandado pelo então Deputado Roberto Jefferson.

Marinho aparece na fita recebendo 3 mil reais de um empresário supostamente interessado num processo de licitação, colocando, avidamente, o dinheiro no bolso e afir-

mando que agia em nome do PTB – Partido Trabalhista Brasileiro.

Não foi sem razão a entrega, por um dos participantes, da gravação à revista semanal *Veja*, muito menos que tal revista publicou o seu conteúdo e, finalmente, não foi sem razão que os jornais e televisões do País divulgaram amplamente o fato para o povo brasileiro.

O jornalismo investigativo, o Ministério Público, a Polícia Federal, a Controladoria-Geral da União, o Tribunal de Contas da União, os Tribunais de Justiça e, porque não mencionar, a própria sociedade, cada um procura desempenhar seu papel nessa luta contra a corrupção, mas todos atuam depois da denúncia do possível desvio do dinheiro público.

Nesse contexto, pensa-se que o parlamento, por formação, já é um poder dividido, sem força, mas ainda a melhor forma de representação onde a imunidade e o voto secreto são condições precípuas ao seu livre desempenho, tanto para opor a Estados fortes ou totalitários como em especial ao presidencialismo, que, via de regra, é detentor de uma infinidade de recursos para fazer valer sua vontade política. Assim, leva-nos a refletir acerca da importância do livre exercício das atribuições constitucionalmente delegadas ao parlamentar.

### *3.2. A necessidade de novo enfoque sobre o instituto à vista das críticas sofridas*

Carlos Maximiliano aponta a seguinte definição: “[...] imunidade parlamentar é a prerrogativa que assegura aos membros do Congresso a mais ampla liberdade da palavra, no exercício das suas funções, e os protege contra abusos e violências por parte dos outros poderes constitucionais”<sup>19</sup>.

Quanto à imunidade formal tem-se acrescentado que o instituto revelou-se ao longo dos anos um mecanismo utilizado para a prática de abusos pelos próprios parlamentares. Muito se falou sobre o assunto, tanto doutrinária como jurisprudencialmente.

João Barbalho (1924) entende que é da essência do regime republicano que quem quer que exerça uma parcela do poder público tenha a responsabilidade desse exercício; nele ninguém desempenha funções políticas por direito próprio; nele não pode haver invioláveis e irresponsáveis entre os que exercitam poderes delegados pela soberania nacional<sup>20</sup>.

Na mesma linha, Oswaldo Trigueiro (1997) alerta que está demonstrado, por experiência de todos os regimes, que a imunidade converteu-se em virtual irresponsabilidade, porque as Casas Legislativas quase sempre se negam a conceder licença com vistas ao processamento de seus membros, mesmo quando acusados de crime de alta gravidade<sup>21</sup>.

Assim, os fatos efetivamente ocorridos em que a imunidade formal tornara-se impedimento à ação do Poder Judiciário (exceto em casos de concessão de licença prévia pela Casa Legislativa a que pertença o parlamentar infrator), à indignação e aos reclamos populares propugnaram por reformas na Constituição que limitassem a extensão das referidas imunidades parlamentares.

Dali em diante, muitos projetos de Emenda Constitucional foram propostos para alteração do instituto, assim, como, igualmente, não foi desconsiderável a força antagônica em prol da sua manutenção, tendo-se materializado na aprovação da Emenda Constitucional nº 35, de 2001, de cujas modificações ocupa-se a seguir.

### *4. Efetividade das modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001*

Diante das propostas de emenda constitucional apresentadas para revisão do instituto a expectativa maior de alteração recaía sobre a imunidade formal.

Verifica-se que no tocante à imunidade processual, o texto anterior condicionava a prisão e o processamento do parlamentar à

concessão da licença prévia por parte da Casa Congressual respectiva.

Após a modificação, o texto determinou ao Supremo Tribunal Federal, nos casos de prisão, seja comunicada a Casa a que pertença o parlamentar envolvido, no prazo de vinte e quatro horas, para que deliberação sobre o caso, pelo voto da maioria dos seus membros.

Conclui-se, daí, que o poder de decisão continuou no domínio dos parlamentares sobre a manutenção ou não da prisão.

Nos casos de crimes praticados por parlamentares depois da diplomação, no que diz respeito ao recebimento da denúncia, após a comunicação oficial do Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, ao invés da licença prévia, por iniciativa do partido político a que pertença o envolvido e pela maioria dos votos dos membros da respectiva Casa, poderão sustar o andamento do respectivo processo, até decisão final.

Aprovada a sustação do processo, suspende-se a contagem do prazo prescricional, enquanto durar o mandato. Do exposto, infere-se que a autonomia para decidir sobre os rumos do mandato permaneceu com os próprios parlamentares, embora, se possa dizer também, que não se constitui uma proteção absoluta nem perpétua, ao contrário, é relativa e temporária.

Diz-se que é relativa uma vez que, recebida a denúncia contra o parlamentar, será ele processado independentemente de concessão de licença pela Casa a que pertença ou ainda que obtida a sustação do feito, o óbice quanto ao processamento somente perdurará pelo tempo de duração do mandato.

Diz-se que é temporária uma vez que persistirá entre a data da expedição do diploma e a data do término do mandato.

Foram mantidas as demais prerrogativas já existentes no texto constitucional originário, tais como: foro privilegiado, a teor do disposto no § 1º do artigo 53, que desde a expedição do diploma, os deputados e os

senadores são submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal; em caso de declaração de estado de sítio, sendo possível a sua suspensão mediante voto de dois terços dos membros da Casa respectiva na hipótese de ato praticado fora do recinto do Congresso nacional que sejam incompatíveis com a execução da medida, nos termos do § 8º da mencionado artigo; não são os parlamentares obrigados a testemunhar sobre informações prestadas ou recebidas, nem sobre pessoas a quem prestaram ou de quem receberam informações em razão do exercício do mandato e, finalmente, continua a depender de licença da Casa para a incorporação do parlamentar às Forças Armadas, mesmo que sejam militares e ainda que em tempo de guerra.

### 5. *Interpretação do instituto pelo Supremo Tribunal Federal*

Ao longo da história republicana do Brasil o Supremo Tribunal Federal foi chamado a pronunciar-se sobre as imunidades parlamentares em muitas oportunidades.

Remonta a 27 de abril de 1892 a notícia do julgamento mais antigo que se encontra nos anais da Alta Corte. Trata-se de *Habeas Corpus nº 300* impetrado pelo ilustre Rui Barbosa em favor do Senador Almirante Eduardo Wandenkolk e outros indiciados por crimes de sedição e conspiração, presos ou desterrados em virtude de decretos expedidos pelo então Vice-Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto, no exercício da Presidência<sup>22</sup>.

Os mencionados decretos determinaram a suspensão das garantias constitucionais e decretaram o estado de sítio no Distrito Federal. Naquela ocasião, os impetrantes tiveram negada a ordem por uma votação quase unânime de 10 votos contra apenas 1, fundamentando, entre outras razões, que ao Poder Judiciário não é lícito apreciar atribuição constitucional utilizada pelo Presidente da República, antes do juízo político do Congresso Nacional e, que, também, ao

Supremo Tribunal Federal não competia envolver-se em questões políticas do Poder Executivo ou Legislativo.

O voto destoante foi proferido pelo Ministro Piza e Almeida que entendia ser o Supremo Competente para apreciar o feito uma vez que houvera cessado o estado de sítio<sup>23</sup>.

Pouco depois, já em 1893, novamente Rui Barbosa impetra o *Habeas Corpus* nº 415, em favor do mesmo Senador Almirante Eduardo Wandenkolk e outros, presos por crime militar por ocasião da captura do navio vapor “Júpiter”. Fundamenta o pedido na demora da formação da culpa e na imunidade parlamentar, quanto ao Senador, e na incompetência do foro militar quanto aos demais.

Novamente negada a ordem de soltura, sem, todavia, aprofundar-se na análise do instituto. Inicia-se, a nosso ver, com o *Habeas Corpus* nº 3.536, tendo como impetrante e paciente o Senador Rui Barbosa, a análise mais detida sobre a imunidade parlamentar.

Naquele HC, Rui Barbosa, que teve proibida a publicação de protesto proferido em discurso perante o Senado, insurgiu-se contra ato governamental, utilizando como alegação fundamental o fato de que tal proibição cerceava um dos direitos essenciais ao desenvolvimento da soberania da nação que constituía a publicação dos discursos: a publicidade.

A ordem de HC foi concedida com base, dentre outros argumentos, no de que a publicação restrita à imprensa oficial, sob a fiscalização do executivo, anula a publicidade.

Assim, a matéria esteve sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, até a promulgação da Carta de 1988.

Em 1957, tomado como precedente o *Habeas Corpus* nº 35041-SE, em que se atribuía ao paciente o cometimento de crime de responsabilidade por desrespeito à decisão judicial, editou-se a Súmula 3, com o seguinte teor: A imunidade concedida a deputados estaduais é restrita à Justiça do Estado

aprovada em 13/12/1963, tendo o Tribunal Pleno a declarado superada no julgamento do RE 456679 ocorrido em 15/12/2005, cujo Acórdão foi publicado no Diário de Justiça de 07 de abril do corrente ano, à vista dos preceitos inscritos nos artigos. 53, § 2º; 27, § 1º; e 32, § 3º, todos da Constituição.

Em 1962, em julgamento da Queixa Crime 140, versando sobre denúncia de cometimento de delito por deputado federal, em exercício de cargo de Ministro de Estado, em sede de Agravo Regimental, editou a Súmula 4, afirmando que “não perde a imunidade parlamentar o congressista nomeado Ministro de Estado”, aprovada em 13/12/1963, todavia, tendo o Tribunal Pleno cancelado a sua vigência quando do julgamento do Inquérito nº 104-RS, proferido em 26/08/1981, firmando novo entendimento à luz da Emenda Constitucional nº 11, de 1978, no sentido de o deputado que exerce a função de Ministro de Estado não perde o mandato, porém não pode invocar a prerrogativa da imunidade, material ou processual, pelo cometimento de crime no exercício da nova função.

Pela Súmula 245<sup>24</sup>, em vigor, a imunidade parlamentar não se estende ao co-réu sem essa prerrogativa.

No tocante ao cometimento de delito durante o exercício funcional, o STF aprovou a Súmula 394, decidindo pela prevalência da competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal fosse iniciado após a cessação do exercício da mencionada função<sup>25</sup>.

Embora a matéria tenha sido revista, smj, pela Súmula 451, aprovada em 1º/10/1964 no sentido de que “a competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional”, somente teve declarado o cancelamento da Súmula 394 em Sessão Plenária de 25/08/1999, já sob a égide da Constituição em vigor, adotando esse como um dos fundamentos para o referido cancelamento.

Todavia, no que toca à ação penal por ofensa à honra, o STF sumulou que sendo admissível a exceção da verdade quanto ao desempenho de função pública, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que já tenha cessado o exercício funcional do ofendido (Súmula 396, aprovada na Sessão Plenária de 03/04/1964).

Na interpretação do artigo 53 da Constituição Federal em vigor – que suprimiu a cláusula restritiva do âmbito material da garantia –, o STF tem seguido linha intermediária que, de um lado, se recusa a fazer da imunidade material um privilégio pessoal do político que detenha um mandato, mas, de outro, atende às justas ponderações daqueles que, já sob os regimes anteriores, realçavam como a restrição da inviolabilidade aos atos de estrito e formal exercício do mandato deixava ao desabrigo da garantia as manifestações que o contexto do século dominado pela comunicação de massas tornou um prolongamento necessário da atividade parlamentar.

Para o Tribunal, a inviolabilidade alcança toda manifestação do congressista onde se possa identificar um laço de implicação recíproca entre o ato praticado, ainda que fora do estrito exercício do mandato, e a qualidade de mandatário político do agente.

Vai mais além. Decidiu que a imunidade parlamentar material estende-se à divulgação pela imprensa, por iniciativa do congressista ou de terceiros, do fato coberto pela inviolabilidade, assim, mesmo antes das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001, o STF já entendia que a inviolabilidade elide não apenas a criminalidade ou a imputabilidade criminal do parlamentar, mas também a sua responsabilidade civil por danos oriundos da manifestação coberta pela imunidade ou pela divulgação dela<sup>26</sup>.

Assim o advento da Emenda nº 35, de 2001, não modificou o entendimento vigente, mas, sim, o ratificou e fundamentou na nova ordem do texto constitucional<sup>27</sup>.

Nesse sentido, Raul Machado Horta (2003), citando Barthélemy, contraria um pouco a tese da total irresponsabilidade, ao afirmar que o parlamentar “só estará sujeito, para correção dos excessos ou abusos, ao poder disciplinar previsto nos Regimentos Internos”<sup>28</sup>.

Entretanto, a Corte Maior entende que a garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, *caput*) exclui a responsabilidade civil do membro do Poder Legislativo, por danos eventualmente resultantes de manifestações, orais ou escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato (prática *in officio*) ou externadas em razão deste (prática *propter officium*), qualquer que seja o âmbito espacial (*locus*) em que se haja exercido a liberdade de opinião, ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa.

A EC 35/2001, ao dar nova redação ao art. 53, *caput*, da Constituição da República, consagrou diretriz, que, firmada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ 177/1375-1376, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), já reconhecia, em favor do membro do Poder Legislativo, a exclusão de sua responsabilidade civil, como decorrência da garantia fundada na imunidade parlamentar material, desde que satisfeitos determinados pressupostos legitimadores da incidência dessa excepcional prerrogativa jurídica (AI 473.092, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/03/05).

No âmbito da imunidade formal a licença prévia da Casa respectiva para a instauração ou para o prosseguimento da ação penal como exigida pelo texto originário do artigo 53, § 1º da Constituição em vigor, representava condição de procedibilidade, instituto de natureza processual, e, conseqüentemente, empecilho ao exercício da jurisdição.

Com a edição Emenda Constitucional nº 35, de 2.001, ao suprimir a exigência de concessão de licença prévia para o prosseguimento da ação penal, como exigia o § 1º do art. 53 da CF, em sua redação originária,



entende a Corte Maior que os Deputados e Senadores já não gozam de imunidade processual por crimes de outra natureza que não os decorrentes de suas opiniões, palavras e votos.

Data vênua do entendimento do Supremo Tribunal Federal, ousamos discordar para lembrar que se por um lado o § 1º retirou a exigência de licença prévia para o processamento do parlamentar, por outro lado o § 3º do citado artigo 53, trouxe a possibilidade de sustação do referido procedimento nos casos dos delitos praticados após a diplomação.

Vale dizer, se antes a denúncia ficava sobrestada até pronunciamento das casas legislativas autorizando ou não o prosseguimento do processo, agora, embora a denúncia seja feita plenamente pelo Supremo Tribunal Federal, cabe à Casa Legislativa, caso entenda indevido, sustar o seu andamento.

Com efeito, a nosso ver, o Supremo Tribunal Federal continua com sua atuação limitada, ainda que por tempo limitado – enquanto durar o mandato parlamentar – pelas condições estabelecidas no § 3º acima mencionado.

## 6. Considerações finais

Diante do contido neste estudo, entende-se que enquanto as imunidades parlamentares forem mantidas no texto constitucional, nos termos em que se encontram, continuará a ser suscitada grande discussão, não mais pela razão de sua existência, mas pela postura e pelo comportamento adotado sob a proteção delas.

Ao longo deste trabalho, verificou-se a importância do instituto para o desenvolvimento e consolidação da democracia para a proteção da liberdade e autonomia do parlamento.

Entretanto, se para a autonomia do legislativo nos governos monárquicos constituía condição essencial, por meio da imunidade, a proteção contra os mandos e des-

mandos da autoridade real, nos tempos modernos, com o controle processual e o poder de informação da imprensa, questiona-se: em tempo real, continua justificável a sua manutenção no ordenamento jurídico?

A indagação é de difícil resposta.

Inicia-se a tentativa de responder à questão da seguinte forma: opina-se pela manutenção da imunidade material (inviolabilidade) e pela supressão da imunidade processual pelos motivos que se expõe.

Ao término deste estudo, apresenta-se por entendimento conclusivo a concordância com a existência, importância e manutenção da imunidade material (inviolabilidade), uma vez que se demonstrou, historicamente, a necessidade e relevância da livre manifestação de idéias, quer seja por intermédio das palavras e opiniões, quer seja por intermédio do exercício do voto, uma vez que assim sendo, como afirma Rui Barbosa no discurso proferido no Colégio Anchieta, por ocasião de sua posse como sócio no Instituto dos Advogados, em 18 de maio de 1891, *a palavra é o instrumento irresistível da conquista da liberdade. Deixai-a livre, onde quer que seja e o despotismo está morto.*

No tocante à imunidade processual, entende-se que se o atual estado democrático afasta as possibilidades de ingerências indevidas no Poder Legislativo e se essa era a premissa justificadora da imunidade processual, ausente o principal (ingerências indevidas no Poder Legislativo), não há razão para a existência do acessório (imunidade processual), especialmente se considerada a existência de um Poder Judiciário independente e autônomo nos termos do contido no artigo segundo do texto constitucional em vigor<sup>29</sup>.

Ademais, observa-se que o § 1º, do artigo 53, da mencionada Constituição de 1988, brindou os parlamentares com foro privilegiado, o que por si só já justifica a exclusão da referida imunidade processual do texto constitucional.

De tudo, pensa-se que as discussões em torno do instituto das imunidades parla-

mentares não se encerram com a edição da Emenda Constitucional nº 35, de 2001. Antes, é a evolução social, e conseqüentemente, da estrutura estatal que amadurecerão os conceitos que norteiam as prerrogativas essenciais ao fortalecimento da democracia e, via de conseqüência do estado democrático de direito.

Finalmente, se a sociedade exige garantia da liberdade para as ações dos seus representantes junto ao Poder Legislativo, entende-se que a resposta a ser dada é a de que imunidade e impunidade devem estar em pólos opostos, tanto nas ações pessoais quanto no contexto constitucional. Talvez, assim, recupere-se, pelos menos, um pouco, a credibilidade popular.

### Notas

<sup>1</sup> PIOVESAN, Flávia. *Prerrogativa ou Privilégio* – artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, de 04/07/2001, p. A-3.

<sup>2</sup> KURANAKA, Jorge. *Imunidades Parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 1-2.

<sup>3</sup> HOLLANDA, Aurelio Buarque de. *Dicionário Aurélio Séc. XXI*. São Paulo: Ed. Nova Fronteira e MGB informática, 1999. 1 CD-ROM.

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*, edição universitária. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991, p. 436.

<sup>6</sup> KRIEGER, Jorge. *Imunidade Parlamentar. Histórico e evolução do Instituto no Brasil* – Coleção Alcerce Jurídico, Vol. I, 2004.

<sup>7</sup> BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, vol. 2. São Paulo: Saraiva e Cia, 1933.

<sup>8</sup> LIMA, Rosah Russomano de Mendonça. *O Poder Legislativo na República*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960.

<sup>9</sup> Estado Democrático, no dizer de Afonso Arinos de Melo Franco, em conferência proferida no Congresso Nacional em 6 de agosto de 1980, significa “aquele que legisla sempre para alargar e aprofundar os direitos sociais do homem, mantendo e defendendo, ao mesmo tempo, os seus direitos naturais”. – in Revista de Ciência política, Vol. 23, nº 1 Jan./Abr. 1980. p. 112.

<sup>10</sup> Estado de Direito significa que nenhum indivíduo, presidente ou cidadão comum, está acima da lei. Os governos democráticos exer-

cem a autoridade por meio da lei e estão eles próprios sujeitos aos constrangimentos impostos pela lei. As leis devem expressar a vontade do povo, não os caprichos de reis, ditadores, militares, líderes religiosos ou partidos políticos autoneameados. As leis da democracia podem ter muitas origens: constituições escritas; estatutos e regulamentos; ensinamentos religiosos e étnicos e tradições e práticas culturais. Independentemente da origem, a lei deve preservar certas cláusulas para proteger os direitos e liberdades dos cidadãos: no âmbito do requisito de proteção igual pela lei, a lei não pode ser aplicável unicamente a um indivíduo ou grupo. Os cidadãos devem estar protegidos da prisão arbitrária, da busca sem razão em suas casas ou da apreensão de seus bens pessoais. Os cidadãos acusados de crime têm direito a um julgamento rápido e público, bem como à oportunidade de confrontar e questionar seus acusadores. Se forem condenados, não podem ser sujeitos a castigo cruel ou excepcional. Os cidadãos não podem ser forçados a testemunhar contra si mesmo. Este princípio protege os cidadãos da coerção, do abuso ou da tortura e reduz enormemente a tentação da polícia de empregar tais medidas. Texto extraído do site: <http://www.embaixada-americana.org.br/democracia/law.htm>, acessado em 23/05/2006.

<sup>11</sup> BARBOSA, Ruy. *Campanhas Jornalísticas*. Rio de Janeiro: editora, 1957, VII, p. 167.

<sup>12</sup> SANTOS, Miguel Ângelo Ciavareli Nogueira dos. *Imunidades jurídicas*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. No texto esta é a nota nº 96: MIRANDA, Pontes de in *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1/69*, pp. 111-5.

<sup>13</sup> Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/> > Acessado em: 01 jun. 2006.

<sup>14</sup> O mencionado artigo 25 trata da legítima defesa nos seguintes termos: “Artigo 25 – Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984).

<sup>15</sup> KRIEGER, op. cit., p. 52.

<sup>16</sup> KURANAKA, op. cit., p. 148.

<sup>17</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 19.

<sup>18</sup> Flávia Piovesan, em artigo intitulado Prerrogativa ou Privilégio, (Se há um Poder Judiciário independente, não há necessidade de imunidade processual nem de foros privilegiados), publicado no Jornal Folha de São Paulo, de 04 de julho de 2001, p. A-3, apresenta esse levantamento feito pelo presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados.

<sup>19</sup> KURANAKA, op. cit., p. 90.

<sup>20</sup> BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*. Comentários. F. Briguiet e Cia Editores, Rio de Janeiro, 1924, p. 93.

<sup>21</sup> TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 159.

<sup>22</sup> Disponível em: [http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jhistoricos/mant\\_resumo.asp?IDE\\_PROCESSO=hc300](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jhistoricos/mant_resumo.asp?IDE_PROCESSO=hc300) Acesso em: 11 jun. 2006.

<sup>23</sup> Texto extraído do voto do Ministro Pisa e Almeida, proferido no julgamento do HC-300, em 27.04.1892, Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jhistoricos/mant\\_resumo.asp?IDE\\_PROCESSO=hc300](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jhistoricos/mant_resumo.asp?IDE_PROCESSO=hc300)>, acesso em: 11 jun. 2006.

<sup>24</sup> Aprovada na Sessão Plenária de 13/12/1963 no julgamento do AI 27890. Publicada do Diário de Justiça de 16/05/1963 e na RTJ 27/5435.

<sup>25</sup> Aprovada na Sessão Plenária de 03/04/1964.

<sup>26</sup> RHC 31799-PE. Julgamento: 14/11/1951. Ementário, vol.72, p. 536; RHC 32166-PE. Julgamento: 03/09/1952. Ementário, vol. 137-02, p. 734; RMS 2319-SP. Julgamento: 05/01/1954. DJ 20/05/1954. Ementário, vol. 169-01, p. 330; HC 63507-RS. Julgamento: 10/12/1985. Publicado no DJ de 14/02/1986, p. 1207. Ementário, vol. 1407-01, p. 116; RE 210917/RJ, julgado em 12/08/1998 pelo Tribunal Pleno. Publicado no DJ de 18/06/2001.

<sup>27</sup> Inq. 1566 QO-AC. Julgamento: 18/02/2002. Publicado no DJ de 22/03/2002, p. 32. Ementário, vol. 2062-01, p. 68. RJT Vol. 182-01, p. 80.

<sup>28</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 596.

<sup>29</sup> Art. 2º São Poderes de União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

## Referências

ALEIXO, Pedro. *Imunidades Parlamentares*. Revista Brasileira de Estudos Políticos – Estudos Sociais e Políticos 18, 1961.

BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*. Comentários. F. Briguiet e Cia Editores, Rio de Janeiro, 1924.

BARBOSA, Rui. *Campanhas Jornalísticas*, VII. Rio de Janeiro, 1957.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires. Vol. 2. São Paulo: Saraiva e Cia, 1933.

\_\_\_\_\_. *Discursos no Instituto dos Advogados Brasileiros*. Discurso no Colégio Anchieta. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

BENITEZ, José Manuel Gomes. *Inviolabilidad e Inmunidad Parlamentarias*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 64, Madrid, España.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO (1988): *Constituição de 1988*: Texto Constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 40/2003 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações/índice Ana Valdevez*. A. N. de Alencar. Leyla Castello Branco Rangel – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, Vol. I.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos*. Florianópolis, Momento Atual, 2004.

CANOTILLO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Livraria Almedina, 1998.

CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Tradução e notas de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1959.

DEL NEGRI, André L. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FALCÃO, Alcino Pinto. *Da Imunidade Parlamentar*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1955.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Conferência proferida no Congresso Nacional em 6 de agosto de 1980*. Revista de Ciência política, Vol. 23, nº 1 Jan./Abr. 1980.

GIORGI, Raffaele De. *Direito, Democracia e Risco – vínculo com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Aurélio Século XXI*. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1999.

- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. ed. revista e atualizada, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2003.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volumes II, VI, VIII, Editora Forense 1982.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de Jose Cretella Jr., Agnes Cretella. 3. ed., revista da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- KRIEGER, Jorge Roberto. Imunidade Parlamentar – Histórico e evolução do Instituto no Brasil. *Coleção Alicerce Jurídico*, Vol. I, 2004.
- KURANAKA, Jorge. *Imunidades Parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed., Lumen Juris.
- LEPSON, Leslie. *Os Grandes Problemas da Ciência Política*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1967.
- LIMA, Rosah Russomano de Mendonça. *O Poder Legislativo na República*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954 – 3 v.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- SANTOS, Miguel Ângelo Ciavareli Nogueira dos. *Imunidades Jurídicas*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Ed., universitária. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.
- STRECK, Lenio Luiz; José Luis Bolzan de Moraes. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.
- VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

### Sítio

<http://www.presidencia.gov.br> Acesso em: 01 jun. 2006.

<http://www.senado.gov.br> Acesso em: 01 jun. 2006.

[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jhistoricos/mant\\_resumo.asp?IDE\\_PROCESSO=hc300](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jhistoricos/mant_resumo.asp?IDE_PROCESSO=hc300). Acessado em: 11 jun. 2006.

# Análise da constitucionalidade na Câmara dos Deputados

Sandra Afonso Ferreira

## Sumário

1. A sistemática da análise de constitucionalidade de Câmara dos Deputados. 2. Apresentação e análise dos dados de pesquisa. 3. Conclusão.

O Controle de constitucionalidade das leis é essencial para a consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito, pois assegurar a supremacia da Constituição sobre os poderes constituídos e sobre as leis produzidas após sua aprovação significa garantir o regular funcionamento das instituições, bem como proteger os direitos e garantias fundamentais.

De modo geral, esse controle é feito pelo Poder Judiciário, nas formas difusa e concentrada. Esse é o sistema adotado no Brasil. Em alguns países, existe o chamado controle político, isto é, conferido a órgão não integrante da magistratura.

Outra questão é a possibilidade de um controle preventivo efetuado durante o processo de formação da lei, quer por órgão do Judiciário, quer por instância interna do Legislativo. Em nosso País, apenas as propostas de Emenda à Constituição podem ser objeto do controle de constitucionalidade jurisdicional durante sua tramitação legislativa, por interpretação do artigo 60 da Constituição, que veda a mera deliberação sobre emenda tendente a violar as chamadas cláusulas pétreas.

O objetivo deste estudo foi analisar a atuação de órgãos da Câmara dos Deputados

Sandra Afonso Ferreira é Assessora Jurídica da Secretaria-Geral da Mesa da Câmara dos Deputados.

Artigo produzido com base no trabalho de conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS – em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. José Eduardo Elias Romão.

encarregados da análise da constitucionalidade das proposições a ela apresentadas, especialmente a da Presidência da Casa nessa tarefa.

Com efeito, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados prevê a devolução ao autor, pelo Presidente da Casa, antes da tramitação, de proposição que considere evidentemente inconstitucional.

Essa devolução ocorre, normalmente, nos casos de projetos de lei, por vício de iniciativa (se esta for exclusiva), por erro de espécie normativa, por não se tratar de matéria de competência legislativa do Congresso Nacional, ou, ainda, quanto ao próprio objeto do projeto, se for frontalmente contrário à Constituição.

Dessa devolução cabe recurso do autor ao Plenário da Câmara.

Podem ser devolvidas, também, de início, as propostas de Emendas à Constituição que violem as limitações constitucionais ao poder de reforma. Essas estão previstas no art. 60 da Constituição e repetidas nos artigos 201 a 203 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Após essa primeira análise, caso seja admitida pelo Presidente quanto à constitucionalidade, a proposição é distribuída às Comissões competentes, conforme disposição regimental aplicável à tramitação da espécie legislativa.

Toda proposição também é, nos termos regimentais, submetida à apreciação da Comissão de Constituição e Justiça de cada Casa do Congresso Nacional, as quais também as analisam quanto à constitucionalidade.

Denominado por alguns autores, a exemplo de Alexandre de Moraes, de controle de constitucionalidade preventivo, a análise da proposição pela Comissão de Constituição e Justiça visa a verificar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com o texto da Constituição.

Na análise feita pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara

dos Deputados – CCJC, a proposição pode ser considerada inconstitucional total ou parcialmente. Se parcial a inconstitucionalidade, pode ser apresentada emenda sanadora do vício. Se o projeto tramitar sujeito à competência legislativa plena das Comissões, a própria CCJC pode aprovar o projeto e a emenda. Caso contrário, serão remetidos ao Plenário da Casa.

Da decisão da Comissão de Constituição e Justiça que considere o projeto inconstitucional, caberá recurso. Havendo o recurso contra esse parecer, que é tido como terminativo, haverá apreciação preliminar pelo Plenário da Casa, que decidirá definitivamente sobre a constitucionalidade.

A análise da constitucionalidade das Medidas Provisórias quanto à observância dos pressupostos constitucionais de urgência e relevância deve ser feita por cada uma das Casas do Congresso Nacional antes da apreciação de mérito.

A Medida Provisória considerada inconstitucional por qualquer das Casas do Congresso estará rejeitada, perdendo eficácia desde sua edição, ou seja, nesse caso, uma norma em vigor poderá ser excluída do ordenamento jurídico, por inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc*, por decisão definitiva do Poder Legislativo.

É certo que cabe ao Congresso Nacional, por meio de Decreto Legislativo, regular as relações jurídicas constituídas com base na Medida Provisória e que, não o fazendo, essas permanecerão por ela regidas. No entanto, a Medida Provisória terá sido excluída do ordenamento jurídico, não produzindo nenhum novo efeito.

Assim, tanto no caso de devolução de proposições pelo Presidente da Câmara dos Deputados, quanto de rejeição pela Comissão de Constituição e Justiça ou pelo Plenário, inclusive em se tratando de Medidas Provisórias, a proposição é impedida de se tornar lei e de entrar no ordenamento jurídico por ter sido considerada inconstitucional.



É importante, assim, a análise da constitucionalidade feita pelo próprio Legislativo no momento do recebimento da proposta, ou quando analisada pela Comissão de Constituição e Justiça ou, ainda, pelo Plenário, porque o controle por parte do Judiciário é discutível, nessa fase.

Além disso, esse controle que resulta de uma análise de constitucionalidade, começa a ser feito bem antes desse momento da vigência e aplicação da lei, evitando despesas e insegurança jurídica.

Enquanto vigora, uma lei inconstitucional rege atos e relações jurídicas que terão que ser desconstituídos, interferindo na vida do cidadão. Ao passo em que, se for previamente eliminada, o texto constitucional é valorizado, prevalecendo a supremacia da Constituição. Sendo esse controle realizado pelo Poder Legislativo, onde os membros ingressam pelo voto direto, há uma participação popular, reforçando o Estado Democrático de Direito.

No órgão encarregado da feitura da lei, no âmbito do Poder Legislativo, grande parte dos vícios das leis pode ser detectada e desde logo eliminada, antes de integrar indevidamente o ordenamento jurídico, causando prejuízos ao Estado e à sociedade.

O que se pretende avaliar neste artigo é a possibilidade e as formas de desenvolver a análise de constitucionalidade no processo de formação das leis, pelo próprio órgão encarregado de sua elaboração, mais especificamente, no momento em que são apresentadas as propostas legislativas ao Presidente da Câmara dos Deputados.

O problema em questão pode ser assim descrito: verificar se a atribuição regimental da Mesa da Câmara dos Deputados de devolução ao Autor das proposições evidentemente inconstitucionais está integrada ao trabalho de análise de constitucionalidade realizada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e pelo Plenário da Câmara, caracterizando um controle político de constitucionalidade no Parlamento.

Convém esclarecer, antes de mais nada,

que não se objetiva aqui descrever um controle político, tal como referido por Mauro Cappelletti (1992, p. 26). No entanto, admite-se desde já que o aprimoramento da análise realizada pela Mesa da Câmara pode contribuir para a caracterização de um Controle Político de Constitucionalidade no Parlamento Brasileiro.

### *1. A sistemática da análise de constitucionalidade da Câmara dos Deputados*

O art. 137, §1º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados prevê a possibilidade de devolução ao Autor, pelo Presidente da Casa, de proposição considerada evidentemente inconstitucional. Convém apresentá-lo na íntegra, já que constitui dispositivo fundamental para compreensão da análise de constitucionalidade realizada pela Mesa:

“Art. 137. Toda proposição recebida pela Mesa será numerada, datada, despachada às Comissões competentes e publicada no Diário da Câmara dos Deputados e em avulsos, para serem distribuídos aos Deputados, às Lideranças e Comissões.

§ 1º Além do que estabelece o art. 125, a Presidência devolverá ao Autor qualquer proposição que:

I – não estiver devidamente formalizada e em termos;

II – versar matéria:

a) alheia à competência da Câmara;

b) evidentemente inconstitucional;

c) anti-regimental”.

A pesquisa subjacente a este artigo teve por escopo investigar as proposições devolvidas por terem sido consideradas “evidentemente inconstitucionais”.

Uma dificuldade encontrada no desenvolvimento do trabalho, tratada adiante, foi que as devoluções ao autor são geralmente feitas tão-somente com fundamento no art. 137, §1º, do Regimento Interno da Câmara,

sem indicação de inciso e alínea. Assim, a hipótese específica muitas vezes não é esclarecida no despacho de devolução.

Entretanto, na análise do texto de cada proposição é possível verificar o motivo de sua devolução. A maioria dos projetos acaba por enquadrar-se na hipótese de “evidentemente inconstitucional”, mesmo que de início possa ser compreendido em outra alínea do artigo. Por exemplo, um projeto que trate de matéria de competência de Estado ou Município é matéria “alheia à competência da Câmara” (alínea “a”). No entanto, é também “evidentemente inconstitucional” (alínea “b”), pois as competências dos Estados, Municípios e da própria Câmara estão delimitadas pela Constituição.

Ainda, uma proposição devolvida pelo item I do parágrafo, por não estar “devidamente formalizada”, pode ser o caso de um projeto de lei ordinária, dispondo sobre assunto reservado pela Constituição à lei complementar. Seria, portanto, também “evidentemente inconstitucional”.

São poucos os casos de matéria devolvida por ser considerada “anti-regimental”, ou seja, por ferirem o Regimento Interno. Seria o caso, por exemplo, de um projeto de Resolução que, pelo Regimento, deveria ser de iniciativa da Mesa e foi apresentado por um Deputado, como as matérias referentes à organização e administração da Casa.

Outra análise mais aprofundada da constitucionalidade das proposições legislativas é realizada, em fase posterior do processo, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Tais competências, tanto a do Presidente da Câmara dos Deputados, como a da Comissão de Constituição e Justiça, fundamentam-se no art. 51 da Constituição Federal, que concede à Câmara dos Deputados a competência privativa de elaborar seu Regimento Interno, dispondo sobre sua própria organização e funcionamento para o desempenho de suas atribuições constitucionais.

Como menciona Marcelo Cattoni, há um processo legislativo constitucionalmente estabelecido (CATTONI, 2000). Contudo, o funcionamento da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e a divisão de competências e atribuições referentes ao processo legislativo são disciplinadas nos regimentos internos de cada Casa.

O art. 139 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados estabelece que as proposições serão recebidas e distribuídas às Comissões pelo Presidente da Casa, da seguinte forma: antes da distribuição, o Presidente verifica se existe proposição em trâmite tratando de matéria análoga ou conexa. Se houver, fará a distribuição por dependência, determinando a sua apensação. Quando a matéria se enquadra nas hipóteses contidas no art. 34, a proposição é encaminhada diretamente à Comissão Especial. Nos outros casos ela será distribuída às Comissões que devam manifestar-se quanto ao seu mérito e à Comissão de Finanças e Tributação, para o exame da compatibilidade ou adequação orçamentária, quando envolver aspectos financeiro ou orçamentário públicos e, obrigatoriamente, todas as proposições devem ir à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa. Juntamente com as outras Comissões técnicas, ela pronuncia-se também quanto ao mérito, quando for o caso.

Na alínea “c” do inciso II do art. 32 encontra-se prevista a competência da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania para análise da constitucionalidade, juridicidade, legalidade, regimentalidade e técnica legislativa e, se for o caso, do mérito, de proposições apresentadas à Casa.

Tratam-se, pois, de dois tipos de análise feitos pela Comissão: uma, quanto à sua “admissibilidade constitucional e jurídica”, revestindo-se o seu parecer quanto a esse aspecto de caráter terminativo, nos termos

do art. 54 do Regimento. Outra, quanto ao conteúdo, aos aspectos de conveniência e oportunidade da matéria, se estiver contida em seu campo temático.

O art. 54 estabelece que será terminativo o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria e da Comissão de Finanças e Tributação, sobre adequação financeira ou orçamentária da proposição. Também será terminativo o parecer da Comissão Especial referida no art. 34, II, acerca das duas preliminares.

Tal parecer é considerado terminativo porque caso a Comissão entenda ser a proposição inconstitucional ou injurídica, estará encerrada sua tramitação na Casa, com seu arquivamento, salvo interposição e provimento pelo Plenário do recurso previsto no §2º do art. 132 do Regimento, por um décimo da composição da Casa.

Havendo provimento do recurso, a proposição é submetida a uma apreciação preliminar pelo Plenário da Casa que decidirá, definitivamente, quanto a sua constitucionalidade, confirmando ou não a decisão da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Essa mesma análise de constitucionalidade será realizada pela Comissão Especial, no caso previsto no art. 34 do Regimento Interno, ou seja, quando criada para apreciar proposição que se insira no campo temático de mais de três Comissões Permanentes, em substituição a essas e também à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

O outro tipo de análise procedido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania é quanto ao mérito de proposições que incidam sobre área de competência definida no art. 32, inciso IV, do Regimento Interno.

Assim, via de regra, recebida uma proposição, o Presidente da Câmara dos Deputados a encaminhará às Comissões Permanentes competentes para apreciá-la e à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para exame de sua constitucionalidade e do mérito, se for o caso.

No entanto, como se viu, a proposição poderá não ser distribuída se o Presidente nela constatar vício que impeça sua tramitação, que poderá ser de forma, de caráter regimental ou constitucional, casos em que será devolvida ao respectivo Autor.

Dessa devolução pelo Presidente caberá recurso, conforme o § 2º do art. 137 do Regimento, do Autor do projeto, ao Plenário da Casa, ouvindo-se a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Se provido o recurso, haverá uma apreciação em Plenário quanto à constitucionalidade da matéria, que determinará se a matéria voltará a tramitar ou não.

A análise de constitucionalidade feita pelo Presidente envolve a apreciação de propostas de emenda à Constituição, projetos de lei ordinária e de lei complementar, projetos de decreto legislativo e projetos de resolução.

Ao receber as proposições, o Presidente, por meio da Secretaria-Geral da Mesa, procede à sua numeração e análise para distribuição às Comissões.

Na pesquisa de dados realizada sobre o tema, foram encontradas 634 proposições devolvidas previamente aos autores, desde a promulgação da nova Constituição, com fundamento no § 1º do art. 137 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

As inconstitucionalidades encontradas envolvem questões referentes a vários assuntos, podendo se manifestar na forma ou no mérito das proposições.

Como exemplo de inconstitucionalidade formal, temos os projetos de lei devolvidos ao autor porque deveriam, pela matéria, terem sido apresentados como projetos de lei complementar, afrontando, assim, dispositivo constitucional. É o caso do PL nº 3723/2004, que “Altera a Lei nº 9.317/96, que institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES”, devolvido, por inconstitucionalidade, sugerindo-se a apresentação na forma de projeto de lei complementar.

Outras matérias com flagrante contrariedade ao texto constitucional são as que incorrem em vício de iniciativa.

De fato, a Constituição prevê algumas iniciativas legislativas privativas. É o caso do §1º do art. 61 da Constituição, que determina:

“Art.61. ....

§ 1º São de iniciativa do Presidente da República as leis que:

I – fixem ou modifiquem os efetivos das forças armadas;

II – disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das forças armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva”.

Há, ainda, a reserva de iniciativa de lei dos tribunais e Ministério Público, que, entretanto, restringe-se a matéria referente à sua organização e funcionamento (arts. 96 e 127 da Constituição).

A maior parte dos projetos devolvidos por inconstitucionalidade, quanto a esse aspecto, refere-se à usurpação da iniciativa do Presidente da República, a exemplo do PL

4927/2005, que “Acrescenta parágrafo ao art. 12 da Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”;

Um outro grupo grande de projetos devolvidos diz respeito a proposições de natureza autorizativa, que violam a reserva de iniciativa Presidente da República ou tratam de assuntos já definidos na competência do Poder Executivo e que não precisariam de lei para serem implementados.

Com efeito, o art. 84 da Constituição determina, dentre outras competências:

“Art.84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I – nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

.....  
VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de cargos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

.....  
XXIII – enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstas nesta Constituição;

.....  
XXV – prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

.....  
XXVII – exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

.....  
Assim, um projeto que visa a criação de universidade, como o PL 5692/2005, que “Autoriza o Poder Executivo a instituir a Universidade Federal de Divinópolis”, foi desde logo devolvido por evidente inconsti-

tucionalidade, já que procurava dispor sobre matéria cuja iniciativa é constitucionalmente reservada ao Poder Executivo.

Outros casos são, por exemplo, os de projetos que envolvem matéria alheia à competência da Câmara, como o PL nº 3392/97, que “Estabelece a obrigatoriedade de criação dos Conselhos Estaduais de entorpecentes nos Estados que ainda não os possuem e dos Conselhos Municipais nos Municípios com mais de cinquenta mil habitantes”.

Também são devolvidos projetos de Resolução ou Requerimentos que tenham por finalidade criar Comissões Parlamentares de Inquérito e que não atendam aos requisitos previstos no art. 58, § 3º da Constituição Federal, mais freqüentemente, que não contenham assinatura de um terço dos deputados ou não proponham a investigação de algum fato determinado.

Outro vício que se afigura como evidente inconstitucionalidade é a infringência ao art. 5º da Constituição Federal, com afronta aos direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo, os seguintes projetos de lei:

– PL 3857/04, que “Disciplina a pena física nos casos que especifica, instituindo a doação compulsória de órgãos”, obrigando o condenado sentenciado por dois ou mais homicídios dolosos, cuja pena seja igual ou superior a 30 (trinta) anos, a doar um dos órgãos duplos (córnea, rim, pulmão), além da medula ou 2/3 (dois terços) do fígado. Alterando o Código Penal;

– PL 7021/02, que “Modifica os arts. 213 e 214 do Código Penal”, fixando a pena de castração com recursos químicos, para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor;

– PL 5996/05, que “Dispõe sobre a limitação de interferência por via judicial do destino de recursos do SUS para o tratamento de enfermidades transmissíveis ou não”, por ofensa ao art. 5º, inciso XXXV da Constituição, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

As propostas de emenda à Constituição também são proposições que podem ser de-

volvidas pelo Presidente da Câmara dos Deputados se no texto for encontrada inconstitucionalidade evidente.

Grande número de propostas de emenda à Constituição é devolvido, no momento da apresentação, por não conter o número mínimo de assinaturas, previsto no art. 60 da Constituição Federal, ou seja, um terço dos membros da Casa.

Tanto projetos de lei como propostas de emendas à Constituição podem ser devolvidos ao Autor, por inconstitucionais, se re-apresentados na mesma sessão legislativa em que foram rejeitados. A não ser, no caso dos projetos de lei, se ao serem re-apresentados contiverem a assinatura da maioria absoluta dos membros da Casa, conforme disposto nos artigos 60, § 5º e 67 da Constituição.

Há casos ainda de devolução, por evidente inconstitucionalidade, de projetos de decreto legislativo, apresentados com fundamento no art. 49, V da Constituição, destinados a sustar atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, que, no entanto, violavam esse mesmo dispositivo, por pretenderem a sustação de atos concretos ou atos de natureza não regulamentar ou ainda oriundos de outro Poder.

Como exemplo, o Projeto de Decreto Legislativo nº 1621/2002, que “Susta os efeitos da Resolução do Tribunal Superior Eleitoral que resulta na verticalização das coligações partidárias para as eleições”, devolvido “por não atender o disposto nos incisos V e XI do art. 49 da Constituição Federal, combinado com o art. 137, parágrafo primeiro, II, “b” do Regimento Interno da Câmara dos Deputados”.

Foram ainda encontrados casos de evidente inconstitucionalidade por serem proposições incompatíveis com o § 3º do art. 5º da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Os Projetos de Decreto Legislativo nºs 1595, 1596 e 1597, de 2005, foram devolvidos por esse motivo.

Poucos foram os recursos interpostos, com base no § 2º do art. 137 do Regimento Interno da Câmara, contra a devolução ao Autor de projetos considerados evidentemente inconstitucionais pelo Presidente da Casa. No total foram vinte Recursos. Desse, apenas o Recurso nº 53/92, referente ao PL 2740/92, chegou a ser apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara, com Parecer pelo não acolhimento, e rejeitado pelo Plenário da Câmara.

Isso parece ser suficiente para demonstrar a importância da análise feita pelo Presidente da Câmara e a eficiência do trabalho realizado em conjunto com a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania visando impedir o ingresso no ordenamento jurídico nacional de normas eivadas de vício de inconstitucionalidade. Todavia, faz-se necessário apresentar os demais dados e informações utilizados na pesquisa para que se possa supor fundamentadamente a existência de um sistema de análise de constitucionalidade no âmbito da Câmara dos Deputados.

## 2. Apresentação e análise dos dados de pesquisa

Com o objetivo de avaliar o procedimento de análise da constitucionalidade realizada pela Mesa da Câmara dos Deputados no momento do recebimento das proposições e sua distribuição às Comissões, feita com o intuito de verificar a existência de vício de evidente inconstitucionalidade, o que ocasionaria sua devolução ao Autor, foram levantados dados na Secretaria-Geral da Mesa e no Centro de Documentação e Informação da referida Casa Legislativa sobre os despachos iniciais do Presidente a essas matérias.

Reuniram-se dados referentes às Legislaturas posteriores à promulgação da Constituição de 1988, tendo como parâmetro para a pesquisa a quantidade de proposições devolvidas ao Autor, pelo Presidente da

Câmara, com base no § 1º do art. 137 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, mais especificamente as que se enquadram nas alíneas “a” e “b” do item II do parágrafo. A alínea “b” prevê a devolução das proposições evidentemente inconstitucionais e a “a” a devolução das matérias alheias à competência da Câmara que, na verdade, são, também, evidentemente inconstitucionais.

A pesquisa envolveu a análise dos seguintes tipos de proposição: projetos de lei ordinária, de lei complementar, de decreto legislativo, de resolução e propostas de emenda à Constituição.

Foram encontrados 570 projetos e 64 Propostas de Emenda à Constituição devolvidos no período estudado. Na primeira análise da pesquisa, verificou-se que, desses, trezentos e sessenta e oito projetos de lei ordinária, vinte e quatro projetos de lei complementar e vinte e sete projetos de resolução foram devolvidos com base no § 1º do art. 137 do Regimento Interno, sem especificação da alínea. Embora sem essa especificação, o estudo da tramitação e dos textos dos projetos revela que foram devolvidos por conterem vícios de inconstitucionalidade, tais como invasão da competência ou iniciativa do Poder Executivo (arts. 61, § 1º e 84 da CF); invasão da competência ou iniciativa do Poder Judiciário ou Ministério Público; invasão de competência de Estado ou Município; por tratarem de matéria de projeto de lei rejeitado na mesma sessão legislativa, apresentados sem o *quorum* qualificado requerido (art. 67 da CF); por tratarem em projeto de lei ordinária matéria para a qual a Constituição exige lei complementar; ferirem o art. 5º da CF. Além desses casos, nove projetos de lei estão especificados na alínea “a” do inciso II; dois no inciso I; onze no inciso II, “b” e um no inciso II, “c”. Um projeto de lei complementar foi devolvido com base no inciso II, “b”. Um projeto de resolução, com base no II, “a”, dois com fundamento no II, “b” e três motivados pelo II, “c”.

Quarenta e três projetos de decreto legislativo – PDCs foram considerados eviden-



temente inconstitucionais, seja por conterem matéria alheia à competência da Câmara, seja por não se enquadrarem no art. 49, V e XI da Constituição ou, ainda, por convocarem plebiscito sem conterem número mínimo de assinaturas, sendo que alguns casos envolviam também assuntos que seriam, de qualquer forma, considerados inconstitucionais, como, por exemplo, sobre pena de morte, trabalho forçado, prisão perpétua, diminuição da maioria penal, interrupção de gravidez, etc.). Doze PDCs que convocavam plebiscito para criação, subdivisão ou incorporação de estado ou território foram devolvidos por não conterem número mínimo de assinaturas previsto na Lei nº 9709/98. Essa devolução foi reenquadrada, depois, como vício de forma (art. 137, § 1º, I do Regimento) e não como inconstitucionalidade, como era feito inicialmente, já que o art. 14 da Constituição apenas diz apenas que a matéria será disciplinada em lei.

Quatro PDCs foram devolvidos por não satisfazerem os requisitos previstos no § 3º do art. 5º da Constituição (Emenda nº 45/2004 – Reforma do Judiciário).

A pesquisa demonstra que 64 propostas de emenda à Constituição foram devolvidas ao Autor, por serem inconstitucionais.

Sessenta e duas PECs foram devolvidas por não conterem o número mínimo de assinaturas previsto no inciso I do art. 60 da Constituição Federal, combinado com o inciso I do art. 201 do Regimento Interno da Casa. Por ferirem frontalmente o texto da Constituição, estas devoluções podem ser enquadradas como evidentemente inconstitucionais.

Algumas Propostas de Emenda à Constituição, apesar de não terem sido devolvidas no momento de sua apresentação, envolviam assuntos que contrariavam claramente a Constituição, considerados hoje como evidentemente inconstitucionais.

Essas Propostas foram depois inadmitidas pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara, o que aponta para a existência de um sistema de análise

da constitucionalidade na Casa que interage e se complementa.

Foi o caso, por exemplo, da PEC nº 1/1988, do ex-deputado Amaral Netto, apresentada logo após aprovação da nova Constituição. A Proposta alterava o art. 5º, inciso XLVII, alínea “a” da nova Constituição Federal, instituindo a pena de morte e dando outras providências.

Naquele momento, a falta de regras específicas sobre os assuntos referentes ao novo texto constitucional – pois nem mesmo o novo Regimento Interno da Câmara tinha sido aprovado – permitiu que matérias como essas tramitassem.

Apesar de ter sido inicialmente até admitida pela CCJC, houve uma Questão de Ordem do ex-deputado José Dirceu, perguntando se ao ser aprovada aquela Proposta de Emenda à Constituição não se estaria abolindo os ‘Direitos e Garantias Individuais e Coletivos’, previstos no art. 5º da Constituição Federal e haveria, então, a pena de morte não apenas em caso de guerra declarada, conforme art. 84, inciso XIX da Constituição Federal. Seria, então, essa Proposta inconstitucional. O Presidente da Casa considerou que não poderia resolver a questão de ordem, pois a Proposta tinha sido apresentada na Legislatura anterior, havia tido o despacho respectivo à data adequada. Encaminhada à CCJC, recebeu Parecer e tramitava regularmente na Casa, não cabendo ao Presidente naquela instância qualquer deliberação. Só o Plenário poderia decidir a respeito.

O entendimento do Presidente foi de que não poderia, àquela altura, monocraticamente, devolver a PEC como evidentemente inconstitucional. Isso só poderia ser feito no momento do recebimento da Proposição, em seu despacho inicial. Resolveu, entretanto, encaminhá-la à CCJC para reexame da admissibilidade, o que resultou em Parecer, aprovado unanimemente, pela Inadmissibilidade da Proposta.

Não houve recurso contra esse Parecer, o que levou a Proposição ao Arquivo da

Câmara, já que a decisão da CCJC pela inconstitucionalidade tem caráter terminativo.

A PEC 231/2000, que alterava o art. 60, § 4º, item IV da Constituição Federal, incluindo exceção ao dispositivo que não permite a deliberação de proposta de emenda Constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais, possibilitando a discussão de matéria tal como prisão perpétua, pena capital, trabalhos forçados, obtenção de provas por meios ilícitos e outras, alterando a nova Constituição Federal, já tinha Parecer do Relator pela inadmissibilidade, quando foi arquivada, com base no art. 105 do RICD, por não conter Parecer aprovado pela Comissão, ao final da Legislatura.

Outras Propostas que podem ser consideradas evidentemente inconstitucionais e que lograram tramitar, tendo sido, após, inadmitidas pela CCJC, são as de nºs 20/1991, 107/1995 e 111/1995, que tratavam de coincidência e prorrogação de mandatos eletivos.

Após a devolução, pelo Presidente da Câmara, da PEC 19/1991, que tratava sobre coincidência das eleições, por “atentar contra os incisos II e IV, parágrafo 4º do art. 60 da Constituição”, sendo considerada evidentemente inconstitucional, outras, sobre o mesmo assunto, foram consideradas prejudicadas, indo ao arquivo. Foi o caso da PEC 19/1995, arquivada nos termos do art. 164, inciso I do Regimento Interno.

Houve vinte Recursos, com base no § 2º do art. 137 do Regimento Interno, objetivando a volta à tramitação dos projetos devolvidos. Desses Recursos, onze foram arquivados ao final da Legislatura, com base no art. 105 do mesmo Diploma, sem decisão final. No caso de dois outros houve Reconsideração do despacho inicial do Presidente, os Projetos voltaram a tramitar, mas foram rejeitados ao final, sendo arquivados com base no art. 133 do Regimento. Quatro estão pendentes de decisão e em dois houve reconsideração de despacho e os projetos estão tramitando. Por último, um apenas teve a tramitação normal prevista no Regimen-

to, sendo submetido à CCJC para parecer e depois levado a Plenário, tendo sido ao final rejeitado.

Além dos quatro Recursos citados acima, que levaram à reconsideração do despacho inicial pelo Presidente, houve ainda dez reconsiderações da distribuição inicial, em projetos devolvidos, para os quais não havia sido interposto recurso, voltando estes a tramitar.

Do total de quatorze projetos que tiveram reconsideração do despacho de devolução e voltaram a tramitar, oito já foram arquivados.

Até o momento, nenhum dos projetos devolvidos que foram objeto de recurso ou de reconsideração de despacho logrou aprovação pela Casa. Alguns foram considerados inconstitucionais pela CCJC, outros foram arquivados ao final da Legislatura e alguns ainda estão tramitando.

Isso demonstra que até agora o “sistema” configurado não permitiu a aprovação de nenhum desses projetos, cujas inconstitucionalidades foram apontadas no início (recebimento pela Mesa).

Foi realizada, ainda, uma entrevista com o Chefe da Assessoria Técnico Jurídica da Secretaria Geral da Mesa da Câmara dos Deputados, Dr. Fernando Sabóia Vieira, sobre os critérios de análise da constitucionalidade utilizados no exame das proposições apresentadas, no momento de seu recebimento, para determinar sua devolução ao Autor e o enquadramento como evidentemente inconstitucional.

O Chefe da Assessoria respondeu que o Regimento Interno da Câmara dos Deputados confere ao Presidente da Casa a prerrogativa de devolver ao Autor proposição que considerar evidentemente inconstitucional, alheia à competência da Câmara dos Deputados, anti-regimental ou que não esteja devidamente formalizada.

Explica que conquanto os critérios para análise da constitucionalidade de proposições com vistas ao exercício dessa faculdade regimental do Presidente possam ter va-

riado desde 1989, data da vigência do atual Regimento, em razão de diferentes orientações da Mesa e da CCJC, pode-se dizer que, em geral, têm sido adotados os seguintes critérios como de inconstitucionalidades evidentes e mais frequentes: a) os vícios de iniciativa, como violação dos arts. 61, § 1º e 96, II; b) matérias alheias à competência legislativa da Casa, definida nos arts. 22, 24, 48 e 49; c) contrariedade ao art. 5º; e d) forma legislativa inadequada (p. ex. matéria de lei complementar proposta em projeto de lei ordinária).

Aduz, ainda, que é privilegiada, assim, a interpretação literal e a sistemática e levase também em consideração os julgados da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania como precedentes vinculativos.

Da análise dos documentos pesquisados, deduz-se que as proposições podem conter mais de um vício de inconstitucionalidade. Por exemplo, podem não estar na espécie normativa exigida pela Constituição e também ter vício de iniciativa. Podem conter esta inconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, contrariarem, no conteúdo, um outro artigo da Constituição.

Os projetos autorizativos podem ser completamente alheios à competência da Câmara ou simplesmente violar a reserva de iniciativa do Presidente da República.

Dentre os vícios formais podem aparecer inconstitucionalidades evidentes ou apenas descumprimento de normas legais como, por exemplo, os projetos que não apresentam o apoio exigido pela Lei nº 9709/98 para realização de plebiscito e, ainda, os que não cumprem requisitos exigidos pela Lei Complementar nº 95/1998, que trata sobre Elaboração Legislativa.

Há ainda outras inconstitucionalidades como, por exemplo, uso inadequado do instrumento normativo, quando este é exigido pela Constituição. Foi o caso do PL nº 48/95, que tratava da remuneração dos membros do Congresso Nacional. Deveria ter sido apresentado como projeto de decreto legislativo e foi apresentado como projeto de lei ordinária.

Com uma nova revisão da pesquisa, analisando a tramitação completa das proposições, foi possível verificar que, fora os projetos devolvidos por questões meramente formais, que foram 28; mais 3 que foram retirados pelo autor; 3 como anti-regimentais; e 6 que não foi possível identificar a causa da devolução, o restante pode-se afirmar que foi devolvido por inconstitucionalidade evidente, envolvendo vários tipos de vícios, como os exemplificados anteriormente.

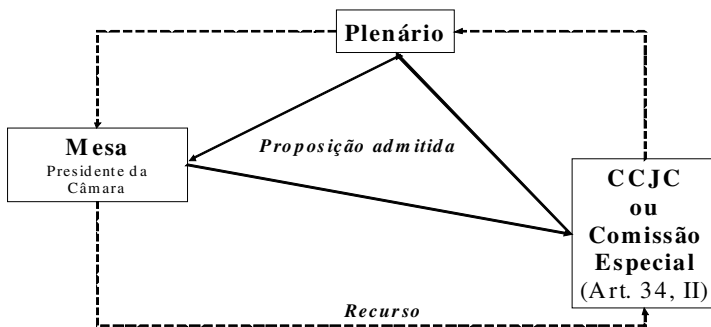
Foi, ainda, realizada uma nova revisão da pesquisa. Desta vez analisou-se a ementa e alguns textos das proposições, com vistas a classificar as inconstitucionalidades por assunto.

Desta forma foi possível analisar e identificar o motivo que levou à devolução de várias proposições, mesmo quando não estava especificado no despacho, como listado a seguir, com os respectivos quantitativos:

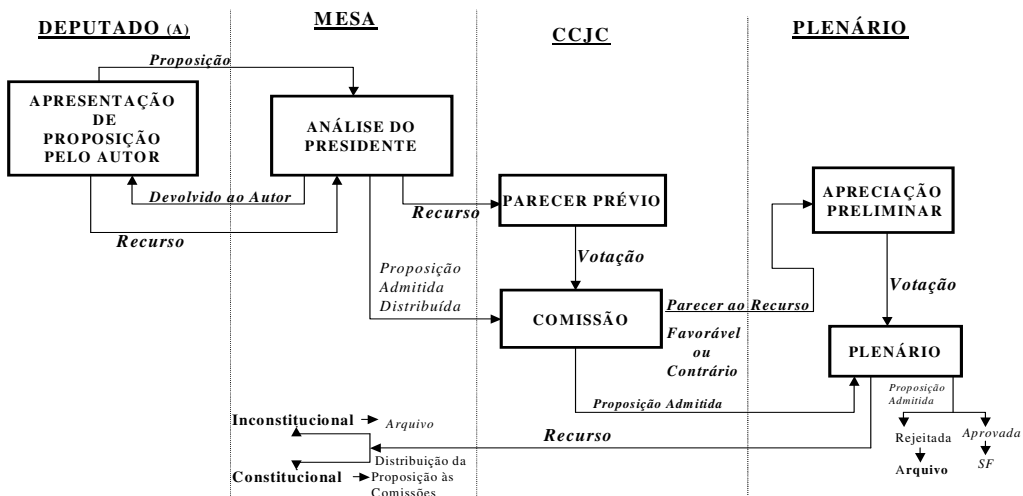
- 275 por vício de iniciativa (sendo 51 autorizativos, 11 de iniciativa do Judiciário e 2 do MP);
- 12 por não se enquadrarem no art. 49, V da Constituição;
- 90 por serem matéria alheia à competência da Câmara (sendo 3 de competência de Estado e Município);
- 11 por infringirem o art. 5º da Constituição;
- 104 por conterem inconstitucionalidades diversas (instrumento normativo inadequado, matéria de projeto rejeitado na mesma sessão legislativa ou por infringirem artigos diversos do texto constitucional);
- 4 por não se enquadrarem nas previsões da Emenda Constitucional nº 45/2004 referente a tratados internacionais;
- 28 por vícios meramente formais e
- 6 por motivos não identificados.

Esclareça-se que não estão incluídos nestes números os projetos de resolução e as propostas de emenda à Constituição, já analisados anteriormente.

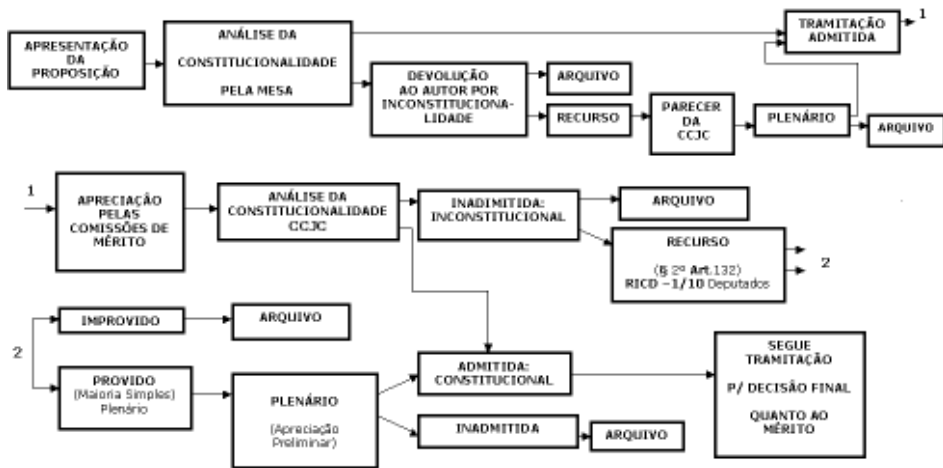
*Sistema de análise da constitucionalidade da Câmara dos Deputados*  
**Órgãos envolvidos**



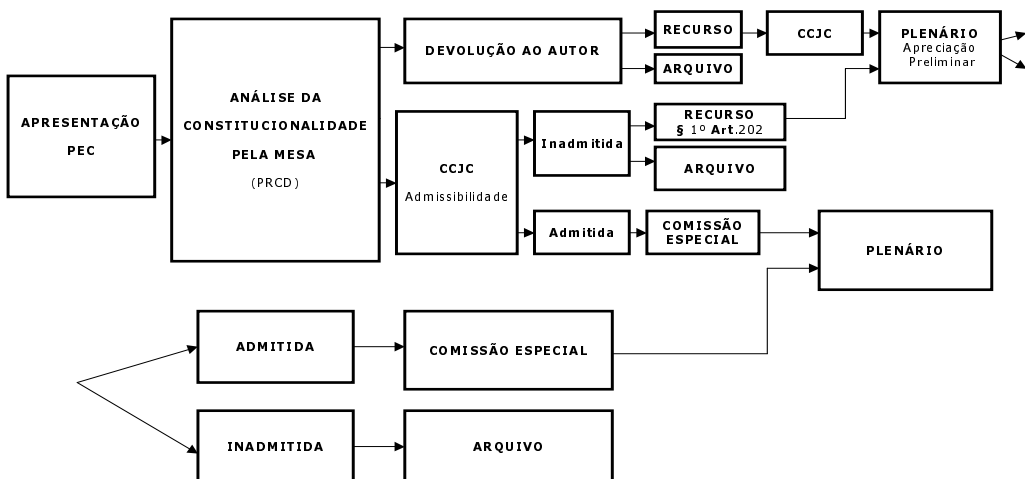
*Sistema de análise da constitucionalidade da Câmara dos Deputados*  
**Órgãos e atividades**



## Análise da constitucionalidade de proposição em tramitação ordinária



## Análise da constitucionalidade de proposta de emenda à Constituição



Vale ressaltar, que as proposições podem ser de competência conclusiva das comissões, conforme art. 58, § 2º, I da Constituição e 24, II do Regimento Interno da Câmara. Entretanto, seja de competência do Plenário ou conclusivo em comissão, a análise da constitucionalidade segue o trâmite previsto no fluxo.

Ressalte-se, também, que as proposições podem ser emendadas durante sua tramitação. Se forem de poder conclusivo, recebem emendas nas próprias comissões sendo, todas, submetidas à análise de constitucionalidade da CCJC, ao final. Se a proposição for de competência de Plenário e este a emendar, as emendas vão também à CCJC para o mesmo fim.

Com relação à tramitação de matérias na Câmara, as seguintes observações devem, ainda, ser feitas:

1 – Análise da Constitucionalidade de matéria em regime de urgência. É submetida a Plenário. Caso esteja pendente de parecer da CCJC, será este proferido em Plenário, em substituição à Comissão, por um relator designado pelo Presidente da Câmara.

2 – Análise da Constitucionalidade por Comissão Especial – projeto de código e projeto que envolva mais de três comissões que devam manifestar-se quanto ao mérito (art. 34, II do RI). A análise da constitucionalidade é feita pela própria Comissão Especial.

3 – Medida Provisória – A análise da constitucionalidade é feita por Comissão Mista ou relator designado em Plenário.

4 – Proposta de Emenda à Constituição – Admissibilidade (constitucionalidade) pela CCJC e mérito por Comissão Especial. Apreciação pelo Plenário da Câmara.

### 3. Conclusão

Parece correto afirmar que há uma espécie de análise ou um tipo de controle da constitucionalidade que pode ser feito durante o processo de formação das leis, com a atuação dos órgãos internos do Legislativo, funcionando como um sistema, com o fim de

evitar o ingresso no ordenamento jurídico de normas inconstitucionais.

Para isso, foram estudadas as atribuições dos órgãos da Câmara envolvidos na análise da constitucionalidade de proposições, durante o seu trâmite legislativo.

Foram coletados dados sobre as proposições devolvidas ao Autor por inconstitucionalidade evidente, classificando-as quanto ao tipo de vício encontrado e quantificando-as.

Pôde-se perceber que a análise do Presidente está integrada à apreciação pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e pelo Plenário da Câmara, quanto aos aspectos da constitucionalidade das matérias. Constata-se, assim, o embrião de um sistema de controle político de constitucionalidade.

Do ponto de vista quantitativo, constatou-se ser significativo o percentual de proposições devolvidas pelo Presidente, por serem evidentemente inconstitucionais.

O número de proposições devolvidas, desde 1988, é de 634. Em termos comparativos, esse número superaria o total de projetos aprovados em uma Legislatura como, por exemplo, a anterior, a 51ª, em que foram aprovados 472 projetos (dados da Secretaria-Geral da Mesa da Câmara dos Deputados).

A eficácia da análise da constitucionalidade realizada pelo Presidente é comprovada pelo fato de que, embora seja possível a interposição de recurso, e alguns tenham sido apresentados, ao final não lograram êxito.

Esse sistema de análise da constitucionalidade, ainda que o consideremos embrionário, a par de sua importância para o processo legislativo, no sentido de não onerar a Casa com a tramitação de projetos inconstitucionais, contribui para a qualidade das leis editadas, propiciando segurança jurídica e evitando o acionamento do controle judicial de constitucionalidade, que por ser feito *a posteriori*, provoca a necessidade de reacomodações de situações jurídicas já constituídas. Essa segurança interessa à sociedade e favorece a manutenção do Estado Democrático de Direito.



Ressalte-se, por fim, que a configuração de um sistema de controle político de constitucionalidade no Parlamento brasileiro implicaria a necessidade de integrar os mecanismos existentes na Câmara àqueles adotados pelo Senado Federal, uma vez que este atua como Casa revisora da Câmara e vice-versa.

### Referências

- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 20. ed. Brasília, DF: Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. 6. ed. Brasília, DF: Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2003.
- CAPPELLETTI, M. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CATTONI, M. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Do Processo Legislativo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FLÁVIO DINO... (et al.). *Reforma do Judiciário – Comentários à Emenda nº 45/2004*. Niterói, RJ: Impetus, 2005.
- MENDES, G. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MORAES, A. *Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- POLETTI, R. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SAMPAIO, N. S. *O Processo Legislativo*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.



# Ativismo judicial

## Uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional

Tiago Neiva Santos

### Sumário

Introdução. I. Bases político-jurídicas para a efetivação do poder judicial. I.1. O paradigma do Estado Democrático de Direito. I.2. A essência democrática do Poder Judiciário. I.3. A política na Constituição. I.4. Políticas públicas na Constituição e os direitos subjetivos constitucionais. II. Ativismo judicial: o seu reconhecimento e a sua legitimação. II.1. A expansão do Poder Judiciário. II.1.1. Escolas Histórico-Sociológica e Institucionalista. II.1.2. A liberdade frente à expansão do poder judicial. II.2. O princípio da segurança jurídica. II.2.1. A efetivação do princípio da segurança jurídica no controle de constitucionalidade. II.3. O ativismo judicial. II.3.1. A experiência brasileira. II.4. Algumas máscaras jurídicas do poder político da jurisdição constitucional. II.4.1. Controle abstrato de constitucionalidade e a jurisprudência de valores. II.4.2. O princípio da proporcionalidade. II.4.3. O princípio da reserva do possível. Conclusão.

### Introdução

Tiago Neiva Santos é Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília e Técnico-Judiciário junto a Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Doutor Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto.

O presente estudo tem por finalidade justificar o ativismo judicial em situações de descumprimento da função legislativa por parte tanto do Poder Legislativo, quanto do Poder Executivo. Para isso, serão analisados os fatores políticos e os jurídicos relacionados a esse movimento do Poder Judiciário.

A questão primordial é: até onde podem os juízes julgar em matérias relacionadas à consecução de políticas públicas? Para en-

tão se compreender o seguinte questionamento se partirá do paradigma do Estado Democrático de Direito, como arcabouço político, para, dessa forma, na validação da tripartição funcional do poder do Estado se perseguir a caracterização simbiótica entre as relações existentes perante os Poderes Legislativo e Judiciário.

Porém, já atua o Poder Judiciário com o devido ativismo exigido pela sociedade? Essa é a segunda questão propulsora do presente estudo. E no sentido de se esclarecer essa atuação ativista, ou não, da jurisdição constitucional brasileira é que serão averiguados alguns elementos que demonstram essa característica política do Poder Judiciário.

## *I. Bases político-jurídicas para a efetivação do poder judicial*

### *I.1. O paradigma do Estado Democrático de Direito*

O início dos anos setenta no Brasil pode ser observado como um momento de passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, conjuntamente à elevação dos direitos de terceira geração. Com o desfalecimento da divisão entre público e privado, associados ao Estado e ao cidadão, respectivamente, foi que se começou a dar ênfase à necessidade de um Estado que se resguardasse diante das intempéries sociais (ROMÃO, 2003, p. 112).

Nesse Estado Democrático de Direito o exercício do poder decisório se dá em razão do interesse majoritário, pois todos os participantes do Estado possuem o direito de decidir sobre a seara pública. Esse requisito deve ser levado em consideração, no entanto, no âmbito do Poder Legislativo, que, em princípio, representa a sociedade e seus interesses.

E é em razão desses interesses, e no sentido de preservá-los, que os homens, quando percebem que, em seu entendimento, os ideais estabelecidos por sua sociedade não mais correspondem às atitudes que estão sendo levadas a cabo pelos entes públicos, organizam-se em movimentos para defesa

de seu ponto de vista. Acontece que nem sempre tais movimentos são majoritários, criando assim grupos que vivem à mercê de acordos políticos.

Cabe frisar que um ponto crucial para a sobrevivência do Estado Democrático é a possibilidade de pluralização dos entendimentos acerca de questões políticas (MARQUES, 2005, p. 55). É de grande relevo notar que ao se construir uma sociedade em bases pluralistas, nada mais se constrói que uma sociedade baseada na vontade dela própria e preponderantemente renovada a partir dos conceitos anteriores a esta própria sociedade vigente. São os costumes levantados por Habermas como forma de estabilização das relações jurídicas (HABERMAS, 2003, p. 301/303).

Dessa forma, em razão do necessário respeito a esses movimentos, entende-se que existem alguns espaços para se relevar esses interesses minoritários e conseqüentemente discuti-los de forma pública e sensata, sendo um deles o Judiciário.

Sob esse ângulo denota o Judiciário a sua competência de interpretar as normas estabelecidas pelo Legislativo e de dar a elas formas aplicáveis aos casos concretos da sociedade, porém não da forma convencional da subsunção do caso concreto às normas abstratas, mas por meio de interpretações construtivas.

Portanto, entende-se que a Jurisdição Constitucional, e conseqüentemente a Corte Constitucional, é legitimada pelo povo para a discussão dos interesses do Estado Democrático de Direito.

### *I.2. A essência democrática do Poder Judiciário*

A dominação do Poder Legislativo como meio de normatização dos anseios sociais deve-se basear em duas idéias que obstaculizam, no entanto, a sua força original de criação: a forma indireta de formação da vontade estatal e o princípio da maioria.

De um lado a representatividade, que confere um certo grau de indefinição de formação na vontade do Estado e de outro a

existência do princípio majoritário como meio de se viabilizar a tomada de decisões, pois que a demanda por interesses não-conflitantes não faz parte do arcabouço legitimador da democracia (MAAR, 1985, p. 48).

É então nesse confronto entre os princípios da representatividade e da maioria com a exigência democrática de liberdade e distribuição do trabalho, como forma de diferenciação do organismo estatal, que deve se equilibrar o Poder Legislativo no paradigma democrático de Estado.

A ineficácia dessa representação política dos anseios do povo pode gerar a necessidade de uma maior atuação dos outros Poderes, no sentido de resguardar a harmonia entre eles. Como o Poder Judiciário possui a capacidade de, tanto em concreto quanto em abstrato, controlar os atos advindos do Poder Legislativo, deve ele, tal qual todos os outros Poderes, primar pelo funcionamento coerente das instituições do Estado.

Quanto maior for a incoerência, maior deverá ser a resposta dos outros Poderes, inclusive do Judiciário, em um pleno respeito ao conceito de *checks and balances*. O poder respeita somente a si próprio (BOBBIO, 1995, p. 15/17) e por isso ele deve ser diferido em diversos órgãos que devem atuar harmoniosamente em função de um bem comum social, de um efetivo respeito à dignidade da pessoa humana e de um aumento eficiente da liberdade do cidadão.

A participação popular legitima isto. A inclusão dos atores sociais na seara jurídica faz com que o Poder Judiciário tenha a validação necessária para agir politicamente.

### *I.3. A política na Constituição*

A Constituição, como expressão máxima da consolidação jurídica de um Estado, revela em sua essência os ideais concernentes ao desenvolvimento de uma sociedade. O interesse, portanto, em se produzir uma Constituição diz respeito ao controle das forças normativas envolvidas em uma sociedade.

E em razão dessa essência constitucional é possível se adotar a diferenciação rea-

lizada por Dworkin dos tipos de matérias afetas à jurisdição constitucional: aquelas sensíveis à escolha e aquelas insensíveis (DWORKIN, 2001, p. 105). Ou seja, aquelas matérias que podem ser sensíveis aos entendimentos populares e aquelas que não são passíveis de deliberação (SOUSA E BRITO, 1995, p. 42) por meio de um discurso intersubjetivo de legitimação.

Tendo em mente que a Justiça Constitucional sempre renova o seu entendimento acerca da Constituição entende-se que essa norma básica estabelecida democraticamente pelo povo para si possui uma força dinâmica que se altera com o passar do tempo e de acordo com as necessidades emanadas do povo. É a Constituição um instrumento vivo (SMEND, 1985, p. 133).

Porém, é a Constituição um elemento conector entre as políticas abstratamente construídas pelo Legislativo e o ordenamento jurídico constituído pela sociedade. Considera-se o interesse inserto na Constituição como algo preservado desde o Constituinte originário que diz respeito aos anseios gerais da sociedade. Estes em dicotomia com os interesses específicos, que podem ser colocados no sentido explicitado por Canotilho da Constituição (CANOTILHO, 1998, p. 35/42), são de certa forma o elemento estabilizador da Constituição que a mantém em um patamar superior.

Sendo assim, para que se possa realmente perceber a importância da Justiça Constitucional e o seu papel para a manutenção de um Estado Democrático de Direito deve-se justificar a sua atuação por meio dos valores os quais são objetos de seu trabalho. Não é a Justiça Constitucional meio de criação de políticas públicas, mas sim de aplicação, justificação e efetivação de políticas consolidadas durante os tempos pelo povo, em sua acepção mais ampla.

### *I.4. Políticas públicas na Constituição e os direitos subjetivos constitucionais*

A inserção, portanto, de políticas públicas novas age no sentido de obstar o Estado

de retroagir ao momento pré-constitucional. Atua essa característica de inovação no intuito de esclarecer os atuais interesses do povo. Porém, são essas premissas estabelecidas na Constituição auto-aplicáveis?

Entenda-se como auto-aplicável a norma que independe de regulamentação para que tenha força cogente, ou seja, aquela que possui a capacidade de gerar direitos subjetivos a partir de sua própria interpretação.

E mais, além das normas auto-aplicáveis, incluem-se também no rol de taxatividade da Constituição as normas programáticas, pois elas determinam os objetivos a serem perseguidos pelo Estado não devendo este se furtrar a esse rumo pré-estabelecido, tanto positivamente quanto negativamente.

Mas não menos importante é se entender o que são políticas públicas e qual a sua função na sociedade. Há que se perceber, primeiramente, que a organização social pressupõe a existência de certas metas a serem seguidas e com isso o estabelecimento, de forma política, de condutas a serem tomadas para a consecução do fim ao qual se conglomeraram os cidadãos, e isso se realiza por meio das políticas públicas.

Dessa forma, cumpre observar que políticas públicas são, ante a categorização de normas estabelecidas por Dworkin, uma forma concreta de preenchimento de espaços normativos existentes nas demais formulações jurídicas. Entende Dworkin que as normas, como gênero, podem ser traduzidas por meio de três espécies: princípios, regras e “*policies*” (DWORKIN, 2001, p. 105).

De uma forma livre cabe se entender essas “*policies*” como formas de gestão e efetivação dos direitos normatizados. São as políticas públicas os meios pelos quais a organização estatal propõe efetivar os interesses expressos nos ordenamentos jurídicos.

No entanto, outra questão posta é saber se é legítimo ao Poder Judiciário implementar a consecução de determinados atos por parte dos outros poderes em ordem a atingir certas metas predispostas na Constituição.

Ao se considerar uma política pública por meio de uma tríplice fundamentação: atos, decisões e normas, é possível se compreender que de toda a política pública é possível se resgatar um fundo normativo, de imposição amparada na Constituição. É justamente com base nessa faceta de normatividade que esses programas de ação governamental podem ser submetidos ao crivo do Judiciário.

As normas programáticas, à medida que são violentadas sistematicamente, também geram direitos subjetivos<sup>1</sup>, eis que não podem se furtrar à sua implementação, os poderes criadores do Estado.

Sendo assim, é possível se entender que cabe sim ao Judiciário interpretar e, em casos extremos, implementar políticas públicas<sup>2</sup>, inclusive as impostas por meio de normas programáticas. É a necessidade de evolução do Estado quem dita isso, ao passo que os poderes, harmônicos entre si, pressionam uns aos outros no movimento natural dos controles e contrabalancos da engenharia institucional dos poderes do Estado (ROSENFELD, 2003, p. 45).

## II. *Ativismo judicial: o seu reconhecimento e a sua legitimação*

### II.1. *A expansão do Poder Judiciário*

A expansão do Poder Judiciário, apesar de ser uma questão de contornos contemporâneos, já foi tratada pelos artigos Federalistas (CASTRO, 2005, p. 65) quando da sua preocupação com o desenvolvimento da competência constitucional do Poder Judiciário frente ao Poder Legislativo. Foi levantada a questão então, ainda na época da fundação constitucional norte-americana, se caberia ao juiz definir o significado da lei e se, em assim agindo, estaria ele se locupletando da função legislativa.

O que se obteve como resposta foi que o juiz ao interpretar a norma não legisla. Ainda que ele venha a efetivar uma interpretação criativa, que cause uma espécie de alteração ao sentido original da lei, não estaria



ele usurpando o papel conferido democraticamente ao legislativo.

E foi justamente na época do levante do Federalismo nos Estados Unidos que se percebeu a assunção de um caráter político pelo Judiciário, afinal de contas o Poder que ele exerce também é político (SANTOS, 2002, p. 314). Não é um poder de se criar regras e de se estabelecer inventivamente os caminhos da sociedade, mas sim de conformação das regras aos casos concretos e aos anseios da Constituição.

No entanto, o que vem a ser essa judicialização da política? Decerto não é comum na doutrina a instituição de um conceito fechado dessa judicialização, pois ela é vista mais como um processo dinâmico e não uma instituição criada para a realização da democracia.

Nesse entendimento de que a judicialização da política é uma construção natural dos movimentos do poder político observa-se o destaque dado a duas Escolas que acabaram por analisar não diretamente a judicialização da política, mas sim os seus efeitos e as condições preponderantes para o seu afloramento nas democracias modernas<sup>3</sup>.

### *II.1.1. Escolas Histórico-Sociológica e Institucionalista*

A compreensão dos requisitos necessários para uma maior atuação do Poder Judiciário pode ser realizada por meio de duas escolas que, apesar de partirem de um mesmo ponto histórico, acabam interpretando os fenômenos sociais de forma diversa. São essas escolas: a histórico-sociológica, que apresenta como expoentes Garapon e Cappelletti; e a Institucionalista, que possui como representantes Tate e Vallinder.

Para Garapon, representante da Escola histórico-sociológica, os processos de mudança social, que ocorreram ao longo do tempo, assentaram a ocorrência de uma crescente atuação do mercado nas decisões políticas (GARAPON, 1996, p. 19). Com isso adveio uma espécie de enfraquecimento do

Estado. Na medida em que se enfraquecia o Estado, se desmoronava simbolicamente a sociedade democrática (CASTRO, 1997). Era a passagem do Estado assistencialista para o Estado privatizado.

Para o mencionado autor essas mudanças sociais criaram o espaço necessário para a existência de um individualismo capitalista cada vez mais influente, e com isso abriu-se a possibilidade do crescimento de uma necessidade de contratualização das relações sociais.

Além disso, foi ressaltado também pelo autor que a evolução do direito guiou-se para a desnacionalização de suas características, fazendo emergir assim um poder supranacional que teve como consequência preponderante a passagem da democracia para um mundo jurídico-burocrático, desviando-se a função do cidadão para o Estado.

De outro lado, um efeito diverso e direto dessa individualização do cidadão em relação às políticas exercidas pelo poder público é o aumento de causas a serem decididas no Poder Judiciário. Justamente por estar o cidadão alheio ao cenário político e avesso às discussões políticas, cada vez menos ele se integra ao cenário político e cada vez mais exerce esse papel em outra seara, qual seja, a judicial.

Sendo assim, Garapon observa a ampliação do poder conferido ao Poder Judiciário como um efeito decorrente da assimilação da liberdade e do bem-estar social, ambos supervalorizados nas democracias emergentes. Nesse sentido, explicitou ele que seriam fatores preponderantes para a ampliação da aplicabilidade efetiva do direito: o fim da guerra fria, a internacionalização do Direito, a crise da legitimidade representativa e a contratualização das relações sociais. Todos itens presentes em democracias emergentes que procuram legalizar e conformar os seus poderes em torno das realizações econômicas da sociedade.

Seguindo na corrente histórico-sociológica da ampliação da esfera de atuação do

Poder Judiciário é possível se depreender a relevância de um outro autor, Cappelletti, que em seu trabalho revela entender que a criatividade da função jurisdicional e o crescimento do Direito como jurisprudência se deram em razão da necessária existência de um contrapeso, num sistema de *checks and balances*, à expansão dos “ramos políticos do Estado Moderno” (CAPPELLETTI, 1993, p. 19).

No entanto, denotou o mencionado autor que existem graus de criatividade que não se confundem com uma total liberdade do intérprete da lei. Para ele o processo de criação do direito se dá por meio de uma diuturna presença de interpretações jurídicas que variam de acordo com o seu grau de construtivismo interpretacional, mas que não podem se confundir com o papel legislativo numa efetiva liberdade do aplicador da lei.

Para Cappelletti a representatividade plena é um conceito utópico, e em razão disso concedeu-se uma espécie de legitimidade democrática ao Poder Judiciário para a sua criação do direito jurisprudencial. É na ampliação do quadro de sujeitos atuantes no Poder Judiciário que se observa a democratização desse meio de atuação política.

De outro lado, observa-se a existência de uma segunda escola, a Institucionalista, representada pelos autores Tate e Vallinder que também tem como marco inicial da expansão do poder judicial a queda do comunismo no leste europeu. Justamente em razão da preponderância do poder econômico dos Estados Unidos advindo desse fato histórico, reconheceram eles a expansão às outras sociedades do sistema utilizado naquela nação de revisões judiciais, de desenvolvimento jurisprudencial e até mesmo de ativismo judicial (TATE; VALLINDER, 1995).

Outro fator importante para esse crescimento da atuação do Poder Judiciário nas decisões políticas dos países se dá em razão da maior valorização ao estudo das ciências políticas.

No entendimento de Torbjorn Vallinder, um dos autores, a análise de causas que envolvam matéria afeta à seara de políticas governamentais pelo Poder Judiciário é somente uma das faces da judicialização da política. De outro lado, ocorre um fenômeno reverso de “juridificação” do mundo político, consistente na conformação cada vez mais intensa do processo político aos procedimentos jurídicos.

No mesmo passo, C. Neal Tate (TATE, 1995, p. 29) compreende em seus estudos que existem certos fenômenos que são característicos ao desenvolvimento do Poder Judiciário como um Poder politicamente ativo. São, portanto, condições, com base nos estudos de caso realizados por este autor, para a existência da judicialização da política:

a) Democracia: Explícita Tate que o ambiente democrático é condição necessária para a existência de um efetivo meio de autocontenção de poderes, porém não é suficiente para embasar, sozinha, a ampliação do Poder Judiciário.

b) Separação de Poderes: Este princípio, se efetivado, é capaz de induzir a um aumento da atuação do Poder Judiciário em um Estado democrático de direito. Justamente por permitir que diferentes poderes criem e interpretem as normas legais é que ele consegue manter essa relação de contrapesos que faz com que à medida que um Poder cresça, o outro deva fazer o mesmo para se contrabalancear.

c) Direitos políticos: O reconhecimento de existência de direitos políticos em uma dada sociedade pressupõe a sua aceitação de entendimentos minoritários. No entanto, a formalização de direitos políticos na Constituição de um Estado não é, por si só, condição suficiente para a sustentação de uma idéia de expansão da atuação do Poder Judiciário.

d) Uso dos tribunais pelos grupos de interesse: Os tribunais passam a ser vistos como searas de defesa de interesses que são regidos pelo princípio majoritário da democracia. Os grupos de pressão, portanto, ao

tentarem defender a Constituição por meio de seus interesses acionam o Poder Judiciário para com isso conseguir um meio mais racional para a realização de seus objetivos.

e) Uso dos tribunais pela oposição: Certamente essa é uma característica relacionada ao item anterior, na verdade significa a utilização dos tribunais como meio de se obstaculizar o processo político por meio de conexão de interesses diversos aos princípios constitucionais. O trabalho de Werneck Vianna (WERNECK VIANNA; CARVALHO; MELO, 1999) demonstra que um número expressivo das ações diretas de inconstitucionalidade existentes no Supremo Tribunal Federal são propostas por partidos políticos de oposição.

f) Percepção das Instituições políticas: Essa é uma característica encontrada em momentos de crise onde reina um sentimento de ausência de governabilidade, certo que essa marca advém de um controvertido domínio aleatório na cúpula do poder, sem ninguém que efetivamente se ponha no papel de guia da sociedade, e de uma generalizada insatisfação da base política em relação a isso.

g) Instituições majoritárias delegam poderes: Isso ocorre nas situações onde o Parlamento decide não tomar decisões em razão do alto custo político causado por isso. São decisões de fundamental importância para o desenvolvimento da inserção política na sociedade, porém a probabilidade de insatisfação causada por tais decisões também é relevante para os parlamentares que dependem dos votos da população para continuarem no Poder.

Em razão então desse alto custo político os parlamentares delongam o seu trabalho para que a questão seja judicializada e com isso transferida para o âmbito judiciário.

Em suma, essas duas correntes, Histórico-sociológica e Institucionalista, observam que existe sim uma maior judicialização das questões econômicas e sociais em países recém adaptados ao Estado Democrático de Direito.

É esse o caso do Brasil que a partir da Constituição de 1988 iniciou um processo de redemocratização com contornos liberais baseado na solidariedade cidadã e na tentativa de se recolocar o cidadão como membro fundamental da conduta política do País.

No entanto, inicialmente o que se observa é a redemocratização iniciada por dentro do Estado. Foi por meio da pluralização dos agentes envolvidos no Poder Judiciário que se abriu uma das portas principais para a inserção do cidadão na política, revelando-se uma característica do estabelecimento de um *Welfare State*.

Porém, existe uma outra questão que não é comungada pacificamente por alguns autores, qual seja, a avaliação das repercussões sobre a liberdade no processo de sobreposição do direito às instituições políticas. Dois eixos se sobressaem sendo eles:

### *II.1.2. A liberdade frente à expansão do poder judicial*

Dois eixos se sobressaem no que diz respeito ao entendimento acerca dos reflexos causados pela ampliação do poder judicial na liberdade dos cidadãos. Uma delas substancialista e outra procedimentalista.

Capitaneada por Cappelletti e Dworkin a corrente substancialista entende que o redimensionamento do Poder Judiciário é uma decorrência da efetivação da tradição democrática em searas ainda pouco integradas à sociedade. É uma forma de resposta, e contrabalanço, às instituições que ainda são preponderantemente não ligadas ao interesse democrático do Estado.

Esse eixo valoriza o ativismo judicial como forma de limitação do poder majoritário.

Já o eixo procedimentalista compreende que a atuação exacerbada do Estado em nome da justiça distributiva causa uma privatização do cidadão. Habermas e Garapon, autores mais influentes dessa corrente, argumentam que a justiça ativa nada mais representa que um “último refúgio de um ide-

al democrático desencantado” (GARAPON, 1996, p. 22).

Por essa corrente o ativismo judicial é responsável por uma espécie de dependência do cidadão ao Estado. Ao passo que ocorre a estatização dos movimentos sociais o cidadão se torna um ser alienado aos interesses cívicos. Compreender que o cidadão é o sujeito responsável pelos desígnios políticos da sociedade é o fim único buscado por essa corrente.

## II.2. O princípio da segurança jurídica

Um dos pilares que sustentam a organização social por meio de um Estado de Direito é a manutenção de uma ordem. É papel do Direito implementar e renovar essa ordem jurídica que serve para dar estabilidade às relações sociais.

A jurisprudência, portanto, como o próprio termo indica é a prudência necessária para a interpretação construtiva de direitos. O *precedent rule* do *common law* é a figura, por excelência, representante da segurança jurídica em um direito que se recria por si próprio.

Atualmente se observa a ocorrência de um giro hermenêutico do princípio da segurança jurídica, pois este está passando da idéia de necessidade de observância das leis como estabelecidas, para ser entendido como uma essência de confiabilidade conferida pelo cidadão ao Estado (KRELL, 2002).

### II.2.1. A efetivação do princípio da segurança jurídica no controle de constitucionalidade

Em razão da existência de um controle misto de constitucionalidade no Brasil, que conjuga o sistema concentrado ao difuso, percebe-se uma existência de dualidade nos órgãos que competem a decisão dos temas constitucionais. Por um lado, o sistema judiciário que findará em um órgão supremo de controle de constitucionalidade das leis, e um outro que é o próprio órgão final das decisões constitucionais.

Isso gera, *a priori*, para o princípio da segurança jurídica um ambiente desfavorá-

vel à sua existência, pois um mesmo órgão pode ser chamado a decidir mais de uma vez em situações diversas formalmente, mas materialmente coincidentes no assunto constitucional.

Sem uma formação doutrinária pacífica acerca desse assunto pende-se a entender que o princípio da segurança jurídica pressupõe a prevalência do controle concentrado, pois este julga *erga omnes* e *ex tunc* a norma enquanto norma. Ao se definir que a última instância para o controle concreto é a mesma do controle abstrato cria-se a possibilidade de existência da chamada jurisprudência informal (CRUZ VILLALÓN, 1995, p. 87).

O ativismo na jurisdição concentrada advém da necessidade de a última instância no controle difuso determinar o seu entendimento, mesmo que por outro procedimento. E a pluralização dos entes legitimados a atuarem na seara do controle concentrado de constitucionalidade reflete esse anseio da Constituição.

## II.3. O ativismo judicial

O ativismo judicial, antes de ser um conceito fechado de uma teoria do direito é, na verdade, um movimento que, advindo de um efetivo pluralismo democrático de acesso ao judiciário e de uma crescente judicialização das questões postas na sociedade, veio para reforçar as bases democráticas da formação da vontade social expressa pelo Estado.

E é justamente nessa idéia de efetivação de direitos e de estabilidade social que se verifica a expansão do Poder Judiciário como reforço à lógica democrática, pois o poder constitucionalmente conferido ao Poder Judiciário é o de interpretar as normas visando uma segurança do sistema, ao passo que as aplica na medida necessária para a sua observância do interesse social constitucionalmente estabelecido.

Esse movimento veio a preencher o espaço deixado por um constitucionalismo liberal decadente, de marca positivista, exclu-

sivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada.

Dessa forma, é necessário que se tenha em mente a existência de um núcleo intangível da Constituição que estabeleça funções e direitos essenciais para a existência da sociedade.

De outro lado, cabe indagar se poderia uma Corte Constitucional desconsiderar a vontade popular para dar vigência a regras constitucionais? É o governo dos mortos sobre os vivos, diriam alguns, porém o que há de se considerar é que existem diversos tempos para a existência dos fatos nas diversas áreas da vida. Três tempos genéricos são os da mídia, o do legislativo e o do direito e para o entendimento de vontade popular há que se considerar o tempo do direito, eis que povo e população não representam os mesmos conceitos.

Há sim uma razão que deve se sobressair à questão travada entre a vontade popular e os preceitos constitucionais e este é o de que a Corte Suprema existe para proteger um processo legislativo democrático e em assim agindo garantir a permanente vigência do núcleo intangível da Constituição.

Num sentido mais técnico é possível se observar a existência de várias combinações doutrinárias que exprimem essa simbiose entre legislativo e judiciário. Duas grandes áreas primárias para a conceituação dessa relação são a ideológico-política e a técnica-jurídica (cf. artigo produzido pelo grupo de estudos "A jurisdição constitucional e a democracia", 2003. p. 223/243).

A primeira, ideológico-política, observa o fenômeno da influência do Judiciário nas decisões políticas sob um enfoque substantivo, subdividindo-se em contrapontos ativistas e autorestritivos.

Já no tocante à subdivisão técnica-jurídica é possível se perceber o seu desdobramento em sentidos interpretativistas e não-interpretativistas. Os primeiros entendem que a Constituição possui um significado unívoco, ancião, possível de se obter sem a ajuda de elementos extranormativos, ao pas-

so que os segundos compreendem aquela norma fundamental como uma junção de preceitos claros e cláusulas abertas que devem ser compreendidas conforme o momento social.

A título ilustrativo é possível se perceber que a conjugação dessas tendências ativistas, restritivas, interpretativistas e não-interpretativistas indica as direções que podem seguir o pensamento acerca das influências entre o Poder Legislativo, visto sob uma forma ampla, e o Poder Judiciário (DORADO PORRAS, 1997).

Para os que criticam o ativismo judicial é possível se perceber a formação de pensamentos em dois sentidos majoritários: um interpretativista estrito, ou originalista, que entende a Constituição por um sentido unívoco e que deixa ao legislativo a decisão sobre questões constitucionais que não possuam uma clara compreensão e aplicação; e outro não-interpretativista moderado que entende a Constituição como uma combinação de normas de interpretação direta e de cláusulas de compreensão mais abstrata que tem no Legislativo o seu intérprete por excelência. São considerados como antiativismo conservador e antiativismo judicial, respectivamente.

De outro lado, por parte dos que defendem um papel mais ativo do Judiciário, também são reconhecidas duas correntes majoritárias de pensamento, sendo estas: a do interpretativismo moderado, que observa a Constituição sob um ângulo unívoco e que entende o juiz como um ser hercúleo cujo poder de interpretação pode ser preferível ao do legislador, revelando os preceitos constitucionais como verdadeiros trunfos contra o entendimento majoritário revelado na área legislativa; e a do não-interpretativismo estrito, que ressalta o consenso social, obtido pelo magistrado com base na sua experiência, nos seus estudos, na sua vivência, como uma das fontes valorativas da argumentação jurídica, passando esta a ter que observar dois requisitos, um de fundamentação e outro de impossibi-



lidade de utilização contraconstitucional (APPIO, 2004).

### *II.3.1. A experiência brasileira*

O movimento ativista no Brasil, como verdadeira forma de aplicação política das vontades constitucionais, longe de representar um governo dos juizes ainda se encontra em um estado embrionário (OLIVEIRA, 2005, p. 569).

Porém, para se estabelecer uma forma mais didática para compreensão do fenômeno do ativismo judicial no Brasil, é necessário que se observe tal movimento sob três ângulos distintos: um político, um econômico e outro jurídico (LEITE, 1999, p. 29/55).

O início visível do fenômeno da judicialização da política no Brasil se dá no começo da década de noventa, momento imediatamente posterior à criação da atual Constituição da República onde se observou um período caracterizado por uma atuação errante da economia.

A imprevisibilidade característica de um momento econômico caótico causou uma certa descrença por parte da população nos setores vinculados à regulação do mercado. As pessoas passaram a dar mais ênfase à segurança econômica conferida pelos cargos do Poder Público. É essa a faceta econômica do desenvolvimento do Poder Judiciário no Brasil (DOBROWOLSKI, 1995, p. 92/101).

Conjuntamente a isto o Poder Judiciário foi perdendo a sua feição aristocrática, nepotista, ao passo que assumia diuturnamente uma característica marcadamente burguesa, no sentido de incorporar aos seus quadros pessoas que não possuíam tradição familiar nas casas jurídicas, mas que possuíam capacidade de atuar plenamente e com vigor nestas sedes. Essa é a característica política da evolução do Poder Judiciário no início dos anos noventa.

Justamente por ter uma menor vinculação político-partidária e por compartilhar menos com os seus antecedentes das mesmas concepções jurídicas foi que o Judiciário passou a desenvolver as instituições ju-

rídicas. E neste ponto é necessário observar o sentido da implementação da judicialização da política no Poder Judiciário que ocorreu dos magistrados de primeira instância para os tribunais locais até atingir os tribunais superiores. A aproximação do estudo da ciência política ao direito também é responsável por isto (BARCELLOS, 2006).

A essas razões mencionadas alia-se uma razão jurídica de peso único, qual seja, a criação de uma nova ordem constitucional incentivadora da coexistência democrática do direito com a legislação.

O aumento do poder conferido ao Judiciário e o crescente número de atores na arena jurídica, com base nas condições acima demonstradas, nada mais expressa senão o caminho natural de uma maior atuação da sociedade por meio das instituições do Estado na política.

A tentativa de se resguardar com todas as forças a liberdade e a cidadania antes dilaceradas é o que dispõe os Poderes do Estado nesse formato mais ativo, tendente a proteger, enfaticamente, os cidadãos.

### *II.4. Algumas máscaras jurídicas do poder político da jurisdição constitucional*

#### *II.4.1. Controle abstrato de constitucionalidade e a jurisprudência de valores*

Diante do quadro maximizado da atividade legislativa no Brasil, efeito decorrente da recente necessidade de estabelecimento de políticas públicas estruturais e efetivas e do descompasso entre a efetivação das políticas públicas e das vontades não emancipadas da população, é que se opera a manutenção na sede judicial da prevalência da necessidade de existência de um mínimo social demandado pela Constituição (SILVA, 2006).

No entanto, isso que antes se verificava mais no âmbito do controle de constitucionalidade difuso hoje se encontra mais fortemente arraigado na atuação do controle concentrado de constitucionalidade.



De outro lado, conseqüentemente à essa conjugação de um órgão jurídico-político que atua em uma esfera interpretativa/aplicativa se observa, em razão do objeto analisado por esses operadores do direito, que atuam eles em uma penumbra que se situa entre a atividade legislativa e o papel aplicador de normas do judiciário.

A existência de hermeneutas constitucionais que propõem uma atividade mais conservadora faz com que a corte seja mais conservadora, assim como o contrário também ocorre.

Daí decorre o entendimento nominado “jurisprudência de valores”, que, na verdade, é um método de interpretação que encontra apoio em nosso ordenamento constitucional justamente porque nele se expressa um sistema de valores, com cargas normativas, essenciais à convivência democrática da sociedade (HABERMAS, 2003, p. 314/323).

E no caso de colisão de entendimentos acerca de princípios constitucionais, como se deve atuar? É possível se ter um princípio derogado por outro? Certamente que não, uma técnica que permite a coexistência de princípios, mesmo em caso de colidência destes, é a da ponderação. E aqui se observa novamente a faceta subjetiva do intérprete e, por conseguinte, um campo para o ativismo judicial.

A equidade atua nessa seara e na medida em que o legislativo amplifica a sua atuação é que deve o Poder Judiciário efetivar essa sua esfera política para resguardar a Constituição com um maior zelo (CASTRO, 1991, p. 55), pois que uma sociedade não se funda somente em razão das leis que nela se promulgam, mas também em face da inserção política dos seus cidadãos.

#### *II.4.2. O princípio da proporcionalidade*

O princípio da proporcionalidade, apesar de advir do direito administrativo e de estar sempre difundido no entendimento jurídico nacional, foi primeiramente levantado como forma de argumentação em 1993

no Supremo Tribunal Federal. Foi em um julgamento acerca da necessidade de se ocorrer a pesagem de botijões de gás à vista dos consumidores<sup>4</sup>. Decidiu-se que não seria proporcional, e nem razoável, determinar-se a obrigatoriedade de tal prática.

Para uma concepção mais organizada do princípio da proporcionalidade há que se entendê-lo sob três prismas diferentes, três subprincípios intrínsecos à noção de proporcionalidade, sendo eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Este terceiro subprincípio intrínseco ao princípio da proporcionalidade, que é o da própria proporcionalidade em sentido estrito, indica a expressão da carga valorativa presente na interpretação do magistrado ao optar pela prevalência de um princípio sobre outros. É a real efetivação da necessidade de adaptabilidade vigente na evolução constitucional e uma verdadeira expressão de ativismo judicial (STUMM, 1995, p. 81).

#### *II.4.3. O princípio da reserva do possível*

Para o entendimento deste princípio é necessário se ressaltar que o direito em sua acepção mais ampla, como meio de organização e previsão das relações sociais, não pode ser considerado como algo à parte, ou superior, às condições sociais, políticas, econômicas e culturais de uma dada sociedade.

Uma aproximação do direito à realidade é um exercício necessário para a efetivação do conceito de justiça. O direito supranatural que aguarda ser subsumido por aplicadores inertes aos movimentos sociais não pode mais ser entendido como o conceito cogente de atuação jurídica. O juiz boca da lei foi substituído pelo integrador da sociedade.

Ressalte-se que a diferenciação entre juiz ativo e ativista é necessária para qualificar aquele que age em razão do desenvolvimento político da sociedade. Enquanto um, ativo, exerce as suas funções de forma construtiva primando pela máxima eficiência jurídica do seu trabalho, o outro, ativista, além de se preocupar com a boa atuação

jurídica também se envolve na formação política da sociedade, transpondo o nível posto por um juiz ativo e alçando vãos de observância política em suas decisões.

E ao realizar o seu poder, constitucionalmente tutelado, de atuação política deve o juiz, como qualquer outra entidade estatal, levar em consideração razões extrajurídicas.

Esta é a base para a formação do princípio da reserva do possível, no qual o juiz deve considerar que os direitos, todos eles, envolvem certas cargas para a sua aplicação. O arcabouço necessário para a efetivação de um princípio não parte somente da decisão judicial. De que valeria o juiz mandar construir casas para todos os que estivessem sem moradia, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, se o governo não possui a verba necessária para a realização de tal obra?<sup>5</sup>

Cada direito carrega consigo o seu custo (HOLMES; SUNSTEIN, 1999), o princípio da reserva do possível então determina que para se viabilizar a máxima eficiência de um direito deve se observar o seu aporte econômico e impacto orçamentário para a sua efetivação. A utopia cede lugar ao pragmatismo. É o que Alexy ressalta quando diz que os direitos sociais mínimos possuem um considerável estrondo financeiro “quando são muitos os que o fazem valer” (ALEXY, 2001, p. 12).

Em termos de existência mínima social (DINO, 2006) há de se considerar a formação de um direito subjetivo a ser declarado e imposto pelo Judiciário, ao passo que no tocante ao excedente à esse mínimo existencial (SUNSTEIN, 2001), observa-se a geração de um direito subjetivo *prima-facie*. É aqui, neste último direito subjetivo, e somente nele, onde o princípio da reserva do possível pode ser acionado<sup>6</sup>.

### Conclusão

O presente estudo teve a finalidade de justificar a participação ativista do Poder Judiciário na realização de funções legislativas, porém sob um ângulo normativo.

Nesse passo, portanto, sob a égide da conformação entre os poderes políticos e os poderes jurídicos na Constituição, foi construída a visão ora apresentada de participação ativa da sociedade no Poder Judiciário. Uma pesquisa sobre os limites constitucionais da atuação do Poder Judiciário.

Ressalte-se que o paradigma do Estado Democrático de Direito foi o marco principal para a validação deste estudo, pois este instituto, como marco responsável pela transição entre uma sociedade oprimida para uma sociedade participativa, fez com que os poderes tivessem que realmente envidar os seus esforços no sentido de se alcançar uma maior eficiência da dignidade da pessoa humana.

Foi então nessa realidade política, de transformação consensual do interesse popular pela política, que se engendrou o ativismo judicial como resposta às disfunções existentes nos poderes criativos do Estado.

Portanto, entendeu-se com o presente trabalho que a necessidade de um Poder Judiciário ativista provém do fato de a sociedade ainda não ter uma noção exata do seu papel em um Estado democrático de direito. Sendo necessário ressaltar, no entanto, que este ativismo pode ser exercido tanto em sentido progressista quanto conservador.

É sim, nesse passo, a jurisdição constitucional área legítima para a análise de políticas públicas, tanto em respeito ao formato democrático de direito existente no Estado, quanto em observância ao princípio da tripartição funcional do poder estatal. As políticas públicas demandadas pela Constituição, tanto por preceitos auto-executáveis, quanto por artigos programáticos, dão vida a direitos subjetivos.

O diálogo entre os poderes demonstrou ser a forma democrática, por excelência, de garantia de um meio eficiente ao implemento da liberdade em respeito à dignidade da pessoa humana nas democracias modernas, tal como na brasileira.

A conjugação entre as bases políticas e jurídicas da sociedade legítima, portanto, o ativismo do Poder Judiciário, que varia de

acordo com a necessidade do povo, no sentido de se resguardar o bem maior social, qual seja, a preservação do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos.

### Notas

<sup>1</sup> Cf. o julgamento realizado na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal: RE 271.286-AgR./RS, Rel. Min. Celso de Mello, sobre o fornecimento de medicamentos a pessoas carentes portadoras de doenças de tratamento dispendioso.

<sup>2</sup> Cf. o julgamento realizado no Supremo Tribunal Federal: RE 472.707/SP, Rel. Min. Celso de Mello, sobre a concessão de vagas em creches e escolas primárias públicas.

<sup>3</sup> Para se ter uma visão geral de outros autores, tais como Werneck Viana, Colombo e Griffin cf.: HALIS, Denis de Castro. *A supremacia judicial em discussão: formulação de decisões, ativismo e justiça substantiva*. 4º Encontro Nacional da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política. PUC, Rio de Janeiro, 21-24 julho de 2004.

<sup>4</sup> Cf. o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal da Medida Cautelar em ADI n. 855, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

<sup>5</sup> De outro lado a modulação dos efeitos resultantes de uma declaração de inconstitucionalidade pode ser considerada como uma forma de ajuste do julgamento à realidade da sociedade. Para tanto cf. os julgamentos realizados na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal: AI 582.280-AgR/RJ, Rel. Min. Celso de Mello e RE 364.304-AgR/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes. E ainda o julgamento realizado no Pleno do STF, RE 197.917.

<sup>6</sup> Cf. os julgamentos, realizados no pleno do Supremo Tribunal Federal, da ADI n. 2010, Rel. Min. Celso de Mello, que trata da contribuição social instituídas aos inativos e pensionistas, e da ADC n. 9, Rel. Min. Néri da Silveira e Relatora para o acórdão Min. Ellen Gracie, que trata da “Medida Provisória do Apagão”.

### Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. *Direito Federal: revista da associação dos juízes federais*, ano 22, n. 77, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=4>. Acesso em 02/07/2006.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora UnB, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *El derecho Constitucional como un compromiso permanentemente renovado*. In Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, ano 1998, nº 10.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CASTRO, Marcus Faro de. Equidade e Jurisdição Constitucional: Notas sobre a Determinação Normativa dos Direitos Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 111, 1991.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol.12, nº. 34, junho/1997.

CASTRO, Marcus Faro de. *Política e Relações Internacionais*. Brasília: Editora UnB, 2005.

CRUZ VILLALÓN. Legitimidade da Justiça Constitucional e princípio da maioria. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Lisboa: Coimbra, 1995.

DINO, Flávio. *Superar limites no controle jurisdicional das políticas públicas – Sugestões para uma Reforma Cultural no Judiciário*. Disponível em <http://www.premioinnovare.com.br/content/view/52/61/>. Acesso em 15. 06.2006.

DOBROWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. *Revistas CCJ*, ano 16, n. 31, 1995. Disponível em: <http://buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em 18.01.2006.

DORADO PORRAS, Javier. *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*. Madrid: Dickinson, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GARAPON, Antoine. *Le Gardien de Promesses*. Paris: Ed. Odile Jacob, 1996.

Grupo de Estudos A Jurisdição Constitucional e a Democracia. Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 40, n. 160, 2003.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*. New York: W. W. Norton, 1999.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.
- LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo Judicial. In: *STJ: Dez Anos a Serviço da Justiça: Doutrina*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.
- MAAR, Leo Wolfgang. *O que é política*. São Paulo: Abril Cultural, 1985.
- MARQUES, João Batista. O princípio de maioria na doutrina de Hans Kelsen. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 42, n. 165. 2005.
- OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma judicialização da Política?. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, 2005. pp. 559 a 587.
- ROMÃO, José Eduardo Elias. *Direito e Democracia no Brasil: A Mediação entre Faticidade, Validade, Tupinambás, Gringos e Orixás*. 2003. Dissertação. Mestrado em Direito e Estado. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília
- ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Interpretação da Constituição*. Disponível em [http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03\\_06\\_05/jose\\_afonso1.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm). Acesso em 07.06.2006.
- SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SOUSA E BRITO, José de. Jurisdição Constitucional e princípio democrático. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Lisboa: Coimbra, 1995.
- STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1995.
- SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge; London: Havard University Press, 2001.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.
- WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

# Controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória

Vera Lúcia Leopoldino Oliveira

## Sumário

1. Introdução. 2. Medidas Provisórias. 2.1. Natureza jurídica. 2.2. Limites materiais expressos. 2.3. Pressupostos para edição da Medida Provisória. 2.3.1. Caracterização dos pressupostos materiais. 2.3.2. Relevância. 2.3.3. Urgência. 2.4. Elaboração e iniciativa. 2.5. Prazo de eficácia das Medidas Provisórias. 2.6. Reedição. 3. Medidas Provisórias e sua tramitação no Poder Legislativo. 3.1. Envio ao Congresso Nacional. 3.2. Comissão Mista de Deputados e Senadores. 3.3. Oferecimento de Emendas. 3.4. Parecer da Comissão Mista. 3.5. Deliberação na Câmara dos Deputados e no Senado. 3.6. Medida Provisória com emendas. 3.7. Rejeição e Decreto Legislativo. 4. Controle de constitucionalidade da lei de conversão da Medida Provisória. 4.1. Conversão em lei das Medidas Provisórias remanescentes do regime anterior. 4.2. Natureza da lei de conversão. 4.3. Vícios próprios e peculiares à Medida Provisória. 4.4. Controle político e jurídico do Congresso Nacional. 4.5. Controle judicial. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

Vera Lúcia Leopoldino Oliveira é Advogada, Especialista em Direito Legislativo e Assessora Jurídica da Advocacia do Senado Federal.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UNB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Gilmar Ferreira Mendes.

O presente trabalho aborda o tema das medidas provisórias, previstas no art. 62 da Constituição Federal de 1988, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 32/2001, especificamente quanto à possibilidade de controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência.

A medida provisória, sucedânea dos antigos decretos-lei e inspirada na Constituição Italiana, é ato normativo primário e

tem sido objeto de discussão, desde que ingressou em nosso ordenamento jurídico em 1988.

O trabalho discorre sobre a constitucionalidade da medida provisória e de sua lei de conversão, com abordagem da questão da discricionariedade e do efetivo controle jurisdicional dos critérios de relevância e urgência. Para tanto, será analisada a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário e o posicionamento doutrinário acerca da matéria.

Grande parte da doutrina entende que os conceitos de relevância e urgência são indeterminados. Em sentido contrário, há autores que entendem que a conceituação desses termos é da competência discricionária do Presidente da República.

Nessa trilha de entendimento, que é minoritária na doutrina<sup>1</sup>, o Supremo Tribunal Federal considera que a verificação da relevância e da urgência depende da avaliação discricionária do Chefe do Poder Executivo. Contudo, o Supremo tem admitido o controle de constitucionalidade nos casos em que for evidente o excesso do poder de legislar do Presidente da República. É o que se verifica do julgamento da ADI 2150/DF – Distrito Federal<sup>2</sup>.

A primeira vez em que o STF declarou a inconstitucionalidade de uma medida provisória pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência foi em 1999, na MP nº 1577-6, que ampliava o prazo para o ajuizamento de ação rescisória pela fazenda pública (art. 4º). Na referida MP, o Ministro Marco Aurélio, ao apontar a inconstitucionalidade, assim se manifestou: “a alteração de normas instrumentais não se faz em regime de urgência, principalmente sabendo-se que são normas que vigoram desde 1973”<sup>3</sup>.

A conduta política da Presidência da República, mesmo levando em conta a demora do Legislativo para edição de certas normas, tem sido excessiva. O Chefe do Poder Executivo passou à edição desenfreada de medidas provisórias, algumas reeditadas por anos seguidos, muitas vezes, sem levar

em conta os requisitos constitucionais de relevância e urgência.

Conforme assevera Friedrich Müller (in GRAU; GUERRA FILHO, 2001, p. 349), o uso abusivo das medidas provisórias pelo Executivo enfraquece a responsabilidade da representação popular e os partidos políticos. Desse modo, coloca-se em risco a democracia, pois, se alteram os pesos dos Poderes Legislativo e Executivo em prol do Executivo. Prossegue Müller: “[...] tal abuso desfere um golpe – quiçá mortal no futuro – na divisão dos Poderes e com isso no cerne da arquitetura do Estado, fundamentada na observância do Estado Democrático de Direito”.

Assim, a Constituição prevê a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo expedir medidas provisórias, diante da necessidade de dar respostas normativas rápidas às demandas da sociedade moderna. Porém, o exercício dessa competência tem que ser excepcional, com a verificação da existência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, sob pena de afronta ao Estado Democrático de Direito e ao princípio da separação de poderes.

## 2. Medidas Provisórias

### 2.1. Natureza jurídica

Segundo Friedrich Müller (GRAU; GUERRA FILHO, 2001, p. 347), as medidas provisórias não são leis, são apenas medidas administrativas de natureza normativa, pois a lei regulamenta por tempo ilimitado. Já as medidas provisórias são: excepcionais, admissíveis só em casos extraordinários, que se adiados poderiam causar danos por mora; efêmeras, só podem visar a algo passageiro; precárias, pois a qualquer tempo podem ser invalidadas por outro órgão (o Congresso Nacional) e necessitam de pressupostos materiais para promulgação.

Marco Aurélio Greco (apud AMARAL JÚNIOR, 2004, p. 125) sustenta que a medida provisória é ato administrativo, com força de lei.



Diferentemente, Saulo Ramos (apud AMARAL JÚNIOR, 2004, p. 132) entende que o constituinte teria conferido ao Presidente da República um poder de cautela legislativa, para impedir, de um lado, nas atividades normativas estatais, a consumação do *periculum in mora*, e de outro, tornar possível e eficaz a prestação legislativa do Estado. A medida provisória seria, portanto, um projeto de lei com força cautelar de lei.

Há, ainda, aqueles que sustentam que a medida provisória possui natureza de lei. É esse o entendimento de Eros Roberto Grau (apud RODRIGUES, 2001, p. 39), para quem “as medidas provisórias são leis especiais dotadas de vigência provisória imediata”.

Como se vê, parte da doutrina entende que a medida provisória é ato administrativo, outra parte entende que ela é provimento cautelar de emergência, com o fim de impedir a consumação do *periculum in mora* e também de tornar eficaz a prestação legislativa. Há outra corrente que considera que a medida provisória tem natureza jurídica de lei.

Seguindo o entendimento de Ana Cláudia M. S. O. Rodrigues (2001, p. 38), a medida provisória não é equivalente a um ato administrativo, pois a medida provisória contém normas primárias, gerais, abstratas, têm a força de suspender a vigência de atos com ela incompatíveis, sendo subordinadas hierarquicamente à Constituição. O ato administrativo traz normas secundárias.

Também não pode ser considerada como provimento cautelar, pois a medida provisória antecipa por si só a situação relevante e urgente que ensejou sua edição. Não é um projeto de lei porque possui força de lei e eficácia imediata. Também não é lei, pois somente será confirmada pela Lei de Conversão. Portanto, neste trabalho a medida provisória será considerada como ato normativo primário, provisório, com força de lei.

## 2.2. Limites materiais expressos

Os limites materiais expressamente postos à medida provisória são os constantes do § 1º do art. 62 da Constituição de 1988,

acrescentado pela Emenda Constitucional nº 32/2001.

De uma maneira geral, a matéria vedada à medida provisória também é proibida à lei delegada (art. 68 da Constituição de 1988), conforme aponta Ferreira Filho (2003, p. 241). Porém, o seqüestro de bens só é vedado à medida provisória, podendo ser feito por lei delegada. Contudo, a lei delegada não pode dispor sobre direitos fundamentais, mas a medida provisória pode fazê-lo.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a matéria que já era ou podia ser objeto de trato por essa espécie normativa antes de 1995, ainda que tal matéria encontre fundamento de validade em dispositivo constitucional modificado por emenda posterior a 1995<sup>4</sup>, é passível de regulamentação por medida provisória.

## 2.3. Pressupostos para edição da Medida Provisória

Os pressupostos para edição da medida provisória é que vão legitimar a atuação normativa de caráter excepcional do Presidente da República e deflagrar sua competência legislativa extraordinária.

Podem ser formais (edição pelo Presidente da República e submissão imediata ao Congresso Nacional) ou materiais (relevância e urgência).

### 2.3.1. Caracterização dos pressupostos materiais (relevância e urgência)

A relevância e a urgência são conceitos abertos ou indeterminados.

As Constituições têm utilizado com frequência as cláusulas gerais, abertas, tendo em vista o dinamismo da era contemporânea.

Segundo Ana Cláudia M.S.O. Rodrigues (2001, p. 64), “por meio dessa adequada abertura do ordenamento jurídico, a Constituição consegue responder mais eficaz e rapidamente às vicissitudes da realidade, que sofre modificações imprevisíveis ao momento constituinte, e também efetivar as diferentes concepções de uma sociedade pluralista”.

Menelick de Carvalho Netto (2001, p. 11), na linha de Garcia de Enterría (V. 1. p. 445-452), aponta que os conceitos abertos ou indeterminados deixam claro que o poder discricionário da Administração não significa uma autorização em branco dos administrados a ela conferida, e que, na verdade, esses conceitos são determináveis. Tais conceitos sempre são aplicados numa situação concreta que requer uma determinada ação jurídica e constitucionalmente vinculada da Administração.

As cláusulas abertas se assemelham aos denominados conceitos jurídicos indeterminados, classificação esta proposta por Karl ENGISCH<sup>5</sup>.

Cabe ao Judiciário delimitar o alcance das expressões relevância e urgência, que deverá se pronunciar sobre a ocorrência de tais pressupostos habilitantes da medida provisória, quando provocado.

### 2.3.2. Relevância

Apesar de serem conceitos abertos ou indeterminados, Clève (apud SOUZA, 2003, p. 36) sustenta que, *a priori*, pode-se dizer quanto ao pressuposto da relevância:

“Possui relevância aquilo que é importante, proeminente, essencial, exigível ou fundamental ou indispensável. Quanto às Medidas Provisórias, a relevância demandante de sua adoção não comporta satisfação de interesses outros que não os da sociedade. A relevância há, portanto, de vincular-se unicamente à realização do interesse público”.

A relevância está diretamente relacionada ao interesse público. A relevância que autoriza a edição de medida provisória pelo Presidente da República não se confunde com a ordinária, do processo legislativo comum. Trata-se de uma relevância extraordinária, excepcional, mas não aquela excepcionalidade do Direito Constitucional de Crise, pois essa está regulada no Título V, ao tratar da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas.

Há duas correntes, no Brasil, quanto à conceituação de relevância, como requisito para a expedição da medida provisória. Carlos Ramos e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (apud RODRIGUES, 2001, p. 67) defendem a impossibilidade de se estabelecer um conceito objetivo, já que de cunho político, ficando entregue à discricionariedade do Presidente da República, e em seguida do Congresso Nacional.

Seguindo tese contrária, outros autores estabelecem critérios delimitadores do pressuposto de relevância. Afirmam que não está relacionada a interesses particulares do Governo e sim da sociedade<sup>6</sup>.

Além de relevante, a situação exigente de adoção da medida provisória deve ser urgente.

### 2.3.3. Urgência

Quanto à urgência, observa-se no Brasil que a prática institucional relaciona a medida provisória a um juízo político de oportunidade e conveniência. Daí a utilização da expressão “urgência política”<sup>7</sup>.

Clève e Antônio Carlos do Amaral (CLÈVE, 2000, p. 178) asseveram que as medidas provisórias somente são cabíveis quando se evidencia a necessidade de terem eficácia imediata. Assim, entendem que urgente deve ser não apenas a adoção da norma editada (vigência) como, igualmente, a sua incidência (aplicação).

No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o emprego de critérios objetivos, de ordem jurídico-temporal, para a demonstração objetiva da eventual não-ocorrência de urgência a legitimar a adoção da medida provisória<sup>8</sup>.

Ao julgar a ADInMC 2.348-9-DF, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia de dispositivo da Medida Provisória 2.037-24, de 23.11.2000, relativo à ampliação de isenção na Zona Franca de Manaus. O Supremo Tribunal Federal deferiu a medida liminar, entre outros argumentos, por não considerar objetivamente configurada situação de urgência a legitimar a adoção

de medida provisória para a simples ampliação do prazo de isenção.

No modelo originário da Constituição de 1988, segundo Greco (Apud AMARAL JÚNIOR, 2004, p. 160), era possível se extrair do próprio texto constitucional critérios objetivos para demonstrar a ocorrência ou não de urgência que pudesse legitimar a adoção de medida provisória em matéria tributária. É o caso, por exemplo, de modificação na legislação tributária que ensejasse observância do princípio da anterioridade, a que se refere o art. 150, III, b, da Constituição de 1988.

Greco prossegue em sua argumentação: “[...] não parece haver urgência em que, em maio, se introduza modificações na legislação tributária cuja eficácia só ocorrerá em 1º de janeiro do ano subsequente (por força do princípio da anterioridade)”.

Assim, com tal orientação doutrinária, segundo Amaral Júnior (2004, p. 161), a prática brasileira, referente a tributos, foi no sentido de se encaminhar medidas Provisórias nos últimos meses do exercício anterior àquela em que a modificação pretendida deveria estar eficaz.

Cabe destacar que a existência de projeto de lei não determina a inoportunidade de urgência a impedir a adoção de medidas provisórias sobre a mesma matéria. Ao contrário, pode configurar, justamente, situação de urgência a legitimar a adoção de medida provisória. É nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup>.

O entendimento jurisprudencial acima, ainda antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, constou, inclusive de orientação de Governo<sup>10</sup>. A relevância e a urgência são requisitos de natureza política. Inicialmente cabem ao Presidente da República, mas são controláveis pelo Congresso Nacional<sup>11</sup>. No entanto, excepcionalmente, tomando como base critérios objetivos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite que tais requisitos de admissibilidade sejam também controlados pelo Poder Judiciário.

Segundo Ana Cláudia M. S. O. Rodrigues (2001, p. 66), para identificação dos pressu-

postos constitucionais de relevância e urgência dois aspectos devem ser considerados: “1) o equilíbrio entre os Poderes de Estado e configuração do Estado Democrático de Direito; e 2) a necessidade de se dar uma rápida resposta normativa às transformações da vida contemporânea”.

#### 2.4. *Elaboração e iniciativa*

A competência privativa do Presidente da República para a edição de medida provisória permanece com a Emenda nº 32/2001. O projeto de medida provisória é concebido na maioria das vezes em algum órgão técnico de Ministério, como assinala Amaral Júnior (2004, p. 230).

Em seguida, o projeto de medida provisória é encaminhado à Casa Civil da Presidência da República, nos termos do Dec. nº 4.176/2002. O projeto deve ser encaminhado com exposição de motivos que demonstre, objetivamente, a ocorrência de relevância e urgência no caso enfocado pelo projeto<sup>12</sup>. Se não forem demonstrados os requisitos de relevância e urgência o projeto não é apreciado pelo Presidente da República<sup>13</sup>. Nesse caso, o projeto é devolvido ao órgão de origem com a justificativa do seu não-seguimento<sup>14</sup>.

Se for verificada demora na apreciação de projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo, poderá o órgão competente, configuradas a relevância e a urgência, propor a edição de medida provisória. É nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>15</sup>.

O trintídio constitucional para apreciação do veto é contado a partir da leitura das respectivas razões do veto.

#### 2.5. *Prazo de eficácia das Medidas Provisórias*

Após a Emenda nº 32/2001, a medida provisória perde a sua eficácia, desde a edição, se não for convertida em lei no prazo de *sessenta dias* – prazo esse contado da publicação da medida no Diário Oficial da União, prorrogável uma única vez por igual período<sup>16</sup>.

O prazo de sessenta dias de eficácia da medida provisória suspende-se, assim como os demais prazos regimentais relativos à tramitação de medida provisória, com o recesso parlamentar, sem prejuízo de plena eficácia da medida<sup>17</sup>.

Se a medida provisória for editada durante o recesso do Congresso Nacional, a contagem dos prazos somente é iniciada no primeiro dia da sessão legislativa ordinária ou extraordinária que se seguir à publicação da medida provisória<sup>18</sup>.

No regime constitucional originário de 1988, adotada medida provisória pelo Presidente da República, se o Congresso Nacional estivesse em recesso, deveria ser “[...] convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias”<sup>19</sup>.

O atual texto constitucional não mais prevê a convocação do Congresso Nacional se acaso esse estiver em recesso quando da adoção da medida provisória.

A suspensão da contagem do prazo de eficácia de medida provisória cai se houver convocação extraordinária do Congresso Nacional, conforme se vê do § 8º do art. 57 da Constituição de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 32/2001. Assim, havendo convocação extraordinária, a medida provisória eventualmente vigente retoma sua tramitação congressual normal, e passa a integrar, automaticamente, a pauta de convocação.

Resta evidenciado que a medida provisória pode ter eficácia por período superior aos sessenta dias inicialmente previstos. Além da prorrogação constitucionalmente admitida e da suspensão decorrente do recesso parlamentar, a medida provisória permanece eficaz, em seu texto original, durante a fase de sanção ou veto de projeto de lei de conversão aprovado pelo Congresso Nacional, que é de quinze dias úteis<sup>20</sup>.

### 2.6. Reedição

Tanto a prática institucional brasileira quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, logo após a promulgação da

Constituição de 1988, admitiram a reedição de medida provisória não aprovada e desde que não rejeitada expressamente nos trinta dias.

A primeira reapresentação de medida provisória ocorreu em 21 de fevereiro de 1989. O Poder Executivo reeditou a Medida Provisória nº 29, em 15 de janeiro de 1989, não apreciada pelo Parlamento, sob o nº 39. A partir de então, das 5.702 medidas provisórias editadas até 16 de fevereiro de 2001, 5.121 consistiram em renovação de medidas provisórias expedidas anteriormente<sup>21</sup>.

Há casos de medidas provisórias que foram reeditadas por quase sete anos, sem qualquer votação do Congresso Nacional. É o caso, por exemplo, da Medida Provisória nº 2.112-88, de 26.1.2001 (originária Medida Provisória nº 480, de 11.04.94, convertida na Lei nº 10.180, de 2001) que trata da organização e disciplina dos sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal de Administração Financeira Federal de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo<sup>22</sup>.

Devido à quantidade desenfreada de reedições, foram estabelecidas regras para a numeração das medidas provisórias, uma vez que com a reedição era-lhe dado novo número, o que causava dificuldade para identificar o ato normativo (Decreto nº 1.937, de 21 de junho de 1996. Revogado pelo Decreto nº 2.954, de 1999, o qual manteve a sistemática de numeração de medidas provisórias).

O que se observava é que muitas vezes a medida provisória reeditada trazia modificações substanciais no texto original, com inclusão de matérias diversas daquela originalmente editada. Além disso, trazia em seu texto uma cláusula de convalidação das situações jurídicas ocorridas sob a égide da medida provisória imediatamente anterior à reedição: Tal cláusula era assim redigida: “Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº...”.

Diversos autores se manifestaram contrariamente à reedição, inclusive quanto à

cláusula de convalidação. Seguem essa tripla de entendimento: Ferreira Filho, Marco Aurélio Greco e Mello Filho, segundo Amaral Júnior (2004, p. 167).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal considerou a cláusula de convalidação como “[...] uma cláusula declaratória da permanência da sucessão de Medidas Provisórias reeditadas [...]”

Nos termos do § 10 do art. 62, acrescentado pela Emenda Constitucional 32/2001, é vedado ao Presidente da República reeditar medida provisória que tenha perdido a eficácia por decurso do prazo de sessenta dias, na mesma sessão legislativa. Nos termos do § 7º do art. 62 da Constituição de 1988 (acrescentado pela Emenda 32/2001), a medida provisória poderá ser prorrogada uma única vez, por igual período, contado da sua publicação, se não tiver sido votada nas duas Casas. Essa prorrogação se dá de modo automático no Congresso Nacional<sup>23</sup>.

### *3. Medidas Provisórias e sua tramitação no Poder Legislativo*

#### *3.1. Envio ao Congresso Nacional*

A medida provisória adotada pelo Presidente da República deve ser submetida de imediato ao Congresso Nacional<sup>24</sup>, vedada a sua retirada<sup>25</sup>.

A partir de sua publicação no Diário Oficial da União, a medida provisória produz efeitos, sendo encaminhada ao Congresso Nacional por meio de mensagem presidencial instruída com a respectiva Exposição de Motivos<sup>26</sup>.

O processo legislativo da medida provisória está disciplinado no art. 62 da Constituição Federal de 1988, com a redação da Emenda Constitucional nº 32/2001 e na regulamentação conferida pela Resolução nº 1, de 08.05.2002, do Congresso Nacional.

#### *3.2. Comissão Mista de Deputados e Senadores*

Com a EC nº 32/2001, manteve-se a prática da designação de uma Comissão Mista específica para cada medida provisória edi-

tada, que será integrada por 12 (doze) Senadores e 12 (doze) Deputados e igual número de suplentes, devendo ser observada, na medida do possível, a proporcionalidade de partidos ou blocos parlamentares em cada Casa<sup>27</sup>. Desse modo, 48 horas após a publicação da medida provisória, o Presidente da Mesa do Congresso Nacional deve fazer publicar e distribuir avulsos da medida, e designar Comissão Mista de Deputados e Senadores para emitir parecer sobre ela. <sup>28</sup>

O início da tramitação parlamentar depende da distribuição dos avulsos e da designação de Comissão Mista.

Uma vez designada, a Comissão tem prazo de 24 horas para se instalar, ocasião em que devem ser eleitos os seus Presidente e Vice-Presidente <sup>29</sup>, os quais devem pertencer a Casas diferentes <sup>30</sup> e respeitar critério de alternância entre as Casas para a Presidência das Comissões Mistas que se sucedem<sup>31</sup>. Também devem ser designados pelo Presidente da Comissão o relator e o relator revisor da matéria<sup>32</sup>. Ficando a escolha do relator sobre membro da Comissão pertencente à Casa diversa da que pertence o Presidente da Comissão<sup>33</sup>. O relator revisor exerce as funções de relatoria na Casa diversa da do relator da medida provisória<sup>34</sup>.

Quando a medida provisória tratar de abertura de crédito extraordinário, o exame e o parecer serão realizados pela Comissão Mista de Orçamento (art. 166, § 1º, da Constituição de 1988). Os prazos e o rito devem obedecer aos termos da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional<sup>35</sup>.

#### *3.3. Oferecimento de Emendas*

Após a EC nº 32/2001, o prazo para oferecimento de emendas perante a Comissão Mista é de seis dias contados da publicação da medida, e devem ser protocolizadas na Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal<sup>36</sup>.

O autor de projeto relativo à matéria objeto de medida provisória pode solicitar, dentro do prazo de oferecimento de emendas, que aquele projeto tramite, sob a forma



de emenda, em conjunto com a medida provisória<sup>37</sup>.

A matéria objeto da emenda deve guardar relação com a da medida provisória, sob pena de indeferimento liminar por parte do Presidente da Comissão, cabendo recurso, por parte do autor da referida emenda, com o apoio de outros três membros da Comissão, para decisão definitiva do Plenário da Comissão, por maioria simples<sup>38</sup>.

#### 3.4. Parecer da Comissão Mista

Com a EC nº 32/2001, a Comissão Mista tem prazo improrrogável de quatorze dias contados da publicação da medida provisória no Diário Oficial da União para emitir parecer único, com manifestação, em itens separados, quanto às seguintes questões:

a) à constitucionalidade, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência;

b) ao mérito;

c) à adequação financeira e orçamentária da medida;

d) ao cumprimento da exigência prevista no § 1º do art. 2º, ou seja, da imediata submissão da medida provisória ao Congresso Nacional<sup>39</sup>.

A Constitucionalidade, a adequação financeira e orçamentária e a imediata submissão da medida provisória ao Congresso Nacional são requisitos preliminares ao exame de mérito da medida.

Ainda que o parecer seja no sentido de apontar o não-cumprimento de um ou mais requisitos preliminares ao exame de mérito, a Comissão Mista também deverá se pronunciar quanto ao mérito da medida provisória<sup>40</sup>. Havendo emenda saneadora da inconstitucionalidade ou injuridicidade e da inadequação ou incompatibilidade orçamentária ou financeira, a Comissão deliberará primeiro sobre esta emenda<sup>41</sup>.

Quanto ao mérito, a Comissão pode emitir parecer pela rejeição ou aprovação da medida provisória. A Comissão também deve se manifestar quanto à aprovação ou rejeição de emenda. Seja como for, concluindo

do a Comissão por qualquer alteração no seu texto, deverá apresentar:

1. projeto de lei de conversão relativo à matéria<sup>42</sup>;

2. projeto de decreto legislativo, disciplinando as relações jurídicas decorrentes da vigência de textos suprimidos ou alterados, o qual terá a sua tramitação iniciada pela Câmara dos Deputados<sup>43</sup>.

Uma vez aprovado, o parecer é encaminhado à Câmara dos Deputados, onde tem início a votação da medida provisória<sup>44</sup>. Isto porque a discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores têm início na Câmara dos Deputados, a teor do art. 64 da Constituição de 1988 (com a redação da Emenda Constitucional nº 32/2001). O parecer deve ser acompanhado do processo, e se for o caso, do projeto de lei de conversão e do projeto de decreto legislativo<sup>45</sup>.

Se a Comissão esgotar o prazo de quatorze dias sem ter emitido e aprovado parecer sobre a medida provisória, o processo relativo à matéria será encaminhado à Câmara dos Deputados para exame<sup>46</sup>. Nessa hipótese, a Comissão Mista, se for o caso, proferirá, pelo Relator ou Relator Revisor designados, o parecer no Plenário da Câmara dos Deputados, podendo estes, se necessário, solicitar para isso prazo até a sessão ordinária seguinte<sup>47</sup>.

Na prática, o papel da Comissão Mista é bastante reduzido na apreciação da medida provisória. O relator é quem dinamiza os trabalhos parlamentares, podendo propor em seu relatório, que na maioria das vezes é apresentado em plenário, modificações não constantes das emendas protocolizadas no prazo de seis dias contados da publicação da medida<sup>48</sup>.

Segundo Amaral Júnior (2004, p. 247), o que ocorre na prática é a apreciação da medida diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Com o esvaziamento da Comissão Mista, somente o relator detém amplo domínio sobre o texto a ser vota-



do em plenário. Esse autor propõe a criação de uma única Comissão Mista, que poderia contar com o apoio das comissões permanentes tematicamente especializadas, ao invés de ter várias Comissões Mistras (uma para cada medida provisória editada), como ocorre no modelo atual.

### 3.5. *Deliberação na Câmara dos Deputados e no Senado*

A votação da medida provisória inicia-se na Câmara dos Deputados e depende de juízo prévio, em cada uma das Casas, sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais<sup>49</sup>.

No modelo atual, a deliberação de medida provisória é feita em sessões separadas de cada uma das Casas do Congresso Nacional, e não mais em sessão conjunta, como ocorria anteriormente<sup>50</sup>.

A Câmara dos Deputados deve-se pronunciar até o vigésimo oitavo dia de vigência da medida provisória. O prazo é contado da sua publicação no Diário Oficial da União<sup>51</sup>. Assim, tanto a Câmara dos Deputados, quanto a Comissão Mista têm prazo de quatorze dias para deliberar acerca da matéria.

Se a Câmara dos Deputados não concluir a matéria dentro do prazo, o Senado pode iniciar a discussão<sup>52</sup>, mas, não pode votá-la, pois tem que aguardar a deliberação da Casa iniciadora<sup>53</sup>.

O texto aprovado na Câmara dos Deputados é encaminhado ao Senado Federal<sup>54</sup>, que tem até o quadragésimo segundo dia de vigência da medida provisória, contado da sua publicação no Diário Oficial da União, para apreciá-la. O Senado, assim como a Câmara, tem quatorze dias para deliberar sobre a matéria.

Assim como ocorre com projetos de lei, qualquer modificação introduzida no texto da medida provisória por parte do Senado Federal, mesmo que decorrente do restabelecimento de matéria ou emenda rejeitada na Câmara dos Deputados, ou de destaque supressivo, deve ser encaminhada à Câmara

dos Deputados sob a forma de emenda a ser apreciada em turno único<sup>55</sup>, vedadas quaisquer alterações. A Câmara dos Deputados tem três dias para apreciar emendas senatoriais<sup>56</sup>.

Completam-se, assim, quarenta e cinco dias de tramitação da medida provisória (quatorze dias com a Comissão Mista, quatorze dias com a Câmara dos Deputados, quatorze dias com o Senado Federal e, eventualmente, três dias com a Câmara para deliberar acerca das modificações feitas no Senado).

Se não forem cumpridos os quarenta e cinco dias, contados da publicação no Diário Oficial da União, a matéria entra em regime de urgência, traçando desde logo a pauta de deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando<sup>57</sup>. Aprovado o projeto, ou a medida provisória perdendo a eficácia por decurso de prazo, cessa o regime de urgência, desobstruindo-se a pauta da Casa. Conforme Bastos e Martins (apud. AMARAL JÚNIOR, 2004, p. 250).

Aprovada a medida provisória sem alteração de mérito, o texto será promulgado pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional para publicação, como lei, no Diário Oficial da União<sup>58</sup>. É a chamada *ratificação direta*, o que já ocorria no modelo anterior. Porém, no modelo anterior, o texto aprovado era encaminhado em autógrafos ao Presidente da República para publicação como lei. Já no modelo atual, o próprio Congresso Nacional passou a publicar a lei de conversão.

### 3.6. *Medida Provisória com emendas*

Aprovada a medida provisória com modificações de mérito (por emendas), hipótese em que o objeto de aprovação é, na prática do Congresso Nacional, o projeto de lei de conversão deveria ser enviado à sanção do Presidente da República pela Casa onde foi concluída a votação<sup>59</sup>. Contudo, a medida provisória aprovada sem alterações não vai à sanção presidencial. Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>60</sup>.

Ressalvada expressa disposição em contrário, as emendas, uma vez sancionado o projeto de lei de conversão, têm eficácia *ex nunc*.

Tendo em vista a existência da cláusula de convalidação, o texto originário alvo de emenda (e por isso não constante da lei de conversão, ou dela constante com modificação), permanece regendo as relações jurídicas por ela firmadas, da data da edição da medida até sua conversão em lei. Assim, a cláusula convalidatória confere estabilidade ao texto original da medida provisória.

No caso de emenda parlamentar, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência do dispositivo desconstituído pela emenda, continuarão a ser regidas por ele, nos termos do § 11 do art. 62 da Constituição de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional 32/2001.

Assim, durante a fase de sanção ou veto do projeto de lei de conversão (quinze dias úteis), o texto original da medida provisória se mantém em vigor.

### 3.7. Rejeição e Decreto Legislativo

No modelo da Emenda Constitucional 32/2001, os atos concretos praticados com base em medida provisória não convertida em lei continuam por ela regidos, salvo se o Congresso Nacional dispuser de modo diverso, por meio de decreto legislativo, no prazo de sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia.

O constituinte derivado aplica o princípio da irretroatividade das leis, conforme previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988.

Ressalte-se que a proibição da reedição se dá a partir da rejeição e não da adoção da medida.

É pacífico na doutrina<sup>61</sup> e na jurisprudência<sup>62</sup> brasileiras, que a medida provisória expressamente rejeitada não pode ser objeto de declaração de urgência na mesma sessão legislativa em que foi rejeitada.

Contudo, é possível que o conteúdo de uma medida provisória rejeitada conste de projeto de lei, apresentado na sessão legislativa em que houve a rejeição, nos termos do art. 67, *in fine*, da Constituição de 1988, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

Continua aplicável, após a Emenda Constitucional 32/2001, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o óbice do art. 67 fica afastado com o final da sessão legislativa (seja ordinária, seja extraordinária) em que se deu a rejeição, não importando o tempo decorrido<sup>63</sup>.

Deste modo, pode ser reeditada, durante a convocação extraordinária, medida provisória que tenha sido rejeitada na sessão legislativa ordinária imediatamente anterior (e vice-versa).

Com a Emenda nº 32/2001, uma medida provisória nova em curso não pode ser revogada por outra subsequente disciplinando, com modificações, a mesma matéria tratada pela primeira.

Isto decorre da proibição de reedição de medida provisória e do prazo de sessenta dias. Caso fosse permitida tal revogação, se instalaria novamente a insegurança jurídica que ocorria no regime originário das medidas provisórias.

## 4. Controle de constitucionalidade da lei de conversão da Medida Provisória

### 4.1. Conversão em lei das Medidas Provisórias remanescentes do regime anterior

O art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001 estabelece que “[...] as medidas provisórias editadas anteriormente à publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”.

Assim, as medidas anteriores à EC 32/2001 que remanescem vigentes, conforme o art. 20 da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional, seguem a mesma tramitação le-

gislativa a que estavam originalmente sujeitas (Resolução 1/1989 do Congresso Nacional), incluindo a votação em conjunto das duas Casas, mantidas em pleno funcionamento as Comissões Mistas já constituídas, preservados os respectivos presidentes, vice-presidentes, relatores e relatores revisores e convalidadas as emendas apresentadas, assim como os pareceres já aprovados pelas Comissões.

A diferença é que as medidas provisórias editadas em data anterior à Emenda Constitucional 32/2001 continuam em vigor até que medida posterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. Não há prazo previsto constitucionalmente para a apreciação dessas medidas pelo Congresso Nacional.

No direito brasileiro, se não houver qualquer modificação ao texto da medida provisória, ela é submetida ao Congresso Nacional, que poderá rejeitá-la, ou fazer a ratificação direta. Se houver a proposição de qualquer modificação ao seu texto, surge o projeto de lei de conversão (PLV).

#### 4.2. Natureza da lei de conversão

Segundo Amaral Júnior (2004, p. 284), a lei de conversão da medida provisória é espécie normativa primária autônoma, diferente das outras espécies constantes do art. 59 da Constituição de 1988 e possui as seguintes características:

- 1) pressupõe uma medida provisória a converter;
- 2) possui conteúdo delimitado e condicionado pela medida provisória;
- 3) segue processo legislativo específico;
- 4) deve ser aprovada dentro do prazo constitucional sob pena de decadência.<sup>64</sup>

Debate-se na doutrina se a conversão em lei sana ou não eventuais vícios da medida provisória.

O Supremo Tribunal Federal, julgando o Art. 5º do Dec-lei nº 322, de 07.04.1967, espousou o seguinte entendimento:

“[...] a inconstitucionalidade não pode ser convalidada pelo Congresso Na-

cional (art. 58, parágrafo único), porque a matéria de segurança nacional não envolve conceito que o legislador possa discricionária e politicamente definir: - ela está definida nos arts. 89 e 91 da Constituição. Nem o Congresso pode sanar a eiva contra o art. 150, § 3º.”<sup>65</sup>

A doutrina atual comunga desse entendimento. Marco Aurélio Greco (apud AMARAL JÚNIOR, p. 285) sustenta que:

“Havendo vício da medida provisória porque não poderia dispor sobre aquela matéria, embora a lei ordinária pudesse fazê-lo, entendo que ainda assim subsiste um vício jurídico. De fato, o fenômeno é de conversão (mutação de um ato em outro), e para que isso ocorra é preciso que ambos atendam aos requisitos de constitucionalidade, sob pena de aniquilação de todas as regras do processo legislativo contidas na própria Constituição[...]”.

Esse também é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, Clèmerson Merlin Clève e Eros Grau (Apud AMARAL JÚNIOR, p. 285).

Ao tratar da medida provisória, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que a superveniência da lei de conversão torna superada eventual contestação do preenchimento dos requisitos de urgência e relevância: “Medida provisória. Superação, por sua conversão em lei, da contestação do preenchimento dos requisitos de urgência e relevância”<sup>66</sup>.

Em seu voto, o relator da acima mencionada ação direta afirma que a lei de conversão chega a tornar superada, também, questão de inconstitucionalidade referente ao princípio da reserva legal.

Segundo Amaral Júnior (2004, p. 287), se houver inconstitucionalidade por vício próprio e peculiar à medida provisória, o correto é fulminar apenas e tão-somente a medida no período em que vigeu, preservando-se a sua respectiva lei de conversão. Se-

gundo esse autor, os vícios próprios e peculiares à medida provisória não se transmitem a uma eventual e subsequente lei de conversão. E isto ocorre, segundo ele, porque a lei de conversão é ato legislativo formal com autonomia relativamente à medida provisória.

O processo de conversão em lei implica exercício pleno da função legislativa das Casas Parlamentares e os pressupostos constitucionais de decretação de urgência não sujeitam essas Casas. Desse modo, os vícios próprios da medida provisória atingem somente a medida e não a lei. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de um vício peculiar à medida provisória, que já houver sido convertida em lei, somente serão nulas as normas que tiveram vigência provisória, sem prejuízo da lei de conversão.

#### *4.3. Vícios próprios e peculiares à Medida Provisória*

São aqueles que dizem respeito somente à medida provisória, tal como a não-ocorrência dos pressupostos constitucionais que legitimam a edição da medida provisória: relevância e urgência.

Desse modo, se uma medida provisória já convertida em lei for objeto de arguição de inconstitucionalidade por vício próprio e peculiar à decretação de urgência, a respectiva lei de conversão não será afetada. A nulificação recairá apenas sobre as normas com vigência inconstitucional e somente no período de vigência da medida provisória, em decorrência da ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência.

Contudo, no caso de vícios formais, eles afetam a lei de conversão. No caso, por exemplo, de uma medida provisória incorrer em vício de iniciativa (se o Presidente editar decretação de urgência em matéria privativa do Poder Judiciário), a lei de conversão deverá ser declarada inconstitucional<sup>67</sup>.

Os vícios materiais em geral, isto é, os vícios relativos às opções normativas cons-

tantes da medida provisória incompatíveis com o texto constitucional, também afetam a respectiva lei de conversão<sup>68</sup>.

Não se trata aqui de transmissão de vícios materiais entre a medida provisória e a sua respectiva lei de conversão. O que há no caso é vício de ordem material que determina a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo primário que esteja em desacordo com as prescrições materiais da Constituição, seja uma medida provisória, seja uma lei de conversão, seja uma lei ordinária ou até mesmo uma emenda constitucional.

A propósito, cabe destacar a discussão ocorrida quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Liminar) nº 3100-7<sup>69</sup>, em que foi Relator o Ministro Gilmar Mendes. O dispositivo legal questionado foi a Medida Provisória nº 144, de 10/12/2003, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera várias leis e dá outras providências. Os Ministros Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence se manifestaram no sentido de deferir a liminar para dar interpretação conforme a Constituição, por considerar inaplicável não só a medida provisória como a lei de conversão a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia, tendo em vista a restrição imposta pelo artigo 246 da Carta Federal. Já o voto do Ministro Eros Grau divergiu no sentido de que não era aplicável a hipótese ao artigo 246<sup>70</sup> da Constituição. A liminar julgada pelo Pleno foi indeferida em 11/10/2006, tendo sido rejeitada a questão de ordem proposta pelo Relator. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, indeferiu a medida cautelar, vencidos os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Uma vez que a lei de conversão tem autonomia, em relação à medida provisória, a lei de conversão pode veicular matérias constitucionalmente vedadas à medida provisória, desde que mantida a homogeneidade temática exigida no Regimento Comum

do Congresso Nacional (§ 4º do art. 4º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional). Por exemplo, uma medida provisória tributária não pode tipificar como crime o não-adimplemento do tributo por ela contemplado, uma vez que o art. 62, §I, b, da Constituição de 1988, acrescentado pela EC 32/2001 veda a edição de medida provisória sobre matéria penal. Porém, a lei de conversão pode.

#### *4.4. Controle político e jurídico do Congresso Nacional*

A apreciação do Congresso Nacional é de cunho marcadamente político. Mas a sua manifestação não é capaz de sanar vícios materiais ou formais que estão submetidos ao controle de constitucionalidade por parte do Judiciário. Assim, o controle parlamentar é ao mesmo tempo político e jurídico. Assim, o Congresso Nacional deverá formular juízo político, mas também jurídico no que se refere à admissibilidade (pressupostos de edição) da medida provisória. Após a análise de admissibilidade, o seu conteúdo é apreciado com base na Constituição e então o Congresso se manifestará pela sua conversão ou rejeição.

O Congresso só está livre para apreciar politicamente o ato legislativo provisório, depois que fizer uma apreciação jurídica (verificação se há compatibilidade da matéria disciplinada pela medida com a Constituição). O Congresso não tem feito o controle jurídico necessário e muitas medidas provisórias flagrantemente inconstitucionais têm sido convertidas em lei.

#### *4.5. Controle judicial*

O Supremo Tribunal Federal considerou, em ação direta de inconstitucionalidade, tratar-se a medida provisória de ato normativo com força de lei sujeito ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

Contudo, há autores que defendem a tese de que os pressupostos de relevância e urgência estão fora do alcance da jurisdição constitucional, por entenderem que têm natureza eminentemente política. Segundo

Ana Cláudia M. S. O. Rodrigues (2001, p. 83), defendem essa tese, Ronaldo Poletti, Rodrigo Fonseca, Ivo Dantas e Nelson de Sousa Sampaio. Contudo, a maioria da doutrina brasileira rejeita essa tese com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição e na ausência de legitimidade do Presidente da República para expedir medida provisória sem obediência aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência.

No Brasil, ocorrendo lesão ou ameaça de lesão a direito, o Judiciário deverá se manifestar, quando provocado. Ou seja, a Medida Provisória não está imune à revisão judicial.

### *5. Conclusão*

Apesar de não ser uma lei formal do Congresso Nacional, a medida provisória possui força, valor e eficácia de lei.

No modelo original da Constituição de 1988, bastava a orientação governamental para não levar a medida provisória à votação e reeditá-la indefinidamente. Com a emenda constitucional 32/2001, a medida provisória não pode mais ser reeditada na sessão legislativa em curso.

Com relação ao procedimento legislativo dado às medidas provisórias, é de verificar-se que o que ocorre na prática é a apreciação da medida provisória diretamente nos plenários, sem a atuação efetiva da Comissão Mista, pois, somente o relator tem conhecimento detalhado sobre o texto a ser votado. Assim, fica prejudicado o debate democrático sobre a matéria e a análise aprofundada acerca da constitucionalidade da medida quanto a seus pressupostos.

Deste modo, a proposta feita por Amaral Júnior (2004, p. 247), no sentido de se instituir apenas uma única Comissão Mista, que contasse com o apoio das comissões permanentes, ao invés de serem instituídas várias Comissões Mistas, como ocorre no modelo atual, se afigura como uma solução possível para que haja uma análise mais rigorosa por parte do legislativo, em relação às medidas provisórias.



A lei de conversão da medida provisória é espécie normativa primária e autônoma relativamente às demais fontes do direito brasileiro. Em razão dessa autonomia em relação à medida provisória, a lei de conversão pode veicular matérias constitucionalmente vedadas à medida provisória, desde que mantida a homogeneidade temática exigida pelo Regimento Comum do Congresso Nacional.

Uma vez que a medida provisória possui vícios que lhe são peculiares, se uma medida provisória já convertida em lei for objeto de arguição de inconstitucionalidade por vício próprio e peculiar à decretação de urgência, a respectiva lei de conversão não será afetada. A nulificação recairá apenas no período de vigência da medida provisória, em decorrência da ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência. Contudo, no caso de vícios formais, eles afetam a lei de conversão, assim como qualquer outro ato legislativo.

Levando em consideração que legislar é função típica do Poder Legislativo e que a edição de Medidas Provisórias é autorizada de maneira expressa pelo art. 62 da Constituição Federal, em hipóteses extraordinárias (urgência e relevância), verifica-se a necessidade de apreciação pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário quanto aos pressupostos que sustentam a edição das Medidas Provisórias, em respeito à separação dos poderes e ao Estado Democrático de Direito.

Os conceitos de relevância e urgência, contidos no texto constitucional, devem ser entendidos como conceitos indeterminados, imprecisos, o que não equivale a dizer que devem ser entendidos como critérios discricionários do Poder Executivo. Ao contrário, significa dizer que em abstrato é impossível aferi-los e que somente numa situação concreta é possível verificar a existência ou não de tais pressupostos.

O controle pelo Supremo Tribunal Federal não é de mérito, mas de legitimidade, conforme afirma Ana Cláudia M. S. O. Ro-

drigues (2001, p. 90), quer dizer, cabe ao Supremo analisar se a situação urgente e relevante invocada pelo Presidente da República para edição da medida provisória está ou não configurada.

Considerando o Princípio da Inafastabilidade do controle jurisdicional, pode-se concluir que é possível e mesmo necessário que os pressupostos de edição das medidas provisórias sejam passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário.

### Notas

<sup>1</sup> Defendem essa tese, Ronaldo Poletti, Rodrigo Fonseca, Ivo Dantas e Nelson de Sousa Sampaio, segundo Ana Cláudia Manso (Dissertação de Mestrado, 2001, p. 83).

<sup>2</sup> STF, ADI 2150-DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 11.09.2002. Precedentes: ADI-MC 1376-DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 31.08.2001; ADIn 162-DF, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 14.12.1989, ADIn 1.397-DF, Tribunal Pleno, Min. Moreira Alves, DJ de 14.12.1989; ADI-MC 1397-DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 27.06.1997.

<sup>3</sup> Voto do Min. Marco Aurélio, ADInMC nº 1.573, DJ de 12.06.1998.

<sup>4</sup> STF, Tribunal Pleno, ADIn MC 1.518-4-DF, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 25.04.1997.

<sup>5</sup> RODRIGUES, Ana Cláudia M. S.O. p. 65. Nota de rodapé: "É conhecida a classificação proposta por Karl ENGISCH dos conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, conceitos discricionários e cláusulas gerais, embora ele reconheça que os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelos menos em parte (Introdução ao pensamento jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 209). A distinção entre conceito jurídico indeterminado e poder discricionário é difundida sobretudo no direito administrativo. Cfr. Dentre tantos, GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNANDEZ, Curso de derecho administrativo. V. 1. p. 445-452; SOUSA, Antônio Francisco de. "Conceitos indeterminados" no direito administrativo, Coimbra: Almedina. 1994. Partindo dessa distinção, aqueles dois autores enquadram os pressupostos de fato habilitantes à edição de decreto-lei na Espanha ("casos de extraordinária e urgente necessidade") como típico exemplo de conceitos jurídicos indeterminados (...). No direito brasileiro, há também autores que adotam essa teoria: CONCEIÇÃO, Conceitos jurídicos indeterminados na



Constituição: requisitos de relevância e urgência; CLÉVE, Medidas provisórias, p. 68, nota de rodapé nº 103.”

<sup>6</sup> Ávila, Medida provisória na Constituição de 1988, p. 81-82; ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Pressupostos constitucionais à edição de medidas provisórias. Enfoque Jurídico, edição 6. p. 30-32, abr/maio 1993; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Perfil constitucional das medidas provisórias. RDP, n. 95, p. 28-32.

<sup>7</sup> “Há um problema de decisão política que muitas vezes reclama a edição de medidas provisórias. Quantas vezes (...) recebemos demandas da própria oposição para que se edite uma medida provisória, criando aquele requisito da urgência política, uma vez que o Texto Constitucional de 1988 tinha suprimido a idéia da tramitação concentrada. Portanto, criou-se esse conceito amplo de urgência política (...) Portanto o conceito não é de uma urgência no sentido temporal, mas no sentido político” (Mendes, Notas taquigráficas da sessão de 15 de maio de 2002 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania..., p. 7-9 )

<sup>8</sup> STF, ADInMC 162-0-DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19.09.1997. Vide, também, José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 530.

<sup>9</sup> Cf. Voto do Min. Sepúlveda Pertence no STF. Tribunal Pleno. ADInMC 526-0-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 05.03.1993.

<sup>10</sup> § 3º, do art. 32 do Dec. 2.954/1999, com a redação do Decreto nº 3.495/2000.

<sup>11</sup> “O exame congressional das medidas provisórias, quer para aprová-las, quer para rejeitá-las, implica a formulação de novo juízo – desta vez na instância parlamentar – sobre os pressupostos e o próprio conteúdo desse ato normativo primário, de natureza cautelar” (Mello Filho, Considerações sobre as medidas provisórias... p. 207).

<sup>12</sup> Cf, inciso V do art. 38 do Dec. 4.176/2002.

<sup>13</sup> Cf. art. 39 do Dec. nº 4.176/2002.

<sup>14</sup> Cf. art. 41 do Dec. 4.176/2002.

<sup>15</sup> STF, Tribunal Pleno, ADInMC 526-0-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05.03.1993.

<sup>16</sup> Cf. § 7º do art. 62 da Constituição de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 32/2001, c/c o *caput* do art. 10 da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>17</sup> Cf. § 4º do art. 62 da Constituição de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 32/2001, c/c o art. 18 da Resolução nº 1.2002 do Congresso Nacional.

<sup>18</sup> Cf. parágrafo único do art. 18 da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>19</sup> *Caput* do art. 62 em sua redação originária.

<sup>20</sup> Cf. § 1º do art. 66 da Constituição de 1988.

<sup>21</sup> Dissertação de Mestrado de Ana Cláudia Manso Sequeira Ovídio Rodrigues, A Medida Pro-

visória no Controle Abstrato de Constitucionalidade, 2001, p. 92.

<sup>22</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/Quadro/\\_Quadro%20Geral.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/_Quadro%20Geral.htm), acessado em 21/5/2006.

<sup>23</sup> Cf. *caput* do art. 10 da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>24</sup> Cf. *caput* do art. 62 da Constituição de 1988.

<sup>25</sup> Julgado STF, Tribunal Pleno, ADInMC221-0-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 22.10.1993.

<sup>26</sup> Cf. § 1º do art. 2º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional

<sup>27</sup> Cf. § 2º d o art. 2º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional

<sup>28</sup> Cf. § 9º do art. 62 da Constituição de 1988.

<sup>29</sup> Cf. *caput* do art. 3º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>30</sup> Cf. § 2º do art. 3º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>31</sup> Cf. § 1º do art. 3º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>32</sup> Cf. § 1º, *in fine*, do art. 3º da Resolução 1/2002.

<sup>33</sup> Cf. § 1º, *in fine*, do art. 3º da Resolução 1/2002.

<sup>34</sup> Cf. § 4º do art. 3º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional

<sup>35</sup> Cf. § 6 do art. 2º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional

<sup>36</sup> Cf. art. 4º, *caput* e § 1º, da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>37</sup> Cf. § 2º do art. 4º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>38</sup> Cf. §§ 4º e 5º do art. 4º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>39</sup> Cf. *caput* do art. 4º e 5º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>40</sup> Cf. § 2º do art. 5º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>41</sup> Cf. § 3º do art. 5º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>42</sup> Cf. inciso I do § 4º do art. 5º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>43</sup> Cf. inciso II do § 4º do art. 5º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>44</sup> Cf. § 8º do art. 62 da constituição de 1988.

<sup>45</sup> Cf. § 5º do art. 5º da Resolução 1/2002.

<sup>46</sup> Cf. § 5º do art. 5º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>47</sup> Cf. § 2º do art. 6º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>48</sup> Cf. art. 4º, *caput*, da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>49</sup> Cf. § 5º do art. 62 da Constituição de 1988, acrescentado pela Emenda 32/2001, c/c o *caput* do art. 8º da Resolução 1/2002..

<sup>50</sup> Cf. § 9º do art. 62 da Constituição de 1988, acrescentado pela Emenda 32/2001.

<sup>51</sup> Cf. *caput* do art. 6º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>52</sup> Cf. § 2º do art. 7º da Resolução 1/2002.

<sup>53</sup> Cf. § 8º do art. 62 da Constituição de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional 32/2001, c/c o § 2º do art. 7º da Resolução 1/2002.

<sup>54</sup> Cf. § 1º do art. 7º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>55</sup> Cf. § 3º do art. 7º da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>56</sup> Cf. § 4º do art. 7º da Resolução 1/2002.

<sup>57</sup> Cf. § 6º. Do art. 62 da Constituição de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional 32/2001, c/c o art. 9º da Resolução 1/2002.

<sup>58</sup> Cf. art. 12 da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>59</sup> Cf. art. 13 da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>60</sup> Cf. Voto do Min. Marco Aurélio no STF, 2ª Turma, RE 217.194-1-PR, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 1º.06.2001.

<sup>61</sup> Ávila, Medida provisória na Constituição de 1988, p. 91-94; Ferreira Filho, As medidas provisórias com força de lei, p. 86; Mariotti, Medidas Provisórias, p.94-95; Moraes, Direito constitucional, 9 ed. P. 537.

<sup>62</sup> STF, Tribunal Pleno, DInMC 293-DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.04.1993.

<sup>63</sup> STF, Tribunal Pleno, ADInMC 1441-2-DF, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 18.10.1996.

<sup>64</sup> Concaro, *II sindicato di costituzionalità sul decreto-legge*, pg. 90. Apud Amaral Júnior. pg-284.

<sup>65</sup> Voto do Min. Aliomar Baleeiro no STF, Tribunal Pleno, RE 62.731-GB, rel. Min. Aliomar Baleeiro, audiência de publicação de 19.06.1968 9RTJ 45/565).

<sup>66</sup> STF, Tribunal Pleno, ADIn 1.417-0, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 23.03.2001.

<sup>67</sup> STF, Tribunal Pleno, ADInMC 691-6-TO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.06.1992.

<sup>68</sup> Voto do Min. Sepúlveda Pertence no STF, Tribunal Pleno, ADIQU 258-9-DF, redator para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 28.02.1992.

<sup>69</sup> <http://www.stf.gov.br>

<sup>70</sup> Art. 246 da CF/88. "É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda (*leia-se Emenda Constitucional nº 32/2001*), inclusive. (EC nº 6/95, EC nº 7/95 e EC nº 32/2001).

## Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, *Medida Provisória e sua conversão em lei: a Emenda Constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann, *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*, vol. 1).

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, 13ª Edição, São Paulo, 2003.

BRASIL. Congresso. Senado. *Resolução nº 1, de 1970-CN*, com as alterações posteriores, incluindo a *Resolução nº 01, de 2002*. Regimento Comum do Congresso. Brasília. 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Medidas provisórias*, Max Limonad, 2ª ed, São Paulo, 1997.

\_\_\_\_\_. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

CHIESA, Clélio. *Medidas Provisórias: o regime jurídico constitucional*. Curitiba, Juruá, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da Justiça*. Aspectos do direito constitucional contemporâneo, São Paulo. Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *A legiferação governamental, em particular, no Brasil: Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *As medidas provisória com força de lei*, Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de março de 1989.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a PAULO BONAVIDES*. Malheiros. São Paulo. 2001.

GRECO, Marco Aurélio, *Medidas Provisórias*. São Paulo, RT, 1991.

KATO, Evandro Takeshi. *Conflito entre poderes na constituição de 1988: Soluções constitucionais e extraconstitucionais*. (Tese de Mestrado em Direito), São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Notas taquigráficas da sessão do dia 22 de março de 2000 da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Substitutivo do Senado Federal à proposta de Emenda Constitucional 472-D, de 1997*, relativa à nova disciplina constitucional das medidas provisórias, Diário da Câmara dos Deputados do dia 23.03.2000, p. 12.029)

\_\_\_\_\_. *Perfil constitucional das medidas provisórias*. Revista de Direito Público, nº. 95, p. 32.

MONTESQUIEU, *O espírito das leis*. Tradução do Dês. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Editora Sarai-va, 1994.

MÜLLER, Friedrich. *Legitimidade como conflito concreto do direito positivo*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 68 – nº 3 – jul a dez – 2002.

\_\_\_\_\_. *O significado teórico da constitucionalidade/inconstitucionalidade e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão*. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicações/ConferenciaRio20020919.pdf>.

NETTO, Menelick de Carvalho, *A Contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrador para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*: um pe-

queno exercício de Teoria da Constituição. Fórum Administrativo. Editora Fórum. Ano I – Nº 01 – Março de 2001. p.11.

RAMOS, Saulo. *Medida provisória: A nova ordem constitucional – aspectos polêmicos*, Rio de Janeiro, Forense, 1990.

RODRIGUES, Ana Cláudia Manso Sequeira Ovídio. *A Medida Provisória no controle abstrato de constitucionalidade*. 2001. (Dissertação de Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da UNB, Brasília-DF.

SOUZA, C. A.M. de. (Coord.). *Medidas Provisórias e Segurança Jurídica*. Juarez de Oliveira. São Paulo, 2003.



# Crítica às soluções de colisão de direitos fundamentais

Wagner Amorim Madoz

## Sumário

1. Introdução. 2. As soluções do problema da colisão. 2.1. O núcleo essencial dos direitos fundamentais. 2.2. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito. 2.2.1. Críticas ao princípio da proporcionalidade. 2.3. A ponderação de bens. 2.3.1. Crítica à ponderação como método de solução de conflitos. 2.3.2. O Supremo como balcão de valores? 2.4. Princípio da adequabilidade. 2.5. Crítica ao princípio da adequabilidade.

## 1. Introdução

O objetivo da pesquisa foi apresentar algumas reflexões sobre as soluções para o fenômeno da colisão de princípios fundamentais, cuja importância creio ser desnecessário enfatizar por se tratar de tema relacionado a questões de extraordinária magnitude para o direito constitucional brasileiro, como é o caso do debate sobre direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Como é óbvio, mas não chega a ser um truísmo, não é nosso intuito demorarmos na consideração aprofundada de cada solução de colisão de direitos fundamentais, apenas frisamos alguns pormenores, fruto da reflexão e do debate acadêmicos, realizado no interregno do curso.

Num tal ambiente teórico complexo com inúmeras teorias por vezes conflituosas, o risco de cair na armadilha do “*sincretismo metodológico*”<sup>3</sup> é imenso. Por outro lado, há o temor do que está por trás de uma defesa da “pureza metodológica”, os riscos ideo-

Wagner Amorim Madoz é Analista Judiciário – STF.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade,<sup>1</sup> promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro - UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília - UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. José Geraldo de Sousa Júnior.

lógicos envolvidos em tal caso também não devem ser desprezados.<sup>4</sup>

Além disso, o Brasil tem uma característica de criatividade na aplicação de institutos importados de outras culturas, veja-se o exemplo da “doutrina brasileira do habeas corpus”.<sup>5</sup>

Segundo opiniões abalizadas da doutrina, com as quais estou inteiramente de acordo, as normas substantivas da Constituição, de modo peculiar os direitos fundamentais, atuam na argumentação jurídica na qualidade de princípios jurídicos.<sup>6</sup>

Os princípios jurídicos representam talvez uma das noções mais ambíguas das teorias jurídicas. De modo especial a sua característica relacionada com o modo da argumentação jurídica empregada, e que estimula assim um notável papel da atuação judicial.

Dessa maneira, idéias como ponderação de bens, razoabilidade, princípio da proporcionalidade, constituem ferramentas argumentativas que são utilizadas para fundamentar as decisões judiciais envolvendo conflitos dessas peculiares espécies normativas.

Aliás, os conflitos entre princípios, como veremos, pertencem a um tipo de paradoxo ou aporia que foram construídos ou propostos desde as origens da filosofia clássica, e tem tido também versões na literatura.

Por certo, a questão relacionada a conflitos não é exclusivamente um debate jurídico. Muito pelo contrário, ela está presente na sociedade de forma dispersa, permeando todos os seus setores.<sup>7</sup> Veja-se, por exemplo, o caso da utilização ou não das informações geradas pelos experimentos nazistas, nos campos de concentração, durante as décadas de 1930 e 1940.

Na literatura também, é o caso contado por Miguel de Cervantes em *Don Quijote de la Mancha*,<sup>8</sup> em que relata o progresso do governo de Sancho Panza.

Bem se vê assim, que a pretensão de antever e regular todos os casos, mesmo na literatura, abarcando a realidade numa totalidade normativa, não passa de um desva-

rio de índole positivista. Como diz Menelick de Carvalho, a realidade é muito mais rica que o fenômeno normativo pode prever e, mesmo a tentativa de racionalizar o sistema normativo incluindo novo elemento normativo, acrescenta mais um fator para a irracionalidade que se queria em princípio evitar.

## 2. As soluções do problema da colisão

A força vinculativa dos direitos fundamentais bem demonstra que as colisões entre direitos fundamentais iria desaparecer como problema jurídico, se não houvesse essa vinculação e se os direitos fundamentais se apresentassem como não vinculativos. Respondendo já a uma crítica quanto às decisões sobre colisões envolvendo direitos fundamentais, podemos dizer que o Supremo Tribunal Federal somente decide casos de colisão de direitos fundamentais porque a Constituição vincula a proteção desses direitos à sua competência.

Se não houvesse essa vinculação explícita, as colisões seriam não um problema jurídico, mas apenas um problema moral ou político.<sup>9</sup>

A característica primordial dos direitos fundamentais está que eles são essencialmente direitos do homem protegidos constitucionalmente.<sup>10</sup> Isso quer dizer que os direitos fundamentais insistem em sua institucionalização, ou seja, já não basta a sua previsão, a Constituição determina a sua concretização.

Partindo do pressuposto de que existem colisões de princípios ou direitos fundamentais, é uma consequência natural abordar os métodos para sua solução. Existem, de fato, várias propostas nesse sentido, no entanto, dadas as limitações desta pesquisa, vamos abordar apenas algumas delas.

### 2.1. O núcleo essencial dos direitos fundamentais

Pretendemos apresentar algumas reflexões a partir da doutrina e dos debates tra-



vados durante o curso a respeito do núcleo essencial dos direitos fundamentais, as quais podem ser apresentados em forma de respostas aos seguintes questionamentos:

Pode-se conceber o núcleo essencial dos direitos fundamentais como um princípio/regra não escrita?

Haveria necessidade de o sistema ter expressamente algum dispositivo prevendo a defesa desse núcleo?

Esse princípio, mesmo que não expresso, é de obediência obrigatória?

Será mesmo uma norma implícita a todo o ordenamento o núcleo de direitos fundamentais, cabendo ao intérprete apenas a tarefa de explicitá-la?

A defesa do núcleo essencial dos direitos fundamentais é uma tarefa dirigida apenas ao legislador e ao aplicador, juiz, ou abrange todos os intérpretes da constituição?

Em primeiro lugar, a noção do núcleo essencial<sup>11</sup> dos direitos fundamentais costuma ser definida a partir da Constituição alemã de 1949,<sup>12</sup> primeiro texto constitucional a prever essa proteção, a que se seguiram diversas outras, como as Constituições de Portugal de 1976,<sup>13</sup> da Espanha de 1978.<sup>14</sup> Mais recentemente, a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia (Convenção de Niza 2000)<sup>15</sup> e a Constituição Européia.<sup>16</sup>

Essa noção serve a diversos propósitos, entre os quais está o de proteger os direitos fundamentais tanto das restrições legislativas como também das interpretações mutiladoras, ambas em decorrência, claro, da dinâmica social.

Pode-se dizer que a garantia do conteúdo essencial fortalece os direitos fundamentais frente a qualquer atuação dos poderes públicos, de modo especial obviamente ao legislador que pretenda restringi-los ou mesmo reduzi-los.<sup>17</sup>

Se a força normativa da Constituição<sup>18</sup> advém da sua sintonia com a realidade existencial do poder – à vontade de constituição<sup>19</sup> –, é evidente que os direitos fundamentais deverão ter uma compreensão

mais elástica, de modo a servir de instrumento de adaptação entre a realidade em movimento e a estática do texto constitucional.

A identificação do núcleo essencial dos direitos fundamentais como fronteira final da interpretação – ou “na conformação objetiva positivo-jurisprudencial dos bens jurídicos em conflito”<sup>20</sup> –, pode revelar alguns problemas.

De fato, a preocupação com a perda de identidade das normas definidoras de direitos fundamentais, em função das sucessivas concretizações atribuidoras de sentido aos textos constitucionais, é plausível e até mesmo provável. A noção de núcleo essencial seria uma barreira a essa desmaterialização – ou perda de substância – dos direitos fundamentais, pelo menos a curto prazo.<sup>21</sup>

A noção de conteúdo essencial opera como uma barreira à interpretação, na medida em que procura densificar conceitos, barrando, assim, as modificações de significado pelas concretizações atribuidoras de sentido ao texto constitucional.

Por outro lado, a longo prazo, não há como não temer a relativização dos direitos fundamentais, em função mesmo da atribuição de núcleos essenciais, pelas diversas interpretações demandadas pela necessidade de adesão à realidade social.

Assim, se constrói um círculo vicioso, pois se é pela interpretação que se define o núcleo essencial e ele é que serve de limite à interpretação constitucional.

Desse modo, a interpretação constitucional poderia chegar ao ponto de eliminar direitos.<sup>22</sup>

Por essa razão – ainda seguindo as lições do Professor Marcio Iorio Aranha – a doutrina espanhola e alemã indicam a dignidade da pessoa humana como guia básico na determinação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.<sup>23</sup>

A Constituição brasileira de 1988, muito embora tenha atribuído à dignidade humana princípio fundamental – art. 1º, inciso

III, não definiu esse princípio como superior hierarquicamente aos diversos outros princípios também fundamentais.

Mas independentemente de ser a dignidade da pessoa humana um valor mais importante que os demais, o fato é que na delimitação ou identificação dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais há sempre a necessidade do apelo aos valores transcendentais do ser humano.<sup>24</sup>

Veja-se, por exemplo, o caso do direito à vida, previsto no *caput* do art. 5º, da Constituição de 1988. Pode-se argumentar que esse direito fundamental, cuja garantia é expressamente indicada no texto constitucional, compreende também o direito de dispor da própria vida – no caso de eutanásia, por exemplo –, o que acabaria por alterar, numa ampliação mutiladora o direito à vida, tornando-o, em certos casos, um direito à morte.<sup>25</sup>

A não previsão da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, na Constituição de 1988, por outro lado, não impede, ao meu ver, a sua aplicação na jurisdição constitucional brasileira.

Trata-se de um princípio implícito, decorrente de um conjunto de normas – como a que define a aplicação imediata dos direitos e garantias individuais (§ 1º do art. 5º), bem como a que impede o poder constituído de reformar os direitos e garantias individuais (Inciso IV do § 4º do art. 60).

Em geral, define-se o conteúdo essencial como aquele valor ou bem jurídico intrínseco ao direito fundamental considerado, “resultado da conjugação, no que couber, entre o valor da dignidade humana, os elementos conceituais e o núcleo radical, este último próprio da atribuição de significação oriunda das inúmeras manifestações das cláusulas pétreas.”<sup>26</sup>

Para a doutrina, assim, a noção de conteúdo essencial se entende como um limite às leis que restrinjam os direitos fundamentais. Dessa forma, o legislador pode restringir o âmbito dos direitos fundamentais desde que seja respeitado o seu conteúdo essencial.<sup>27</sup>

Existem várias correntes doutrinárias que tentam explicar a natureza desses limites – teorias que referem a garantia do conteúdo essencial a posições subjetivas ou a uma situação objetiva de previsão normativa, bem como teorias em que se interpreta a garantia num sentido relativo ou absoluto.<sup>28</sup>

As teorias subjetivas podem ser absolutas ou relativas. Segundo a teoria relativa, parte da constatação de que todas as restrições aos direitos fundamentais existem uma justificação a qual pode encontrar apoio expresso na Constituição, ou derivar-se implicitamente de uma norma ou conjunto de normas “princípios ou regras da Constituição”.

Já a teoria absoluta entende que cada direito fundamental possui pelo menos duas partes: um núcleo e uma parte acessória ou não essencial.<sup>29</sup> Dessa forma, o conteúdo essencial seria apenas uma parte do conteúdo do direito, determinável, em todo o caso, pela interpretação.<sup>30</sup>

Não é nosso intento aqui, realizar uma análise aprofundada dessas teorias, o que se espera poder realizar em outra oportunidade.

No entanto, podemos adiantar algumas considerações críticas a esses modelos teóricos, a partir dessas noções gerais colhidas na doutrina.

Em primeiro lugar a teoria relativa pode ser criticada por alterar a posição de proeminência dos direitos fundamentais na estrutura constitucional, pois pressupõe a limitação de todo direito fundamental, desde que se faça um exame da proporcionalidade da restrição, o que equivaleria, segundo a crítica de Martínez-Pujalte, a relativizar por completo a garantia dos direitos fundamentais.<sup>31</sup>

No que se refere à teoria absoluta, também se pode criticá-la, primeiro pelos problemas teóricos decorrentes da divisão dos direitos fundamentais em um “núcleo duro” – que conteria o núcleo essencial propriamente dito –, e outra parte não essencial. Além da artificialidade dessa divisão, na prática seria insustentável que o parâmetro

para o controle de constitucionalidade se referisse a apenas parte de uma norma constitucional, e não a sua totalidade.<sup>32</sup>

É o caso, por exemplo, do debate – em função da natureza e imprecisão do inciso IV, do §4º, do art. 40, da CF de 1988<sup>33</sup> –, em torno da proteção do núcleo essencial apenas dos direitos e garantias individuais, afastando essa proteção dos deveres que acompanham o seu enunciado.<sup>34</sup>

Entre nós, no entanto, deve-se afastar esta concepção, tendo em conta que a exclusão dos “deveres” da proteção prevista no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição, implicaria “ferir o próprio conceito de direito fundamental.”<sup>35</sup> Pois, dada a forma em que os enunciados se apresentam positivados – é o caso dos direitos previstos no art. 5º, incisos XI, a inviolabilidade da casa, desde não haja flagrante ou ordem judicial; XVI, direito de reunião, desde sem armas e haja prévio aviso às autoridades competentes; XII e XIII, garantia da propriedade, desde que atendida sua função social, etc.

Além disso, também há a possibilidade de ser colocada à disposição do legislador a opção de relativizar a garantia dos direitos fundamentais na parte não essencial, ou esfera não protegida do direito fundamental. Dessa forma, permanece o perigo do esvaziamento substancial do conteúdo dos direitos fundamentais alterando, assim, sua posição no ordenamento jurídico.<sup>36</sup>

## *2.2. O Princípio da proporcionalidade em sentido estrito*

O princípio da proporcionalidade<sup>37</sup> é subdividido, geralmente, em três subprincípios:<sup>38</sup> adequação, necessidade proporcionalidade em sentido estrito.

Virgílio Afonso da Silva entende que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado nessa ordem, pois, “pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si.”<sup>39</sup>

Uma medida estatal seria considerada conforme ao princípio da adequação quando o seu emprego faz com que o “objetivo

legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado.”<sup>40</sup>

Quanto à necessidade, se diz que um ato estatal é necessário, quando a realização do objetivo pretendido não possa ser promovido, “com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”.<sup>41</sup>

Finalmente, uma medida estatal limitadora de direito fundamental será legítima quando obedecer, além dos subprincípios da adequação e da necessidade, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste “em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide que fundamenta a adoção da medida restritiva.”<sup>42</sup>

Analisando as diferentes maneiras que o STF aplica o princípio da proporcionalidade nas decisões que profere – em ambos os tipos de controle de constitucionalidade –, pode-se concluir que não há uma identidade entre a doutrina teórica do princípio da proporcionalidade e a sua aplicação.

Oriundo, como se sabe, do direito alemão,<sup>43</sup> tem sido cada vez mais estudado pela doutrina brasileira. Sua acolhida entre nós bem demonstra a importância para o Direito Constitucional brasileiro.

Uma questão importante de grande interesse para a aplicação do princípio da proporcionalidade diz respeito ao seu fundamento validade, onde se encontra localizada a base na qual se apóia o aplicador do Direito para invocar a sua aplicação. Para uns ele se encontra no princípio que define o Estado de Direito, outros entendem que se encontra nos direitos fundamentais, mais precisamente no princípio da dignidade da pessoa humana, além de entendimentos que o consagram no princípio da unidade da constituição, ou a “conjugação de todos esses fundamentos.”<sup>44</sup>

A primeira questão que surge é a concepção de princípio jurídico que se está trabalhando, pois, se for a axiologicamente

neutra de Robert Alexy, por exemplo, a proporcionalidade seria uma regra e não um princípio, ou, ainda, a relação meio-fim, “sem cujo delineamento a proporcionalidade não pode ser racionalmente concebível.”<sup>45</sup>

Para Humberto Ávila, por exemplo, não se trata sequer de um princípio, mas de um postulado normativo-aplicativo, e não podendo ser deduzido ou induzido de um ou mais textos normativos, “antes resulta, por implicação lógica, da estrutura lógica, da estrutura das próprias normas jurídicas estabelecidas pela Constituição brasileira e da própria atributividade do Direito, que estabelece proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis. Vale dizer: a tentativa de extraí-lo do texto constitucional será frustrada.”<sup>46</sup>

Conforme veremos, quando tratarmos das críticas ao princípio da proporcionalidade, uma das grandes questões em relação à sua utilização está na identificação dos critérios racionais e intersubjetivamente controláveis, envolvidos na sua aplicação.

### *2.2.1. Críticas ao princípio da proporcionalidade*

A maior debilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade, no controle de constitucionalidade envolvendo atos normativos restritivos ou disciplinadores de direitos fundamentais, talvez seja a contraposição que realiza entre as opções legislativas e suas finalidades, em relação aos direitos fundamentais.

Na verificação da constitucionalidade da medida restritiva é inevitável a confrontação da finalidade da limitação do direito constitucional e a medida adotada pela lei objeto de questionamento.

Para muitos parece uma invasão às atribuições do Poder Legislativo, legitimado a realizar essas opções políticas de conformação, restrição ou disciplina dos direitos fundamentais.

É evidente, assim, que a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo somente deve ser feita quando seja arbitrária

ou careça de justificação constitucional a restrição.

Outras objeções não menos importantes são formuladas, como por exemplo a que questiona os limites da atuação do Poder Judiciário, no Estado de Direito, quando compara direitos a valores.

A crítica mais importante, ao meu ver, no entanto, relaciona-se ao problema da relativização dos direitos e garantias protegidos constitucionalmente.

Formulações doutrinárias como o utilitarismo confrontam de tal maneira esses valores que é difícil defendê-los com a mesma intensidade. De fato, considerações como o bem-estar da coletividade, o estado social, as leis penais, a saúde pública, são argumentos utilizados para restringir os direitos humanos, mesmo garantidos constitucionalmente.

No entanto, podemos superar esse dilema se reconhecermos o sistema de equilíbrio que os direitos fundamentais, e os valores e bens que representam, tem lugar, de forma a impedir que um bem jurídico, por mais relevante, seja reconhecido, numa relação de tirania, à custa do outro.<sup>47</sup>

Dessa forma, segundo Häberle, a interpretação conjunta é uma garantia segura para a proteção dos direitos fundamentais, pois com a lesão de uma parte seria lesionado o conjunto da Constituição.<sup>48</sup>

Por outro lado, o equilíbrio de interesses a que nos referimos se apóia na ponderação de bens, bem como no postulado da função de ordenação conjunta da Constituição, pontos de vista que, segundo ainda Häberle, fazem desaparecer ou ter como infundado o temor de uma relativização dos direitos fundamentais.<sup>49</sup>

### *2.3. A ponderação de bens*

Para o positivismo jurídico o método de aplicação do direito reduz-se a um silogismo, como já afirmamos, tendo a lei ou ato normativo como uma premissa maior, o fato, a premissa menor e a sentença ou decisão da controvérsia a conclusão.<sup>50</sup> A este método é dado o nome de subsunção.<sup>51</sup>

Na realidade, se supunha que aplicar o Direito consiste em determinar a norma individual que estabelece uma consequência normativa para um caso individual determinado, mostrando que o caso individual é uma instância de um caso genérico a que uma norma aplicável correlaciona com essa consequência normativa.<sup>52</sup> Norberto Bobbio, por exemplo, afirmava que a decisão judicial poderia ser entendida como uma regra do caso concreto.<sup>53</sup>

Um outro fundamento estabelece a coerência do ordenamento jurídico, de forma que as contradições normativas não eram admitidas, pois sempre haveria uma norma a servir de premissa maior no silogismo, que era reduzida a aplicação do Direito.

Daí, o desenvolvimento dos métodos de resolução de antinomias – hierárquico, especialidade e temporal.

Ocorre, no entanto, que modernamente existem situações nas quais esse método não é apropriado. Entre estas situações se encontra o caso da colisão ou do conflito envolvendo princípios constitucionais – expressos ou implícitos.

Não há nesse caso, propriamente uma premissa maior para ser aplicada no silogismo. Por essa razão é que foi desenvolvido o método da ponderação de bens ou interesses como forma alternativa à subsunção. Não é possível a utilização desse método para solucionar a controvérsia. Pois não é possível simplesmente escolher uma norma em detrimento da outra: o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica, não admite essa solução.<sup>54</sup>

Nesse peculiar caso de conflito ou colisão envolvendo essas peculiares categorias de normas jurídicas é necessário uma valoração dos bens ou princípios em conflito, de modo a verificar qual deles deverá ter preponderância na solução alvitrada.<sup>55</sup>

Esse método tem inequívoca importância na solução de conflitos envolvendo princípios constitucionais, muito embora al-

guns autores possam estender o seu uso para outros conflitos normativos.<sup>56</sup>

Constitui-se numa “técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas, é o método de ponderação de bens.”<sup>57</sup>

A finalidade desse método é ajudar na solução de colisões ou conflitos envolvendo razões, interesses, valores ou bens jurídicos protegidos constitucionalmente.<sup>58</sup> De modo que as normas envolvidas “continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes.”<sup>59</sup>

A ponderação de bens é um método de desenvolvimento do direito – na lição de Karl Larenz – pois, segundo ele, serve para solucionar colisões de normas – para as quais falta uma regra expressa na lei –, “para delimitar umas das outras as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito, como o do direito geral de personalidade, ficou em aberto”.<sup>60</sup>

Além disso, continua Larenz, “do mesmo modo que na concretização paulatina pela jurisprudência de pautas de valoração que carecem de ser preenchidas de conteúdo, também aqui é de esperar que, com o acréscimo de sentenças dos mais altos tribunais, se não de criar possibilidades de comparação, mediante as quais serão tornadas mais estreitas as margens residuais de livre apreciação. Mas, posto que de cada vez se requeira a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, que nunca são iguais em tudo, não se deve esperar que, com o tempo, se venham a formar regras fixas que possibilitem uma subsunção do caso concreto. A comparação de casos possibilita analogias e porventura certa tipificação dos casos; a ‘ponderação’ de bens será desse modo aliviada, mas não se tornará supérflua.”<sup>61</sup>

Esta também é a opinião de Peter Häberle, o qual concebe a ponderação de



bens como um parâmetro de determinação do conteúdo e limites dos direitos fundamentais.<sup>62</sup>

Robert Alexy, tratando do problema da colisão, afirma que “o procedimento para solução de colisões de princípios é a ponderação.”<sup>63</sup>

Para Vieira de Andrade, a questão do conflito de direitos ou valores depende de “um juízo de ponderação, no qual se tenta, em face de situações, formas ou modos de exercício específicos (especiais) dos direitos, encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto dos valores constitucionais (à ordem constitucional).”<sup>64</sup>

No direito norte americano a técnica da ponderação é chamada comumente de “balancing ad hoc”, em contraposição ao “definition balancing”, “que implicaria a aplicação da norma preferida.”<sup>65</sup> Embora também seja denominada de “balance test”.<sup>66</sup>

Convém chamar a atenção, seguindo Peter Häberle, que há que se evitar um possível equívoco na compreensão da ponderação de bens. É que, ao entender a ponderação de bens como um parâmetro para a determinação dos limites admissíveis dos direitos fundamentais, não significa que os diversos direitos fundamentais estão numa relação de subordinação hierárquica ou de subordinação de uns com os outros. A idéia que se defende é que os direitos estão numa relação de coordenação, uns com os outros,<sup>67</sup> condicionando-se reciprocamente. Dessa maneira, se compreende os diversos princípios portadores de valores tão importantes para a ordem constitucional, como por exemplo princípios da dignidade da pessoa humana, em face de restrições à liberdade individual. Se compreende, assim, que são ambos valores legítimos, possuindo ambos igual importância, por isso se condicionam reciprocamente.<sup>68</sup>

É razoável pensar os diversos princípios fundamentais numa espécie equilíbrio e ordenação conjunta.<sup>69</sup> Desse modo, a ponderação de bens proporciona um equilíbrio entre os bens jurídicos que colidem, no en-

tanto, somente uma consideração de conjunto da Constituição pode proporcionar o apropriado equilíbrio dos bens constitucionalmente protegidos.<sup>70</sup>

Para Peter Häberle esse equilíbrio tem que operar no âmbito dos limites através de uma ponderação de bens, “a través de esta ponderación de valores tiene lugar la inserción de los bienes jurídico-constitucionales en el conjunto de la Constitución o, mejor dicho, esta inserción es simplemente ejecutada, pues resulta ya de la Constitución. En la ponderación de bienes se realiza el equilibrio en el que los bienes jurídico-constitucionales encajan los unos con los otros.”<sup>71</sup>

No que se refere à aplicação da ponderação convém refletir sobre as observações de Daniel Sarmento, segundo as quais, “deve o aplicador do Direito, em um primeiro momento, verificar se o caso concreto está efetivamente compreendido na esfera de proteção de mais de um princípio, o que pode ser feito através da interpretação dos cânones em jogo. Caso se constate que a hipótese realmente é tutelada por mais de um princípio, passa-se a fase ulterior, da ponderação propriamente dita: aí o intérprete, à luz das circunstâncias concretas, impõe ‘compressões’ recíprocas sobre os bens jurídicos protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada bem seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro.”<sup>72</sup>

Para Ana Paula de Barcellos, a aplicação do método da ponderação envolve três fases: a identificação dos comandos normativos ou as normas relevantes envolvidas no conflito; a identificação das circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, “daí se dizer que a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades”<sup>73</sup>; e a “fase de decisão”, na qual serão examinadas “conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa”, para, em seguida,



definir qual a norma ou grupo de normas que deve prevalecer, e em que grau de intensidade, se possível.<sup>74</sup>

Parece evidente que os órgãos judiciais encarregados de resolver esses conflitos desempenham um papel muito mais ativo.<sup>75</sup>

Desse modo, com as devidas cautelas, não há como se chegar a uma irracionalidade abrupta, decorrente do resultado da aplicação da ponderação nos conflitos envolvendo princípios constitucionais.

### *2.3.1. Crítica à ponderação como método de solução de conflitos*

Afirmar que a ponderação não possui uma margem de discricionariedade maior do que a tradicional subsunção, seria negar o óbvio, como diz Daniel Sarmento.<sup>76</sup> Também é claro que situações de conflitos entre direitos fundamentais, ou princípios jurídico-constitucionais, demandam o exercício da ponderação dos diversos bens ou valores envolvidos.

Por outro lado, o exercício da ponderação, tal como o temos formulado neste ensaio, não conduz a um subjetivismo extremo que transforme o ato de aplicar o direito resolvendo as colisões entre direitos fundamentais ou princípios constitucionais, expressos ou não numa atividade de criação do direito “*ex nihilo*”.<sup>77</sup>

A ponderação também não é um método desprovido de substância, ou que conduza o intérprete a alcançar qualquer resultado que deliberadamente queira.

É certo que a afirmação de que ponderação é o método apropriado para resolver colisão entre princípios constitucionais não é aceita de forma unânime na doutrina.<sup>78</sup>

No entanto, não há como afastar sua função no constitucionalismo moderno, ainda que debaixo de críticas, seja na identificação do núcleo essencial dos direitos fundamentais (Härbele) seja na identificação do princípio constitucional que deva prevalecer no caso de conflito ou colisão.<sup>79</sup>

A crítica principal que se faz à ponderação, como método de resolução de conflitos

ou colisões entre princípios constitucionais, está na discricionariedade judicial que configuraria um atentado ao dogma da separação dos poderes.

No que concerne à crítica, dirigida não apenas à ponderação, como método de solução de controvérsias envolvendo princípios constitucionais, da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade das leis, muito embora reconheça sua importância, não podemos abordar aqui com a profundidade requerida; no entanto, vamos apresentar algumas colocações.

Certamente, esta opinião se inscreve ou poderia servir como argumento complementar às teses que de um modo mais geral põe em dúvida a legitimidade democrática da fiscalização judicial da lei, ou que lhe propõe limites ou restrições.<sup>80</sup>

Jeremy Waldron, por exemplo, questiona o sistema do “*judicial review*”, exatamente pelo aspecto da legitimação democrática.<sup>81</sup>

Especialmente crítico quanto à ponderação como método de solução de conflitos é Juan Cianciardo para quem “*a ponderación propuesta por un sector del conflictivismo alcanza a resolver el problema de la fundamentación adecuada de las soluciones ius fundamentales. La razón de esta insuficiencia radica en la falta de un criterio ontológico que permita distinguir materialmente a un derecho de otro*”.<sup>82</sup>

Se bem que este autor também critica a hierarquização geral ou abstrata, pois entende que ambas conduzem a uma relativização das vertentes negativas e positivas dos direitos fundamentais, “*en efecto, al asumirse la necesidad de postergar uno de los derechos en juego de un lado, se eclipsa su rol de limites del poder, y, de otro, el Estado se desliga de su obligación de promover su vigencia efectiva*”<sup>83</sup>

Igual opinião pode ser encontrada em Pedro Serna,<sup>84</sup> Fernando Toller<sup>85</sup> e Luis Fernando Cartillo Córdova.<sup>86</sup> Pedro Serna e Fernando Toller, por exemplo, afirmam que “*uno de los bienes o derechos en liza puede*

ser preferido absolutamente y en abstracto, o condicionadamente, pero en definitiva acaba otorgándose prevalencia a uno de los bienes aparentemente en pugna, el *balancing test* to hace en concreto.” (g.o.)<sup>87</sup>

Do mesmo modo é o pensamento de Castillo Córdoba.<sup>88</sup>

Esta posição é comumente rebatida, precisamente na consideração de que os direitos fundamentais representam, no Estado de Direito contemporâneo, um espaço intransponível para a decisão das maiorias, ou dito por outra forma, representam matérias sujeitas à proteção contra-majoritária, insuscetíveis de serem objeto de exclusão pelas maiorias parlamentares, momentâneas.

É certo que a Constituição é um documento cheio de princípios e direitos substantivos que, se bem se propugna como coerentes, produzem inevitáveis tensões ou conflitos em sua aplicação e também em sua projeção sobre a atividade legislativa.

Um questionamento importante diz respeito ao argumento segundo o qual a ponderação cercearia a liberdade do legislador.

De fato, a Constituição prevê a separação de poderes, e o Poder Legislativo possui liberdade e autonomia, não estando sequer vinculado a decisão do STF – diferentemente de outros países, como a Alemanha, por exemplo.

Mas ainda que se tenha como um princípio implícito da Constituição a liberdade configuradora do legislador, esse princípio não é de modo algum absoluto. Se por acaso entrar em conflito com outro princípio ou direito constitucionalmente protegido, deverá ser ponderado também, podendo, inclusive, ceder em face de outro princípio mais relevante, numa dada situação de conflito.

Gustavo Zagrebelsky afirma que para combater o mal do século XX, definido como o “legislador motorizado”, as Constituições contemporâneas tentam pôr um remédio a este efeito destrutivo do ordenamento jurídico, caracterizado pela previsão de um direito superior, dotado de força obrigatória

inclusive para o legislador. Com o objetivo de “condicionar y, por tanto, contener, orientando-los, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquélla a la que el positivismo legislativo lo ha reducido.”<sup>89</sup>

De fato, as normas configuradoras de direitos, ou que regulem a sua atuação, exigem um nível de racionalidade bem maior do que aquele exigido no paradigma do Estado liberal do Século XIX, onde, por exemplo, para justificar a lei bastava a legitimidade de origem.<sup>90</sup>

Hoje, no entanto, a discricionariedade legislativa possui uma grande variedade de opções políticas, porém, limitadas pelas normas substantivas da Constituição, a qual, por outro lado, orienta a execução na maior extensão possível suas normas.

Como sustenta Daniel Sarmento, “o resultado final do processo pode ser analisado sob o prisma da sua conformidade com a taboa de valores consagrados na Constituição. É evidente que jamais se atingirá a objetividade plena no processo de ponderação, mas daí a afirmar-se que tal processo é puramente subjetivo e irracional, vai uma longa distância.”<sup>91</sup>

É evidente que não defendemos a substituição pura e simples do legislador – como expressão da *volunté general* – pelo juiz moderno. Apenas que os discursos tanto da justificação das escolhas limitadoras ou conformadoras de direitos fundamentais, quanto de aplicação das normas envolvendo essa peculiar categoria de direitos tenham uma maior racionalidade, servindo, portanto, de barreira às violações camufladas sob o manto da conformação, ou da regulamentação de um direito individual, protegido constitucionalmente.

Sob esse ponto, aliás, é a opinião de Gustavo Zagrebelsky, “la ley, un tiempo me-

dida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.”<sup>92</sup>

### 2.3.2. O Supremo como balcão de valores?

Gustavo Zagrebelsky alerta para o perigo que constitui as transações entre valores derivar em algo muito parecido com um mercado de valores e “esta mutación genética del espíritu en economía resultaría plenamente realizada cuando a cada valor – como ‘valor de cambio’ - le fuese atribuido su ‘justo precio’. Es indudable que las sociedades occidentales, mediante la extensión ya casi ilimitada de la categoría del daño (es decir, del valor violado) resarcible (es decir, transformable en dinero), por la que desgraciadamente han trabado desde hace décadas generaciones de juristas y de jueces animados por las mejores intenciones, han llegado ya muy lejo en este camino de la mercantilización integral de los ‘valores’ jurídicos.”<sup>93</sup>

Como se sabe, Jürgen Habermas, em “Direito e Democracia entre facticidade e validade”, critica a concepção dos direitos humanos como bens ou valores que podem ser objeto de ponderação pelo Tribunal Constitucional, o que tornaria esse órgão um negociador de valores, evoluindo para uma “instância autoritária” que invadiria a competência do legislador.<sup>94</sup>

Criticando a jurisprudência de valores, afirma que ela “levanta realmente o problema da legitimidade, que Maus e Bökenförd analisam, tomando como referência a práti-

ca de decisão do Tribunal Constitucional Federal. Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. Perry chega a essa conclusão, reinterpreta arrojadamente os direitos fundamentais, que deixam de ser princípios deontológicos do direito para se tornarem bens teleológicos do direito, formando uma ordem objetiva de valores, que liga a justiça e o legislador à eticidade substancial de uma determinada forma de vida: ‘Judicial review is a deliberately countermajoritarian institution’.”<sup>95</sup>

Dessa maneira, “ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores matérias, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito.”<sup>96</sup>

Como para Habermas normas e princípios possuem uma força de justificação maior que os valores, “uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores, e, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários.”<sup>97</sup>

O perigo da relativização dos direitos fundamentais cresce na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores, porque, neste caso, “os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos.”<sup>98</sup>

No caso de uma colisão de normas, os direitos fundamentais, “ao serem levados a sério em seu sentido deontológico”,<sup>99</sup> não deveriam ceder sob uma análise funcionalista, baseada em custos e benefícios.

A alternativa consistiria numa argumentação deontológica que permitisse uma única solução correta, para cada caso concreto, o que necessariamente implica conceber os direitos fundamentais como autênticos princípios e não como valores que possam ser ponderados em um discurso de aplicação do Direito, “como foi mostrado, a tarefa consiste, ao invés disso, em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes.”<sup>100</sup>

Conforme veremos, essa tese conduz a conceber uma rigorosa delimitação das competências constitucionais de modo que todo conflito entre direitos fundamentais ou princípios constitucionais será aparente, porque segundo essa teoria, sempre existirá um princípio ou um direito adequado ao caso, com exclusão de qualquer outro.<sup>101</sup>

#### 2.4. Princípio da adequabilidade<sup>102</sup>

Para o que nos interessa nesta pesquisa, faremos uma análise das principais características da contribuição de Klaus Günther, que seriam a distinção entre justificação e aplicação de normas; a análise de todas as características envolvidas no caso a ser considerado; e conceito de coerência.

Klaus Günther faz uma diferenciação entre discurso de fundamentação e aplicação de normas, por meio da ética discursiva.<sup>103</sup>

O processo de justificação se vincula à validade da norma, e se expressaria pela universalidade do princípio moral, entendido por Günther como um sentido recíproco -universal de imparcialidade: “com o princípio (U), a validade de normas dependerá de que as conseqüências e os efeitos colaterais da sua observância, sob circunstâncias inalteradas para os interesses de cada um individualmente, sejam aceitas por todos os implicados conjuntamente. Esse princípio moral somente poderá ser aplicado como regra de argumentação em discursos, nos quais a potencial generalização dos interesses se expressa na aceitabilidade das

razões, apresentadas por participantes de direitos iguais. (...) O critério de validade de uma norma com a pressuposição da sua observância geral. A aceitabilidade das razões apresentadas pelos participantes do discurso está, portanto, sob a resolutive condição de que também a norma será efetivamente observada por todos”.<sup>104</sup>

O discurso de aplicação, por outro lado, tem o sentido de adequabilidade, entendido como o processo de descrição de todas as características envolvidas na situação em exame – que pode ser tanto abstrata como concreta –, que, a rigor, está presente também em outras proposições teóricas, identificadas geralmente como o corte situacional.

Em geral, a identificação das circunstâncias que envolvem o caso particular é destacado como o primeiro passo da argumentação, e que, para Günther, deve ser uma “descrição situacional completa”.<sup>105</sup>

Como segundo passo, será a consideração de todas as normas envolvidas no caso, “deveremos, portanto, relacionar a descrição situacional completa com todas as outras normas aplicáveis. (...) A descrição situacional completa é submetida a um ‘esgotamente normativo’ que menciona todas as normas possivelmente aplicáveis.”<sup>106</sup>

O próximo passo da descrição do senso de adequabilidade de Günther – chamado por ele da argumentação de adequação –, está na resolução do conflito entre normas. Para ele “a colisão de normas não pode ser reconstruída como um conflito de pleitos de validade, porque as normas em colisão ou as variantes de significado concorrentes somente se correlacionam em uma situação concreta. E é justamente desta propriedade de dependência situacional do problema de colisão que um discurso de fundamentação deveria afastar-se.”<sup>107</sup>

De fato, Günther propõe que os argumentos de coerência são essenciais sobretudo para aplicação imparcial de normas e formula o critério de coerência da seguinte forma: “1. Uma norma (Nx) é adequadamente aplicável em (Sx) se ela for compatível com

todas as outras normas aplicáveis em (Sx) que fazem parte de um modo de vida (Lx) e passíveis de justificação em um discurso de fundamentação (às variantes de significado poderão ser aplicados critérios correspondentes).<sup>108</sup>

Desse modo, Günther tenta construir um sentido de imparcialidade ao discurso de aplicação, sendo correto concluir que “a aplicação será imparcial quando coerentemente realizar a adequação entre todas as características e todas as normas envolvidas em cada caso.”<sup>109</sup>

Como vimos, Jürgen Habermas não adota, e mesmo critica, a concepção de Robert Alexy – que ele classifica como “um modelo economicista de fundamentação”<sup>110</sup> – preferindo a noção de “senso de adequabilidade” – que seria o sentido de uma norma aplicável a um caso concreto como “adequada” ou “não adequada”, “adequação significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, através do qual a norma subjacente é satisfeita.”<sup>111</sup>

Na realidade, o senso de adequação<sup>112</sup> desenvolvido por Günther seria não apenas o sentido de seguir o princípio correto nos casos práticos, senão também em sua aplicação imparcial atendendo a todas as circunstâncias especiais de cada caso.<sup>113</sup>

Essa perspectiva teórica exclui a ponderação de bens, por ser desnecessária, pois as colisões envolvendo princípios ou direitos fundamentais não existiriam ou se existissem seriam um conflito aparente, pois, a incidir numa controvérsia envolvendo princípios constitucionais, por exemplo, sempre haveria um princípio mais adequado que outro, sem se recorrer ao método da ponderação dos bens ou valores envolvidos.

Para Habermas, distintas normas não podem contradizer-se umas com as outras se pretendem validade para o mesmo círculo de destinatários, elas teriam que possuir uma inter-relação coerente formando um sistema.

Entendo que essa concepção teórica leva às últimas conseqüências a coerência do discurso de aplicação<sup>114</sup> como correspon-

dente ao discurso de justificação, de modo que na resolução de casos concretos o intérprete não possa afetar um dos pilares do ordenamento, concebido como sistema jurídico, que é a coerência.

### 2.5. Crítica ao princípio da adequabilidade

A rigor, o que se chama princípio da adequabilidade deveria se chamar princípio da coerência, do qual a adequabilidade é componente.

Como aponta Prieto Sanchís, causa surpresa a ausência de procedimentos ou argumentos alternativos de forma a encontrar o conteúdo estrito de cada norma constitucional, bem como sua correspondente “adecuación abstracta a un catálogo exhaustivo de posibles casos de aplicación.”<sup>115</sup>

A elaboração desse catálogo exaustivo, de modo a viabilizar a aplicação adequada em cada caso concreto – que consiste numa argumentação deontológica –, somente seria viável, se fosse possível o estabelecimento de relações de especialidade, entre os diversos princípios constitucionais expressos ou implícitos, bem como, dos direitos humanos constitucionalmente protegidos ou não.

Por outro lado, o método da ponderação, tal como o temos concebido neste ensaio, direciona para o triunfo de um dos princípios ou direitos em conflito e não na busca de um ponto intermediário que em parte sacrifique e em parte dê completa satisfação a ambos.

A decisão judicial resolvendo o conflito configura, de fato, uma regra que, por sua vez propugna a adequação de uma das normas em conflito e a conseqüente inadequação da outra.

Ocorre que, na linha do nosso entendimento, essa regra se obtém pelo método da ponderação dos princípios ou direitos envolvidos,<sup>116</sup> não representa de forma alguma um esforço para a harmonização daquilo que é tendencialmente contraditório, mas, ao contrário, representa um juízo orientado a determinar qual norma deve ser aplicada



para regular um caso, no qual há, tanto abstrata quanto concretamente, um conflito, uma colisão de direitos.

Entender de modo diverso equivaleria a excluir a ponderação como método de resolução de conflitos ou colisões de princípios ou direitos fundamentais, aplicando-se pura e simplesmente a subsunção, critério utilizado classicamente na aplicação do Direito.

Não se pode de fato afastar a possibilidade de argumentações irracionais, decorrentes de juízos ponderativos. Mas é de se perguntar, qual o método de aplicação do Direito que possa excluir, *a priori*, conclusões irracionais, ou soluções díspares?

### Notas

<sup>1</sup> Este artigo, por razões de limitação editorial, mutilou deliberadamente diversos assuntos abordados na pesquisa, como: as bases epistemológicas, a definição de direitos fundamentais no contexto da pesquisa, a dignidade do homem como fundamento dos direitos humanos, a questão dos direitos fundamentais absolutos ou relativos, a distinção entre texto e norma, princípios e regras, a crítica doutrinária segundo a qual a colisão de direitos fundamentais seria um mito, bem como a crítica da “fórmula de peso” elaborada por Alexy, entre outros tópicos que serviram de base para a elaboração da monografia final, à qual remetemos para uma abordagem crítica.

<sup>2</sup> Direitos fundamentais, aqui, são aqueles previstos na Constituição. Muito embora, possa, por vezes, mesmo neste trabalho, serem designados como sinônimos dos Direitos Humanos, levando consigo a carga emocional que esses termos carregam.

<sup>3</sup> Entendido como a utilização conjunta de teorias contraditórias ou antagônicas entre si. Virgílio Afonso da Silva, de cuja obra foi retirada a expressão, indica como exemplo de “sincretismo metodológico” a utilização “da teoria estruturante do direito e do sopesamento de direitos fundamentais.” DA SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*, in *Interpretação Constitucional*. DA SILVA, Virgílio Afonso (org.). Malheiros Editores. 2005. p. 136.

<sup>4</sup> Este pensamento coincide com BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Brasileira de Di-

reito Público. Belo Horizonte. Ano 3. n. 11, out./dez. 2005, p. 30, nota 20. para quem, “no caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável.”

<sup>5</sup> A ampliação do *habeas-corpus* foi obra do Ministro Enéas Galvão, que afirmou “O *habeas-corpus* evoluiu com as necessidades do meio social e político, não se preocupando mais o Supremo Tribunal com a observância da locução latina e nossas leis, mas com o espírito do direito novo a dominar os fenômenos de ordem jurídica.” Doutrina, tida por Lêda Boechat Rodrigues como “a maior criação da jurisprudência brasileira.” RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Vol III – Doutrina brasileira do *habeas-corpus*. Editora Civilização Brasileira S.A. Rio de Janeiro. 1991. p. 23. De modo contrário, Pedro Calmon chamou de “aberrante”, a aplicação do *habeas-corpus* e casos políticos, citado por Lêda Boechat, no volume e página já citados.

<sup>6</sup> Por todos, SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, Principios, Derechos*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. Madrid. 1998. p. 2, tb. ZAGREBELKY, Gustavo. *El derecho dúctil. La ley, derechos, justicia*. Tradução Marina Gascón. 3ª edição. Editorial Trotta. Madri. 1999. Cit., pp. 109/110, “Se el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.”

<sup>7</sup> Um exemplo é a explosão de litigiosidade ocorrida no Brasil, a partir da introdução entre nós dos Juizados Especiais, oriundos dos Juizados de Pequenas Causas, cujas causas passaram a vir à tona e que antes ficavam no anonimato, veja-se, por exemplo, alguns casos colhidos no Relatório da pesquisa “Avaliação dos Juizados Especiais Cíveis” desenvolvida pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisa – CEBEPEJ: “a. Ação de indeniza-



ção contra funerária porque o travesseiro do defunto estava muito baixo. b. Ação indenizatória por danos materiais e morais por erro no troco do cigarro, de R\$ 0,50. c. Ação de cobrança de R\$ 0,01 (um centavo) contra a CEMIG, por cobrança indevida. d. Policial 'contratou' prostituta, que realizou 'serviço' a mais e não recebeu por isso, e acionou os JECs para receber o valor devido. Ele pagou espontaneamente a dívida quando a autora, em audiência, disse que iria chamar a imprensa para divulgar o ocorrido. e. Indenização por propaganda enganosa de aumento de pênis." Cf. Juizados Especiais Cíveis. Estudo. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasília. 2006. p. 53.

<sup>8</sup> CERVANTES, Miguel S. Don Quijote de La Mancha. Real Academia Española e Asociación de Academias de la Lengua Española. Alfabuara. Edición del IV Centenario. Madrid. 2004.

<sup>9</sup> Idem, p. 73.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. Op.cit., p. 73, e, ainda, mesma na página, "A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justiciabilidade."

<sup>11</sup> Com relação à terminologia, veja-se as precisas indicações de Marcio Iorio Aranha, Conteúdo Essencial das Cláusulas Pétreas. Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série. Nº 7. UnB. Brasília. P 395, "O conteúdo essencial das cláusulas pétreas sofre variada denominação, apresentando-se no Brasil com os nomes de núcleo essencial, conteúdo essencial, núcleo imutável, substância, essência, cerne, ou âmbito de proteção. Portugal orienta o estudo com maior precisão para o termo mínimo inatacável. Na Espanha, o conteúdo essencial é chamado de germen de un ente vivo, entraña, medula, meollo, enjundia, fondo, sustrato e até mesmo pelo neologismo contencial. Na Alemanha, fala-se em Wesensgehalt, Kerngehalt, Wesenskern, Inhalt ou Die Natur der Sache, cujas traduções literais são, respectivamente, conteúdo essencial, conteúdo nuclear, núcleo essencial, essência ou a natureza mesma da coisa."

<sup>12</sup> "Art. 19.2 In Keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden." "Em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência.", disponível em [http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/art\\_\\_19.html](http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/art__19.html)

<sup>13</sup> "Art. 18.3 As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais."

<sup>14</sup> "Art. 53.1 Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esen-

cial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)"

<sup>15</sup> "Artículo 52. Limitación de los derechos garantizados 1.- Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás." Disponível em <http://www.europarl.eu.int>.

<sup>16</sup> Art. II.112 "Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás." CONDE, Enrique Álvarez, MAYOL, Vicente Garrido, y otros. Comentarios a la Constitución Europea. Vol. II, Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. p. 1577.

<sup>17</sup> Segundo alguns, por essa razão, "se puede afirmar que constituye un pilar básico del neoconstitucionalismo, cuya característica más notable acaso sea el reconocimiento de que la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales representan el núcleo del bien común en una comunidad política, al cual debe orientarse de manera efectiva, y no meramente programática, toda la acción de los poderes públicos." PÉRES, Tomás de Domingo e MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Constitución Europea. In Comentarios a la Constitución Europea. Vol. II. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. p. 1577.

<sup>18</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Fabris Editor. Porto Alegre. P. 1991. pp. 18 e 19.

<sup>19</sup> "chamada por Lucas Verdú de sentimento constitucional, que consiste no consenso geral de que a constituição deva ser seguida e respeitada. Há, no entanto, uma margem tolerável de distanciamento entre constituição e realidade que não pode ser ultrapassada, sob pena de se denegrir a normatividade da constituição; de se denegrir sua capacidade de normar condutas. Para isso, o conceito de conteúdo essencial vem temperar um eventual excesso na aplicação concreta das cláusulas pétreas, permitindo a atualização do conteúdo constitucional". ARANHA, Marcio Iorio. Conteúdo Essencial das Cláusulas Pétreas. Citado, p. 393.

<sup>20</sup> ARANHA, Marcio Iorio. Op.cit., p. 396.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> ARANHA, Marcio Iorio. Op.cit., p. 397.

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> “Não há como imprimir marcos seguros ao conteúdo essencial sem referência a valores transcendentes. Somente eles podem evitar que um direito à vida, por meio de interpretação constitucional continuamente deformadora de seu conteúdo, venha a se tornar um dever de morte. Para que a evolução de conteúdo não cause a perda da própria normatividade; para que o direito não sofra desustacialización, deve-se remeter a evolução de conteúdos jurídicos sempre a valores essenciais à condição humana.” Grifos do original, cf. ARANHA, Marcio Iorio. Op.cit., p. 398.

<sup>25</sup> O Tribunal Constitucional Espanhol decidiu, na STC 120/1990, que não pode o titular desse direito à vida reclamar proteção, como direito fundamental, para dispor da própria vida, com base na argumentação de Peces-Barba, segundo a qual seria lícita a eutanásia voluntária dos enfermos terminais, em atenção às particulares circunstancias que concorrem ao caso, mas se mostra contrario a admitir um direito fundamental de dispor da própria vida, “apoyo de los derechos fundamentales a la libre elección de la muerte”, cf. PECES-BARBA, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madri. Universidad Carlos III-BOE. 1995. p. 239. Essa discussão também está em MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. prólogo de Andrés Ollero Tassara. Centro de Estudios Constitucionales. Madri. 1997. pp. 31 e ss.

<sup>26</sup> ARANHA, Marcio Iorio. Op.cit., p. 399.

<sup>27</sup> MARTINEZ – PUJALTE, Antonio-Luis. Op. cit. P.20.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, cit., pp. 287 e ss. Não abordaremos aqui a teoria objetiva.

<sup>29</sup> Segundo Gavara de Cara, essa construção é originária da teoria da garantia institucional desenvolvida sob a vigência da Constituição Weimar – construída por G. Anschütz e R. Thoma -, que opinavam que “el efecto de las ganitas institucionales era proteger con fuerza constitucional, es decir, incondicionadamente, el instituto garantizado frente a su plena desaparición del mínimo que estipula su esencia. Al mismo tiempo se consideraba que la legislación ordinaria sólo puede regular las singularidades del instituto dentro de los límites caracterizados por dicho mínimo.” Cf. Derechos Fundamentales y desarrollo ..., cit., p. 229.

<sup>30</sup> PERES, Tomás Domingo e MARTINEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Constitución Europea*. Cit., p. 1581.

<sup>31</sup> MARTINEZ – PUJALTE, Antonio-Luis. Op. cit., p.28, e p. 29, “Difícilmente puede casar este carácter fundamental de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico con la tesis de su irrestricta limitabilidad, que sostiene la teoría relativa.”

<sup>32</sup> Idem, p. 31; também GAVARA DE CARA, Juan Carlos, op.cit., p. 231, “admitir que un derecho fundamental puede ser dividido en partes puede ocasionar un contrasentido. Un derecho fundamental aparece establecido en una norma constitucional que es la que sirve de parámetro para el control de constitucionalidad tan solo opera sobre el núcleo del derecho fundamental, se está diciendo que dicho control tan solo opera sobre una parte de la norma constitucional y no sobre la totalidad de la misma, que incluye también los elementos accidentales.”

<sup>33</sup> “Art. 60. (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.” Afora a questão se a proteção abrange todos os direitos fundamentais previstos no Capítulo I, Título II, da CF.

<sup>34</sup> Exemplos: Art. 5º, inciso XI, a casa somente é o asilo inviolável, se a pessoa não estiver cometendo crime, ou, deixa de ser por ordem judicial; Art. 5º, inciso XVI, onde é previsto que todos podem reunir-se pacificamente, desde que sem armas, exigido o prévio aviso à autoridade competente; etc.

<sup>35</sup> Na precisa lição do Professor Marcio Iorio Aranha, Conteúdo Essencial das Cláusulas Pétreas. Citado, pp. 392/393.

<sup>36</sup> A crítica é de Martínez-Pujalte (p.30) citando, por sua vez, Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heideberg, Müller, 16ª Ed., 1988, p. 134.

<sup>37</sup> Vamos utilizar a denominação de “princípio da proporcionalidade”, mas não desconhecemos a sua insuficiência, evidenciada por autores como Humberto Bergmann Ávila (A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, RDA 215 (1999), pp. 154 e ss.) que prefere chamá-lo de “postulado da proporcionalidade”, ainda que para isso tenha que criar uma terceira categoria de normas, ao lado dos princípios e regras; e Virgílio Afonso da Silva (O proporcional e o razoável, RT 798 (2002), p. 25) o qual, seguindo Alexy, prefere denominá-lo de “regra da proporcionalidade”, e, nesse caso, curiosamente seria uma regra contendo sub-regras. Como não adotaremos a distinção de Robert Alexy das normas jurídicas em princípios (normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas) e regras (expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção); não vemos impropriedade alguma, de resto a denominação “princípio da proporcionalidade” se encontra mais popularizada no

Brasil, cumprindo, para os objetivos desta pesquisa, os postulados da clareza e da coerência, suficientes, ao meu ver, para rechaçar tanto o purismo como o sincretismo metodológicos.

<sup>38</sup> Conforme já antecipamos, nós preferimos adotar a denominação de “princípio da proporcionalidade” a despeito de entender as razões que levam tanto Virgílio Afonso da Silva a preferir a denominação “regra da proporcionalidade”, em função da distinção proposta por Robert Alexy que adota; e Humberto B. Ávila, que classifica as normas jurídicas de princípios, regras e postulados, classificando a proporcionalidade nesta última. Entretanto, pelas razões expostas, que podem ser resumidas na identificação que se processou no Brasil a recepção desse instrumento como princípio, aliado ao fato de não trabalharmos com a distinção das normas feita por Ávila e Alexy. Para mais detalhes ver o tópico relativo à diferença entre princípios e regras.

<sup>39</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. RT 798 (2002), p. 34; também, MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade (problemas de sua recepção pelo Direito e Jurisdição Constitucional brasileiros). Revista da AJURIS. Ano XXXIII, nº 101, março 2006, p. 198, “Hoje, a chamada ‘proporcionalidade em sentido amplo’ (Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne) compõe-se dos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Eles devem ser aplicados de forma gradual com o fim de destacar primeiro as medidas que ofendam ao princípio da adequação (inadequadas, inaptas) depois as que ofendam a necessidade (desnecessárias) para, finalmente, com a medida restante, avaliar a sua conformidade com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.”

<sup>40</sup> A definição é de Martin Borowski, Grundrechte als Prinzipien. P.116, *apud* DA SILVA, Virgílio Afonso. Op.ci., p. 36, onde critica outras definições da adequação.

<sup>41</sup> A definição foi retirada de DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. RT 798 (2002), p. 38.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 40; As definições expostas aqui em forma resumida obedecem ao objetivo de apenas apresentá-las pois elas não serão objeto de análise específica aqui. Uma descrição detalhada do princípio da proporcionalidade, com os seus subprincípios pode ser encontrada em STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2001. p. 148 e ss.

<sup>43</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. RDA, nº 215, jan./mar. 1999, p. 153.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 153.

<sup>45</sup> *Ibidem*, *idem*, p. 153.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 153.

<sup>47</sup> HÄBERLE, Peter. Op.cit., p. 41.

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2003 p.19.

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto. Conflitos entre direitos fundamentais, *in*: Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos. MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos. Editora Saraiva. 2005, pp. 324 ss., tb. BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *in* A nova interpretação constitucional. Poderação, direitos fundamentais e relações rivadas. BARROSO, Luís Roberto (org.). Editora RENOVAR. Rio de Janeiro. 2003, p.55, “a estrutura peral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre a premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto.”

<sup>52</sup> “Dicha operación se conoce con el nombre de subsunción”, cf. MORESO, José Juan. Dos Concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales, *in* Constitución y derechos fundamentales. BOTEÓN, Jerónimo (et ali) Org. Ministerio de la Presidencia, Secretaría General técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2004. p. 474.

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, 10ª Ed., Editora UnB. Brasília. 1997, p. 55.

<sup>54</sup> BARCELLOS, Ana Paula. Op.cit., p. 55.

<sup>55</sup> *Idem*, p. 56.

<sup>56</sup> BARCELLOS, Ana Paula, op.cit., pp. 56/57, “já é possível identificá-la como técnica jurídica autônoma que, aliás, vem sendo aplicada em diversos outros ambientes que não o do conflito de princípios é possível encontrar decisões judiciais empregando um raciocínio equiparável ao que se tem entendido por ponderação para, e.g., definir o sentido de conceitos jurídicos indeterminados e decidir o confronto entre regras que se chocam diante de um caso concreto e entre princípios e regras, dentro do sistema constitucional e fora dele. Antes mesmo que o debate acadêmico pudesse refletir organizadamente sobre os riscos e as potencialidades de seu emprego, os órgãos jurisdicionais já incorporaram as possibilidades da ponderação como instrumento em seu arsenal hermenêutico.”

<sup>57</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *In* Teoria dos direitos fundamentais. MELLO, Celso de Albuquerque (et. Al.) 2ª Ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2001. p. 55.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 57.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 57, “a ponderação também se presta a organizar o raciocínio e a argumentação diante de situações nas quais, a despeito do esforço do intérprete, haverá inevitavelmente uma ruptura do sistema e disposições normativas válidas terão sua aplicação negada em casos específicos.”

<sup>60</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª Ed. Trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1983. p. 501.

<sup>61</sup> LARENZ, Karl. *op.cit.*, pp. 501/502.

<sup>62</sup> HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido de los derechos fundamentales. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Dykinson-Constitucional. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madri. 2003. pp. 33, “Si los derechos fundamentales se integran recíprocamente formando un sistema unitario, se configuran como componentes constitutivos del conjunto constitucional y están en una relación de recíproco condicionamiento con otros bienes jurídico-constitucionales, de ello se deduce que hay que determinar su contenido y sus límites en atención a los otros bienes jurídico-constitucionales reconocidos junto a ellos. A través de sus límites, los particulares bienes jurídico-constitucionales entran en relación los unos con los otros. El principio a través del cual hay que determinar el contenido y límites de los derechos fundamentales, y a través del cual se solucionan los conflictos que surgen entre los bienes jurídico-constitucionales que coexisten unos junto a otros, es el principio de la ponderación de bienes.”

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. *Colisão etc.*, cit., p. 75.

<sup>64</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais etc.*, cit. P. 315.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 314 e nota nº 87.

<sup>66</sup> “used esp. In constitutional law, where by a court measures competing interests – as between individual rights and governmental powers, or between state authority and federal supremacy – and decides which interest should prevail.” GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*. Seventh Edition. St. Paul, Minn., 1999, p. 138.

<sup>67</sup> HÄBERLE, Peter, *op.cit.*, p. 39.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 39, o qual, inclusive, é citado a contradição entre os princípios do Estado Social e de Direito e os direitos fundamentais.

<sup>69</sup> Häberle usa a expressão remetendo a Herb. G]Krüger, DÖV 55, 597 (599) (en relación al artículo 14.3. LF) afirma, ainda, que “la Constitución quiere el Estado social y los derechos individuales”, puesto que ambos son condición para la ansiada “ordenación conjunta unitarizante” (Hesse), ambos se reconocen en favor del conjunto del ordenamiento global basado en la libertad.”, *op.cit.*, p. 39, inclusive nota 218.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>72</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *Cit.*, p. 56. Assim, “o nível de restrição de cada bem jurídico será inversamente proporcional ao peso que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente. Assim, o grau de compressão a ser imposto a cada princípio envolvido na questão dependerá da intensidade com que o mesmo venha afetado no caso concreto.”

<sup>73</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 58; a autora defende a utilização conjunta do princípio da proporcionalidade “em especial uma de suas derivações: a vedação do excesso – serão instrumentos importantes nesse ponto.”

<sup>75</sup> Daí a necessidade do desenvolvimento de parâmetros de controle para esse processo, “tanto normativos, como argumentativos”

<sup>76</sup> Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *Cit.*, p. 69. e, ainda, “porém, não se vislumbra outra saída melhor para solução dos conflitos entre princípios constitucionais.”

<sup>77</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª Ed., Malheiros Editores. São Paulo. 2005. p. 28.

<sup>78</sup> OTTO, Ignacio de. “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, in RETORTILLO, Luis Martín; OTTO, Ignacio. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Civitas. Madri. 1988. pp. 113-145; PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III/BOE, 1995, p. 589. MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madri. 1997; CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Universidad de Navarra. Pamplona. 2000; OLLERO, Andrés. “La ponderación delimitadora de los derechos fundamentales: libertad informativa e intimidad personal”. *Pensamiento y Cultura*. 3 (2000), p. 157 e ss; SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. La Ley. Buenos Aires. 2000. Todos colhidos em MORESO, José Juan. *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*. *Cit.*, p. 477.

<sup>79</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Op. Cit.*, p.110., tb. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 157, na qual o autor rechaça as objeções de irracionalidade e subjetivismo do método da ponderação.

<sup>80</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Op.cit.*, p. 112.

<sup>81</sup> WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 13, nº 1. p. 51. De modo contrário, res-

pondo a essas críticas, KAVANAGH, Aileen. *Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron*, in *Law Philosophy* 22: 451-486. 2003.

<sup>82</sup> Cianciardo, Juan. "El Conflictivismo em los Derechos Fundamentales". Universidade de Navarra. Pamplona. 2000. p. 120.

<sup>83</sup> Idem, pp. 120/121.

<sup>84</sup> Em conjunto com Fernando Toller, "La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derecho. La Ley. 2000, p. 13.

<sup>85</sup> "Hacia el ocaso del Darwinismo jurídico. Lineamientos para una nueva teoría en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales." ED (t. 180) 1429.

<sup>86</sup> *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?* Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. N. 12. (Janeiro-Junho 2005), pp. 99-129.

<sup>87</sup> Op.cit., p. 13.

<sup>88</sup> Op.cit., p. 109.

<sup>89</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trad. Marina Gascon. 3ª Ed., Editorial Trotta. Madrid. 1999. p. 39.

<sup>90</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Op.cit., p. 113.

<sup>91</sup> SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*. Cit., pp. 70/71.

<sup>92</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trad. Marina Gascon. 3ª Ed., Editorial Trotta. Madrid. 1999. p.40.

<sup>93</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Cit., p. 126. Em nota, nº 47, Zagrebelsky indica o livro de C. Schmitt, *Tyrannie der werte* (1967) – trad. italiana "La tirannia dei valori", em *Rasegna di diritto pubblico*, 1980, pp. 3 ss -, contendo crítica semelhante de conceber o direito como valores.

<sup>94</sup> E que, "aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacia los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos" HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Trad. M. Jiménez Redondo. Editorial Trotta. Madrid. 1998. p. 332, contida em SANCHÍS, Luis Prieto. *Observaciones sobre las antinomias*, cit., p. 110.

<sup>95</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia, entre facticidade e validade*. Vol. I, Biblioteca Tempo Universitário. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro. 2003. p. 320, a citação em inglês é da obra de PERRY, M. J. *Morality, Politics and Law*. Oxford, 1988. p. 149.

<sup>96</sup> Idem, p. 321.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 321. Em nota (33) Häbermas fez inserir: "Uma vez que não há unidades de medida inequívocas, aplicáveis aos assim chamados bens do direito, o modo economicista de fundamentação, proposto por Alexy (1985, 143-153), não consegue levar a discussão adiante. Cf. GÜNTHER (1988), 268 ss."

<sup>98</sup> Idem, p. 322.

<sup>99</sup> Ibidem.

<sup>100</sup> Idem, Ibidem, p. 322/323.

<sup>101</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Observaciones sobre las antinomias*, cit., pp. 110 e ss.

<sup>102</sup> O termo "Angemessenheit" tem sido traduzido por adequação; também na língua castelhana foi traduzido por adcuación; e, na língua inglesa, como "Appropriateness"

<sup>103</sup> GÜNTHER, Klaus. "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica". *Doxa* 17-18 (1995), p. 277.

<sup>104</sup> GÜNTHER, Klaus. "Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação" e é com base nessa versão que faremos a análise do sentido de adequação. Trad. Cláudio Molz. Landi Editora. São Paulo. 2004. pp. 365/366.

<sup>105</sup> Idem, p. 347.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 348.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 350.

<sup>108</sup> Idem, p. 355.

<sup>109</sup> Luiz Moreira, *Introdução à edição brasileira da obra de Günther "Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação"*, p. 17. também é a opinião de ARROYO, Juan Carlos Velasco, na apresentação do artigo de Günther "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica". *Doxa* 17-18 (1995), pp. 272/273, "La apelación a una interpretación coherente del conjunto de normas disponibles en un contexto social determinado constituye, ciertamente, una manera de atenerse a razones también en los casos prácticos de aplicación de normas. John Rawls ya introdujo esta idea al considerar que la justificación de una concepción de la justicia 'es cuestión del mutuo apoyo de muchas consideraciones y de que todo se ajuste conjuntamente en una visión coherente'. Ronald Dworkin emplea un concepto análogo, el de 'integridad', para designar la exigencia de compatibilizar normas jurídicas y comportamiento político, esto es, un requerimiento general para actuar 'sobre una base de principios coherentes y únicos'. Apoyándose críticamente en estos y otros antecedentes anglosajones, Günther ha articulado una concepción original de la coherencia de los sistemas normativos en la que también se incorporan productivamente elementos propios de la teoría habermasiana del discurso práctico."

<sup>110</sup> HABERMAS, Jürgen. Op.cit., p. 321.

<sup>111</sup> Idem, p. 323.

<sup>112</sup> A principal obra de Günther tem o título original: "Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht", a versão inglesa "The Sense of Appropriateness – Application Discourses in morality and Law" e castelhana "El sentido de adecuación"; entre nós, no entanto, tem o título "Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação" e é com base nessa

versão que faremos a análise do sentido de adequação, cf. GÜNTHER, Klaus. Trad. Cláudio Molz. Landi Editora. São Paulo. 2004.

<sup>113</sup> Günther, Klaus. Um Concepto Normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. Doxa17-18 (1995), p. 272

<sup>114</sup> GÜNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentacion jurídica, cit. p. 281.

<sup>115</sup> Idem, p. 111.

<sup>116</sup> No mesmo sentido, Luis Prieto Sanchís, obra e local citados, p. 111, “como hemos intentado mostrar, la ponderación desemboca en el triunfo de uno de los principios en pugna, no en la búsqueda de un punto intermedio que en parte sacrifique y en parte dé satisfacción a ambos. Por eso, no hay dificultad en aceptar que ‘la validez jurídica del juicio o fallo tiene el sentido de ontológico de un preceptor, no el sentido teleológico de lo alcanzable’ (J. Habermas, Facticidad y validez, cit, pp. 333 y s.) ”



# **A medida provisória em matéria tributária no regime da Emenda Constitucional 32/2001**

## **Limites à edição e à eficácia**

Walter Ribeiro Valente Júnior

### Sumário

1. Introdução. 2. Medida Provisória: do autoritarismo à democracia. 2.1. A MPV no texto originário: de exceção a regra. 2.2. A tentativa de conter o abuso: Emenda Constitucional 32/2001. 3. A República Federativa do Brasil e o Estado Democrático de Direito. 3.1. A Medida Provisória e o sistema de freios e contrapesos. 3.2. A Medida Provisória e a flexibilização do princípio da legalidade. 4. Medida Provisória em matéria tributária. 4.1. Limites à edição. 4.2. Limites à eficácia. 5. O § 11 do artigo 62: a democracia violentada. 6. Conclusões.

### *1. Introdução*

A discussão do instituto da Medida Provisória (MPV) se insere em um contexto maior, sensível aos princípios que informam o Estado Democrático de Direito, que devem nortear a análise da competência legislativa excepcional do Presidente da República, estabelecida no artigo 62 da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

O princípio da repartição dos poderes exige que o Legislativo se pronuncie sobre os pressupostos autorizadores da medida excepcional e seu mérito. Assim, urge que aquele Poder, em vez de reverberar a mesma cantilena de invasão de sua competência constitucional pelo Presidente da República, conceba os meios adequados à apreciação liminar dos pressupostos de admissibilidade das MPVs editadas, admitindo a tramitação no regime constitucional que lhe é próprio ou convertendo-as em projeto de lei.

Walter Ribeiro Valente Júnior é Assistente Técnico da Presidência do Senado Federal e advogado, foi Secretário-Geral da Presidência do STF, Chefe de Gabinete de Senador e da Liderança do PSDB.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. José Geraldo de Sousa Junior.

A doutrina majoritariamente rejeitava a instituição ou majoração de tributos por MPVs. Entretanto, o STF consagrou a legitimidade desse instituto para tratar de impostos e contribuições sociais dependentes de leis ordinárias (v.g. RE 168.421, Marco Aurélio, DJ 27/03/98). A despeito dessa orientação jurisprudencial, ainda é majoritária a corrente que considera ilegítima a exação com base em MPV, máxime se rejeitada. Portanto, o tema permanece atual, inclusive com proposição em curso no Congresso – PEC 72/2005.

Nesse contexto, as seguintes questões se colocam:

1. Por tratar-se de instrumento normativo de caráter excepcional expedido por ato unipessoal do Presidente da República, a MPV comporta legitimidade ante o moderno conceito de Estado Democrático de Direito?

2. A MPV em matéria tributária é compatível com o princípio da legalidade?

3. A MPV que institui ou majora contribuição social, se rejeitada pelo Congresso Nacional, é passível de permanecer regulando as relações jurídicas no período que medeia o interstício de 90 dias para a cobrança e a data da sua rejeição expressa ou tácita?

Com arrimo nos princípios constitucionais da separação dos poderes, da segurança jurídica, da legalidade e do planejamento, concluímos que a medida provisória é instrumento inidôneo para veicular instituição ou majoração de tributos.

## *2. Medida Provisória: do autoritarismo à democracia*

O instituto da MPV foi introduzido no constitucionalismo pátrio mediante o artigo 62 da CF/88, como sucedâneo do Decreto-Lei (DL).

O DL tinha vigência imediata e era de logo submetido ao Congresso Nacional que o aprovaria ou rejeitaria, sem possibilidade de emendas, no prazo de 60 dias. Não o fa-

zendo, entrava em regime de urgência por dez sessões em dias sucessivos, findos os quais, se não apreciado, a matéria nele versada considerava-se definitivamente aprovada. Em caso de rejeição, os atos praticados durante sua vigência eram considerados perfeitos e acabados.

No escopo do processo de redemocratização do Brasil, o DL foi marcado como instrumento do regime autoritário que se pretendia sepultar com o processo constituinte. Recorde-se que nos estágios iniciais da Assembléia Nacional Constituinte até a fase de sistematização do Projeto de Constituição (final) preponderou o sistema parlamentar de governo, que atribuiu o critério da responsabilidade do gabinete perante o parlamento. Nesse contexto, concebeu-se a MPV, inspirada no *Decreto-Legge* italiano.

Entretanto, na fase de emendas de Plenário ao Projeto de Constituição, em 13.01.88, o Senador Humberto Lucena apresentou a Emenda Substitutiva 01830 (referência: A9B04), firmada por 345 constituintes, estabelecendo o sistema presidencialista de governo e conferindo ao Presidente da República competência para baixar MPVs.

Aprovado o presidencialismo, houve proposta de supressão do instituto da MPV na fase U, de que é exemplo a emenda 01085 (Dep. Adilson Motta), rejeitada ao argumento de mostrar-se: "... indispensável a previsão constitucional, para casos de emergência. Não há comparação razoável entre essas medidas e o Decreto-Lei, pois aquelas perdem a eficácia, se não convertidas em lei dentro de trinta dias."

Ressalte-se, portanto, que para o Constituinte originário a MPV, mesmo num sistema estranho à sua concepção originária (parlamentarismo), promoveria a passagem para o regime democrático, pois continha limitações suficientes para refrear pretensões abusivas. Todavia, conforme adiante revelado, o liame de moderação decorrente do sistema parlamentar de governo, ausente no presidencialismo, levou ao abuso da competência excepcional de o

Presidente da República baixar atos normativos, com força de lei.

### *2.1. A MPV no texto originário: de exceção a regra*

O artigo 62 da CF/88 dispunha que: “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar Medidas Provisórias, com força de lei, devendo submetê-la de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias”. Conforme o então parágrafo único: “As Medidas Provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

Em consonância com o princípio da separação dos poderes, o constituinte inseriu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o artigo 25 determinando que os DLs em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição teriam seus efeitos regulados da seguinte forma: I – se editados até 2 de setembro de 1988, seriam apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de até cento e oitenta dias a contar da promulgação da Constituição, não computado o recesso parlamentar, após o que, se não votados, considerar-se-iam rejeitados, convalidando-se os atos praticados durante a sua vigência; ou II – se editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição seriam convertidos, nesta data, em MPVs, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no art. 62.

Não obstante as restrições impostas pelo sistema constitucional, os sucessivos presidentes vislumbraram nas MPVs um campo fértil para a atuação legislativa direta pois, salvo a curta vigência do instituto – 30 dias – comparativamente ao extinto DL, os chefes do Poder Executivo sentiram-se desobrigados a obedecer qualquer limitação material.

No entanto, apesar dos conceitos abertos de “urgência e relevância”, os princípios fundamentais deveriam constituir empecilho suficiente para aplacar a sanha legislativa dos presidentes da República. Não foi o que se viu, todavia. A partir da vigência da Constituição, promulgada em 5/10/88, não demorou a edição da primeira MPV originária, a de nº 10, de 21/10/88. Já a MP 1/88, conversão do DL nº 2.473, perdeu eficácia e foi reeditada pela MP 11/88, finalmente convertida na Lei 7.680, publicada no Diário Oficial da União de 5/12/88.

No nosso entender, a utilização abusiva deveu-se precipuamente à inércia do próprio Congresso Nacional, que não assumiu o múnus de deliberar sobre as MPVs editadas com a celeridade exigida, por entender, a princípio, que essa postura importaria os mesmos efeitos da rejeição expressa. Não se olvida, registre-se, que também decisivo foi o reconhecimento pelo STF da constitucionalidade da reedição de MPV não votada.

Admitida a reedição das MPVs e convalidação dos efeitos da sucedida pela posterior, assistiu-se a fantástico e deprimente abuso, com reedições por meses e anos seguidos, com alterações na norma – às vezes sutis, porém materialmente importantes, e outras de grande profundidade e extensão – gerando prejuízo à segurança jurídica e ao estado democrático de direito (v.g. a MPV 2.096-89, de 25.1.2001, resultante de sucessivas reedições, com alterações de texto, da MPV 470, de 11/04/1994, converteu-se na Lei nº 10.179, de 06/02/2001, ou seja, sete anos e meio depois da primeira edição).

Traduzindo em números: de 5/10/1988 a 11/9/2001 foram editadas 6.110 MPVs, sendo 613 originárias e 5.035 reedições e de 12/9/2001 a 31/5/2006 foram 295. Considerando que no novo modelo as MPVs têm vigência por até 120 dias (4 vezes superior), é razoável presumir que essas equivalem a 1.180 do antigo regime. Isto demonstra que para o Executivo as MPVs jamais tiveram o caráter extraordinário, mas assumiram a condição de instrumento legislativo prefe-

rencial para contornar o caráter dialógico do processo legislativo ordinário.

## *2.2. A tentativa de conter o abuso: Emenda Constitucional 32/2001*

Em 16.02.1995 o Senador Espiridião Amin apresentou a Proposta de Emenda à Constituição nº 1, tendo em vista que até o final do governo Itamar Franco haviam sido baixadas 350 MPVs originárias e 462 reedições. Após mais de seis anos de vaivém entre o Senado e a Câmara, os líderes das duas Casas chegaram a um texto consensual e o Congresso promulgou a Emenda Constitucional 32, em 11 de setembro de 2001.

O novo regime incluiu limitações materiais expressas à edição de MPVs, quais sejam: nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; direito penal e processual; organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; reservada a lei complementar; já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Quanto à matéria tributária, cometeu grave equívoco o constituinte derivado ao dispor no § 2º do artigo 62 que a medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos artigos 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. É flagrante a incompatibilidade entre os pressupostos de urgência e relevância e a necessidade de conversão em lei para a configuração do princípio da anterioridade (cobrança no exercício seguinte). Essa equivocada ressalva, que não foi aleatória, registre-se, pode fundamentar a instituição de contribuição social – sujeita apenas ao interstício de 90 dias – por MPV,

visto que o dispositivo se refere a imposto, espécie do gênero tributo, e não a este.

No que se refere ao prazo de vigência, passou para sessenta dias (§ 3º), prorrogável por igual período (§ 7º), totalizando 120 ou mais, já que os períodos do recesso não são computados (§ 4º), perdendo a eficácia desde a edição se não aprovada nesse período, devendo, nessa hipótese, o Congresso disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes (§ 3º). Entretanto, segundo o § 11, consideram-se regulados pela MPV rejeitada (ou que tenha perdido a eficácia) os atos jurídicos praticados durante a sua vigência, se não editado pelo Congresso o Decreto Legislativo respectivo.

Essa circunstância seria aplicável na hipótese de matéria tributária? E o Constituinte derivado poderia legitimamente promulgar esse § 11? No caso das contribuições sociais, rejeitada a MPV, qual o efeito? Pode o Congresso considerar a exação dela decorrente definitiva, ainda que limitada no tempo?

É interessante registrar, ainda nesse item, o vaticínio de Oscar Dias Corrêa (2005, p. 481) quando afirmou, com a sua experiência acumulada de parlamentar e de juiz, que a nova disciplina representaria avanço na luta para eliminar a crise jurídica, em boa parte oriunda do abuso da utilização das MPVs, mas que a EC 32 representaria “tomada de posição do Congresso Nacional (CN) no sentido de tentar (para nós, não mais do que isso) pôr limites à indelimitação da fórmula ampla com que a Constituição (CF) a facultou ao Presidente da República (PR), no art. 62 e parágrafo único”.

De fato o abuso continuou nessa nova etapa, mesmo com as limitações impostas.

## *3. A República Federativa do Brasil e o Estado Democrático de Direito*

O artigo 1º da Carta Magna constitui a República Federativa do Brasil como Estado democrático de direito e declara, em seu parágrafo único que “todo o poder emana

do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Trata-se aqui não de mero enunciado, amplo de significado e vazio de conteúdo, mas condição de legitimação democrática.

Friedrich Müller leciona que o “povo” constante dos textos constitucionais modernos não pode ser tomado apenas como o conjunto dos cidadãos residentes em dado território, nem tampouco por uma democracia tosca, meramente formal, no sentido de ser chamado a escolher periodicamente os seus representantes, que a partir daí tudo podem realizar porque o farão em nome do povo, mas entendido segundo um conceito jurídico adequado à legitimação democrática.

Considera, portanto, a possibilidade do exercício abusivo do poder político, que não deve ser negligenciado ao se estudar a legitimidade da atuação dos agentes públicos. Significa levar o povo efetivamente a sério, como fator determinante.

“A democracia avançada é assim – e nesse sentido ela vai também um bom pedaço além da estrutura de meros textos – um *nível de exigências*, aquém do qual não se pode ficar – e isso tendo em consideração a maneira pela qual as pessoas devem ser genericamente tratadas nesse sistema de poder-violência [Gewalt] organizados (denominado ‘Estado’): não como subpessoas [Unter-Menschen] não como súditos [Untertanen], também não no caso de grupos isolados de pessoas, mas como membros do Soberano, do ‘povo’ que legitima no sentido mais profundo a totalidade desse Estado. Essa democracia é portanto também um *status negativus* democrático e um *status positivus* democrático. Representa ela um nexa necessário, um nexa legitimador com a organização da liberdade e da igualdade. Isso não é direito natural idealista [inhaltliches Naturrecht]; isso se acha incorporado ao texto das constituições [in

den Konstitutionen vertextet], das quais falamos. Democracia significa direito positivo – o direito de cada pessoa.” (MÜLLER, 2003, p. 115)

Para Michel Rosenfeld a identidade constitucional nasce com a elaboração do texto magno – com as contribuições das gerações que perpassaram a formação da comunidade em que se implanta – e deve ser reconstruída conforme a evolução daquela sociedade inaugurada, assumindo “o compromisso com o princípio do governo limitado, a adoção do princípio do Estado de Direito – rule of law – e a proteção dos direitos fundamentais” (ROSENFELD, 2003, p. 47), como elementos essenciais à liberdade e igualdade, asseguratórios da legitimação democrática, mas que resultam em conflitos generalizados entre o eu e o outro, entre Estado e sociedade, entre representantes e representados.

E o conflito sempre subsistirá em uma sociedade plural na medida em que a universalização das relações impõe a constante convivência com as diferenças e as tensões provocadas pelo choque de múltiplas culturas, que necessariamente têm de relacionar-se comercial, social, financeira ou juridicamente.

Assim, a harmonização completa entre o eu e o outro é inalcançável, “o que significa que a identidade do sujeito constitucional jamais poderá ser totalmente representativa de todos os que se encontram sob o seu âmbito, ou igualmente aceitável para todos esses” (ROSENFELD, 2003, p. 114). E isto mesmo nas comunidades pluralistas, pois por mais que se amplie a identidade do sujeito constitucional, outros grupos habilitar-se-ão a ser reconhecidos e incluídos no contexto dos direitos fundamentais de igualdade e liberdade.

O ideal do sujeito constitucional é, necessariamente, inclusivo. Reconhece, respeita e aceita as diferenças, sem descurar da tentação do controle de sua própria identidade interna pela exclusão do outro – opressor – que coloque em risco a comunidade política.



José Geraldo de Sousa Júnior, na perspectiva sociológica, destaca o caráter integrativo das diferenças em uma comunidade de livres e iguais por meio da pressão de grupos sociais que promovem uma mediação entre o autoritarismo e a democracia, na medida em que expandem a dimensão democrática da construção social de uma cidadania representativa da intervenção consciente de novos sujeitos sociais neste processo.

Explícita, nessa toada, que “a democracia designa o sentido de permanente ampliação dos espaços de emergência de novas liberdades e novos direitos, como obra inconclusa. Na alusão à fórmula do Estado democrático de direito, pois, o que se deve ter em mente é assinalar os estágios de superações necessárias para acentuar na etapa corrente a exigência de novas concepções de Justiça capazes de assegurar, através do exercício da democracia, a criação de direitos novos no processo de reinstituição contínua da sociedade.” (SOUSA JUNIOR, págs. 86 e 87).

Torna-se, pois, fundamental à democracia a fixação dos parâmetros de avaliação dos limites e possibilidades dos representantes do povo, cada qual em sua esfera de atuação, no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, segundo o qual, fora do amplo debate público não há legitimidade.

### *3.1. A Medida Provisória e o sistema de freios e contrapesos*

O sistema admite exceções que como tais devem ser tratadas, pois transformar a exceção em regra implica abuso da prerrogativa destinada a casos de emergência e estes podem efetivamente ocorrer, na complexidade da sociedade moderna e globalizada.

Habermas (1997, I, p. 217) demonstra que ao apropriar-se de funções que não lhe são típicas, o Executivo gera tensão ante a “submissão de processos da legislação e da jurisprudência sob condições limitadoras” e essas intervenções dificultam “os processos

de entendimento dirigidos pela argumentação, que são os únicos capazes de fundamentar a aceitabilidade racional de leis e decisões judiciais.” Por isso, conclui, “a autorização ao executivo para a promulgação de normas jurídicas necessita de uma norma especial, conforme ao direito administrativo.”

A lógica da divisão funcional assume relevo pois cada função se submete a processos próprios de argumentação e somente o legislador político tem “o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações equitativas, isso porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas”, enquanto que para a administração as normas “amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias.” (HABERMAS, 1997, I, p. 239)

Evidencia-se, assim, que a elaboração legislativa pelo Presidente da República, autorizada de forma excepcional pela Constituição, deve ser utilizada com parcimônia, ante a possível confusão dos argumentos de aplicação e de justificação das normas e o risco à integridade do sistema jurídico, decorrente de déficit de legitimidade.

A integridade do ordenamento jurídico é assegurada pela adoção do modelo dos princípios, que se ajusta à sociedade pluralista porquanto especifica as responsabilidades da cidadania, no sentido de que “*cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios*” (DWORKIN, 1999, p. 257)



Reforça, assim, a igualdade, vez que todos, perdedores e vencedores do jogo político, a ele se submetem e acatam as decisões fundadas em princípios dele decorrentes, pois nestes sustenta-se a legitimidade e a integridade da ordem jurídica e da justiça.

Para Dworkin, o direito é uma obra em permanente construção cuja gênese encerra um “romance em cadeia”, metáfora utilizada para demonstrar que o legislador atual recebe um sistema normativo consolidado e escreve novo capítulo, que deve manter uma lógica que não agrida os princípios determinantes da comunidade à qual é dirigida.

É importante identificar, pois, os limites à edição de MPVs a fim de compatibilizar o instituto com o princípio da separação dos poderes.

“A crescente *apropriação institucional* do poder de legislar, *por parte* dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a *utilização excessiva* das MPVs *causar* profundas *distorções* que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. – *Nada pode justificar* a utilização *abusiva* de MPVs, *sob pena* de o Executivo – quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material –, investir-se, *ilegitimamente*, na mais relevante função institucional *que pertence* ao Congresso Nacional, *vindo a converter-se*, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, *afetando*, desse modo, *com grave prejuízo* para o regime das liberdades públicas e *sérios reflexos* sobre o sistema de “checks and balances”, a relação de equilíbrio que *necessariamente* deve existir entre os Poderes da República. – *Cabe*, ao Poder Judiciário, *no desempenho* das funções que lhe são inerentes, *impedir* que o *exercício compulsivo* da competência extraordinária de editar MPV *culmine* por introduzir, no processo institucional brasileiro, *em matéria legislativa*, verdadeiro *cesarismo governamental*, provocando, assim, graves *distorções* no modelo político e gerando sérias *disfunções* compromete-

tedoras da *integridade* do princípio constitucional da separação de poderes.” (Celso de Mello, ADI 2.213-MC, DJ 23/04/04 – destaques no original)

Nesse sentido, parece correto afirmar que o uso indiscriminado de MPVs pode configurar violação ao Estado Democrático de Direito e ao sistema de freios e contrapesos assegurado pela separação dos poderes. Pululam exemplos dessa prática: o Presidente Sarney editou a MPV 105 para inscrever os nomes de Tiradentes e Deodoro da Fonseca no livro dos heróis da pátria; Collor a nº 170, que autorizou a aquisição de veículo de representação para uso do vice-presidente; Itamar, com a MPV 375, intentou proibir a concessão de liminares em mandados de segurança, ações ordinárias e cautelares que tivessem por fundamento jurídico MPVs; Fernando Henrique editou a nº 1.145 dispondo sobre contratos para a produção de bens imóveis; Lula, a nº 195, determinando que os aparelhos de TV devem conter dispositivo bloqueador de programação inadequada.

Destaque-se, por seu efeito demonstração, a MPV 173 (Collor), que ao proibir a concessão de medida liminar em Mandados de Segurança e em Ações Ordinárias e Cautelares decorrentes de Medidas Provisórias, a um só tempo invadiu a competência do Legislativo e limitou a do Judiciário, em flagrante autoproteção do ato de império, com grave violação da integridade do sistema jurídico pátrio.

Há, ainda, matérias que produzem relações que se mostram irreversíveis. Como seriam resolvidos esses casos? Em nosso entender, não poderiam ser regulados por MPV, ainda que essa limitação não conste expressamente do texto constitucional, pois é incompatível com o instituto que, por definição, regula temas que admitam a reversibilidade.

E, ainda assim, se o presidente de República baixa ato dessa natureza deve, pelo menos em tese, responder pelo abuso cometido. De fato, conforme registrado no início

desse trabalho, no parlamentarismo a responsabilidade é objetiva, intrínseca àquele sistema de governo, pela possibilidade de dissolução do parlamento e queda de Gabinete. Já no sistema presidencial o processo é mais fluido, com forte componente político, pois se viabiliza por meio da configuração de crime de responsabilidade e este, dado o seu caráter eminentemente político, impõe dificuldade de instauração do processo respectivo, ante os instrumentos de cooptação de parlamentares para a formação da maioria do governo no Congresso Nacional.

### *3.2. Medida provisória e flexibilização do princípio da legalidade*

Segundo o princípio da legalidade, o agente público só age quando expressamente autorizado por lei e nos limites desta. Essa limitação constitucional pode ser abalada pela utilização abusiva da MPV, conjugada com a prática das reedições (já extinta) e com a teoria do fato consumado, visto que se converte em instrumento de convalidação de ações administrativas que não se sustentariam no âmbito do debate público.

São ilustrativas dessa “flexibilização” do princípio da legalidade:

1. a MPV 2048-26, de 29/6/2000, “Dispõe sobre a criação, reestruturação e organização de carreiras, cargos e funções comissionadas técnicas no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, dá nova redação ao art. 57 da Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965, que dispõe sobre o regime jurídico peculiar aos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal, e dá outras providências” alterou diversas carreiras do Poder Executivo, viabilizando o provimento dos referidos cargos.

Após sucessivas reedições, a MPV 2229, de 6/9/2001, introduziu o seguinte artigo 73: “O Quadro IV da Lei nº 10.171, de 5 de janeiro de 2001<sup>1</sup>, fica acrescido das autorizações constantes do Anexo XIX desta Medida Provisória.” O citado anexo XIX tem o seguinte título: “ANEXO XIX - DEMONSTRATIVO

DE QUE TRATA O ART. 62 DA LEI Nº 9.995, DE 2000<sup>2</sup>, PARA ATENDIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 169, § 1º, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO”.

Vale dizer, o presidente da República em setembro de 2001 “legalizou” os atos praticados desde junho de 2000.

2. a MPV 237, de 27/1/2005, que “Autoriza a União a prestar auxílio financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, com o objetivo de fomentar as exportações do País, e dá outras providências.” Dentre as “outras providências” destacamos o artigo 9º, que alterou o artigo 8º da MPV 2.185-35, de 24 de agosto de 2001, para incluir dentre as operações de crédito passíveis de refinanciamento as contratadas com a Caixa Econômica Federal e dilatar de 3 para 6 anos essa possibilidade (inciso II do § 1º). Acrescentou, ainda, o seguinte inciso: “III - as operações de crédito destinadas à implantação de projeto de melhoria em sistemas de iluminação pública, no âmbito do Programa Nacional de Iluminação Pública Eficiente - Reluz.” E um novo parágrafo: “§ 2º Os efeitos da exclusão a que se refere o inciso III do § 1º retroagem a 29 de junho de 2000.”

Com essa MPV, o Presidente da República “legalizou” atos de diversos prefeitos que poderiam, em tese, configurar improbidade administrativa prevista no artigo 73 da Lei Complementar 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

Com efeito, essa amostra de MPVs parece indicar a mitigação da força restritiva do ato da administração à lei, em prejuízo, portanto, do princípio constitucional da legalidade. Vale dizer: do princípio do governo limitado, referido por Rosenfeld.

## *4. Medida Provisória em matéria tributária*

### *4.1. Limites à edição*

Humberto Bergmann Ávila (1997, p. 46) ainda sob o regime constitucional anterior, afirma que “... a utilização de MPV para ins-

tituir tributos em função de caso de relevância e urgência esbarra nos princípios da legalidade e da anterioridade. [...] Além disso, à legalidade agrega-se a tipicidade, no sentido de que a exigência referente aos aspectos da norma de tributação (hipótese de incidência, base de cálculo, alíquota, etc.) deve derivar da própria lei, sobre isso decidindo apenas o legislador, nunca, o administrador”, mas ressalva que o STF a aceita, em princípio, ao argumento de que a Constituição não fez restrições no que toca à matéria [RE 138284, RTJSTF (143): 321. 1992].

Para Sacha Calmon Navarro Coelho (1997, p. 24) “todos os casos relevantes e urgentes em tema de tributação já estão atendidos no corpo permanente da Constituição...” remetendo aos impostos com alíquotas flexíveis (art. 150, VIII, “a” e “b” e §1º), aos empréstimos compulsórios de que trata o art. 148, I e parágrafo único, e à anterioridade nonagesimal incidente nas contribuições sociais (artigo 195, §6º). A partir daí questiona: “Que outros casos de urgência e relevância existirão num direito tão marcado pela legalidade e a anterioridade a sugerir MPVs?” E responde: “Não nos ocorre nenhum!”

Hugo de Brito Machado (2003, p. 87), que sempre foi um crítico veemente da utilização de MPVs em matéria tributária, inclusive quanto à omissão do Supremo Tribunal ao tratar do tema, entende que: “... a norma do § 2º do art. 62 da Constituição Federal, introduzida pela Emenda n. 32, que exige lei do exercício anterior para autorizar a cobrança dos impostos sujeitos ao princípio da anterioridade, tem natureza meramente interpretativa. [...] Assim, aplica-se também às taxas e contribuições sujeitas ao princípio da anterioridade nos termos do art. 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal.”

Leon Frejda Szklarowsky (2003, p. 84), mesmo registrando os abusos cometidos por sucessivos governos, assevera que “o Estado moderno não pode prescindir de certos instrumentos que lhe dêem agilidade bas-

tante para a realização de atividades que não possam aguardar o desenlace moroso da via normal”. Nessa perspectiva, considera válida a edição de MPVs para a instituição ou majoração de tributos, visto que sendo lei em sentido material, contra ela não se poderia esgrimir o argumento do princípio da legalidade.

E vai além ao argumentar, sob a ótica da governabilidade, que “as Constituições modernas dispõem de certos mecanismos que permitem ultrapassar as barreiras impostas pela rígida divisão de Poderes, que hoje não mais comporta a severa intangibilidade desses mesmos poderes” (SZKLAROWSKY, 2003, págs. 84-85).

No que tange à matéria tributária, explicita a incoerência do constituinte derivado em admitir a instituição de imposto por MPV, mas condicionar sua eficácia à conversão em lei, advogando a possibilidade da cobrança, a despeito da explícita limitação.

Não nos parece correto o entendimento. A nova redação do § 2º exprime a prevalência do princípio da legalidade que integra o corpo permanente da Constituição como limitação ao Poder estatal de tributar, que decorre dos direitos e garantias fundamentais. A suposta antinomia resolve-se em favor do cidadão e não do Estado. Vale dizer, no paradigma procedimental do direito, no qual deve prevalecer o amplo e público debate sobre normas que invadam a esfera de igualdade e liberdade do cidadão como condição de legitimidade das normas, parece ser inaceitável a sua edição por ato unipessoal do Presidente da República.

Oscar Dias Corrêa (2005, p. 491) entende que a EC 32/2001 deveria ter veiculado impedimento genérico a tributos e anota sobre o novo § 2º do artigo 62 que a eficácia só provirá se a MPV “se houver tornado lei, com a eficácia e definitividade de lei, com o que, praticamente, se vedou a MP em matéria tributária, em face dos riscos que representava a sua admissão. E respeitou-se o princípio da anterioridade”.

Clélio Chiesa (2002, p. 36), sob a égide do novo modelo constitucional, entende ser um despautério a instituição ou majoração de tributos por MPV, pois seria: (1) incompatível com a sistemática do ordenamento jurídico pátrio; e (2) incongruente o parágrafo com o *caput*, aduzindo que “o princípio da segurança jurídica, contemplado implicitamente pelo sistema positivo, manifesta-se de forma mais recrudescida no Direito Tributário. Revela-se não apenas por meio da legalidade ou pela irretroatividade das leis tributárias, mas, principalmente, pelo princípio da anterioridade.”

Conclui que a tributação contrapõe-se a um dos direitos fundamentais do cidadão, que é o direito de propriedade e que deve haver, na medida do possível, o equilíbrio entre essas duas diretrizes, viabilizando o Estado Democrático de Direito.

Aditamos aos argumentos desses doutrinadores a obrigatoriedade do planejamento como obstáculo à configuração de urgência e relevância em matéria tributária. De fato, o planejamento público se consubstancia nas leis orçamentárias anuais, com expressa previsão de receitas e despesas, elaboradas em obediência às diretrizes orçamentárias instituídas na LDO e respeitado, ainda, o plano plurianual (artigos 165 a 167).

Esse conjunto de normas impede a arguição de necessidades imperiosas e inafastáveis a justificar a instituição de impostos ou contribuições por meio desse instrumento legislativo excepcional. Destaquem-se as limitações estatuídas no artigo 167, ressalvada, como passível de disciplina por MPV, a abertura de crédito extraordinário para atender despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública (§ 3º), o que obsta o argumento da imprevisão em matéria financeira e orçamentária pública.

Acrescente-se, ainda, a hipótese do artigo 154, II, sob cujo fundamento a União pode instituir impostos extraordinários, compre-

endidos ou não em sua competência tributária, exclusivamente na iminência ou no caso de guerra externa.

Já os tributos que têm função parafiscal possuem flexibilidade de alíquotas. Vale dizer: dentro das balizas legalmente estabelecidas, ato do Poder Executivo pode aumentar ou reduzir as alíquotas, o que permite o controle da balança comercial, do meio circulante etc.

Assim, nada justifica que MPV institua ou majore tributos.

Merece consideração particularizada a questão da instituição ou majoração de contribuição social.

Hugo de Brito Machado (2003, p. 87) defende que a limitação para o imposto deve estender-se às contribuições sociais – sujeitas ao interstício de 90 dias.

A experiência não autoriza a certeza daquele festejado tributarista, ainda que se concorde com a tese esposada. Ao revés, os precedentes relativos ao regime anterior à EC 32 nesta matéria já desaconselhariam a excessiva expectativa, visto que há dispositivo tratando expressamente da hipótese de imposto, enquanto que a emenda não faz referência às Contribuições sociais, o que pode ser interpretado como “silêncio eloqüente”, ou seja: não excepcionado, estaria autorizada a veiculação de contribuições sociais por MPV.

Leon Fredja, em contraposição entende possível a veiculação de contribuição social por MPV por não haver vedação expressa. Nesse sentido, sentencia que “o § 2º do artigo 62 refere-se a imposto e não a tributo. O tributo compreende os impostos, as taxas e as contribuições (CTN, artigos 3º, 5º, 16, 77 e 81 c/c o artigo 145 da CF). São institutos distintos que se não confundem.” (SZKLAROWSKY, 2003, págs. 154-155)

Esse entendimento decorre de exegese meramente literal e à qual já aludimos linhas atrás, quando nos referimos ao “silêncio eloqüente”. Isto não significa dizer que seja o mais correto, fora do marco pragmático adotado por Leon Fredja.

Em nosso entender, o raciocínio não se mostra aceitável, por afrontar o processo de instituição do direito no âmbito de amplas discussões públicas e que, portanto, não pode se submeter a voluntarismos, que não se coadunam com o Estado Democrático de Direito. Reitere-se que o princípio do planejamento público obstaculizaria a configuração de urgência. Ademais, o § 5º do artigo 195 da CF/88 determina que nenhum benefício pode ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio.

Assume relevo, ainda, o artigo 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal segundo o qual a nova despesa permanente deve ser instruída com o impacto orçamentário e precedida da respectiva fonte de recursos.

Tampouco a “governabilidade” a legitima, pois dá margem a violação da integridade do direito e da supremacia da Constituição. Para o STF “A invocação das razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas – representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica...” (Celso de Mello, ADI-MC 2010, DJ 12.04.2002, p. 0005)

#### 4.2. Limites à eficácia

Questão de suma importância é a regulação dos efeitos de MPV rejeitada, potencialmente violadora do Estado Democrático de Direito por afrontar os princípios da separação dos poderes e da legalidade.

Desde a redação originária, compete exclusivamente ao Congresso Nacional regular as relações jurídicas decorrentes de MPV rejeitada, sem submeter-se ao crivo do Presidente da República, em reforço à idéia de freios e contrapesos, pois se ao presidente

foi concedida a competência excepcional de editar MPVs, incumbe ao Congresso, por decreto legislativo, disciplinar as relações jurídicas decorrentes das que não forem aprovadas.

Quer nos parecer que o princípio da legalidade impede que a convalidação dos atos praticados, caso tenha sido instituído ou majorado contribuição social.

#### 5. O § 11 do artigo 62: a democracia violentada

Importante destacar que o constituinte derivado (EC 32/2001) autorizou genericamente, com o § 11 do artigo 62, que as relações jurídicas se perpetuassem no tempo, na hipótese de não ser editado o decreto legislativo em sessenta dias.

“A ausência do disciplinamento dos efeitos da MPV que perdeu eficácia ou foi rejeitada conduz, surpreendente e contraditoriamente, à sua eficácia e validade: as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas e, portanto, como se aprovadas! A isso levará a omissão do CN! Como acontecia com os decretos-leis no regime da CF 67 e da EC 1/69.” (CORRÊA, 2005, p. 493)

Chiesa (2002, p. 34) afirma acerca do § 11 que “essa sistemática poderá criar situações esdrúxulas, ofensivas ao princípio da legalidade em sentido estrito e ao princípio da separação dos poderes, pois relações jurídicas poderão consumir-se e tornar-se definitivas, fundadas em ato normativo editado unilateralmente pelo Chefe do Executivo, redimensionando a diretriz segundo a qual alguém somente está obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de ato normativo editado pelo Legislativo ou que tenha tido a sua aquiescência, seja prévia ou *a posteriori*.”

De fato, o paradoxo da cláusula genérica de convalidação deve ser enfrentado.

Poderia o constituinte derivado legitimamente promulgar o § 11 do artigo 62?



Quer parecer que não. Conforme explicitado alhures, ao estabelecer a disciplina dos decretos-leis em vigor na data da promulgação da CF/88 – ADCT, art. 25, § 1º –, o constituinte prestigiou o Legislativo, com arrimo no princípio da separação dos poderes, quando determinou que os DLs editados até 2/9/88, seriam apreciados pelo Congresso em até de 180 dias, a contar da promulgação da CF/88, sob pena de rejeição e os baixados de 3/9/88 até a promulgação da Carta seriam convertidos em MPVs.

Não se ignora, registre-se, que o inciso III daquele dispositivo transitório convalidou os atos praticados na vigência do DL rejeitado expressa ou tacitamente, o que poderia ser interpretado como autorizador do modelo. Entretanto, essa exceção só poderia ser validamente estabelecida pelo constituinte originário, sendo ilegítima a sua ampliação.

Avulta considerar que a solução perpetrada restabelece o princípio da garantia de eficácia por decurso de prazo, prática repudiada pela Constituição, que confere à maioria o direito de utilizar-se da obstrução legislativa (instrumento típico das minorias no embate dialético próprio do Parlamento, com o intuito de assegurar as legítimas negociações parlamentares para a conformação de um texto médio). Ora, se se dá à própria maioria essa prerrogativa, por certo resta caracterizado o interesse de fazer prevalecer a vontade presidencial por decurso de prazo, o que é repudiado pela CF/88, pois a aprovação por decurso de prazo subverte a sistemática legislativa do constituinte originário e serve para escamotear os possíveis votos dos integrantes do bloco parlamentar de apoio ao governo. Basta negar presença, na comissão ou no Plenário, para prevalecer o poder imperial do presidente, em detrimento do império do direito.

Ora, incumbe ao Governo que editou a MPV o ônus de aprová-la e, não logrando êxito nesse desiderato, aprovar ao menos o decreto legislativo que regule os efeitos das relações jurídicas decorrentes de sua efême-

ra vigência. Admitir o contrário é transformar o instituto provisório em permanente, ainda que de eficácia contida no tempo.

O § 11 do artigo 62, rigorosamente, restaura o critério do DL, que o constituinte originário pretendeu sepultar em favor da implantação do Estado Democrático de Direito, o que permite afirmar que essa norma viola princípio fundamental da Federação.

No que tange à regulação dos efeitos de MPV que institui ou majora contribuições sociais no novo regime constitucional, ainda que se mostre reversível, parece correto afirmar que havendo exação e rejeitada a MPV deve haver a restituição do pagamento indevido, como solução mais consentânea com os princípios constitucionais que regem a nação brasileira.

Destarte, se a MPV foi rejeitada, não haverá lei que autorize a exação, visto que o povo, por seus representantes, a terá recusado, dentro do exercício soberano da autoimposição tributária, razão pela qual, se recolhido aos cofres públicos, o tributo arrecadado deve ser devolvido aos contribuintes.

De fato, retomando em Habermas e Dworkin: (1) a noção de legitimação democrática da formação de direito como constituinte da autolimitação legislativa; (2) a adoção de amplo debate público, tomando-se a sério as contribuições dos cidadãos; (3) a observância de procedimento discursivo para a limitação das esferas de igualdade e liberdade individual, mesmo que esse processo se dê por meio de representantes periodicamente constituídos mediante sufrágio livre, direto e universal; e (4) a manutenção da integridade do sistema jurídico, não nos parece adequado o argumento de governabilidade para justificar a exação, conforme anteriormente explicitado.

A governabilidade concretiza-se na Constituição e não contra ela. É o respeito aos princípios que fundam a comunidade política de cidadãos livres e iguais que legitima o exercício dos Poderes em nome do povo. Aquele povo completo e complexo a que aludem Rosenfeld e Müller.



Ingovernável é a nação cujo governante pretenda, sem qualquer discussão pública, libertar-se das limitações de Poder impostas constitucional e legalmente. O agigantamento do Poder Executivo fragiliza o sistema de freios e contrapesos e, por conseguinte, coloca em risco a própria democracia, abrindo espaço à tirania e ao autoritarismo.

## 6. Conclusões

Ante o exposto, parece correto afirmar que:

6.1. a competência excepcional legislativa do Presidente da República deve ser exercida com parcimônia e responsabilidade, reservada exclusivamente para situações emergenciais, de graves conseqüências para o interesse público ou de comoção social;

6.2. os pressupostos de urgência e relevância devem ser ponderados pelo chefe do Poder Executivo sob pena de instaurar-se inconcebível insegurança jurídica e atentar contra o Estado Democrático de Direito. Assim, além de mostrar-se imprescindível a regulação de determinada matéria por MPV, naquelas em que não estão explicitamente proibidas no texto constitucional, deve-se avaliar objetivamente, ainda, se os atos que dela decorrerem são reversíveis. Caso contrário, não se há de regulá-la por instituto que, por definição, é precário;

6.3. o instituto das MPVs não se mostra adequado para regular matéria tributária, ante os princípios que informam o Estado Democrático de Direito, bem como pela impossibilidade de configurar-se a urgência e relevância, ante a obrigatoriedade do planejamento público. A situação emergencial prevista constitucionalmente para os impostos tem regulação própria que dispensa a utilização do instituto;

6.4. ainda assim, se o Presidente da República instituir contribuição social mediante MPV, a sua rejeição pelo Congresso, tácita ou expressa, implicará ilegitimidade da cobrança, por violação do princípio da legalidade estrita. Neste caso, não poderá o

Congresso Nacional considerar válida a exação, pois deixará de ter eficácia a MPV.

6.5. mesmo que o Parlamento não edite o Decreto Legislativo cassando os efeitos do ato excepcional presidencial, não poderá incidir o § 11 do artigo 62, por inconstitucionalidade. Neste caso, a solução que nos parece mais adequada ao Estado Democrático de Direito é perda de eficácia desde a edição, com a conseqüente insubsistência de amparo legal da exação e devolução da contribuição cobrada.

## Notas

<sup>1</sup> Trata-se da Lei Orçamentária Anual de 2001.

<sup>2</sup> A Lei 9.995, de 25/7/2000, fixou “as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2001”.

## Referências

ÁVILA, Humberto Bergmann. Medida Provisória na Constituição de 1988. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série/ organizado por Ronaldo Rebello de Brito Poletti. Brasília: n. 6 (jul/dez de 1998) – UnB, Faculdade de Direito, 2000, pp. 233 a 250.

CHIESA, Clélio: Medidas Provisórias em matéria tributária – apontamentos sobre as inovações introduzidas pela EC 32/01 – *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 85, outubro de 2002, p. 32/42.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. As MPVs em matéria fiscal. *Enfoque Jurídico*, Suplemento Informe. TRF 1ª Região. Edição 06 (ABR/MAI) – 1997.

CORRÊA, Oscar Dias. O direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem a José Néri da Silveira / coordenadores: Cláudio Belmonte e Plínio Melgaré. Capítulo: As MPVs e a Emenda Constitucional nº 32/2001, p. 481. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DWORKIN, Ronald. O Império do direito. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradutor: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Volumes I e II, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 23ª Ed., 07/2003.

MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradutor: Peter Naumann. São Paulo: Ed. Max Limonad, 3ª Ed., 2003.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas Provisórias: instrumento de governabilidade*. São Paulo: Editora NDJ, 2003.

## Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração. Os trabalhos devem reportar-se a assuntos da área do direito e áreas afins – de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional – e de cunho histórico que se relacionem com o Poder Legislativo. Somente serão publicadas colaborações inéditas, que serão selecionadas por conselho.

As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor com carta anexa de autorização para publicação e visualização na Internet, bem como declaração de que o artigo é inédito, com um exemplar impresso (preferencialmente em papel A4, corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5) e um disquete gravado no formato *Word for Windows*. Dos artigos deverão constar resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela) no disquete, com indicação do ponto em que devem ser inseridos no texto.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

### *Exemplos de citação direta:*

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

### *Exemplos de citação indireta:*

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a idéia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

*Exemplo de monografia no todo:*

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

*Exemplo de parte de monografia:*

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

*Exemplo de artigos de periódicos:*

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

*Exemplo de artigos de jornais:*

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão “Disponível em:” e data de acesso ao documento precedido da expressão “Acesso em:”.

*Exemplo de referências em meio eletrônico:*

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 50 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não-publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.