

REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319

REVISTA POPULUS

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa dos autores

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

1ª Avenida do Centro Administrativo da Bahia, nº 150, CEP 41.745-901 – Salvador-BA

Tel.: (071) 3373-7040/7376

Presidente

José Edivaldo Rotondano

Vice-Presidente

Edmilson Jatahy Fonseca Júnior

Membros do Tribunal

Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer

Rui Carlos Barata Lima Filho

Diego Luiz Lima de Castro

Freddy Carvalho Pitta Lima

Antônio Oswaldo Scarpa

Diretora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer

Coordenadora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Cintia Vilas Bôas Campos

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.

Os artigos inéditos submetidos ao *double blind review* podem ser divulgados em outros meios após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial da Revista.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Populus / Tribunal Regional Eleitoral da Bahia,
Escola Judiciária Eleitoral - nº 5, 2018.2 - . Salvador:
Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, 2018 -

Semestral
ISSN 2446-9319

1. Direito Eleitoral – Periódico. 2. Direito Constitucional. 3.
Ciência Política. 4. Filosofia Política. 5. Sociologia Política.

I. Bahia. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Escola
Judiciária Eleitoral.



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

REVISTA POPULUS



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

Salvador
n.5, Dezembro 2018

REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319

Publicação semestral (junho e dezembro)

Linha editorial: Propiciar permanente reflexão acadêmica na seara do Direito Eleitoral e nas áreas do conhecimento que o circundam, como a Ciência Política, a Filosofia Política e a Sociologia Política, mediante a divulgação de artigos de juristas, cientistas sociais, filósofos, operadores do direito e acadêmicos, sobre temas que vicejam no cenário político-eleitoral.

Excepcionalmente neste número, nos capítulos “Ensaio e Artigos de Convidados” e “Memória”, a Revista Populus presta uma homenagem aos 30 anos da Constituição Federal de 1988.

EDITORES RESPONSÁVEIS

Dr. Jaime Barreiros Neto

M.^a Marta Cristina Jesus Santiago

CONSELHO EDITORIAL

Dra. Ana Carolina Fernandes Mascarenhas (BA)	Dr. Paulo Fábio Dantas Neto (BA)
Dr. Carlos Rátis (BA)	Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (CE)
Dr. Daniel Castro Gomes da Costa (MS)	Dr. Ricardo Maurício Freire Soares (BA)
Dr. Dirley da Cunha Júnior (BA)	Dr. Rodolfo Viana Pereira (MG)
Me. Fernando Leal (BA)	Dra. Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva (Portugal)
Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (RS)	Dr. Sérgio Silveira Banhos (DF)
Dr. Jaime Barreiros Neto (BA)	Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (DF)
Dr. Jairo Nicolau (RJ)	Ma. Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer (BA)
Dr. José Ricardo Ferreira Cunha (RJ)	Dr. Wilson Alves da Silva (BA)
Dra. Marilda de Paula Silveira (MG)	
Ma. Marta Cristina Jesus Santiago (BA)	
Dra. Paula Veiga (Portugal)	

PARECERISTAS

Dra. Ana Cláudia Santano (PR)	Ma. Lara Marina Ferreira (MG)
Dr. Cláudio André de Souza (BA)	Ma. Marcelly Fuzaro Gullo (SP)
Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis (DF)	Dr. Maurício Requião (BA)
Dr. Daniel Oitaven Pamponet Miguel (BA)	Me. Mauro Sérgio dos Santos (DF)
Dra. Denise Vitale (BA)	Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva (BA)
Dr. Domingos Barreto de Araújo (BA)	Ma. Roberta Maia Gresta (MG)
Dra. Elaine Harzeim Macedo (RS)	Me. Rogério Carlos Born (PR)
Dr. Frederico Franco Alvim (SP)	Dr. Rodolfo Viana Pereira (MG)
Dr. Gabriel Marques da Cruz (BA)	Dra. Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva (Portugal)
Dra. Giovana Reis Mesquita (BA)	
Me. Josafá da Silva Coelho (BA)	

Capa

Felisberto da Silva Bulcão Filho

Editoração e projeto gráfico

Lia Mônica Borges Peres Freire de Carvalho

Camila Guerra

Revisão e normalização técnica

Elizabeth Sales Pereira

Juliane Nunes do Nascimento

Publicada em Dezembro de 2018.

Tiragem deste número: 150

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

ENSAIOS E ARTIGOS DE CONVIDADOS

Tributo aos 30 anos da Constituição Federal de 1988

Dirley da Cunha Júnior

A Constituição de 1988 e o Estado Constitucional de Direito no Brasil. Avanços e perspectivas do discurso jusfundamental da efetividade da Constituição.....11

Ingo Wolfgang Sarlet

O Supremo Tribunal Federal e o Controle Interno de Convencionalidade e na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal..... 47

Jaime Barreiros Neto

Os 30 anos da Constituição de 1988 e o Sistema Político Brasileiro: evolução e tendências de reforma.....73

Jorge Miranda

Nos trinta anos da Constituição de 1988.....93

Miguel Calmon

Populismo e desenho institucional no constitucionalismo contemporâneo..... 117

Paulo Bonavides

A crise da estatalidade social.....137

Paulo Fábio Dantas Neto

Crise, reforma política e as âncoras da democracia brasileira.....141

Paulo Modesto

É possível superar o clientelismo na Administração Pública do Brasil: Argumentos jurídicos e sugestões para limitar a criação e o provimento abusivo de cargos públicos em comissão nos 30 anos da Constituição de 1988.....145



CAPÍTULO II

ARTIGOS SUBMETIDOS AO DOUBLE BLIND REVIEW

Ana Julia Bonzanini Bernardi e Amanda Rodrigues.

Aspectos políticos e constitucionais da atuação judicial no Direito à Saúde:
análise econômica do Direito como doutrina de apoio.....193

Camila Souza Novaes

A batalha contra a corrupção no Brasil: uma perspectiva psicológica.....215

Cristian Patric de Sousa Santos

Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional: um diálogo entre as
correntes substancialista e procedimentalista.....249

Djalma Pinto

Elegibilidade no Brasil, combate à corrupção e financiamento de campanha...269

John Fernando Restrepo Tamayo e Juan Esteban Aguilar

El Derecho a la ciudad como Derecho Fundamental: Fundamentación teórica
para el caso colombiano.....287

Luís Cláudio Coni

Liberté d'expression et démocratie dans l'herméneutique des Cours
constitutionnelles du Mercosur – une analyse jurisprudentielle comparé.....305

Paúl Córdova Vinueza

Diálogos interjurisdiccionales y cortes dialógicas con la comunidad.
La reparación integral entre los jueces locales e interamericanos con la
cooperación de los poderes políticos.....343

Raquel Cavalcanti Ramos Machado, Jéssica Teles de Almeida e Laura Natalie

Democracia e inclusão: Desafios do Século XXI.....361

CAPÍTULO III

MEMÓRIA

Tributo aos 30 anos da Constituição Federal de 1988

Ary Guimarães

Artigos publicados durante a Constituinte de 1988

A Carta e o papel dos partidos.....377

Como foram feitas nossas Constituições.....379



Por que as Constituições cresceram.....	381
Respaldo da Baderna do Paço.....	383

Raul Machado Horta

Artigo publicado antes da eleição da Assembleia Nacional Constituinte de 1988	
Reflexões sobre a Constituinte.....	385

Ulisses Guimarães

Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988.....	409
---	-----

APRESENTAÇÃO

A Justiça Eleitoral, ramo especializado do Poder Judiciário da União, tem como função precípua a promoção e a defesa da legitimidade democrática. Tal legitimidade, no entanto, somente pode ser conquistada com a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais, atitude que, necessariamente, perpassa pela promoção da educação, alicerce das liberdades e da dignidade humana.

Em seu quinto número, a Revista Populus prossegue no seu propósito de promover o incentivo à produção científica, difundindo trabalhos acadêmicos de excelência, produzidos por importantes referências do direito brasileiro e estrangeiro, bem como por estudiosos de áreas afins, como a psicologia e a ciência política.

Além disso, em tributo aos 30 anos da Constituição Federal de 1988, a Revista Populus apresenta aos seus leitores seção especial com artigos relativos ao aniversário da Carta Constitucional brasileira, escritos por autores de notável saber. Ainda nesse sentido, a seção memória deste 5º número resgata o histórico discurso do Deputado Ulysses Guimarães, proferido na emblemática data de 05 de outubro de 1988, na ocasião da promulgação da nossa Lei Maior, bem como ensaios do Professor Emérito da Faculdade de Direito da UFBA, Ary Guimarães, publicados no jornal “A Tarde”, durante o período da Assembleia Constituinte, relativos àquele momento histórico e artigo do Professor Catedrático da UFMG, Raul Machado Horta, igualmente publicado na iminência das eleições para formação da Assembleia Nacional Constituinte.

Com o objetivo de dar um salto de qualidade, a Revista Populus, desde seu quarto número, internacionalizou-se, com a publicação de trabalhos produzidos por importantes estudiosos do direito e da política oriundos de países estrangeiros. Nesta quinta edição, novos trabalhos relevantes, vinculados ao direito alienígena, voltam a ter destaque.

Avançar no fomento à investigação e à produção científico-jurídica, de forma a promover uma cultura democrática: esta é a missão da Revista Populus, exercida, mais uma vez, com louvor, neste número.

Boa leitura!

Des. José Edivaldo Rocha Rotondano
Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia

Juíza Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer
Diretora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Ensaios e Artigos de
CONVIDADOS

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NO BRASIL: AVANÇOS E PERSPECTIVAS DO DISCURSO JUSFUNDAMENTAL DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

THE 1998 CONSTITUTION AND THE CONSTITUTIONAL STATE OF LAW IN BRAZIL: ADVANCE AND PERSPECTIVES OF FUNDAMENTAL RIGHTS DISCOURSES OF THE EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTION

Dirley da Cunha Júnior*

RESUMO

O trabalho investiga, a partir dos auspícios do neoconstitucionalismo e do novo paradigma do Estado Constitucional de Direito, as possibilidades e os limites da efetividade do discurso constitucional. Abordar-se-á, com base no direito fundamental à efetivação da Constituição, a eficácia dos direitos fundamentais, assim como o renovado papel do Poder Judiciário, a partir da Constituição Federal de 1988, na sua atividade de concretizar tais direitos.

ABSTRACT

The work investigates, from the auspices of neoconstitutionalism and the new paradigm of the Constitutional State of Law, the possibilities and limits of the effectiveness of the constitutional discourse. The effectiveness of fundamental rights, as well as the renewed role of the Judiciary, based on the Federal Constitution of 1988, in its activity of concretizing these rights will be examined, based on the fundamental right to the effectiveness of the Constitution.

1 NEOCONSTITUCIONALISMO, ESTADO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O constitucionalismo moderno, forjado no final do século XVIII a partir dos ideais iluministas da limitação do poder por meio da lei, permaneceu inquestioná-

* Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestre em Direito Econômico pela UFBA. Professor Associado da Universidade Federal da Bahia (UFBA) onde leciona Teoria da Constituição, Direito Constitucional, Jurisdição Constitucional Comparada e Direitos Fundamentais nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Professor Adjunto da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), onde leciona Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Efetividade dos Direitos Sociais nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Professor Adjunto e Coordenador do Núcleo de Direito do Estado e da Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade Baiana de Direito. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas. Conferencista e autor de diversas obras jurídicas. Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia. Ex-Procurador da República (1995-1999). Ex-Promotor de Justiça do Estado da Bahia (1992-1995).

vel entre nós até meados do século XX, ocasião em que se originou, na Europa, um novo pensamento constitucional voltado a reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a legitimidade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política.

Esse pensamento, que recebeu a sugestiva denominação de “neoconstitucionalismo”, proporcionou o florescimento de um novo paradigma jurídico: o *Estado Constitucional de Direito*.

Isso se deveu notadamente em razão do fracasso político do modelo de Estado Legislativo de Direito, no âmbito do qual o mundo, pasmado, testemunhou uma das maiores barbáries de todos os tempos, com o genocídio cometido pelo governo nacional socialista alemão provocando o holocausto que exterminou milhões de judeus, pelos nazistas, entre 1939 e 1945, nos países ocupados pelas tropas do Reich hitlerista.

Com efeito, até a Segunda Grande Guerra Mundial, a teoria jurídica vivia sob a influência do *Estado Legislativo de Direito*, onde a Lei e o Princípio da Legalidade eram as únicas fontes de validade do Direito, na medida em que uma norma jurídica era válida não por ser justa, mas sim, exclusivamente, por haver sido *posta* por uma autoridade dotada de competência legal².

O *neoconstitucionalismo* representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. O *neoconstitucionalismo* destaca-se, nesse contexto, como uma *nova teoria jurídica*³ a justificar a mudança de paradigma, de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema, em face do reconhecimento da *força normativa da Constituição*, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa.

Assim, com a implantação do Estado Constitucional de Direito opera-se a subordinação da própria legalidade à Constituição, de modo que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas dependem não só da forma de sua produção como também da compatibilidade de seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais. Para Ferrajoli⁴, a validade das leis, que no paradigma

2 FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 16.

3 Sem embargo, é forçoso reconhecer que, como anota Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo, seja em sua aplicação prática, como em sua dimensão teórica, é algo que está por vir. Não se trata, como afirma o autor, de uma teoria consolidada. CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 11.

4 FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 18.

do Estado Legislativo de Direito estava dissociada da justiça, se dissocia agora também da validade, sendo possível que uma lei formalmente válida seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com os valores prestigiados pela Constituição. Isto porque, conclui o autor italiano, no paradigma do Estado Constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina a forma de produção legislativa como também impõe proibições e obrigações de conteúdo, correlativas umas aos direitos de liberdade e outras aos direitos sociais, cuja violação gera antinomias ou lacunas que a ciência jurídica tem o dever de constatar para que sejam eliminadas ou corrigidas.

Mas não é só. O neoconstitucionalismo também provocou uma mudança de postura dos textos constitucionais contemporâneos. Com efeito, se no passado as Constituições se limitavam a estabelecer os fundamentos da organização do Estado e do Poder, as Constituições do pós-guerra inovaram com a incorporação explícita em seus textos de *valores* (especialmente associados à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais) e *opções políticas gerais* (como a redução das desigualdades sociais) e *específicas* (como a obrigação de o Estado prestar serviços na área da educação e saúde)⁵.

O neoconstitucionalismo, portanto, – a partir (1) da compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia, (2) da incorporação nos textos constitucionais contemporâneos de valores e opções políticas fundamentais, notadamente associados à promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do bem-estar social, assim como de diversos temas do direito infraconstitucional e (3) da eficácia expansiva dos valores constitucionais que se irradiam por todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas constitucionais necessários a garantir as condições de existência mínima e digna das pessoas – deu início, na Europa com a Constituição da Alemanha de 1949, e no Brasil a partir da Constituição de 1988, ao fenômeno da *constitucionalização do Direito* a exigir uma leitura constitucional de todos os ramos da ciência jurídica.

Com a constitucionalização do Direito, evidencia-se a posição de proeminência dos textos constitucionais, que passam a influenciar todos os setores da vida política e social em Estado Democrático. Na formulação conceitual de Guastini⁶, a constitucionalização do Direito é um processo de transformação de um ordenamento jurídico ao fim do qual a ordem jurídica em questão resulta totalmente *impregnada* pelas normas constitucionais, que passam a condicionar tanto a legislação com a jurisprudência, a doutrina, as ações dos atores políticos e as relações sociais.

O referido autor chega a apresentar uma lista de sete condições para a caracterização do fenômeno da constitucionalização do Direito, a saber: 1) a existência de uma Constituição rígida; 2) a garantia judicial da Constituição; 3) a força normativa

5 Nesse sentido, conferir BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://biblioteca.digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 25 set. 2006.

6 GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 49.

da Constituição; 4) a sobreinterpretação da Constituição; 5) a aplicação direta das normas constitucionais; 6) a interpretação das leis conforme a Constituição, e 7) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

Ademais, foi especialmente decisivo para o delineamento desse novo Direito Constitucional, o reconhecimento da *força normativa dos princípios*, situação que tem propiciado a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

A emergência do *neoconstitucionalismo* logrou propiciar o reconhecimento da dupla dimensão *normativo-axiológico* das Constituições contemporâneas, ensejando a consolidação de uma teoria jurídica material ou substancial assentada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. Nesse contexto, o discurso jurídico, antes associado a uma concepção formal e procedimentalista, evolui para alcançar uma vertente *substancialista* preocupada com a realização dos valores constitucionais.

Em síntese perfeita, Luís Roberto Barroso⁷ apresenta a contribuição do neoconstitucionalismo para o Direito Constitucional contemporâneo:

[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

A Constituição Federal de 1988 inaugura no Brasil um Estado Constitucional de Direito, fundado na prevalência da Constituição e dos valores democráticos. Dá início a uma nova era: a era do respeito da dignidade da pessoa humana e da afirmação dos direitos fundamentais, como valores supremos e indispensáveis à constituição de uma sociedade livre, justa e solidária. Outrora considerada apenas um valor, um sentimento de reconhecimento a ensejar uma mera expectativa de respeito e apreço, a dignidade da pessoa humana, na atual quadra, foi alçada à categoria normativo-constitucional fundamentadora da organização do Estado e justificadora de seus fins. A dignidade da pessoa humana torna-se um princípio jurídico positivado na Constituição brasileira de 1988 e em quase todas as Cons-

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, ano 23, n. 82, p. 123, 2005. grifo nosso.

tuições do mundo após a Segunda Grande Guerra. Apresenta-se como um *valor normativo supremo* de toda sociedade, fundamento ético e jurídico sobre o qual assenta o edifício estatal, fonte de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, que estabiliza o poder e garante as liberdades, que condiciona a legitimidade da atividade estatal e emancipa o homem. Por essa razão, toda pessoa humana é *necessariamente* merecedora de respeito e consideração, sendo o *fim em si mesmo* e o centro em torno do qual devem gravitar todas as políticas públicas indispensáveis à garantia de condições *existenciais mínimas* para uma vida feliz.

De fato, preocupada em proporcionar a plena felicidade e a solidariedade entre as pessoas, a *Norma das normas* eleva a pessoa humana a fundamento maior do Estado e à centralidade dos sistemas jurídico-político. E isso tem um significado importante, na medida em que todos os fenômenos jurídicos, sociais e políticos devem ser compreendidos e decididos a partir da necessidade de proteção da pessoa humana e da exigência de se garantir um sentimento de solidariedade entre as pessoas.

Essa evolução de paradigma, com o reconhecimento da centralidade das Constituições nos sistemas jurídicos e da posição central dos direitos fundamentais nos sistemas constitucionais, tem propiciado o fortalecimento da posição, de há muito sustentada por nós, em defesa do reconhecimento de um direito fundamental à efetividade da Constituição e do controle judicial das políticas públicas⁸.

Nos tópicos que se seguem, parte-se para a investigação, conduzida sob os auspícios do neoconstitucionalismo e do novo paradigma do Estado Constitucional de Direito, das possibilidades e dos limites da efetividade do discurso constitucional. Abordar-se-á, assim, com base no direito fundamental à efetivação da Constituição, a eficácia dos direitos fundamentais, assim como o renovado papel do Poder Judiciário na sua atividade de concretizar tais direitos.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E A APLICABILIDADE DIRETA E IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir da implementação do Estado Constitucional de Direito e da concepção da Constituição como *norma jurídica fundamental*, dotada de *supremacia jurídica*, toda e qualquer norma constitucional, sem qualquer exceção, é provida de *eficácia jurídica*, apenas variando sua carga eficaz, ora para mais, ora para menos, consoante o grau de normatividade que lhe tenha sido outorgado pela própria Constituição. Isto significa que, embora todas as disposições constitucionais enunciem efetivas normas jurídicas, nem todas têm o mesmo alcance e significação normativos.

8 Conferir, a propósito, o que escrevemos em: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 71-112; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 395-441.

Assim, não se pode sustentar que todas as normas da Constituição têm imediata e direta aplicabilidade, ficando reservada essa virtude para tão somente aquelas que desfrutam de uma plena eficácia jurídica, o que significa dizer que, se por um lado todas as normas constitucionais são providas de eficácia jurídica, por outro, nem todas podem desfrutar de aplicação direta e imediata.

Segundo a Constituição de 1988, as normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais têm aplicação *imediate*, o que significa afirmar que, em princípio, essas normas têm eficácia plena, não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social. Todavia, o assunto não é assim tão simples, pois, a despeito de expressa previsão constitucional (CF/88, art. 5º, § 1º), as normas definidoras de direitos fundamentais longe estão de se identificarem funcional e normativamente, o que dificulta, em demasia, chegar-se a um tratamento uniforme sobre a matéria. Com efeito, assim como as normas constitucionais em geral, as normas definidoras de direitos fundamentais assumem feições distintas, seja de referência às funções que desempenham no ordenamento jurídico-constitucional, seja no tocante às técnicas de sua positivação. Assim, em que pese todas integrem a mesma categoria jurídico-normativa e serem rotuladas de normas definidoras de direitos fundamentais, elas – em razão das distintas funções que exercem e das diferentes técnicas de positivação às quais se submeteram – não são dotadas da mesma carga eficaz, o que leva alguns autores ao absurdo de declararem a inutilidade da norma contida no art. 5º, § 1º, fazendo pouco caso da vontade constituinte.

Por conseguinte, para o enfrentamento da complexa problemática da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, é necessário considerarmos as múltiplas funções desempenhadas por esses direitos (funções de defesa e de prestação) e as variadas técnicas de sua positivação no texto da Constituição, uma vez que esses fatores estão em íntima conexão com a carga de eficácia dos direitos fundamentais. Entretanto, não obstante isso seja fato, afirme-se, desde já, a posição adotada por este trabalho, que defende, à luz de um *direito fundamental à efetivação da Constituição*⁹, a aplicação imediata de todas as normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais, independentemente do seu grau de eficácia, cuja variação representará, decerto, algumas dificuldades na efetivação dos direitos ali versados. Mas, olvidar as dificuldades não obsta que elas se apresentem. Por isso, no próximo item será examinada a aplicação imediata das normas dos direitos de defesa e de prestação. Tecemos, por ora, apenas as linhas gerais da posição aqui firmada.

Com efeito, consoante prevê a inovadora disposição do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”¹⁰. A nossa Constituição, dessa forma, alinhando-se

9 Conferir, a propósito, o nosso trabalho CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

10 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

ao modelo já consagrado em outras Constituições, como a Lei Fundamental da Alemanha, de 23 de maio de 1949 (art. 1º, nº 3¹¹), a Constituição de Portugal, de 02 de abril de 1976 (art. 18º, n. 1¹²) e a Constituição da Espanha, de 29 de dezembro de 1978 (art. 53º, nº 1¹³), e sob a inspiração delas, acolheu em seu texto, de forma inédita, o princípio da *aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais*. Na doutrina, ainda não há consenso acerca do significado e alcance da disposição em comento, pairando a seu respeito fértil testilha entre os autores que se dispuseram a enfrentar o tema.

Impõe-se, desde logo, definir o alcance do preceito em exame, para descorrinhar-se se ele é aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo ou até mesmo fora da Constituição), ou se se limita aos direitos previstos tão somente no art. 5º e seus incisos, da Constituição Federal, sobretudo em razão de ele situar-se topograficamente em um dos parágrafos deste artigo 5º, o que pode sugerir, a princípio, um alcance restrito aos direitos contemplados por aquela disposição. Para nós, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais abrange todos os direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no catálogo (Título II) e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário)¹⁴. Isto se dá não só porque o art. 5º, § 1º refere-se textualmente a direitos fundamentais – fazendo uso da fórmula genérica “*direitos e garantias fundamentais*” – sem discriminá-los, mas também por conta de uma interpretação sistemática e teleológica que venha a recair na análise da referida disposição.

Efetivamente, num exame contextual e finalístico da Constituição, perceberemos, sem sombra de dúvida, que todos os direitos fundamentais submetem-se ao mesmo regime jurídico-constitucional, *em razão da marcada indivisibilidade que os caracteriza*. A Constituição Brasileira de 1988, apesar de ter recebido forte influência da Constituição Portuguesa de 1976, não seguiu os passos desta, que fixou distintos regimes jurídico-constitucionais (arts. 17 e 18 da CRP) para os direitos, liberdade e garantias do Título II e para os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III, estabelecendo que o princípio da aplicabilidade imediata só alcance

11 ALEMANHA. Constituição. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. *Diário Oficial da Federação*, Bonn, 23 maio 1988. Artigo 1º, n. 3, da Lei Fundamental da Alemanha: “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial”.

12 PORTUGAL. Constituição. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República*, Lisboa, n. 86, 10 abr. 1976. Série I. Artigo 18º, n. 1, da Constituição de Portugal: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

13 ESPANHA. Constituição. Constituição da Espanha. *Boletim Oficial do Estado*, Madrid, 29 dez. 1978. Artigo 53º, n. 1, da Constituição da Espanha: “Os direitos e as liberdades reconhecidos no capítulo II do presente título vinculam todos os Poderes Públicos. [...]”.

14 No mesmo sentido Ingo Wolfgang Sarlet e Flávia Piovesan (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 240 et seq.; PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 90). Em sentido contrário, recente obra de João Pedro Gebran Neto, onde sustenta que a cláusula da aplicação imediata dos direitos fundamentais se confina aos direitos e garantias do art. 5º e seus incisos. (GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos Direitos e Garantias Individuais: a busca de uma execução emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 158 et seq.). Esse último autor é seguido por Sergio Fernando Moro (MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 73).

os primeiros. Assim, onde houver uma norma definidora de direitos fundamentais, nela há de repousar a ideia de que sua aplicação se dá de forma direta e imediata. Mas em que consiste essa aplicabilidade imediata, ou ainda, em que medida uma norma definidora de direitos fundamentais tem aplicação imediata? Se de referência ao ponto acerca da abrangência dessa norma a todos os direitos fundamentais, não há muita controvérsia; aqui, porém, concernente ao significado e conteúdo do princípio da imediata aplicação dessas normas, não falta controvérsia.

Na doutrina, vigem duas posições extremadas. Uma entende que o art. 5º, § 1º, da CF não pode atentar contra a *natureza das coisas*, de modo que os direitos fundamentais só têm aplicação imediata se as normas que os definem são completas na sua hipótese e no seu dispositivo¹⁵; e outra, situada em extremo oposto, defende a imediata e direta aplicação das normas de direitos fundamentais, ainda que de caráter programático, no sentido de que os direitos subjetivos nelas consagrados podem ser imediatamente desfrutados, independentemente de concretização legislativa¹⁶.

A primeira posição, decerto, não pode ser aceita, pois não parece corresponder à vontade do Constituinte. Assim, não compartilhamos o entendimento segundo o qual é desnecessária a norma do art. 5º, § 1º, da CF porque, segundo defende essa posição, contém fórmula desprovida de conteúdo, na medida em que não tem o efeito de emprestar às normas carentes de concretização sua imediata aplicação e plena eficácia, pois, do contrário, se estaria atentando contra a *natureza das coisas*. Essa concepção, além de simplista e pessimista, não está alinhada aos melhores, e digno de encômios, posicionamentos da doutrina nacional e estrangeira acerca do tema, não podendo, portanto, prosperar. Ademais, é princípio conhecido de hermenêutica aquele que prestigia uma interpretação que extraia do texto interpretado a sua máxima utilidade e efetividade. Desmerecer a utilidade e o grau normativo ótimo do preceito contido no § 1º do art. 5º é ir, aí sim, contra a natureza jurídica das coisas. É inadmissível, portanto, uma interpretação que negue qualquer eficácia ao dispositivo em comento, a ele recusando o regime jurídico reforçado que o constituinte a ele reservou.

Na doutrina portuguesa, Canotilho e Vital Moreira¹⁷, comentando o art. 18º/1º da Constituição Portuguesa, que serviu de referência para a adoção do nosso art.

15 Nesse sentido, por todos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Segundo esse autor, a intenção que animou o Constituinte a inscrever na Constituição a cláusula da imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais é compreensiva e louvável, uma vez que tem por objetivo evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Contudo, afirma o autor: “Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não-executável pela natureza das coisas”. Em seguida, arremata o autor: “Ora, de duas uma, ou a norma definidora de direito ou garantia fundamental é completa e, portanto, auto-executável, ou não o é, caso em que não poderá ser aplicada. Pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta a galope, como disse o francês”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.100.

16 Nesse sentido, também por todos, GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 311 et seq.

17 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 164.

5º, § 1º, sustentam que os preceitos que versam sobre os direitos, liberdades e garantias são, para além de normas preceptivas, normas de *eficácia imediata*, sendo diretamente aplicáveis, no sentido de que essas normas aplicam-se mesmo na *ausência de lei*. Canotilho¹⁸, em obra individual, reitera essa ideia, quando destaca que a aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos fundamentais significa

[...] a rejeição da 'ideia criacionista' conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. Neste sentido, escreveu sugestivamente um autor (K. Krüger) que, na época actual, se assistia à deslocação da doutrina dos 'direitos fundamentais dentro da reserva de lei' para a doutrina da reserva de lei dentro dos direitos fundamentais.

O referido autor conclui afirmando que a aplicação direta não significa apenas que os direitos fundamentais (em Portugal, os direitos, liberdades e garantias) se aplicam independentemente da intermediação legislativa, significando também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.

José Carlos Vieira de Andrade, também se pronunciando sobre o referido dispositivo constitucional português, que consagra o princípio da imediata aplicação das normas que versam sobre direitos, liberdades e garantias, defende que esse princípio, exatamente por ter a finalidade de revelar a aplicabilidade imediata dessas normas, independentemente de qualquer medida concretizadora, constitui um *plus* em relação ao princípio da constitucionalidade, valendo

[...] como indicador da exeqüibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua 'perfeição', isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa.¹⁹

Percebemos, pois, do pensamento do autor que o juiz está autorizado a proceder a mediação necessária para aplicação imediata dos direitos fundamentais. Enfim, para o citado autor,

[...] nos termos do n. 1 do art. 18, os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são imediatamente aplicáveis, o que pressupõe que o seu conteúdo é ou deve ser concretizado ao nível da Constituição, em última análise por intermédio de uma interpretação criadora; não necessitam da mediação legislativa e não dependem, nem podem depender, por isso, das opiniões ou opções das leis ordinárias.²⁰

18 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1104, grifo do autor.

19 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 256-257, grifo nosso.

20 *Ibidem*, p. 140, grifo nosso.

Na doutrina espanhola, colhemos a importante opinião de Eduardo García de Enterría²¹, segundo o qual o art. 53, nº 1, da Constituição Espanhola – que adota, igualmente, cláusula de aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais e tem o mesmo significado do art. 1º, nº 3, da Lei Fundamental de Bonn em que se inspirou – acrescentou um *plus* às normas definidoras de direitos fundamentais, que consiste justamente no fato de que tais direitos têm o caráter de direito *diretamente aplicável*, sem necessidade do intermédio do legislador.

Igualmente inescurecível a posição de Medina Guerrero²², para quem esse mesmo art. 53, nº 1, da Constituição Espanhola produz duas consequências, quais sejam, a de impor à administração e aos tribunais a imediata concretização dos direitos fundamentais, sem necessidade de mediação legislativa e a de vincular o legislador à Constituição, criando uma sujeição tanto na perspectiva negativa (importando na vedação ao legislador de autorizar qualquer intervenção dos poderes públicos que não esteja constitucionalmente fundamentada), quanto na perspectiva positiva (importando na determinação para que o legislador desenvolva plenamente a eficácia dos direitos fundamentais).

Finalmente, na literatura jurídica alemã apreendemos do pensamento de F. Müller²³ que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais revela que esses direitos estão especialmente reforçados nos seus âmbitos normativos, de modo que, em “virtude de sua aplicabilidade imediata eles carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias”.

Na doutrina nacional, temos os escólios de Eros Roberto Grau, Flávia Piovesan e Luís Roberto Barroso, para citar apenas alguns autores brasileiros que enfrentaram, com agudeza, o tema, defendendo a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, independentemente da intermediação legislativa.

Para Eros Grau²⁴,

[...] o juiz não é, tão-somente, [...], a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa – e, bem assim, o membro do Poder Legislativo –, vinculado pelo exercício de uma função, isto é, de um po-

21 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983. p. 73. É necessário esclarecer que, na Espanha, por força do art. 53, 3, da Constituição – situação que não existe no Brasil nem tem paralelo com o direito constitucional brasileiro – o princípio da aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos fundamentais não alcança os “principios rectores de la política social y económica”. Assim, segundo o próprio autor, o art. 53, 3, da Constituição Espanhola “condiciona la aplicabilidad judicial de los ‘principios rectores de la política social y económica’ a su desarrollo por la Ley, condición no exigible para la aplicación de las normas constitucionales referentes a los derechos fundamentales aludida en el mismo artículo”. No mesmo sentido, JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999. p. 54-61.

22 MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p. 4.

23 MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000. p. 78-79.

24 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 315-316, grifo do autor. Ainda a respeito da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, Grau afirma que essas “normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa, ainda, que o Estado também deve prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tornando jurídica ou formalmente efetivas. Por essa razão é que tais normas já não têm mais caráter meramente programático, assumindo a configuração de preceitos auto-executáveis, aos quais o aplicador último do direito – o Poder Judiciário – deve conferir *efetividade jurídica* ou *formal*”.

der-dever. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de interdependência e não de independência de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele – aliás – é um processo de perene recriação e mesmo de renovação (atualização) do direito. Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas reproduzir, mas produzir direito – evidentemente retido pelos princípios jurídicos.

Segundo Piovesan²⁵, a partir desse princípio em comento, todos os direitos fundamentais devem alcançar imediata aplicação, devendo os poderes públicos conferir a máxima eficácia a todas as normas definidoras desses direitos. Para tanto, segundo a autora, cabem aos órgãos judiciais

a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras.

De acordo com Barroso²⁶, ainda que se afirme ser de pouca lógica o princípio em causa, que prevê que as normas constitucionais são aplicáveis, o que é óbvio, haja vista que a Constituição existe para ser aplicada,

[...] parece bem a sua inclusão no Texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência. Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil [...].

Compartilhamos, sem dúvida alguma, a doutrina acima exposta. De feito, no seio da Assembleia Nacional Constituinte, quando apresentada a proposta de emenda que culminou com a redação final do art. 5º, § 1º, da CF, e durante a votação em plenário, sustentou o Presidente da Assembleia, Deputado Ulysses Guimarães, ao explicar o sentido da referida emenda, que ela, verdadeiramente, “[...] objetiva expungir qualquer dúvida sobre o texto. Não é necessário lei complementar para que a sua aplicabilidade seja garantida. É isso que querem os autores

25 PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra omissões legislativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 90-91, grifo nosso.

26 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 142-143, grifo nosso.

da proposta²⁷. O Deputado Gastone Righi, um dos idealizadores da proposição, ratificou a manifestação do Presidente da Assembleia, asseverando que: “Aliás, nem se justificaria que os direitos e garantias desta Constituição tivessem aplicação apenas quando a lei complementar os regulamentasse²⁸”.

Como se observa, era nítida a intenção do Constituinte²⁹ em evitar que os direitos fundamentais ficassem ao obséquio do legislador infraconstitucional. Neste particular, cumpre-nos recordar a doutrina de Häberle³⁰ a respeito da interpretação aberta e pluralista da Constituição, com base na qual podemos afirmar que aqueles debates parlamentares acima sumariados, a respeito da emenda que projetou a redação final do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, *constituíram verdadeira interpretação constitucional*. Ademais disso, também considerando o método histórico de interpretação do art. 5º, § 1º, da CF, e consciente de que deve o jurista perquirir no sistema normativo, até a exaustão, todas as potencialidades dos comandos normativo-constitucionais, notadamente o ora sob investigação, firmamos nossa posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer *interpositio legislatoris*, que é até desnecessária. Isso significa que a norma-princípio do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a *plena justiciabilidade* destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação. De mais a mais, e em reforço a esses argumentos, ainda nos cumpre anotar que, também com base em Häberle – como a realidade social conforma substancialmente a interpretação da Constituição –, a realidade consistente no desejo de todos pelo gozo imediato dos direitos fundamentais impõe que a interpretação do art. 5º, § 1º seja no sentido da aplicabilidade direta desses direitos.

Com isso, defendemos a tese de que, em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Judiciário – valendo-se de um autêntico *dever-poder* de

27 *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, p. 7314.

28 *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, p. 7314.

29 Em que pese o direito brasileiro não se alinhar à corrente *originalista* do direito norte-americano, que prestigia a vontade histórica do legislador, é inegável a importância que a investigação histórica tem para a interpretação das normas jurídicas, notadamente das normas constitucionais, servindo de poderoso critério ancilar na atividade do intérprete, desenvolvida na tentativa de apreender o sentido e o alcance da norma.

30 O autor sustenta que a interpretação constitucional dos “órgãos oficiais” não é nem deve ser a única, uma vez que os cidadãos, os grupos de interesses e a opinião pública em geral constituem forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes da Constituição, porque: “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indiretamente 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”. A interpretação constitucional, para Häberle, é uma atividade que diz respeito a todos. Assim, ele propõe a ampliação do círculo dos intérpretes da Constituição, como consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação: “É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista”. A propósito do que afirmamos no texto, Häberle lembra, em situação semelhante à acima cogitada, o debate constitucional do parlamento alemão de fevereiro de 1974, que constituiu uma interpretação constitucional antecipada: “Parlamentares tornam-se aqui intérpretes da Constituição”. 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, 2002. *passim*.

controle das omissões do poder público – desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa.

É necessário deixarmos bem claro que o sistema jurídico brasileiro autoriza a qualquer órgão do Poder Judiciário remover lacunas indesejadas, colmatando-as e suprindo-as com base na analogia, nos costumes, nos princípios gerais de direito, e por meio de uma interpretação criativa e concretizante, inexistindo, nesse caso, qualquer afronta ao tão reverenciado princípio da separação dos poderes. Hoje não mais se duvida nem se questiona – pelo menos no âmbito de uma dogmática constitucional transformadora, que reclama pela renovação da clássica teoria da separação dos Poderes – a capacidade do Poder Judiciário, por meio de uma interpretação construtiva, de *criar* o Direito, de modo que os juízes e os tribunais são considerados autênticos *law-makers*.

Não se ignora, obviamente, a existência de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais que, por exigência do Estado Social de Direito, prestam-se a fixar programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelos órgãos de direção política e que reclamam, por isso, mediação legislativa (as chamadas normas programáticas), tendo, portanto, em razão dessa função de prestação material social, uma eficácia limitada. Mas, nem por isso, essas normas são destituídas de aplicação imediata. Elas apenas exigem um esforço maior de complementação por parte dos órgãos do Judiciário, no exercício de sua atividade de garantia e efetivação dos direitos fundamentais. Assim, em face da vinculação de todos os órgãos públicos (eficácia vertical) e de todos os particulares (eficácia horizontal) aos direitos fundamentais e forte no que dispõem os princípios da aplicação imediata das normas definidoras desses direitos e da inafastabilidade do controle judicial, qualquer órgão do Judiciário encontra-se investido do dever-poder de aplicar imediatamente, diante do caso concreto, as normas de direitos fundamentais, assegurando o pleno gozo das posições subjetivas neles consagradas, seja qual for a natureza e a função desses direitos, e isso se dá independentemente de qualquer concretização legislativa.

Aliás, convém asseverar que a ausência de concretização jamais poderá representar óbice à aplicação imediata das normas de direitos fundamentais pelos juízes e tribunais, uma vez que, segundo aqui defendemos, o Judiciário, amparado no que dispõe o art. 5º, § 1º, combinado com esse mesmo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não apenas está investido do indeclinável dever de garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais, como está autorizado a remover eventual lacuna decorrente da falta de concretização, podendo se valer, para tanto, dos meios fornecidos pelo próprio sistema jurídico positivado, que contempla norma do art. 4º da LINDB, segundo a qual “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”³¹.

31 BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 set. 1942.

Impende ressaltar, ademais, que o fato de a norma constitucional definidora de direitos fundamentais remeter ao legislador ordinário a tarefa de regulá-la não afasta o raciocínio aqui desenvolvido. Isto porque, quando tal ocorre, pretende o constituinte tão somente – certamente movido por um sentimento voltado a assegurar uma maior segurança e certeza – uma regulamentação geral e uniforme desses direitos para todos os seus titulares, decerto mais conveniente para estes. Até porque a regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial, podendo apenas ser útil pela certeza e segurança que cria quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos³². Desse modo, se

[...] o legislador não cumpre a determinação constitucional, e o direito permanece sem regulamentação, não deixa ele, por isso, de ser ‘direito’, e como direito (subjetivo) que é, não pode deixar de ser exigível judicialmente. Cabe, então, ao Judiciário, viabilizar seu exercício, no caso concreto, independente da interpositio legislatoris³³.

Alguns autores, entre eles Ingo Sarlet³⁴, José Afonso da Silva³⁵ e Celso Ribeiro Bastos³⁶, procuram uma solução intermediária, que, a um só tempo, não neutralize o princípio em causa nem o superestime, haja vista que, muito embora ele se aplique a todas as normas de direitos fundamentais (direitos de defesa e direitos de prestação), há casos em que não se tem como dispensar uma concretização pelo legislador (alguns direitos sociais). Em que pese essa posição reconhecer e emprestar certa dignidade ao princípio em exame, o que a faz merecedora de encômios, é de se ter em conta, todavia, que procurar uma “solução intermediária”, por força de contingências de menor relevância, é reduzir a grandeza do princípio da aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, virando as costas ao passado histórico de lutas e conquistas que se desenvolveram no processo

32 KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 38.

33 HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1999. p. 53, grifo do autor.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 248-252.

35 Segundo o autor, “O Título II da Constituição contém a *declaração dos direitos e garantias fundamentais*, incluindo aí os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. O art. 5º, § 1º, por seu lado, estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isto abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11º. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia e aplicabilidade indireta”. E arremata: “Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p. 165.

36 Esse autor, comentando o parágrafo primeiro do artigo 5º, conclui, de forma tímida, que “o conteúdo deste parágrafo consiste no seguinte: o princípio vigorante é o da aplicabilidade imediata, que, no entanto, cede em duas hipóteses: a) quando a Constituição expressamente refere que o direito acenado só será exercitável nos termos e na forma da lei; b) quando o preceito constitucional for destituído de elementos mínimos que assegurem a sua aplicação, é dizer, não pode o vazio semântico ser tão acentuado a ponto de forçar magistrado a converter-se em legislador”. BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 393.

de afirmação, a duras penas, dos direitos fundamentais, notadamente quando se tem consciência de que esse princípio veio à tona porque já se tornava evidente que a exigência de uma regulamentação dos direitos punha em perigo a eficácia destes, pois bastava a inércia do legislador para que as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais se transformassem em conceitos vazios de sentido e conteúdo³⁷.

Assim, afirmar que a norma do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tão somente encerra um mandado de otimização, que impõe aos órgãos estatais a obrigação de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, gerando uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas que definem direitos, sustentando, porém, que o alcance do princípio dependerá do exame da hipótese em concreto da norma definidora do direito em pauta, é limitar o significado desse princípio garantidor da efetividade dos direitos fundamentais e voltar ao passado, em o qual o gozo dos direitos fundamentais ficava à mercê do capricho do legislador ordinário, numa inadmissível inversão de valores, hoje incompatível com uma moderna dogmática constitucional transformadora. Hodiernamente, assiste-se, sem dúvida, “à deslocação da doutrina dos *direitos fundamentais dentro da reserva de lei* para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*”. E isso tem propiciado uma mudança paradigmática, que envolve a ideia de que os direitos fundamentais não precisam de regulamentação para serem desfrutados e incidirem³⁸, podendo ser imediatamente invocados por seus titulares, ainda que haja falta ou deficiência da lei.

Ademais, sustentar que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais está condicionado às possibilidades de positivação da norma que os define, significa conferir à cláusula em exame apenas uma *eficácia mínima*, que é atributo de *todas* as normas constitucionais, inclusive as programáticas³⁹, independentemente de expressa previsão.

Portanto, o argumento de que a norma constitucional definidora de direitos fundamentais, carente de regulação, só opera seus efeitos quando editada a lei que a torne efetiva, significa, em última instância, admitir a transferência da função constituinte do legislador constituinte para o legislador constituído ou ordinário, já que sua omissão retiraria de vigência a norma constitucional⁴⁰.

É preciso enfatizar, outrossim, que a dignidade da pessoa humana – alçada a princípio fundamental pela Constituição Brasileira (CF/88, art. 1º, III) e vetor para a identificação material dos direitos fundamentais – apenas estará assegurada

37 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1104.

38 CLÉVE, Clémerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 57.

39 GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos Direitos e Garantias Individuais*: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41. Esse autor, embora sustente que a cláusula da aplicação imediata dos direitos fundamentais se confina aos direitos e garantias do art. 5º e seus incisos, defende, como nós, a imediata aplicabilidade desses direitos, independente de qualquer concretização legislativa.

40 Nesse sentido, bem lembra Jorge Hage, decisão do *Bundesverfassungsgericht* que reconheceu a competência do Poder Judiciário, em caso de omissão do legislador, a “ajustar a solução do caso *sub judice* ao preceito constitucional não implementado pelo legislador, sem prejuízo de que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais”. HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1999. p. 72.

quando for possível ao homem uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais.

Concluindo, por ora, a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, sublinhamos que, hodiernamente, no âmbito de uma dogmática constitucional transformadora e emancipatória, a questão não está mais em discutir se há ou não aplicação imediata dos direitos fundamentais, *que é pressuposta*, mas, sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata. Assim, o problema real que temos de enfrentar é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetivação e concretização imediata desses direitos.

Fechando este tópico, cumpre-nos deixar patente, na senda crítica de Bobbio⁴¹, que é “inútil dizer que nos encontramos aqui numa estrada desconhecida; e, além do mais, numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhantes, os que enxergam com clareza mas têm os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres mas têm os olhos vendados”.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE DEFESA

Os direitos de defesa são aqueles que demarcam um âmbito de proteção do indivíduo, pondo-o a salvo de qualquer investida abusiva por parte do Estado. Criam, assim, verdadeiras *posições subjetivas* que outorgam ao sujeito o poder de exercer positivamente os próprios direitos (*liberdade positiva*) e de exigir omissões dos poderes estatais e de particulares, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes (*liberdade negativa*).

Dá já se percebe que esses direitos fundamentais, por traduzirem, essencialmente, a exigibilidade de uma *abstenção* por parte dos órgãos estatais, não manifestam maiores dificuldades quanto à sua direta e imediata aplicabilidade, já que não se estendem a esse grupo de direitos as razões normalmente invocadas contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais prestacionais (como os limites fáticos impostos pela chamada “reserva do possível” e a falta de legitimação do Poder Judiciário para a definição do conteúdo e alcance das prestações), embora se possa afirmar que no Estado contemporâneo esses direitos fundamentais clássicos estão cada vez mais dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre ameaças de sua liberdade⁴². E a prática tem demonstrado que, salvo algumas exceções, esses direitos têm obtido razoável tutela do Poder Judiciário, com a declaração de nulidade de atos dos outros Poderes que violam a esfera juridicamente protegida do indivíduo. E isso se deve, fundamentalmente, como acentua Barroso⁴³, a duas ordens de razões. Uma, de natureza ideológica, uma vez que os direitos de defesa sempre foram a

41 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 37.

42 Conferir, a propósito, KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 47.

43 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 107.

bandeira do pensamento político burguês que representa, hodiernamente, a classe dominante, de modo que eles traduzem a proteção jurídica dos interesses dessa classe e sua concretização, por isso mesmo, não encontra empecilho de natureza política. E outra, de natureza operacional, na medida em que esses direitos têm por conteúdo, essencialmente, uma abstenção por parte do Estado ou do particular, e sua realização, por conseguinte, não depende de qualquer prestação dos órgãos estatais, para além de ter em seu benefício a própria *lei da inércia*.

Tome-se como exemplos o direito de liberdade de expressão, vedada qualquer censura (CF, art. 5º, IX); o direito à inviolabilidade da casa (CF, art. 5º, XI); o direito de liberdade de locomoção e de não ser preso arbitrariamente (CF, art. 5º, LXI, ou seja, fora dos moldes permitidos pela Constituição); o direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII); o direito de não ser tributado para fins de confisco (CF, art. 150, IV), entre outros.

Desses direitos fundamentais de defesa, decorre para o indivíduo uma posição jurídica favorável de exigir do Estado ou de particulares um dever de abstenção da prática de quaisquer atos que venham a afetá-los. E essa exigência se dá independentemente de qualquer atividade do legislador. Nesse caso, a lei pode servir tão só para eventual restrição permitida constitucionalmente ou regulação prática de caráter geral e uniforme.

Nesse sentido, esses direitos podem ser imediatamente usufruídos pelos seus titulares, sendo exigíveis até judicialmente, em caso de violação, uma vez que se acham aptos, desde logo, a desencadear todos os efeitos jurídicos para os quais estão preordenados.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÃO

As maiores dificuldades na aplicação imediata dos direitos fundamentais manifestam-se aqui, entre os *direitos a prestação*, que têm por objeto uma *conduta positiva* por parte do Estado, consistente, via de regra, numa prestação de natureza fática ou normativa. E é exatamente em razão desse objeto que paira sobre esse grupo de direitos fundamentais forte testilha doutrinária, a revelar os desafios da efetividade dos direitos sociais.

Os direitos fundamentais a prestações, por não se reduzirem a prestações materiais sociais, compreendem os direitos fundamentais de proteção (no sentido de direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado) e os direitos à participação na organização e procedimento, de tal modo que os direitos a prestações, como gênero, englobam, como espécies, os *direitos a prestações em sentido amplo* (compreendendo os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e os *direitos a prestações em sentido estrito* (que são os direitos a prestações materiais sociais, ou, simplesmente, direitos sociais).

Enfim, os direitos fundamentais como direitos a prestações são aquelas posições jurídicas que habilitam o indivíduo a *exigir* do Estado uma *postura ativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Todos os direitos que exprimem uma posição jurídica dirigida a um comportamento ativo por parte do Estado e, conseqüentemente, não se enquadram na categoria dos direitos de defesa, são direitos fundamentais a prestações. Vale dizer, são direitos que exercem a função de *status positivus* (na teoria dos quatro *status* de Jellinek), na medida em que caracterizados pela dimensão prestacional que lhes é peculiar e que os distingue dos direitos de defesa.

Diversamente dos direitos de defesa, para cuja tutela necessita-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem ser tão somente “atribuídos” ao indivíduo, pois exigem permanente ação do Estado na realização dos programas sociais voltados à inclusão social. A questão a ser ventilada neste item do trabalho diz respeito, fundamentalmente, à plena eficácia e aplicabilidade imediata desses direitos que, como projeção direta da dignidade da pessoa humana, deve ser, desde logo, reconhecida e assegurada, até porque *todos os direitos fundamentais, qualquer que seja a sua natureza, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os Poderes, especialmente o Legislativo, e essa vinculação se submete ao controle judicial.*

A *força dirigente e determinante* dos direitos fundamentais a prestação, particularmente os direitos sociais, *inverte* o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos transita-se para uma *proibição de omissão*. Quer dizer, com o advento da Constituição dirigente e, com ela, do Estado Social, do direito a exigir que o Estado se *abstenha de interferir* nos direitos do indivíduo *transita-se* para o direito a exigir que o Estado *intervenha* ativamente no sentido de assegurar prestações aos indivíduos⁴⁴. Desse modo, a problemática da violação dos direitos fundamentais não se cinge a atos positivos do poder público. Compreende, com acentuado destaque, a falta de prestações e a inércia normativa dos órgãos de direção política. Destarte, como asseverado por Canotilho⁴⁵, “*a problemática dos direitos fundamentais não se sintetiza hoje na fórmula: ‘a lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais’; exige um complemento: ‘a lei como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais’*”. Nesse contexto, avulta a importância de um estudo científico a justificar o controle judicial das omissões do poder público.

Cumprе explicitar que os direitos sociais, para serem usufruídos, reclamam, em face de suas peculiaridades, a disponibilidade das prestações materiais que constituem seu objeto, já que tutelam interesses e bens voltados à realização da justiça social. Daí dizer-se correntemente que os direitos sociais não são direitos

44 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 365.

45 *Ibidem*, p. 363-364, grifo nosso.

contra o Estado, mas sim direitos *por meio* do Estado, porquanto exigem dos órgãos do poder público certas prestações materiais. Com efeito, na esteira de Böckenförde⁴⁶, se com os direitos sociais

[...] a liberdade jurídica deve poder converter-se em liberdade real, seus titulares precisam de uma participação básica nos bens sociais materiais; e essa participação nos bens materiais é uma parte da liberdade, dado que é um pressuposto para sua realização. Os Direitos Fundamentais Sociais tendem ao asseguramento dessa participação nos Bens Materiais: o direito ao trabalho, à habitação, à educação, à saúde, etc.

As prestações-objeto dos direitos fundamentais sociais correspondem, pois, a bens materiais economicamente relevantes e consideráveis, cuja efetivação – é certo – depende da disponibilidade econômica do Estado, que é, a rigor, o principal destinatário da norma. Vale dizer, o objeto dos direitos sociais depende da existência de recursos financeiros ou meios jurídicos necessários a satisfazê-lo. Daí se sustentar, em doutrina, que os direitos sociais sujeitam-se a uma *reserva do possível*, aqui entendida como a possibilidade de disposição econômica e jurídica por parte do destinatário da norma. Mas não é só. Em regra, esses direitos sociais, como se costuma apontar, também dependem de concretização legislativa executora das prestações que constituem seu objeto, dado o fato de que, por não disporem, em nível da Constituição, de conteúdo normativo determinado e consistente (problemas diretamente relacionados com a forma de positividade desses direitos, ou seja, à sua estrutura normativa), só o legislador ordinário pode conformá-los (liberdade de conformação), dando-lhes suficiente densidade normativa. Aí reside, por certo, o cerne da problemática da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, não faltando quem negue, em face desses aspectos, a aplicação imediata desses direitos. Autores há, inclusive, que qualificam os direitos sociais de “direitos relativos”, por se tornarem exigíveis apenas depois de concretizados pelo legislador, em contraposição aos direitos de defesa, ilustrados como “direitos absolutos”, por serem exigíveis desde logo, sem necessidade de mediação legislativa. Ainda há, outrossim, ante essa circunstância, quem denomine esses direitos sociais de “direitos na medida da lei” (*Massgabebegrundrechte*)⁴⁷.

Essas características gerais ora apontadas dificultam, mas não negam, e jamais podem negar, a judicialização dos direitos sociais. Em razão delas costuma ser recusada a estes direitos a condição de verdadeiros direitos subjetivos, com o que não se pode, efetivamente, concordar. Essas características dos direitos sociais não têm o condão de obstar ou embaraçar a sua plena e imediata aplicabilidade, como será ao diante demonstrado.

Ora, na hodierna dogmática constitucional, com a influência do neoconstitucionalismo, assiste-se, sem dúvida, a um deslocamento da doutrina dos *direitos*

46 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993. p. 74, grifo nosso.

47 *Ibidem*, p. 267.

fundamentais dentro da reserva de lei para a doutrina da reserva de lei dentro dos direitos fundamentais, de tal modo que é incogitável negar o caráter jurídico e, conseqüentemente, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais sociais, que são autênticos direitos subjetivos. Todos os direitos sociais geram imediatamente posições jurídicas favoráveis aos indivíduos, exigíveis desde logo, inobstante possam apresentar teores eficáciais distintos. Esses direitos, portanto, “são verdadeiros ‘direitos subjetivos’, na acepção mais comum da palavra”⁴⁸, máxime quando necessários à garantia do padrão mínimo social.

A doutrina vem estabelecendo a distinção entre os *direitos originários a prestações* (ou direitos sociais originários) e os *direitos derivados a prestações* (ou direitos sociais derivados). Assim, enquanto os direitos originários a prestações são aqueles que geram posições jurídicas subjetivas, que podem ser diretamente deduzidas das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, independentemente de concretização legislativa, os direitos derivados a prestações correspondem, na verdade, às posições jurídicas subjetivas já concretizadas pelo legislador e que somente podem ser sacadas, não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, mas da concretização destas pelo legislador infraconstitucional.

Esses direitos derivados a prestações têm por propósito garantir, basicamente, a possibilidade de igual participação nas prestações materiais já existentes, com base no princípio da igualdade. Desse modo, inexistem maiores dificuldades acerca da imediata possibilidade de desfrute desses direitos, de modo que, na hipótese de o indivíduo ser excluído abusivamente do gozo de alguma prestação já existente e mantida pelo Estado, nasce para ele um direito subjetivo de natureza defensiva, com vistas a obstar qualquer discrimen e a garanti-lo do acesso à prestação desejada⁴⁹. Assim, onde já foi implantado o serviço público necessário para a satisfação de um direito social derivado, a sua não prestação em desacordo com a lei pode ser atacada com a propositura da ação adequada. Isto ocorre, por exemplo, quando um hospital público nega o internamento de uma pessoa doente, não obstante a existência de vagas, ou se recusa a fornecer um determinado medicamento⁵⁰.

48 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, n. 57/58, p. 255, 1981.

49 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 278-279.

50 O STF vem reconhecendo, nessa hipótese, a existência de direito subjetivo público. Confira-se ementa do acórdão lavrado no RE 267.612-RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.08.2000. EMENTA: PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOAS DESTI-TUIDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO A VIDA E A SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5., CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF) - O direito público subjetivo a saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário a assistência médico-hospitalar. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incoerente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. - A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis n.s 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5., caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um

Já se percebe, à evidência, que o enfoque a ser dado aqui recai sobre os direitos originários a prestações que, reitera-se, são aqueles que possibilitam – a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer *interpositio legislatoris* – o exercício imediato das prestações que lhes constituem o objeto. São os direitos subjetivos a prestações, ou seja, direitos subjetivos extraídos diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais. De feito, esses direitos proporcionam o reconhecimento, a partir diretamente da Constituição, de um direito subjetivo a prestações sociais, de tal modo que investem o indivíduo da posição jurídica subjetiva de exigir do Estado, até judicialmente, as prestações materiais concretas que constituem seu objeto. Assim, os direitos fundamentais sociais originários a prestações são autênticos direitos subjetivos a prestações. Ou seja, as normas constitucionais definidoras de direitos sociais são fontes de direitos subjetivos e obrigações e reclamam, por conseguinte, um papel mais ativo e renovado do Poder Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Os que objetam a existência desses direitos originários a prestações, na condição de direitos subjetivos, e, conseqüentemente, negam a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, normalmente invocam, inicialmente, o argumento de que os dispositivos que os preveem são abertos, indeterminados e imprecisos, surgindo daí a necessidade, segundo sustentam, de integração legislativa.

Indiscutivelmente, esse argumento não pode prosperar. Com efeito, a existência de expressões ou conceitos vagos ou indeterminados não é, e nunca foi, obstáculo à aplicação imediata das normas jurídicas, notadamente das normas jurídico-constitucionais definidoras de direitos fundamentais, que gozam, por determinação da própria Constituição (art. 5º, § 1º), de plena eficácia e aplicabilidade direta e imediata. Esse argumento é ainda mais frágil, quando, ademais, se tem consciência de que, no sistema jurídico brasileiro, constitui missão indeclinável dos juízes e tribunais – para o fim de assegurar o exercício do direito, dele afastando qualquer tipo de lesão ou ameaça (CF, art. 5º, XXXV) –, a determinação, *in concreto*, do conteúdo e alcance dos preceitos normativos, exatificando os conceitos abertos e integrando as lacunas ou omissões porventura existentes, para tanto se valendo da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (LINDB, art. 4º e CPP, art. 126), além de uma atividade de interpretação criativa e concretizadora.

Acrescente-se, ainda, que por mais vago que seja o conceito ou a expressão utilizada na definição dos direitos sociais, sempre haverá um núcleo essencial incontestável. É, portanto, puramente ideológico, e não científico, o entendimento que faz depender de lei o exercício dos direitos sociais definidos em termos fluidos ou vagos⁵¹. Muito pelo contrário, parte-se da premissa de que, como os direitos

gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 267.617-RS. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 23 ago. 2000).

51 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, n. 57/58, p. 245, 1981. Esse autor, à guisa de conclusões genéricas de sua excelente tese, sustenta, definitivamente, que a “existência dos chamados conceitos vagos, fluidos ou imprecisos, nas regras concernentes à Justiça Social não é impeditiva a que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo. Esta missão é realizada habitualmente pelo juiz nas distintas áreas do Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por mais fluido que seja um conceito, terá sempre um núcleo

sociais são frequentemente definidos em termos muito vagos e fluidos, mostra-se inevitável o elevado grau de criatividade do juiz chamado a interpretá-los⁵². A não ser assim, o juiz ou tribunal investido na relevante função de efetivar a Constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo aos fluidos e vagos conceitos reveladores de direitos sociais, ou considerar como não vinculante exatamente o núcleo essencial e central das Constituições contemporâneas, representado pelos direitos fundamentais. Esta última alternativa, evidentemente, mostra-se dificilmente defensável, uma vez que ela implica que os juízes, cuja função essencial é justamente a de proteger os direitos fundamentais, tenham de renunciar a desempenhar o papel de guardiões desses direitos⁵³.

Ainda alegam os refratários da aplicabilidade imediata dos direitos sociais a necessidade da *interpositio legislatoris* para a conformação do conteúdo e do alcance das prestações que constituem o objeto desses direitos fundamentais. Böckenförde⁵⁴, por exemplo, sustenta que as prestações sociais reclamadas pelos direitos fundamentais sociais são tão genéricas que esses direitos não podem fundamentar diretamente pretensões exigíveis judicialmente, não se apresentando, portanto, como direitos imediatamente desfrutáveis pelo cidadão, quando ainda estão no nível da Constituição, antes, pois, de sua conformação legislativa. São, tão somente, direitos sociais derivados à prestação.

Nada mais equivocado. Ora, a Constituição não reconhece direitos fundamentais sem conteúdo. Sempre haverá um conteúdo mínimo e essencial a possibilitar a perfeita e imediata fruição dos direitos conferidos. E a depender da hipótese, deve e pode o Judiciário completar a norma, compondo construtivamente o conteúdo dos direitos fundamentais por ocasião de sua aplicação no caso concreto, sem que se cogite de qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que os direitos são “dotados de força normativa autônoma contra ou na ausência do legislador”⁵⁵, e é tarefa constitucional do Judiciário fazê-los aplicar. Se se trata de direitos fundamentais, seu titular se encontra imediatamente investido do poder jurídico de exigir prontamente, pela via judicial, a prestação correspondente a seu objeto, sempre que o obrigado deixar de satisfazê-la, até porque “direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. Juridicamente, isso não existe”⁵⁶. Assim, é puramente ideológica, e não científica, a oposição que ainda hoje se faz à efetivação, por via judicial, dos direitos sociais⁵⁷.

significativo indisputável”. Ibidem, p. 255.

52 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 60.

53 Ibidem, p. 68.

54 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993. p. 78.

55 CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 359.

56 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 113-114.

57 Ibidem, p. 106.

Por último, não se pode concordar com aqueles que sustentam, com base na doutrina estrangeira, encontrar-se a eficácia dos direitos fundamentais dependente do limite fático da *reserva do possível*, porque sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida, etc.), onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais da pessoa humana, como a vida, a integridade física, a saúde⁵⁸ e a educação, por exemplo. Ademais, os problemas de “caixa” não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero⁵⁹, o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte.

De mais a mais, não se pode aceitar o entendimento de certos autores que só vislumbram os direitos subjetivos a partir dos direitos sociais na sua versão *negativa*, só admitindo aqueles direitos subjetivos quando o legislador ou a administração pública proceda de modo contrário aos objetivos neles expressados. Para tais autores, o direito subjetivo se circunscreve a tão somente impedir que os órgãos do poder formulem atos contrários a esses direitos fundamentais sociais: qualquer lei que atente contra os objetivos dos direitos sociais é inconstitucional, surgindo daí o direito subjetivo de recusá-la.

Há autores, entretanto, que buscam soluções as mais diversas para tentar contornar esses óbices geralmente opostos ao reconhecimento de direitos originários a prestações. Nesse sentido, Christian Starck⁶⁰, apesar de contrário à doutrina dos direitos subjetivos a prestações, admite que, em certos casos, é possível deduzir diretamente das normas constitucionais direitos fundamentais sociais, desde que: a) seja urgente e necessário para assegurar materialmente uma liberdade fundamental; b) seja determinado ou, ao menos, determinável o conteúdo da prestação que lhes constitui objeto, para evitar a obrigatoriedade da intermediação legislativa, e c) exista a garantia dos recursos necessários sem que implique qualquer intervenção nos orçamentos públicos, o que contornaria, simultaneamente, os obstáculos representados pelos limites fáticos da reserva do possível e da falta de competência do judiciário em matéria orçamentária.

Já Rüdiger Breuer⁶¹ só admite os direitos originários a prestações quando indispensáveis à manutenção das liberdades fundamentais. Esse autor, defensor da solução de cunho minimalista, sustenta que os direitos sociais originários somente podem ser reconhecidos se o legislador, a quem cabe, em princípio, a função de garantir um padrão mínimo existencial, descumprir essa sua função, pondo em

58 KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 53.

59 KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 54.

60 STARCK, 1976, p. 526 apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

61 BREUER, 1978, p. 494 et seq. apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 317.

risco as liberdades fundamentais. Desse modo, ante a necessidade de se assegurar a existência de um padrão mínimo, deve-se reconhecer direitos subjetivos a prestações. E no âmbito de um padrão minimalista não tem aplicação o obstáculo da invasão da competência do legislador.

Também tentando conciliar as diversas posições contrárias e favoráveis acerca do reconhecimento dos direitos originários a prestações, Robert Alexy⁶², partindo da ideia reitora de que os direitos fundamentais “son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria”, propõe a inovadora ideia de ponderação entre princípios, sugerindo que, em face do caso concreto, se avalie qual dos princípios em jogo prevalecerá, se o princípio da liberdade real, de um lado, ou os princípios da separação dos poderes e aqueles que asseguram a liberdade de terceiros, de outro, já que nenhum desses princípios assume feições absolutas.

Esse modelo proposto, segundo admite o próprio Alexy⁶³, não especifica quais direitos fundamentais sociais definitivos tem o indivíduo, mas apenas quais ele pode vir a ter: “La respuesta detallada a esta cuestión es tarea de la dogmática de los diferentes derechos fundamentales sociales”. Todavia, é possível dar uma resposta geral, diz Alexy, de tal modo que os direitos subjetivos a prestações deverão ser sempre reconhecidos, quando urgentes e imprescindíveis à garantia material das liberdades fundamentais (liberdade fática), e quando os outros princípios contrapostos sofrerem reduzida e proporcional restrição. Essas exigências estarão, segundo ele, nitidamente satisfeitas no âmbito dos direitos sociais que correspondem a um *padrão mínimo essencial* para uma existência digna, ou seja, os direitos sociais mínimos, de que são exemplos os direitos à saúde e educação. Por esse raciocínio, apreende-se do pensamento de Alexy que os direitos subjetivos a prestações só podem ser reconhecidos se – ponderados os valores em colisão e dentro de uma restrição proporcional dos bens jurídicos em tensão –, restar indubitosa a necessidade de se assegurar uma condição mínima existencial em decorrência da dignidade da pessoa humana.

Apesar dessas posições conciliatórias, observa-se que os autores citados condicionam o reconhecimento da imediata aplicação dos direitos sociais ao afastamento dos obstáculos normalmente invocados para a negação dos direitos subjetivos a prestações. O que significa, *contrário sensu*, que, não contornados os

62 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 494 et seq. De acordo com o modelo de Alexy, o indivíduo tem um direito *definitivo* a prestação, ou seja, um direito subjetivo a prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais opostos, tomados em seu conjunto. Este é o caso, por exemplo, diz ele, dos direitos fundamentais sociais mínimos, por não terem eles conteúdo objetivo excessivo. Quando os direitos fundamentais dispõem de conteúdo claramente excessivo, eles são direitos *prima facie*, que implicam em deveres *prima facie* para Estado. Isso não significa, entretanto, que não sejam vinculantes: “Sería un error considerar a los deberes *prima facie*, en la medida en que a ellos no corresponde ningún deber definitivo, es decir, en el ámbito de lo excesivo, como deberes no vinculantes o como enunciados puramente programáticos. [...] Para el no cumplimiento de un deber *prima facie*, tiene que existir, desde el punto de vista del derecho, razones aceptables; pero ello no rige para el caso del no cumplimiento de un deber jurídicamente no vinculante. Un deber *prima facie* puede, si no existe ninguna razón aceptable para su no cumplimiento, conducir a un deber definitivo; un deber no vinculante, nunca”. Ibidem, p. 500.

63 Ibidem, p. 500.

óbices referidos, o direito não pode ser imediatamente exercido. A proposta aqui defendida, contudo, é no sentido do pleno reconhecimento dos direitos originários a prestações, como condição à efetiva garantia do *mínimo existencial*, razão porque se sustenta a imediata aplicação dos direitos sociais.

As objeções que usualmente são apontadas contra essa imediata aplicabilidade é que não podem prevalecer ante a inquestionável vontade do constituinte de ver os direitos fundamentais que consagra diretamente usufruídos por seus titulares, independentemente da vontade do legislador ordinário. Esclareça-se, porém, que o “mínimo existencial” ou “padrão mínimo social”, como objeto de imediata e irrecusável garantia dos direitos sociais, compreende um completo, eficiente e qualificado atendimento básico das necessidades vitais do indivíduo, como saúde, educação, alimentação, moradia, assistência, variando seu conteúdo, evidentemente, de país para país⁶⁴. Assim, a proposta deste ensaio, que se radica em bases científicas, não pode ser confundida com argumentos que se encontram nos extremos do tudo ou nada.

A proposta de Alexy é a que mais se aproxima do que aqui se defende. Com efeito, quando o autor afirma que as objeções que habitualmente se dirigem contra a imediata aplicação dos direitos fundamentais sociais cedem ante o valor *dignidade da pessoa humana*, devendo-se, nessa hipótese, admitir os direitos subjetivos a prestações, ou, como ele próprio chama, direitos *definitivos* a prestações, sua compreensão acerca do tema não está longe do entendimento aqui exposto, no sentido de que todos os direitos sociais gozam de aplicação imediata, já que estes, como se viu, são decorrência direta do princípio da suprema dignidade da pessoa humana, que se encontra na base de todos os direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais. A ponderação proposta por Alexy só será indispensável quando houver uma colisão concreta entre os próprios direitos fundamentais. Mas aí já não estamos diante da problemática da aplicação imediata desses direitos, mas sim da necessidade de harmonizá-los, a partir de uma relação de precedência condicionada, ante o peso que terão em face do caso concreto, uma vez que pressuposta, pois, sua imediata aplicabilidade.

Em suma, consideram-se incoerentes com a pretensão de eficácia e efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais sociais todos os argumentos que correntemente são invocados em desfavor da anuência dos direitos subjetivos a prestações, incluindo aqueles que só os reconhecem na sua versão negativa, ou seja, só admitindo o direito subjetivo a partir dos direitos sociais, quando o legislador ou a administração pública proceda de modo contrário aos objetivos neles expressados.

A toda evidência, não se pode permitir que os direitos fundamentais transformem-se, pela omissão do poder público, em simples aspirações, ideais ou esperanças eternamente insatisfeitas ou, ainda, mera retórica política ou pura proclamação demagógica. Impõe-se, por isso, um novo arranjo jurídico acerca da

64 KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 63.

teoria dos direitos fundamentais, em que se reconheça um direito fundamental à efetivação da Constituição, que prime pela força normativa e plena aplicabilidade dos direitos fundamentais, especialmente os sociais. Discursos jurídicos que mais se preocupam com os limites impostos à efetividade dos direitos fundamentais do que com eles próprios, como os habitualmente proferidos, revelam-se estéreis ante uma dogmática constitucional emancipatória e renovadora, que tem proporcionado uma radical mudança paradigmática que envolve a ideia de que os direitos fundamentais não precisam de regulamentação para serem desfrutados e incidirem, pois simplesmente se concretizam.

Mas a efetividade constitucional, para realizar-se plenamente, também reclama o reconhecimento de um *direito subjetivo à emanção de normas*, que será objeto da análise que se segue.

5 O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, O DIREITO SUBJETIVO À EMANAÇÃO DE NORMAS E O DEVER DE LEGISLAR

Se é certo afirmar que o dever jurídico-constitucional do legislador de emanar normas destinadas a atuar as imposições constitucionais não é, de há muito, objeto de maiores contestações, não menos correto é asseverar que a maior parte da doutrina ainda resiste a reconhecer um direito subjetivo à emanção de normas⁶⁵. Para esta doutrina, o cidadão não tem direito a exigir judicialmente a emanção de atos normativos.

Com efeito, a recusa à aceitação desse direito, normalmente vem associada a argumentos como: a) a admissão de um direito à emanção de normas representaria uma violação ao princípio da separação de Poderes; b) esse direito pressupõe um direito subjetivo do cidadão, que, na hipótese, não existiria porque uma lei ou uma norma infralegal satisfaz, por definição, os interesses da coletividade, daí não se concebendo, portanto, um poder jurídico ao particular, e c) esse direito, ademais, é vazio de sentido porque não é exigível judicialmente, haja vista que os sistemas jurídico-processuais são organizados apenas para proteger o cidadão contra *atos*, mas não contra *omissões de normas* cujo dever jurídico de emanção compete a outros poderes.

A separação de Poderes não é nenhum óbice à atuação judicial concretizadora dos direitos fundamentais, sobretudo em face do advento do Estado Social, que introduziu significativas e profundas alterações nas funções clássicas dos três Poderes, confiando ao Poder Judiciário a tarefa de “arquiteto social” desse novo Estado, responsabilizando-o, igualmente, pela efetivação dos postulados da justiça social. Por isso, o velho dogma da separação está fadado, mais cedo ou mais tarde, a perder o seu lugar de destaque na teoria constitucional, de tal modo que, no constitucionalismo contemporâneo, não mais se fala em *separação*, mas sim em *equilíbrio* entre os Poderes.

⁶⁵ Utilizamos a denominação *direito à emanção de normas* ou *à norma*, porque é mais extensa do que *direito à legislação*, uma vez que aquela abrange, além das leis, os regulamentos e outros atos normativos.

E nesse sistema de equilíbrio, são adjudicadas ao Poder Judiciário novas funções de controle dos atos – comissivos e omissivos – dos poderes públicos, particularmente para garantir o exercício de um direito subjetivo à emanção de normas, máxime quando, por força de um dever jurídico plasmado na Constituição, *não existe liberdade de não normação* por parte do poder público, em razão de a omissão normativa impedir o desfrute de um direito fundamental constitucionalmente consagrado. Assim, a partir do paradigma do novo Estado Social a caracterizar um Estado Constitucional Inclusivo e, conseqüentemente, do reconhecimento de um conjunto de tarefas a serem desenvolvidas e cumpridas por esse Estado, por imperativos da justiça social, resulta evidente que a satisfação destes “deveres” estatais condiciona a legitimidade do desempenho das funções do poder público, em especial de suas funções normativas (incluindo as legislativas), cujo controle de legitimidade cumpre, inevitavelmente, ao Poder Judiciário.

Ademais, no âmbito de uma evoluída democracia participativa (fórmula política que o Brasil também acolhe, conforme art. 5º, LXXIII e art. 14, I, II e III da CF/88), que tende a assegurar ao cidadão, cada vez mais, uma ativa participação nos processos de deliberação política, associada ao quadro de um extenso catálogo de direitos fundamentais, é impossível não lhe reconhecer, para além dos interesses da coletividade, uma posição jurídica individual constitucionalmente protegida.

Com efeito, como aponta Canotilho⁶⁶, a

[...] democracia, o Estado de Direito e os direitos fundamentais exigem a garantia de um status activus, de um status positivus e de um status activus processualis e pressupõem que, pelo menos, se presuma que os ‘interesses dignos de protecção’ sejam interesses juridicamente protegidos, e que as vantagens jurídico-objectivamente reconhecidas se considerem, na dúvida, como garantindo um direito subjectivo”, de modo que a “exigência da consideração constitucional material dos direitos subjectivos públicos (que aqui se pressupõe) implica que se dê outro passo na configuração constitucional das relações jurídicas objectivas e subjectivas: a autonomização das posições jurídicas subjectivas perante o direito legal objectivo.

Daí porque a noção clássica de direito subjetivo se apresenta inadequada neste domínio, pois não reage às necessidades atuais do Direito Constitucional.

Destarte, opera-se agora uma inversão na ordem das dificuldades, posto que, aquelas dificuldades que outrora se agitavam contra o reconhecimento do direito subjetivo à emanção de normas encontram-se superadas, existindo atualmente, isto sim, dificuldades em sustentar-se exatamente o contrário, isto é, a não aceitação daquele direito subjetivo, sobretudo quando se evidencia que a omissão normativa *impede* o exercício dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, causando-lhes manifesta agressão. E essa ofensa a esses direitos, por óbvio, tem repercussão jurídica, e não apenas política, a ensejar certamente a proteção judicial.

66 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 342-343, grifo do autor.

Firma-se aqui a posição, no sentido de existir um direito subjetivo público à emanção de normas, que impõe, para os órgãos com competência normativa, o dever de emitir atos normativos e para o legislador, em especial, um correspondente dever de legislar, quando indispensável ao exercício de um direito fundamental. Esclareça-se, contudo, que não se trata aí de um simples dever geral de legislação, mas sim de um *dever específico de legislar*, que se reconhece pela própria consagração constitucional da categoria jurídica da omissão inconstitucional (CF/88, art. 102, § 2º), e, fundamentalmente, pela força normativa da Constituição, de há muito à margem de qualquer dúvida. Releva enfatizar, na senda de Canotilho, que a própria omissão inconstitucional de um ato normativo terá virtualidades para garantir o reconhecimento do direito subjetivo à emanção de normas⁶⁷.

Assim, assiste ao cidadão, além do direito fundamental material definido na norma constitucional, o direito subjetivo à regulação legislativa (ou normativa, para sermos mais amplos), por meio da emissão da lei ou da norma necessária à efetivação constitucional. É como se a norma constitucional carente de regulação encerrasse dois comandos: a) o comando reconhecedor do direito material e b) o comando determinador da regulação. O dever de legislar, entretanto, pode consistir tanto na obrigação de regular norma constitucional carente de normatização como na obrigação de substituir, norma ou lei insatisfatória e incompleta, por outra que atenda integralmente a imposição constitucional. Isso reflete, aliás, as categorias *omissão total* e *omissão parcial*, como consequências jurídicas do descumprimento, respectivamente, desse dever de emanar normas.

A doutrina do direito subjetivo à emanção de normas já conta com a adesão de alguns autores brasileiros. Por todos, cumpre fazer referência a Eros Roberto Grau⁶⁸, para quem é perfeitamente possível defender a existência de “um direito subjetivo dos cidadãos à atividade legislativa, não visualizável desde a perspectiva liberal, porém indissolúvel dos pressupostos que ensejam a consagração sobretudo de direitos econômicos e sociais” e a Gilmar Ferreira Mendes⁶⁹ que, reportando-se ao mandado de injunção, assegura que

[...] *adoção pela Constituição brasileira de instituto especial, destinado à defesa dos direitos subjetivos constitucionalmente assegurados contra a omissão do legislador, não dá ensejo a qualquer dúvida quanto à configuração de direito subjetivo público a uma ação positiva de índole normativa por parte do legislador*”.

No plano internacional, quem melhor representa a doutrina estrangeira é Canotilho⁷⁰, que, ante a necessidade de uma nova abordagem das omissões nor-

67 CANOTILHO, J. J. Gomes. Omissões Normativas e Deveres de Proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo et al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. v. 2, p. 120.

68 GRAU, Eros Roberto. *A Constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 45.

69 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 308, grifo do autor.

70 CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 358-359.

mativas, propõe a revisão do superado “dogma dogmático” de que “o cidadão não tem direito a exigir, através da via judicial, a emanção de normas jurídicas”, pela consideração de que: em primeiro lugar, os novos esquemas regulativos do Estado Social não mais se reduzem à dicotomia do gênero “norma jurídica/ato administrativo”, circunstância que é confirmada pela diluição dos contornos conceituais da categoria norma jurídica (ele exemplifica com a “deformação” dos instrumentos legais, recordando as “leis-medida” e as “leis-fotografia” e com os instrumentos de planejamento, como os planos urbanísticos, “onde nem sempre é visível a separação entre o nível normativo-regulamentar e o nível actuativo concreto-individual”); e, em segundo lugar, porque já ultrapassam a barreira do tolerável as frequentes violações dos direitos fundamentais, em razão da continuada omissão de atos normativos.

Anota que a doutrina mais moderna, embora reconhecendo as dificuldades jurídico-processuais e jurídico-políticas à defesa contra as omissões normativas, já vem indagando se a completa sujeição e indiferença dos juristas perante as omissões à emanção de normas “não equivale a uma forma encapuçada de erosão da força normativa de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos”, enfatizando o autor que os direitos fundamentais não podem ficar nas mãos do legislador e da administração, sob pena de “nos vermos forçados a reconhecer um clamoroso retrocesso jurídico-cultural na concepção de direitos fundamentais, de novo reconduzidos a apelos programáticos ao legislador [...]”⁷¹.

O autor ainda esclarece que mesmo que se constate uma omissão normativa inconstitucional, isso não implica necessária e automaticamente o direito subjetivo à emanção de normas. É necessário, pois, que dessa omissão resulte inviabilizado concretamente um direito fundamental. Para Canotilho⁷², a omissão normativa que frustre o gozo de um direito fundamental “sugere que existe uma imbricação ineliminável entre a *dimensão material* de um direito e a *dimensão procedimental-processual* do mesmo”. Assim, indaga se é impossível, dogmática e juridicamente, incluir nesta dimensão procedimental-processual de um direito fundamental a *pretensão subjetiva à emanção de norma* quando o poder público *não tenha a liberdade de não agir*, em razão de a omissão normativa impedir o desfrute de um direito fundamental. E sobre essa indagação lança uma outra: qual a razão justificativa da recusa do direito à emanção de normas, jurídico-processualmente exigível, quando, por força de um dever jurídico plasmado na Constituição, *não existe liberdade de não normação* por parte dos poderes normativos, em razão de a omissão normativa impedir o exercício de um direito fundamental constitucionalmente consagrado.

E qual seria a via processual adequada para dar operatividade prática a esse direito contra as omissões normativas, interroga o autor português. Ou seja, indaga o citado autor se há alguma *ação constitucional de defesa* contra as omissões

71 CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanção de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 359.

72 *Ibidem*, p. 361, grifo nosso.

normativas lesivas dos direitos fundamentais. Segundo ele, respondendo à própria indagação, a Constituição brasileira de 1988 “aponta inequivocamente no sentido positivo”, ao consagrar o mandado de injunção como uma ação constitucional autônoma de defesa. Essa ação, que não visa propriamente à obtenção da norma faltante, destina-se basicamente a remover o obstáculo (que é exatamente a *falta da norma*) à fruição do direito. Nesse caso, o juiz pode e deve garantir o direito, adotando providências adequadas e necessárias como as “decisões injuntivas, tipo *mandatory injunctions*, que se traduzem na realização de actos positivos através dos quais se *substitui*, mediante decisão judicial, uma actividade normativo-regulamentadora do Executivo e do Legislativo”⁷³.

Não se concorda, todavia, com a restrição do entendimento do autor lusitano. Com efeito, se se trata de um direito fundamental, ele pode, em casos de omissão normativa, ser efetivado diretamente pelo juiz, ainda que para tanto tenha de substituir-se ao legislador omissor, para suprir eventual omissão inconstitucional, editando normas para o caso concreto, através de uma interpretação criativa e integrativa. E assim *deve* e *pode* proceder no âmbito de qualquer ação judicial de defesa, e não somente em sede de mandado de injunção. É importante afastar, a propósito, qualquer ideia posta no sentido da impossibilidade de suprimento da omissão normativa, ao argumento de que não existiria, na hipótese, qualquer “vontade do legislador ou da norma” a ser revelada. Isto porque, como revela Marcos Gómez Puente⁷⁴, existe, no caso, a “vontade de omitir-se” do legislador, a propiciar inevitavelmente a integração judicial através da interpretação concretizadora, ante a força normativa da Constituição.

6 CONCLUSÃO

O sucesso do direito fundamental à efetivação da Constituição depende da plena e integral efetividade dos direitos fundamentais. Todavia, a concretização desses direitos é um dos maiores desafios do constitucionalismo contemporâneo, que se depara com uma realidade mais propícia às omissões estatais do que com ações políticas dirigidas à garantia de um mínimo existencial.

No Brasil, a inconstitucionalidade por omissão só veio a ser reconhecida expressamente na Constituição de 1988. Muito embora tenha a Lei Fundamental brasileira recebido inspiração da Constituição portuguesa, ela teve maiores avanços, seja porque prevê três ações constitucionais especiais para o controle da omissão inconstitucional (mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental), seja porque considera omissão inconstitucional qualquer medida dos órgãos do Poder Político

73 CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 364, grifo nosso.

74 GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La Inactividad del Legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 27.

(Legislativo, Executivo e Judiciário), e até mesmo dos órgãos simplesmente administrativos, que recuse cumprimento às imposições constitucionais.

Defende-se a tese, teórica e cientificamente sustentável, de que o Poder Judiciário não só pode como deve, no exercício da jurisdição constitucional, suprir a omissão – registre-se, inconstitucional – dos órgãos de direção política. Nesse sentido, percebe-se a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatoris* para uma quadra em que elas se aplicam (ou são suscetíveis de se aplicarem) diretamente nas situações da vida. Mas não bastam – para assegurar a efetividade das normas constitucionais – as proclamações de que as normas definidoras de direitos e garantias têm aplicabilidade imediata. É necessário um novo arranjo jurídico onde a jurisdição constitucional garanta, com eficiência, a força ativa da Constituição, pois sem uma justiça constitucional, o princípio da constitucionalidade fica sem tradução prática.

A necessidade de respeitar-se a Constituição não se satisfaz apenas com a atuação positiva em conformidade com os seus preceitos. Hodiernamente se exige mais, pois omitir, total ou parcialmente, a aplicação de normas constitucionais, também constitui conduta inconstitucional.

No exercício do controle das omissões do poder público, o Judiciário interfere inevitavelmente na atividade dos outros Poderes, notadamente na atuação do legislador. E assim procede, sem dúvida, para assegurar a supremacia da Constituição, tarefa que lhe foi confiada por ela própria.

As normas definidoras de direitos fundamentais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata, independentemente de concretização legislativa, o que permite que o titular do direito desfrute imediatamente da posição jurídica por ele consagrada. Na hipótese de eventual omissão estatal, impeditiva do gozo desses direitos, pode e deve o Judiciário, como Poder apto a proporcionar a realização concreta dos comandos normativos, quando provocado por qualquer meio processual adequado, suprir aquela omissão, completando o preceito consignador de direitos diante do caso concreto.

Ademais, as normas constitucionais que careçam da *interpositio legislatoris* ou de providências materiais, constituem em favor do cidadão um *direito subjetivo público à emanção de atos normativos e materiais* de concretização constitucional, o que implica, em consequência e primeiramente, no *dever jurídico* dos órgãos legislativo e executivo de efetivarem as normas constitucionais, hipótese em que, não sendo concretizadas em tempo razoável, e reconhecida, conseqüentemente, a omissão inconstitucional, deve o Poder Judiciário operar ativamente e construtivamente por meio da jurisdição constitucional, que pode ser provocada, *in concreto*, por qualquer pessoa prejudicada, e por meio de qualquer ação judicial, ou por meio de ações específicas instituídas exclusivamente para o controle das omissões do poder público, quais sejam, o mandado de injunção (no plano concreto), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento, por omissão, de preceito fundamental (estas últimas no plano abstrato), que estão necessariamente a serviço da aplicabilidade imediata daquelas normas.

Esse direito subjetivo público à emanção de normas impõe aos órgãos com competência normativa o dever de emitir atos normativos, e ao legislador, em particular, um correspondente dever de legislar, quando indispensável ao exercício de um direito fundamental, sobretudo em razão do reconhecimento jurídico da categoria da inconstitucionalidade por omissão, de tal modo que ele investe o cidadão do direito de exigir, até judicialmente, a formulação de norma necessária para tornar efetivo direito fundamental.

REFERÊNCIAS

AHUMADA, Maria A. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 8, enero/abr. 1991.

ALEMANHA. Constituição. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. *Diário Oficial da Federação*, Bonn, 23 maio 1988.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 25 set. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 312 p.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, ano 23, n. 82, p. 109-157, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BOBBIO. Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

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

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 set. 1942.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 267.617-RS. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 23 ago. 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. Omissões Normativas e Deveres de Proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo et al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. v. 2, p. 111-124.

_____. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 351-367.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- _____. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 395-441.
- _____. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 71-112.
- ESPAÑA. Constituição. Constituição da Espanha. *Boletim Oficial do Estado*, Madrid, 29 dez. 1978.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. 257 p.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, p. 1-17, out./dez. 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.
- GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos Direitos e Garantias Individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La Inactividad del Legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *A Constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 49.

HABÈRLE, 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, 2002.

HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, n. 57/58, p. 233-256, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra omissões legislativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

PORTUGAL. Constituição. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República*, Lisboa, n. 86, 10 abr. 1976. Série 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1998.



O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTROLE INTERNO DE CONVENCIONALIDADE NA BASE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS AOS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE INTERNAL CONTROL OF CONVENTIONALITY ON THE BASIS OF THE THIRTY YEARS OF THE FEDERAL CONSTITUTION

Ingo Wolfgang Sarlet *

RESUMO

O presente artigo parte da distinção entre um controle externo e interno de compatibilidade das normas internas brasileiras em relação aos parâmetros do direito internacional dos direitos humanos, focando no exame das particularidades do assim chamado controle interno, levado a efeito pelos órgãos jurisdicionais nacionais, em especial à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, embora protagonizando um discutível modelo de duplicidade de regimes de tratamento, a depender da natureza do tratado, sustenta uma primazia dos tratados de direitos humanos em relação às normas infraconstitucionais internas. Objetivo é, além de um inventário do estado da arte, propiciar uma visão crítica e que viabilize o avanço da discussão sobre o tema.

Palavras-chave: Tratados de Direitos Humanos. Controle de convencionalidade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This paper, assuming the existence of both, an external and an internal control of the compatibility between the brazilian national legislation and the international human rights law, focus on the peculiarities of the so called internal control, as turned effective by national courts, mainly by the Federal Supreme Court. Despite sustaining a controversial model of duplicity in terms of the quality of different international treaties the Court recognizes the superior hierarchy of international human rights law in relation to domestic legislation. Aim of this paper is to offer not only a presentation of the state of art in Brazil, but also a critical approach that can contribute to the development of the discussion about the subject.

* Doutorado e Pós-Doutorado em Direito (Universidade de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Social e Política Social). Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito e em Ciências Criminais da PUC/RS. Professor da Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Desembargador do TJRS. Agradecemos a Profa. Doutora em Direito (PUCR/RS) CATARINE ACIOLI pelo valioso auxílio na pesquisa e seleção da jurisprudência referida no último capítulo do presente artigo.

Key words: Human Rights Treaties. Control of conventionality. Federal Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os problemas que se situam nesse contexto mais ampliado, e que constitui precisamente o objeto do presente estudo, a relação entre a Constituição Federal Brasileira de 1988 (doravante apenas CF), a ordem jurídica interna (nacional) como um todo, e os direitos humanos previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, assume cada vez maior relevância, resultando gradualmente na incorporação daquilo que se costuma designar – a partir da proposta feita no Brasil por Valério Mazzuoli² e inspirada no modelo francês - de um controle de convencionalidade dos atos normativos internos, ou seja, de um controle da compatibilidade entre a legislação nacional e os parâmetros postos pelos tratados internacionais.

Como a experiência brasileira e a evolução já desde antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF) o demonstram, nunca houve – salvo algumas exceções, em geral no campo do direito internacional - maior receptividade por parte da comunidade jurídica em relação ao tema, seja do ponto de vista do seu tratamento dogmático, mas especialmente na prática jurídico-judiciária.

Com o advento da CF era de se esperar uma guinada nessa seara, visto que, de modo pioneiro no direito brasileiro, o constituinte, afinado com os desenvolvimentos mais recentes, fez constar do texto constitucional, tanto o princípio de prevalência dos direitos humanos no plano das relações internacionais (artigo 4º, II) quanto fez constar, no § 2º do artigo 5º, que os direitos expressamente positivados no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios da CF, mas também abarcam os direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil for parte. Com isso, a abertura material do catálogo constitucional de direitos, antes (ao menos textualmente) restrita a direitos decorrentes dos princípios e do regime constitucional, foi ampliada para integrar, no assim chamado bloco de constitucionalidade, direitos consagrados na esfera do direito internacional dos direitos humanos.

Não foi, contudo, o que se passou, ao menos não durante a maior parte das duas primeiras décadas de vigência da CF. Se, por um lado, no campo da literatura jurídica começou a haver maior receptividade, crescendo o número de autores a se ocupar do tema e mesmo a defender uma força jurídica reforçada, na condição de direitos materialmente fundamentais e com hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, o mesmo não se verificou na esfera jurisprudencial. Com efeito, apesar da acolhida de tal entendimento em decisões isoladas de juízes e tribunais, inclusive do STJ, em geral versando sobre a na época tão polêmica prisão do depositário infiel, o STF, instado a se pronunciar novamente sobre o tema, optou por

2 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

manter o seu posicionamento anterior a 1988, no sentido da paridade entre tratados internacionais (inclusive em matéria de direitos humanos) e a legislação ordinária.

É possível afirmar que uma nova fase do debate, acadêmico e jurisprudencial, iniciou com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 (doravante denominada EC 45). A EC 45, após longa e tormentosa tramitação no Congresso Nacional, veiculou a assim chamada Reforma do Poder Judiciário, implicando a inserção de várias disposições diretamente relativas aos direitos humanos e fundamentais na CF, como foi o caso, apenas para citar o dispositivo mais próximo da temática aqui versada, da inclusão do § 3º do artigo 5º, versando sobre a forma de incorporação, ao direito interno, dos tratados internacionais de direitos humanos.

O dispositivo inserido por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004 (§ 3º do art. 5º da CF), estabelecendo 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”, veio para complementar o já referido § 2º do mesmo artigo, gerando uma série de perplexidades, ligadas tanto a questões de natureza formal (procedimental) quanto de cunho material, designadamente sobre a força jurídica dos tratados de direitos humanos na esfera doméstica.

A essa altura, uma vez incorporado e vigente o § 3º do artigo 5º da CF, também o STF teve a ocasião de retomar o tema, revisando a posição anterior e assegurando a prevalência dos tratados de direitos humanos em relação pelo menos ao direito infraconstitucional interno, além de revisar a sua posição sobre a legitimidade do instituto da prisão civil do depositário infiel, tudo a ser examinado com mais vagar na sequência.

Mediante tais alterações, no plano do direito constitucional positivo e na esfera jurisprudencial, não restaram resolvidos todos os problemas teóricos e práticos, muito antes pelo contrário. Além de uma série de aspectos de natureza procedimental, ligados, por exemplo, à obrigatoriedade da adoção, pelo Congresso Nacional, do rito estabelecido no § 3º do artigo 5º ou mesmo da possibilidade de denúncia dos tratados aprovados mediante tal procedimento, ganhou terreno, a partir do caso da prisão civil do depositário infiel e da declaração, pelo STF, de sua incompatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos, a discussão em torno do assim chamado controle de convencionalidade, objeto precisamente do presente texto.

Mas também aqui o terreno segue fértil no que diz com as diversas questões que envolvem essa - no Brasil - ainda recente modalidade de controle jurisdicional dos atos normativos e mesmo atos do poder público em geral. No próprio STF, especialmente quando se examina as decisões posteriores ao seu *leading case* na matéria, se verificam algumas incongruências e movimentos em parte díspares, ainda que do ponto de vista quantitativo – o que já é seguramente um avanço significativo – aos poucos o número de decisões invocando tratados de direitos humanos e mesmo decisões de cortes internacionais esteja a aumentar.

Outro aspecto digno de nota, ainda em sede preliminar, é que a despeito de outros Tribunais, a começar pelo STJ e pelo TST, estarem a praticar um controle de convencionalidade, a falta de clareza e de uma posição mais sólida e diretiva por parte do STF, particularmente quanto aos critérios (o como) para proceder tal controle e para solucionar conflitos entre os tratados e a ordem interna, não permite (e mesmo não estimula e muito menos vincula) as instâncias ordinárias a realizarem o controle de convencionalidade. Além disso, seguem em aberto, embora já sendo discutidas na doutrina, relevantes questões que envolvem tanto o parâmetro quanto o objeto do controle de convencionalidade, seu alcance, os critérios para a solução de conflitos, como os efeitos das decisões, isso sem falar em problemas relativos à iniciativa do controle e os órgãos competentes para o mesmo.

Assim, dada a amplitude do problema central e dos seus aspectos correlatos e considerando o papel central e diretivo do STF também nessa matéria, o objetivo a que nos propomos é, uma vez revisitado o tema da força normativa dos tratados de direitos humanos na ordem jurídico-constitucional brasileira (2), apresentar algumas questões centrais ligadas ao controle de convencionalidade em si (3), para, na sequência, inventariar e analisar as principais decisões da nossa Suprema Corte em que os tratados de direitos humanos de algum modo tiveram peso na respectiva fundamentação (4), culminando com uma síntese conclusiva (5).

Note-se, além disso, que estaremos aqui enfrentando apenas o assim chamado controle interno de convencionalidade, ou seja, aquele realizado pelos órgãos jurisdicionais nacionais em relação ao direito nacional (interno) e não o controle designado de externo, realizado pelos Tribunais Internacionais quanto ao cumprimento, pelos Estados que ratificaram os tratados e se submeteram à sua jurisdição, dos parâmetros postos pelo direito internacional dos direitos humanos, limitando-nos, como já anunciado no próprio título, a julgados do STF.

2 O PROBLEMA DA FORÇA NORMATIVA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A Emenda Constitucional nº 45 (EC 45), que cuidou da reforma do Poder Judiciário, acrescentou – como já frisado – um § 3º ao art. 5º da CF. Tal preceito acabou por inserir no texto constitucional uma norma (no caso, uma regra do tipo procedimental) dispendo sobre a forma de incorporação ao direito interno dos tratados em matéria de direitos humanos, que, interpretada em sintonia com o art. 5º, § 2º, pode ser compreendida como assegurando – *em princípio e em sendo adotado tal procedimento* – a condição de direitos formalmente e materialmente fundamentais aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais.

Mas, a despeito da aparente clareza e singeleza da regra, as coisas não são assim tão simples e a controvérsia doutrinária e jurisprudencial seguiu acirrada.

Um primeiro problema diz respeito aos tratados aprovados antes da promulgação da EC 45, incorporados mediante Decreto Legislativo aprovado por maioria

simples em sessão unicameral pelo Congresso Nacional.

Nesse sentido, a tese de que por força da EC 45 todos os tratados em matéria de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, é altamente questionável, pois não há como aplicar, neste caso, o argumento da recepção quando se trata de procedimentos legislativos distintos, ainda que haja compatibilidade material, como se fosse possível equiparar Decreto Legislativo aprovado pela maioria simples à emenda constitucional que exige uma maioria reforçada de três quintos dos votos, sem considerar os demais limites formais das emendas à CF.³ A própria comparação com a fungibilidade possível entre lei ordinária e lei complementar não se revela apropriada, considerando a incompatibilidade total de rito (e natureza) dos decretos legislativos e das emendas constitucionais, isso sem falar na hierarquia constitucional das emendas, parâmetro de controle de constitucionalidade também das leis complementares. Emendas à Constituição cumprem função notadamente distinta da legislação o que deveria bastar para demonstrar a inviabilidade da tese da recepção, ainda que material.⁴

Em caráter alternativo – mas substancialmente diverso da tese da recepção – há como sustentar que os tratados internacionais (que já são materialmente constitucionais e, portanto, conforme ainda será objeto de maior desenvolvimento, *já possuem hierarquia constitucional* por força do próprio art. 5º, § 2º, da CF!⁵) também poderão ser formalmente constitucionais – ainda que não inseridos no corpo permanente do texto constitucional - caso forem aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo art. 5º, § 3º,⁶ linha argumentativa que nos parece mais sólida.

Assim, como afirma Flávia Piovesan, no caso dos tratados incorporados pelo rito mais rigoroso previsto no artigo 5º, § 3º, da CF, se estaria apenas (?) a reforçar – no plano formal – a sua hierarquia constitucional material desde logo assegurada por força do art. 5º, § 2º, da CF, que – segundo a autora e a doutrina dominante – a todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.⁷ De resto, há que enfatizar sempre que a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, visto que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário.⁸

De qualquer sorte, a despeito do pleito já antigo e insistente da doutrina

3 Neste sentido, registra-se a posição de PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Org.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 72.

4 Ver, justamente neste sentido, o enfático pronunciamento de Flávia Piovesan (PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Org.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.)

5 Nesse sentido, v., por todos, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed., São Paulo: RT, 2012. p. 386.

6 Nesse sentido, precisamente a conclusão de MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 321, jun. 2005.

7 Cf. PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Org.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 72.

8 Cf., por todos, o nosso *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos direitos fundamentais na perspectiva Constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018. p. 88 et. seq.

majoritária, o STF, embora tenha meritoriamente (e de fato tratou-se de significativo avanço) consagrado a hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos no direito interno, reservou-se a prerrogativa de seguir podendo controlar a constitucionalidade dos tratados em geral, mas também dos tratados de direitos humanos, refutando, por maioria, a tese da paridade entre os tratados de direitos humanos e a CF, não importando, para tal efeito, se os tratados foram, ou não, aprovados pelo rito do § 3º do artigo 5º. De todo modo, já merece aplausos o fato de o STF ter revisto a sua doutrina anterior, que apenas assegurava aos tratados de direitos humanos força de lei ordinária, equiparando-os a todo e qualquer outro pacto (acordo) internacional. Com efeito, buscando conciliar o papel de destaque atribuído pela CF aos tratados de direitos humanos com a supremacia da constituição, o STF acabou migrando para a tese da hierarquia supralegal de tais tratados, inclusive e especialmente os que foram aprovados antes da EC 45.

O problema de tal entendimento, por ora consolidado ainda que não de forma uníssona, é que mesmo que a hierarquia supralegal tenha representado um considerável avanço em relação ao entendimento antes prevalente, é o de que se segue relegando os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais a uma posição secundária em face dos direitos fundamentais da CF, visto que o STF, como bem apontado, acabou – em matéria de tratados de direitos humanos - criando uma “duplicidade de regimes jurídicos”⁹.

Assim, se é certo que comungamos da posição bastante difundida de que talvez melhor tivesse sido que o reformador constitucional tivesse renunciado a inserir um § 3º no art. 5º ou que (o que evidentemente teria sido bem melhor) - em entendendo de modo diverso - tivesse se limitado a expressamente cancelar a incorporação automática (após prévia ratificação) e com hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos, com a ressalva de que no caso de eventual conflito com direitos previstos pelo Constituinte de 1988, sempre deveria prevalecer a disposição mais benéfica para o ser humano (proposta legislativa esta formulada, nestes termos ou em termos similares, por autores como Antonio Augusto Cançado Trindade, Valério Mazzuoli e Flávia Piovesan, entre outros ilustres e engajados defensores da hierarquia constitucional), e por mais que seja controverso, em cada caso, qual o direito de qual (ou quais) pessoa (s) a ser assegurado, também é correto que vislumbramos no dispositivo ora analisado um potencial positivo, no sentido de viabilizar alguns avanços concretos em relação à práxis ora vigente entre nós.

Assim, à vista do exposto e em caráter de síntese, há que distinguir entre a posição dominante na doutrina, crítica ao STF, advogando que os tratados de direitos humanos tem valor equivalente ao da CF e com ela formam um bloco de constitucionalidade, e a posição adotada pela nossa Corte Suprema. Com efeito, a prevalecer a atual orientação, para o STF são três as possibilidades em termos de força jurídica dos tratados na ordem doméstica: a) hierarquia equivalente a de emenda constitucional, no caso dos tratados de direitos humanos incorporados

⁹ Cf., por todos, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed., São Paulo: RT, 2012. p. 386.

mediante observância do rito estabelecido pelo § 3º do artigo 5º da CF; b) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional, por meio de Decreto Legislativo aprovado com maioria simples, anteriores a EC 45; c) hierarquia de lei ordinária, que segue sendo a posição adotada em relação aos demais tratados, que não integram o sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos.

Assim, tecidas algumas considerações gerais sobre o estado da arte no Brasil no que toca ao problema da hierarquia dos tratados de direitos humanos de acordo com a doutrina e jurisprudência, está preparado o terreno para, no próximo item, enfrentarmos, ainda que em caráter sumário, alguns dos aspectos que dizem respeito ao assim chamado controle de convencionalidade e dos seus respectivos pressupostos e limites.

3 NOTAS SOBRE O ASSIM CHAMADO DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

Independentemente da posição adotada em prol de uma hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos ratificados pelo Brasil, é possível afirmar que tanto os tratados incorporados pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da CF, quanto os demais tratados, aprovados até o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelo procedimento simplificado dos Decretos Legislativos e que possuem hierarquia supralegal, ensejam, por força de sua superior hierarquia em relação ao restante da normativa interna, a possibilidade (e mesmo o dever) de aferição da compatibilidade entre tais atos normativos e os tratados que lhes são superiores. Isso, como já referido, ficou evidenciado na decisão do STF sobre a proscricção – mediante um efeito “paralisante” – da eficácia de toda e qualquer hipótese legal prevendo a prisão civil do depositário infiel, seja ela criada antes da aprovação do tratado, seja ela introduzida posteriormente, a despeito da manutenção, no texto constitucional, da hipótese de tal modalidade de prisão civil.¹⁰

Assim, sem que se vá aqui adentrar o tema específico da prisão civil e do acerto da decisão do STF no concernente ao tema, o que importa nesta quadra é a constatação de que se cuidou da primeira vez em que a mais alta Corte brasileira efetuou o que passou, também no Brasil, a ser chamado de um controle de convencionalidade.

A terminologia adotada, por sua vez, busca evidenciar a distinção entre o controle de constitucionalidade, pois independentemente de sua hierarquia constitucional, trata-se de afirmar que os tratados (aqui referidos pelo termo convenções) operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são hierarquicamente inferiores.

A partir do que até agora foi sumariamente exposto, já é possível avançar com o tema e esboçar algumas considerações preliminares, todas, contudo, sujeitas ao crivo do contraditório e aguardando a evolução da prática política e jurisdicional

10 Cf. especialmente o voto do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343 – SP. Relator Min. Cezar Peluso, *DJ*, 5 jun. 2009).

brasileira, ademais do desenvolvimento e refinamento do debate na doutrina. Assim, importa sublinhar, não faremos referência à experiência de outros países na matéria e nem ao que se processa na esfera da jurisdição supranacional (salvo, quando for o caso, no que toca a decisões que envolvem ações ou omissões do poder público do Brasil) para o que, desde logo, remetemos à literatura especializada.¹¹

De qualquer sorte, importa sublinhar que o controle de convencionalidade se mostra operante em dois grandes planos: a) um controle externo, que diz respeito ao controle levado a efeito por tribunais ou mesmo outras instâncias de caráter supranacional, aqui com destaque para a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas que, como adiante, não constitui o objeto do presente texto, bem como b) um controle interno, realizado por órgãos nacionais, o qual agora e na perspectiva das decisões do STF será analisado mais detidamente.

Uma primeira indagação – por si só não imune a dissídio – diz respeito a quais os tratados internacionais que podem servir de parâmetro para um controle de convencionalidade no plano interno, pois resulta óbvio que para os defensores da paridade entre tratados e CF, todos os tratados integram com a mesma dignidade jurídica o bloco de constitucionalidade, de modo a serem simultaneamente parâmetros do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade. Mas, muito embora também seja esta – e de há muito – a posição perfilhada, tomaremos como ponto de partida a orientação atual do STF, que, de resto, como guardião da CF, detém a última palavra também nessa seara.

Ainda assim, seria possível advogar um tratamento diferenciado, a depender da natureza do tratado de direitos humanos ou mesmo em virtude de seu modo de incorporação, o que, aliás, corresponde ao entendimento atual do STF. Todavia, a distinção entre tratados ratificados antes da promulgação da EC 45 e aprovados por maioria simples e os tratados incorporados mediante o rito previsto no artigo 5º, § 3º, CF, embora implique um tratamento em parte diferenciado, não obsta a que todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sejam, por força de sua hierarquia superior à normativa infraconstitucional doméstica, parâmetro para o controle de convencionalidade.

Tal controle, assim como ocorre no caso do controle de constitucionalidade, se dá – de acordo com a orientação do STF – especialmente em virtude da hierarquia normativa superior assegurada aos tratados de direitos humanos, quando, de acordo com o modelo advogado pelos defensores de um constitucionalismo de múltiplos níveis, inexistente hierarquia entre a ordem interna e a internacional, mas sim a necessidade de uma harmonização que não pressupõe a supremacia de uma em relação a outra.

Cabe anotar, que mesmo que a hierarquia dos tratados seguisse sendo equivalente a da lei ordinária (como durante muito tempo entendeu o STF), ainda assim seria necessário uma espécie de controle de convencionalidade, pelo menos

¹¹ V especialmente, dentre outros, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano. Brasil/Argentina/Chile/México/Peru/Uruguai*. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013; MIDÓN, Mario A. (Dir.) *Derechos Humanos y Control de Convencionalidade*. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

para resolver conflitos entre tratados e legislação. Da mesma forma não parece correto, s.m.j., distinguir, para efeitos do controle de convencionalidade, apenas uma parte dos tratados de direitos humanos, buscando definir convenções (ainda mais para o efeito ora discutido) como sendo uma espécie do gênero tratados, de tal sorte que as convenções deveriam ser então incorporadas pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, ao passo que os demais tratados de direitos humanos poderiam ser aprovados por maioria simples.

O que de fato passa a ser relevante é que a diferença entre tratados com *status* equivalente aos de uma emenda constitucional e os demais tratados, dotados de hierarquia supralegal, nos termos da orientação imprimida pelo STF, reside no fato de que os primeiros passam a integrar o bloco de constitucionalidade, operando como parâmetro tanto de um controle de constitucionalidade como de um controle de convencionalidade. A dificuldade maior, nesses casos (por ora apenas o da Convenção das Pessoas com Deficiência e seu respectivo Protocolo Facultativo), será a de verificar, dadas as circunstâncias, a existência de eventual conflito entre o tratado aprovado e as cláusulas pétreas da constituição na sua versão originária, situação na qual, a prevalecer a posição do STF no sentido de que o embate entre tratado e constituição se resolve, em princípio, em favor da segunda, poderá resultar na declaração de inconstitucionalidade do tratado internacional (em verdade, do texto aprovado pelo Congresso Nacional). Tal hipótese, contudo, ainda não foi objeto de apreciação pelo STF e, de resto, caso venha a ocorrer o será em caráter isolado, especialmente pelo fato de que a CF é pródiga em direitos fundamentais e consagrou - expressa e/ou implicitamente - praticamente todos os direitos consagrados nos principais documentos internacionais, mas também pelo fato de que se haverá de recorrer à técnica da interpretação conforme a constituição, que, s.m.j., limitará ainda mais tal possibilidade, ainda que esta não possa ser afastada de plano.

Além disso, ainda no tocante aos tratados aprovados pelo rito qualificado do § 3º do artigo 5º da CF, o diferencial reside no fato de que, por integrarem o bloco de constitucionalidade, operam como parâmetro do controle de constitucionalidade em sede concentrada e difusa, desafiando todas as ações constitucionais e recursos que garantem o acesso ao STF que, em última Instância, decide sobre a compatibilidade do direito infraconstitucional interno e mesmo dos tratados (tenham eles hierarquia supralegal ou apenas legal) com a CF.

Quanto aos tratados que, de acordo com o STF (ressalvando-se a posição divergente da doutrina dominante), possuem hierarquia supralegal, podem ser vislumbradas já algumas alternativas no que diz com o controle da compatibilidade entre atos do poder público (em especial atos normativos) internos e os tratados de direitos humanos que lhes são superiores, no mesmo passo em que os tratados podem ser submetidos a um controle de constitucionalidade: a) incompatibilidade entre a normativa interna (infraconstitucional) e o tratado aprovado pelo Congresso Nacional, mas simultaneamente compatibilidade com a CF; b) incompatibilidade entre as normas internas e os tratados, mas também inconformidade com a CF; c) compatibilidade com o tratado mas desconformidade com a CF;

O quadro sumariamente apresentado, desde logo revela que a duplicidade de regime criada pelo STF para os tratados de direitos humanos, mas especialmente pelo fato de o STF afirmar a sua competência para realizar o controle (difuso e concentrado) de constitucionalidade do tratado, torna a questão ainda mais complexa, além de colocar o controle de convencionalidade, ao menos em princípio, em uma condição subalterna ao próprio controle de constitucionalidade. De todo modo, isso não deveria servir de escusa para que os Juízes e Tribunais ordinários renunciem ao controle de convencionalidade, já que a hierarquia supralegal já se revela suficiente, como já se viu quando do julgamento do caso da prisão civil do depositário infiel, para superar toda e qualquer lei ou ato normativo interno naquilo que contraria tratado internacional de direitos humanos. Cuida-se, outrossim, de autêntico poder-dever cometido ao Poder Judiciário, seja no âmbito de um controle difuso, seja pela via de um controle abstrato e concentrado, tal como propõem Valério Mazzuoli¹² e Luiz Guilherme Marinoni¹³, aspecto que aqui não temos a intenção de desenvolver.

Que o controle de convencionalidade não é, por outro lado, um controle exclusivamente jurisdicional igualmente há de ser sublinhado e talvez possa merecer alguma atenção adicional como hipótese plausível. O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado mais a sério nesses casos.

Não se pode olvidar, nessa quadra, que legislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja em vigor na esfera supranacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nessa seara. Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei, a não ser no caso de tratado aprovado pelo rito do artigo 5º, o 3º, da CF, onde, pelo menos assim o sugerimos, o tratado – mesmo de acordo com o entendimento do STF – integra, ao menos em geral, o bloco de constitucionalidade brasileiro. De qualquer sorte, cuida-se de tópico a merecer desenvolvimento pela doutrina especializada e que poderá lançar maior luz sobre o tema do que aqui fomos capazes (e mesmo intentamos) de fazer.

Outro tópico de relevo e que aqui se refere em caráter ilustrativo, diz com os efeitos do controle de convencionalidade (e da respectiva e eventual declaração de inconvencionalidade) sobre a normativa legal e infralegal interna. Nesse contexto, o STF já se pronunciou pelo reconhecimento do que designou (especialmente por ocasião do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, já referido) de um efeito paralisante, que impede edição de legislação superveniente em sentido contrário

12 Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 6. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 394 et. seq.

13 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade. In: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITI-DIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1187 et. seq.

e afasta a aplicação de lei anterior incompatível com o tratado. Se a exemplo do que se verifica no controle de constitucionalidade se poderá declarar a nulidade da lei com base em tratado internacional (hipótese mais plausível em se tratando de tratado com *status* equivalente a emenda constitucional), portanto, se é o caso de afetação da esfera da validade ou apenas da eficácia dos atos normativos aferidos com base nos tratados internacionais, constitui igualmente tópico a ser explorado pela literatura e submetido ao crivo da prática decisória dos Tribunais. Por ora, contudo, à míngua de mais exemplos disponíveis na jurisprudência do STF - ressalvada a decisão sobre a prisão civil do depositário infiel – é de se apostar que a doutrina, atenta ao problema, possa construir alternativas adequadas.

No caso de Valério Mazzuoli, se verifica a necessidade de realizar um controle dúplice da compatibilidade vertical material das normas de direito interno, no sentido de que em se tratando de norma interna posterior à ratificação do tratado, a declaração de sua contrariedade ao tratado, seja no âmbito do controle difuso, seja no controle concentrado, implica em perda de sua validade, por vício material, assim como da conseqüente perda de sua eficácia. Todavia, se o tratado de direitos humanos for ratificado pelo Brasil após a norma de direito interno entrar em vigor, a declaração de inconvenção dessa ocasionará sua revogação imediata. O autor faz, ainda, uma distinção entre a perda da validade e a vigência da norma de direito interno, destacando que há situações em que essa norma é compatível formal e materialmente com a Constituição (primeira via de compatibilidade vertical) e, por isso, vigente, porém incompatível com o tratado de direitos humanos, o que a torna inválida mediante a realização da dupla via de compatibilidade vertical material, bem como resulta, segundo sua visão, numa espécie mais completa de controle de validade das normas jurídicas¹⁴.

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, a despeito de destacar, conforme linha dominante no Supremo Tribunal Federal, a supralegalidade dos tratados de direitos humanos que não foram aprovados nos moldes do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, acompanha o entendimento de Mazzuoli sobre os efeitos de invalidação da decisão que declara a inconvenção das normas de direito interno conflitantes com essa espécie de tratado internacional.¹⁵

Já para André de Carvalho Ramos, o “verdadeiro” (aspas nossas) controle de convencionalidade se verifica apenas no âmbito internacional (ou seja, na esfera do assim chamado controle externo), cuja interpretação deve ser seguida pelos órgãos nacionais mediante um “diálogo das Cortes”. Mas, quanto aos efeitos da decisão que reconhece a violação do tratado internacional de direitos humanos, Ramos reconhece o efeito de invalidação da decisão em sede de controle de convencionalidade nacional, destacando, todavia, que – segundo o STF - os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito previsto no art. 5º, §3º da CF/88 passam a integrar o bloco de constitucionalidade restrito. Além disso, o autor destaca que

14 Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 160 et seq.

15 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade. In: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITTIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1334-1335.

o caráter supralegal dos demais tratados de direitos humanos recepcionados pelo Brasil sem observância do citado rito torna inaplicável a legislação infraconstitucional conflitante.¹⁶

Assim, é possível – ressalvada é claro a posição pessoal no sentido de afirmar a existência de um controle externo e interno de convencionalidade e a crítica ao modelo dúplice adotado pelo STF – sustentar, acompanhando no substancial os autores citados, que eventual incompatibilidade entre a normativa interna, no todo ou em parte, implica a declaração de sua invalidade e consequente inaplicabilidade. Todavia, ousamos divergir em parte pelo fato de entendermos não haver uma simetria cogente entre a prática ainda dominante no STF no que diz com o controle de constitucionalidade abstrato de normas anteriores à promulgação da CF, situação na qual o entendimento dominante é no sentido de que o efeito não é a invalidação, mas sim, a revogação da normativa anterior. Esse entendimento, contudo, não se aplica no caso da ADPF e não é cogente na esfera do controle difuso, ademais de ser em si mesmo criticável e não corresponder à solução adotada em muitos países. Portando, o efeito de invalidação, assim como suas respectivas consequências, opera, no nosso entender, tanto no caso de normas anteriores à ratificação dos tratados quanto no caso de normas posteriores.

Além disso, também no controle interno de convencionalidade há de se observar a necessária autoconção (*self restraint*) por parte dos órgãos judiciários, ao menos para efeito de invalidar uma lei interna, lançando-se mão (aqui a exemplo do que se verifica no controle de constitucionalidade) do instituto de uma interpretação conforme ao direito internacional dos direitos humanos.¹⁷

De qualquer sorte, tendo em conta que, em matéria de controle de convencionalidade, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira se encontram em uma fase que se pode (ainda) designar de embrionária, resulta evidente que um balanço mais minucioso e seguro das principais questões materiais e processuais por ora se mostra bastante temerário. Por outro lado, ao longo dos últimos anos já podem ser identificados vários casos em que o Poder Judiciário brasileiro, aqui representado pelo STF, acabou – de algum modo - por fazer um controle de convencionalidade, ainda que se possa eventualmente criticar os fundamentos ou o resultado do julgamento.

Assim, no próximo segmento, o objetivo é colacionar alguns julgados onde tal controle (interno) foi exercido, seja por uma interpretação do direito interno à luz dos tratados de direitos humanos, seja mesmo pela não aplicação da legislação interna quando em manifesto contraste com os tratados internacionais, desde logo

16 Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 386-403.

17 Nesse sentido v. SAGÚÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus antecipos en el ambito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Org.). *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Disponível em: < <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/Nestor%20Sagu%20es.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2017. O autor, compartilhando o entendimento no sentido da existência de um controle duplo (internacional e nacional), salienta, quanto ao efeito das decisões de controle de convencionalidade, a função de invalidação das normas de direito interno inconventionais, assim como a exigência de uma interpretação e aplicação de tais normas em conformidade com os tratados de direitos humanos.

informando que não se trata de um inventário exaustivo, o que desbordaria dos limites do presente estudo.

4 APRESENTAÇÃO E BREVE ANÁLISE DE ALGUNS CASOS NO ÂMBITO DO ASSIM CHAMADO CONTROLE (JURISDICIONAL) INTERNO DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL REALIZADO PELO STF

No caso do controle interno, realizado pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, muito embora existam decisões isoladas dos Tribunais Superiores invocando tratados de direitos humanos, o principal tema levado ao Poder Judiciário e que acabou resultando na alteração da jurisprudência dominante do STF (cuja prática decisória será aqui priorizada) nessa matéria, em especial no que diz com a hierarquia dos tratados no direito interno, foi, como já adiantado, o reconhecimento da ilegitimidade das hipóteses de prisão civil do depositário infiel, sejam elas criadas por lei para situações específicas, seja no caso de contratos típicos de depósito ou mesmo no caso de depositários judiciais. O principal (e primeiro) caso, já referido quando da análise do problema da hierarquia dos tratados, foi o Recurso Extraordinário 466.343-1, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, por ocasião do qual, a despeito de ter sido (no voto condutor da posição vencedora proferido pelo Ministro Gilmar Mendes) reconhecido que os casos de prisão do depositário infiel previstos na legislação sobre a alienação fiduciária em garantia (e congêneres) já seriam inconstitucionais por violação do princípio da proporcionalidade, foi afirmada a hierarquia supralegal de todos os tratados de direitos humanos ratificados até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o já citado § 3º no artigo 5º da CF, vencida uma minoria de três ministros que sustentaram a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e a CF. Por via de consequência, foi decidido que os tratados teriam efeito paralisante, não apenas implicando a não aplicação de toda e qualquer hipótese legal anterior, mas também bloqueando a criação de novas hipóteses de prisão do depositário infiel. Além disso, em julgamentos posteriores, o STF acabou por afastar inclusive a possibilidade de se determinar a prisão do depositário judicial infiel, o que resultou na edição da Súmula Vinculante nº 25.

Todavia, por mais que em geral se possa aplaudir tal decisão (e decisões), em especial pelo inegável mérito de terem protagonizado uma valorização substancialmente maior dos tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro (o que já foi comentado), a edição de súmula vinculante proscrevendo por completo toda e qualquer possibilidade de criação legislativa de hipótese de prisão civil de depositário infiel não deixa de merecer algum crivo de caráter mais crítico.

Em primeiro lugar, considerando que a possibilidade de prisão de depositário infiel está prevista no próprio texto constitucional (artigo 5º, inciso LXVII, da CF) e tendo sido afastada a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e a CF, a proibição sumulada de criação de qualquer hipótese de prisão equivale, ao fim e ao cabo (e sendo afastada qualquer possibilidade de ponderação com outros

direitos e bens constitucionalmente protegidos) a uma mutação constitucional que conflita diretamente o texto da CF, o que se revela especialmente problemático pelo fato de o STF ter afirmado que a CF prevalece sobre os tratados, que tiveram reconhecida a hierarquia supralegal. Se o STF tivesse reconhecido a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e a CF seria possível, ao menos em princípio, admitir uma regra (constitucional, por força dos tratados que integram o bloco de constitucionalidade) que afastasse a prisão civil nessas hipóteses ou pelo menos por força do princípio da aplicação da solução mais protetiva da pessoa humana. Assim, o que se percebe é uma potencial incongruência entre a tese da força supralegal dos tratados de direitos humanos e a circunstância de que, de fato, o STF acabou por afirmar, no caso da prisão civil, a prevalência dos tratados sobre a própria CF, impedindo por completo o legislador estabelecer aquilo que o texto constitucional expressamente autoriza.

Independentemente de outras críticas que poderiam ser formuladas e que inclusive encontram ressonância em parte da doutrina, como é o caso de ter o STF desconsiderado a existência de um conflito entre direitos fundamentais, que, no âmbito de uma ponderação, poderia justificar, em caráter excepcional, ao menos a prisão do depositário judicial, especialmente em se tratando de crédito de natureza existencial, o fato é que sequer existe um conflito direto entre a CF e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que vedam a prisão por dívida (salvo alimentos) mas não fazem referência expressa a toda e qualquer hipótese de prisão civil, visto que esta é gênero do qual a prisão por dívida e a prisão do depositário infiel (especialmente do judicial) são espécies. De qualquer sorte, não é o caso de aqui aprofundar a discussão, além do que, a despeito de eventuais pontos controvertidos, o caso da prisão civil, como já sinalado, apresenta o inegável mérito de reverter, ainda que já transcorridos dezoito anos da promulgação da CF, a vetusta jurisprudência que estabelecia uma relação de paridade entre tratados de direitos humanos e a legislação ordinária interna.

Um segundo caso relevante, que gerou significativa crítica por parte dos profissionais do jornalismo que sustentava a necessidade de diploma superior específico habilitando para o exercício da profissão, o STF, em julgamento por maioria de votos realizado em 17/06/2009, nos termos do voto do Relator Min. Gilmar Mendes, julgou procedente o Recurso Extraordinário nº 511961, no sentido de que a norma contida no art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969, que determina a obrigatoriedade de apresentação de diploma de curso superior registrado no Ministério da Educação para o exercício da profissão de jornalista, não foi recepcionada pela CF, ademais de violar o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, por representar uma limitação desarrazoada ao direito de liberdade de expressão, e, por via de consequência, por afetar o incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, referenciando inclusive precedentes da Comissão de Direitos Humanos e da Corte Interamericana nesse sentido. Convém registrar que restou vencido o Ministro Marco Aurélio, que votou pela recepção da referida norma infraconstitucional pela CF, argumentando que se trata de requisito

inerente à regulamentação profissional prevista constitucionalmente no âmbito da liberdade de profissão, ademais de resguardar-se a segurança jurídica e a qualificação profissional.

Em matéria criminal, registram-se vários casos nos quais o STF acabou, de algum modo, lançando mão do parâmetro dos tratados de direitos humanos para balizar as suas decisões.

Em 01.09.2010, por maioria, nos termos do voto do Relator, Ministro Ayres Britto, o Pleno do STF decidiu por conceder parcialmente a ordem no âmbito do Habeas Corpus nº 97256, impetrado pela Defensoria Pública da União em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, para afastar a vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 quanto à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos nos delitos de tráfico de entorpecentes. Na sua fundamentação, o Relator utilizou como parâmetro a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, que permite a incidência de substituição da pena privativa de liberdade nesses casos, bem como ressaltou que esse tratado internacional foi incorporado pelo Brasil mediante Decreto nº 154 de 26/07/1991, o que resultou, portanto, no reconhecimento da sua prevalência (dada a sua hierarquia suprallegal) em face da Lei federal nº 11.343/2006, a Lei que tipifica e regulamenta o processo que envolve o tráfico e o porte para consumo de drogas no Brasil.

Importa sublinhar que houve divergência, inaugurada pelo Ministro Joaquim Barbosa, que denegou a ordem por entender necessário tratamento equânime entre todos os crimes hediondos e os que lhes são equiparados conforme norma constitucional o que representaria forma de respeitar a garantia de individualização da pena, sendo acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia. A Ministra Ellen Gracie denegou a ordem com base na reserva absoluta de lei formal para tratar da matéria penal e entendeu que a vedação de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deveria ser aplicada a crimes de tráfico de drogas cometidos após a Lei nº 11.343/2006, ao passo que o Ministro Marco Aurélio denegava a ordem por entender ser razoável a referida vedação enquanto opção política do Legislador, a exemplo de outras vedações previstas em leis especiais, bem como tendo em conta a repercussão social da prática criminosa relativa ao tráfico de drogas.¹⁸

Ainda na seara criminal, o STF, em 22/11/2011, na Ação de Extradicação nº 1223, relatada pelo Ministro Celso de Mello, por unanimidade de votos da sua 2ª Turma, negou pedido de extradição fundado em tratado de extradição entre Brasil e Equador, ao reconhecer a garantia fundamental da “*double jeopardy*” (vedação ao *bis in idem*), prevista no art. 14 n. 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por força de sua hierarquia suprallegal, como obstáculo insuperável à

18 No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97256. Relator Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 1º set. 2010, *Diário da Justiça*, 16 de dez. 2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123329. Relator Min. Marco Aurélio. Primeira Turma, julgado em 16 fev. 2016, *DJe*, n. 117, 8 jun. 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em Habeas Corpus nº 119832. Relator Min. Dias Toffoli. Primeira Turma, julgado em 22 abr. 2014, *DJe*, n. 106, 3 jun. 2014.

instauração de persecução penal no Brasil contra brasileiro naturalizado, que tenha cometido delito comum antes da sua naturalização, exceto tráfico de entorpecentes, e que já tenha sido condenado ou absolvido, com trânsito em julgado, pelo mesmo fato no estrangeiro.

Tema polêmico e a respeito do qual se estabeleceu intensa controvérsia doutrinária, mas também jurisprudencial, diz com o reconhecimento, ou não, de um direito-garantia do duplo grau de jurisdição no direito interno brasileiro, especialmente em face da inexistência de previsão constitucional expressa a respeito.

Note-se que em geral o STF vinha rechaçando o reconhecimento de um direito ao duplo grau de jurisdição, ou então entendo que o mesmo não assume a condição de direito absoluto, podendo ser objeto de restrição em virtude da necessidade de compatibilizar sua incidência com as peculiaridades do direito interno. Assim, por exemplo, no Agravo Regimental em AI nº 601832, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa e julgado em 17/03/2009, foi afirmado, à unanimidade, o entendimento de que não configura violação ao princípio da igualdade o fato de alguns réus terem acesso ao duplo grau de jurisdição e outros não o terem por questão de prerrogativa de foro em tribunal superior, isso pelo fato de que a garantia do duplo grau de jurisdição necessita se adequar em relação às demais normas constitucionais, não possuindo natureza absoluta.

Todavia, retomando o tópico e a despeito de uma série de decisões anteriores em sentido distinto, o STF, em 12/09/2013, por maioria de votos e em sede de questões de ordem analisadas em julgamento de embargos infringentes interpostos no âmbito da Ação Penal nº 470¹⁹ (mais conhecido como o julgamento do “Mensalão”), entendeu que a garantia fundamental prevista no art. 8º da Declaração Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) se aplica a processos que se iniciam originariamente nos tribunais superiores e que o reexame da matéria poderá ser feito pelo próprio tribunal a partir do manejo do referido recurso previsto no Regimento próprio do tribunal.

Mediante tal decisão, o STF modificou seu entendimento anterior em relação ao acesso ao duplo grau de jurisdição em sede de ação penal originária na Corte Suprema, pois ao analisar pedidos de desmembramento da ação como forma de não violar o duplo grau de jurisdição para aqueles réus que não tinham prerrogativa de foro e que estavam sendo processados devido à regra da conexão e continência, o Tribunal entendeu por aplicar sua Súmula nº 704, ainda que o duplo grau de jurisdição restasse relativizado para os referidos réus²⁰. Todavia, ao reconhecer a

19 Particularmente na análise do vigésimo quinto e vigésimo sexto recurso de embargos infringentes, cujo teor pode ser conferido, em caráter sumário, no Informativo de Jurisprudência do STF nº 719 e 720 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de Jurisprudência do STF*, nº 719, 720).

20 Sobre essa questão, prevaleceu o voto do Min. Joaquim Barbosa, relator, que destacou o Enunciado 704 da Súmula do STF (“Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do correu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”), a demonstrar que o debate, pelo prisma constitucional, já teria sido realizado. O Min. Luiz Fux observou que o exame de ações conexas teria por escopo a aplicação de duas cláusulas constitucionais: devido processo legal e duração razoável do processo. Considerou não haver, nas causas de competência originária da Corte, duplo grau obrigatório de jurisdição, bem como ressaltou a possibilidade de o eventual julgamento isolado de alguns dos réus, em contexto de interdependência fática, levar à prolação de decisões inconciliáveis. Afirmou que, da ponderação entre as regras do Pacto de São José da Costa Rica e da Constituição, prevaleceriam estas, porquanto emanadas do Poder Constituinte. O revisor, Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, aduziu não ser possível admitir-se que a interpreta-

possibilidade de interposição de embargos infringentes nas ações penais originárias, desde que os requisitos recursais fossem preenchidos quanto à existência de decisões não unânimes, o Ministro Celso de Mello, proferiu o voto de desempate e admitiu a possibilidade de utilização, no caso, dos embargos infringentes. Ele destacou, também, que a regra consubstanciada no art. 333, I, do Regimento Interno do STF buscaria permitir a concretização, no âmbito daquele Tribunal, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que visa a amparar direito consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que realizaria, embora insuficientemente, a cláusula da proteção judicial efetiva. A decisão majoritária partiu de divergência aberta pelo Min. Roberto Barroso, que foi seguido pelos Ministros Teori Zavaski, Dias Toffoli, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. A despeito de a fundamentação dos Ministros não ser convergente (em parte) quanto aos argumentos invocados, acabou sendo reconhecida a primazia do duplo grau de jurisdição, seja por força de sua previsão constitucional implícita, seja em virtude (de acordo com manifestação de alguns Ministros) de sua previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos. Ao final do julgamento, restaram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Presidente e relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que não admitiam os embargos infringentes por entenderem que esse recurso estaria revogado pela Lei 8.038/1990.²¹

Outra matéria recorrentemente contemplada em julgamentos do STF diz respeito ao direito-garantia da razoável duração do processo e a configuração do excesso de prazo em ação criminal e as respectivas sanções. Tal garantia, incorporada ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, encontra também expressa previsão nos artigos 7.5 e 7.6 do Pacto de São José da Costa Rica, que reconhecem a garantia da razoável duração do processo na forma de um direito subjetivo a um julgamento sem dilações indevidas. Em julgamento datado de 13.11.2014, Segunda Turma, proferido à unanimidade, o STF, no Habeas Corpus nº 111173, Relator Ministro Celso de Mello, procedeu a controle de convencionalidade de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), invocando precisamente as disposições referidas da Convenção Americana de Direitos Humanos, reconhecendo a configuração de constrangimento ilegal da

ção de normas infraconstitucionais, notadamente, daquelas que integrassem o CPP — instrumento cuja finalidade última seria proteger o jus libertatis do acusado diante do jus puniendi estatal — derrogasse a competência constitucional estrita fixada pela Constituição aos diversos órgãos judicantes. Ademais, essa exegese malferiria o princípio do duplo grau de jurisdição, previsto no Pacto de São José da Costa Rica. (Informativo de Jurisprudência nº 673 do Supremo Tribunal Federal).

21 A Corte manteve o referido entendimento em relação ao voto majoritário proferido pelo Min. Barroso no julgamento dos Agravos Regimentais que, posteriormente, buscavam o conhecimento de embargos infringentes de corrêus sem que os requisitos previstos no art. 333, inciso I, do Regimento Interno da Corte estivessem supridos. Nesse sentido, a título de exemplo, ver o julgado mais recente no âmbito da citada ação penal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470, El-décimos quintos-AgR/MG. Relator Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 22 maio 2014, *DJe*, n. 215, 3 nov. 2014. Todavia, em outros julgados posteriores de ações originárias, a Corte seguiu o entendimento de que a prerrogativa de foro prevista na Constituição Federal não viola a garantia do duplo grau de jurisdição, constituindo, pois, forma de sua relativização, nesse sentido ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 560. Relator Min. Dias Toffoli. Segunda Turma, julgado em 25 ago. 2015, *DJe*, n. 180, 11 set. 2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Inquérito nº 3412-AL. Relatora Min. Rosa Weber. Tribunal Pleno, julgado em 11 set. 2014, *DJe*, n. 196, 8 out. 2014.

liberdade de locomoção em virtude do excesso de prazo, afirmando que o julgamento deve ocorrer em tempo adequado. Na conclusão do citado julgado, o Tribunal determinou, ainda, prazo de duas Sessões para que o Superior Tribunal de Justiça (autoridade coatora) finalizasse o julgamento do Habeas Corpus nº 203917, cuja alegação de excesso de prazo teria ocasionado a impetração do Habeas Corpus ora noticiado perante o STF.

Julgado importante – novamente em matéria criminal – diz respeito a assim chamada audiência de custódia (em verdade uma audiência de apresentação), procedimento criado inicialmente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, mediante o Provimento 03/2015, como forma de dar cumprimento ao disposto no Pacto de São José da Costa Rica (artigo 7º, item 05), naquilo em que determina que toda pessoa detida ou retida deverá ser apresentado sem demora a um juiz. Nesse caso, o STF, em 20/08/2015, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, conheceu em parte do pedido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240, julgando tal ação improcedente. Ao proceder ao exame de constitucionalidade, o STF também analisou a convencionalidade do referido ato normativo em face da Convenção Americana de Direitos do Homem, entendendo que seu já referido artigo 7º, item 5, oferta o fundamento necessário para validar o citado ato normativo, ademais de entender não existir violação das normas constitucionais que envolvem a competência legislativa em matéria processual penal. Importa registrar, contudo, o voto divergente do Ministro Marco Aurélio que acatava a preliminar de extinção da ação pela impossibilidade de o STF analisar ato secundário via controle concentrado de constitucionalidade, inclusive ressaltando que o ato impugnado não estaria inovando no sistema jurídico, tendo em vista a disposição do §1º do art. 306 do Código de Processo Penal, que já previa, ainda que não sob o mesmo rótulo, a audiência de custódia. No mérito, o Ministro Marco Aurélio julgou a ação procedente por entender que houve violação das normas sobre competência legislativa exclusiva da União.

O caso da assim chamada audiência de custódia, para além de ter sido objeto de decisão afirmativa do STF em sede de controle de constitucionalidade e de convencionalidade, ilustra a possibilidade (polêmica aos olhos dos que entendem que a medida careceria de regulamentação legal) deferida ao Poder Judiciário para, no âmbito de sua competência regimental e administrativa, dar execução a exigências estabelecidas em Convenções Internacionais, por conta da regra da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias civis e políticos, assim também afirmada pela CF em relação dos direitos fundamentais em geral (artigo 5º, § 1º), mormente que não se está, no caso, propriamente a “legislar” sobre processo e procedimento, mas sim, implementar, em termos logísticos e operacionais, medida concreta que já decorre de obrigação legal interna, notadamente pelo fato de o Congresso Nacional ter aprovado sem reservas a Convenção Americana de Direitos Humanos no ponto em causa.

Matéria de elevado impacto, inclusive já submetida à Comissão de Direitos Humanos da OEA, diz respeito às precárias condições de cumprimento de penas

privativas de liberdade ou prisões provisórias no âmbito do sistema carcerário brasileiro. Embora a existência de decisões de outras instâncias judiciais dispendendo sobre o tema, a matéria chegou ao STF para uma análise mais sistemática e substancial. Com efeito, em 09/09/2015, por maioria de votos, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio, foi julgada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, tendo sido reconhecido que a situação precária na qual se encontram os presos nos presídios brasileiros consiste em uma violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, resultado de inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura. O Tribunal reconheceu a existência de transgressões a exigirem a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades, e que se instalou um assim designado “estado de coisas inconstitucional”, no mesmo sentido em que já havia julgado a Corte Constitucional Colombiana.

Nesse contexto, o STF passou a estabelecer algumas medidas para que a Administração Pública, mas também os demais órgãos do Poder Judiciário, assegurassem o respeito ao mínimo em dignidade humana, conforme compromisso firmado mediante a ratificação do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos da ONU e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Os Ministros frisaram que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica e que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas, dadas as condições em geral de cumprimento de tais penas. Nesse contexto, diversos dispositivos (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º) da CF, além de normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos), bem como normas infraconstitucionais como a Lei de Execução Penal e a Lei Complementar nº 79/1994, que criara o Funpen (Fundo Penitenciário), teriam sido transgredidas. Em relação ao citado Fundo, os recursos estariam sendo contingenciados pela União, o que impediria a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuiria para o agravamento do quadro. Anotaram, ainda, que a reiterada violação dos direitos fundamentais dos presos repercute além das respectivas situações subjetivas, produzindo mais violência contra a própria sociedade. Além disso, a prova de ineficiência do sistema penitenciário brasileiro se verifica mediante as altas taxas de reincidência registradas. Por fim, quanto a sua possibilidade de interferência nessa seara, o Tribunal reconheceu que não poderia substituir o legislador e nem a Administração Pública em questão que abrangiam a edição de políticas públicas específicas.

Especialmente digna de nota é a circunstância de que nesse julgamento o STF deliberou pelo deferimento de medida liminar, determinando um conjunto de providências a serem levadas a efeito pelos Juízes e Tribunais das instâncias ordinárias, de modo a combater tal estado de coisas. Dentre tais medidas, destacam-se

a realização tempestiva de audiências de custódia, a consideração das condições do sistema carcerário por ocasião da aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção. Particularmente inovadora (mas também objeto de polêmica) é a diretiva de que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Além disso, o Tribunal determinou que a União libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstando-se de realizar novos contingenciamentos.

Nessa mesma toada, no que respeita o sistema carcerário, o STF, por unanimidade, em julgamento ocorrido em 13/08/2015, em sede de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 592581, relatado pelo Ministro Ricardo Lawandowski, deu provimento ao recurso e mencionou como parâmetro para fundamentar a possibilidade de controle judicial de políticas públicas nessa seara, normas da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 (art. 8º), do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU (art. 19), do Pacto de São José da Costa Rica (art. 5º) e as Resoluções nº 663 e 2076 do Conselho Econômico e Social das nações Unidas. Além disso, o Relator lembrou as condenações sofridas pelo Brasil por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em virtude de graves violações a direitos humanos no âmbito do sistema penitenciário brasileiro, como o Caso do Presídio de Urso Branco em Rondônia e do Complexo de Tatuapé-FEBEM-SP. Ao final, o Tribunal assentou a tese de que “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. Tal decisão, aliás, alinha-se (agora em matéria de controle judicial na seara das condições do sistema prisional) com um conjunto de decisões anteriores no âmbito do controle de ações e omissões na base dos direitos fundamentais sociais, especialmente os direitos à saúde e educação.

Dois casos julgados pelo STF tiveram como parâmetro a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, que, por ter sido aprovada pelo Congresso Nacional observando o rito do § 3º do artigo 5º da CF, possui hierarquia equivalente a de uma emenda constitucional e íntegra, portanto, o bloco de constitucionalidade, fazendo convergir e dialogar diretamente o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

Num primeiro momento, o STF, por meio do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32732, relatado pelo Ministro Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, ficou assentado, à unanimidade, que a Administração Pública brasileira tem legitimidade para ofertar tratamento diferenciado às pessoas portadoras de deficiência no acesso a cargos públicos, devendo seguir critérios objetivos para definir os cargos públicos que irão suprir essa cota específica, de modo que o Poder Público deverá implementar mecanismos compensatórios destinados a corrigir as profundas desvantagens sociais que afetam as pessoas vulneráveis, em ordem a propiciar-lhes maior grau de inclusão e a viabilizar a sua efetiva participação, em condições equânimes e mais justas, na vida econômica, social e cultural do País.

O segundo caso, objeto de decisão mais recente, julgado em 09.06.2016, foi o julgamento da ADI 5357, relatada pelo Ministro Edson Fachin, quando foram declaradas constitucionais as normas contidas no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e providenciar as medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado mediante inserção nas taxas escolares (mensalidades, anuidades ou matrículas). Cumpre salientar que a ação direta de inconstitucionalidade foi promovida pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, que sustentou que os dispositivos impugnados do Estatuto estariam a violar diversos preceitos constitucionais, em especial o artigo 208, III, CF, que prevê ser dever do Estado assegurar o atendimento educacional às pessoas com deficiência. O autor da ADI aduz que as medidas impostas aos estabelecimentos particulares implicam em custos elevados e que se não puderem ser repassados aos usuários poderão mesmo inviabilizar a manutenção das atividades do estabelecimento. Dentre os argumentos deduzidos pelo Relator da ação, destaca-se que os estabelecimentos privados tiveram tempo suficiente (previsto na própria Lei) para promover as necessárias adaptações e que em causa não estão apenas aspectos econômicos, mas sim, especialmente uma questão de integração e solidariedade, promovendo a inclusão, o respeito e a tolerância. Dos votos dos demais Ministros, que no geral aderiram aos argumentos do Relator, cabe referir a manifestação do Ministro Gilmar Mendes, que, embora julgando também improcedente a ação, apontou a necessidade de se adotar regras de transição proporcionais, pois boa parte das exigências da nova legislação demandam um determinado tempo para sua execução, ademais de um adequado planejamento. Registre-se, além disso, que apenas o Ministro Marco Aurélio aportou voto divergente, dando parcial provimento à ADI, no sentido de que seja considerada constitucional a interpretação dos artigos impugnados no que dispõe sobre a necessidade de planejamento por parte das entidades privadas, sendo, contudo, inconstitucional a interpretação de que as diversas exigências previstas nos artigos 28 e 30 do Estatuto sejam obrigatórias, isso pelo fato de que “o Estado não pode cumprimentar com chapéu alheio”, não podendo impor à iniciativa privada o que ele próprio não cumpre, especialmente no campo da Educação, onde é o Estado o principal obrigado.

Finalmente, encerrando o inventário ilustrativo dos casos mais relevantes em que o STF realizou um controle de convencionalidade da normativa interna na sequência de decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que realiza o controle do tipo externo, vale referir o julgamento da ADI 4424, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgamento ocorrido em 19/02/2012 e decidido, por maioria, nos termos do voto do Relator. Nesse julgamento, foram analisadas arguições de inconstitucionalidades aduzidas em face de dispositivos da Lei nº 11.340/2006, em especial quanto ao fato de ter violado o princípio da isonomia, no sentido de assegurar um tratamento diferenciado no processo de crimes cometidos no âmbito da violência doméstica, consistente em definir a natureza da ação penal como pública incondicionada, nos casos de crimes de lesão corporal praticados contra mulher nesse contexto, a partir da interpretação dos artigos 12, inciso I, e 16 do referido diploma legal. O Relator ressaltou, de início, que a edição do referido ato legislativo adveio de uma condenação sofrida pelo Brasil e imposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2001), de tal sorte que necessária a interpretação da Lei Federal, tendo como diretriz as exigências da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Internacional de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Registre-se que restou vencido o Ministro Cezar Peluso que julgava procedente a ação para reconhecer que não cabe ao legislador interferir nesse tipo de decisão, que somente caberá à própria mulher o poder de decidir se almeja continuar com a ação penal, além de argumentar no sentido de que com isso se estaria a interferir em aspectos ligados à vida familiar.

Mas também não há como deixar de colacionar casos nos quais o STF acabou por não decidir em sintonia com a orientação imprimida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, designadamente no altamente relevante e polêmico problema envolvendo diversos países da América Latina que, após terem vivenciado períodos de perfil ditatorial (como é o caso, por exemplo, da Argentina, do Chile e do Uruguai, além do próprio Brasil), aprovaram legislação anistiando os crimes praticados contra dissidentes políticos e a população civil em geral. Aqui o STF, em decisão, por maioria, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF nº 153, Relator Ministro Eros Grau, julgada pelo Tribunal Pleno em 29/04/2010, que recebeu um considerável número de críticas inclusive internas, julgou que a legislação que decretou a anistia em relação aos crimes cometidos no período da ditadura militar foi recepcionada pela CF, tratando-se de um pacto de transição, que teve legitimidade democrática e que assegurou a evolução para a democracia, ademais de operada a prescrição e da proibição de retroatividade prevista na CF.

5 SÍNTESE CONCLUSIVA

De todo o exposto, é possível extrair que, no tocante ao valor atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, o Brasil registrou importantes avanços sob a égide da CF. Isso se deve tanto ao reconhecimento expresso de

que os tratados de direitos humanos integram o catálogo dos direitos e garantias fundamentais da CF (artigo 5º, § 2º), previsão inovadora na trajetória constitucional brasileira, quanto pela ratificação, na primeira metade da Década de 1990 (ainda que tardiamente), dos principais tratados internacionais de caráter geral, como é o caso dos dois Pactos Internacionais da ONU, ambos de 1966, bem como da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969. Além disso, a afirmação da prevalência dos direitos humanos, no âmbito dos princípios fundamentais que regem as relações internacionais do Brasil (artigo 4º), demonstra que o projeto constituinte foi no sentido de uma abertura ao sistema internacional (e regional) de proteção dos direitos humanos.

Por outro lado, do ponto de vista da efetiva consideração dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna, mesmo depois da promulgação da atual CF, os avanços foram tímidos, ao menos durante considerável tempo, visto que não apenas eram raros os casos de invocação de tais tratados por Juízes e Tribunais, como o STF lhes atribuíu valor apenas de lei ordinária, de tal sorte que se podia falar até mesmo de uma falta de cultura nessa seara. Ademais disso – e justamente em virtude disso – a noção de um controle de convencionalidade da normativa interna não só era praticamente desconhecida, como não tinha em regra relevância prática, excetuando-se decisões de Juízes e Tribunais ordinários, que, mesmo na contramão do que então entendia o STF, afastavam a prisão civil do depositário infiel em casos de natureza contratual, valendo-se da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Mas também aqui, consoante já demonstrado, houve avanços significativos, seja do ponto de vista legislativo, seja na perspectiva jurisprudencial. Com efeito, mediante a inserção de um parágrafo terceiro no artigo 5º da CF, ficou estabelecido que os tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso, por maioria de 3/5, nas duas Casas do Congresso e em dois turnos de votação, são considerados equivalentes às emendas constitucionais, o que veio a ser colocado em prática mediante a aprovação da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Além disso, o próprio STF revisou seu entendimento (2008), passando a atribuir hierarquia supralegal aos tratados de direitos humanos em geral, ressalvados os que forem aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, que então terão hierarquia equivalente às emendas constitucionais.

De lá para cá, tanto o STF e mesmo outros Tribunais passaram gradativamente a recorrer aos tratados internacionais para motivar suas decisões em diversos casos relevantes, ainda que em geral, como dão conta os exemplos já colacionados, não se tenha deixado de aplicar o direito interno (como ocorreu no caso da prisão civil), mas sim, utilizado os tratados como parâmetros interpretativos e de justificação, tudo no âmbito do que se tem designado de um controle de convencionalidade das leis.

É claro que não se olvida aqui de condenações sofridas pelo Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nem se desconsidera que ainda falta muito para que a teoria e prática do controle de convencionalidade sejam bem assimi-

ladas, resultando numa atuação rotineira por parte dos atores da cena judiciária, mas também, no âmbito das respectivas atribuições e no plano de um controle de natureza política, por parte do legislador e do Poder Executivo.

Da mesma forma, segue problemática, ao menos aos nossos olhos e de expressiva doutrina, a solução protagonizada pelo STF ao sufragar duas modalidades de força normativa dos tratados, distinguindo entre os que foram aprovados como sendo equivalentes às emendas constitucionais, operando como parâmetro do próprio controle de constitucionalidade (e de convencionalidade), e os tratados (que são a esmagadora maioria) aprovados pelo rito convencional e anterior à inclusão do § 3º do artigo 5º da CF, os quais têm hierarquia supralegal e não são considerados como parâmetro do controle de constitucionalidade, mas somente de convencionalidade.

Por outro lado, ainda que muitas questões sigam desafiando uma adequada reflexão e solução, em especial aspectos de natureza processual, algumas das quais já noticiadas, o fato é que o balanço que se pode fazer nessa quadra, especialmente mediante uma comparação com o quadro verificado nos primeiros vinte anos de vigência da CF, é positivo e sugere ulterior aperfeiçoamento e consagração em termos tanto quantitativos como qualitativos do controle de convencionalidade e do respeito às decisões das Cortes Internacionais pelo Brasil. Aliás, somente assim se poderá alcançar a necessária sintonia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais e a projetada integração do Brasil na comunidade internacional e em especial regional, tal qual também previsto no artigo quarto da CF.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343 – SP. Relator Min. Cezar Peluso, *DJ*, 5 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de Jurisprudência do STF*, nº 719, 720.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470, El-décimos quintos-AgR/MG. Relator Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 22 maio 2014, *DJe*, n. 215, 3 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 560. Relator Min. Dias Toffoli. Segunda Turma, julgado em 25 ago. 2015, *DJe*, n.180, 11 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Inquérito nº 3412-AL. Relatora Min. Rosa Weber. Tribunal Pleno, julgado em 11 set. 2014, *DJe*, n. 196, 8 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97256. Relator Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 1º set. 2010, *Diário da Justiça*, 16 de dez. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123329. Relator Min. Marco Aurélio. Primeira Turma, julgado em 16 fev. 2016, *DJe*, n. 117, 8 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em Habeas Corpus nº 119832. Relator Min. Dias Toffoli. Primeira Turma, julgado em 22 abr. 2014, *DJe*, n. 106, 3 jun. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade. In: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1334-1335.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 321, jun. 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 386.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasil/Argentina/Chile/México/Peru/Uruguai. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

MIDÓN, Mario A. (Dir.) *Derechos Humanos y Control de Convencionalidade*. Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Org.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 72.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 386-403.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus antecipos en el ambito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Org.). *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Disponível em: < [http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/Nestor%20Sagu es.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/Nestor%20Sagu%20es.pdf)>. Acesso em: 4 de fev. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Uma Teoria Geral dos direitos fundamentais na Perspectiva Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.



OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO: EVOLUÇÃO E TENDÊNCIAS DE REFORMA

THE 30 YEARS OF THE 1988 CONSTITUTION AND THE BRAZILIAN POLITICAL SYSTEM: EVOLUTION AND REFORM TRENDS

Jaime Barreiros Neto *

RESUMO

O trabalho apresenta uma retrospectiva das mudanças ocorridas no sistema político brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1988, apontando críticas acerca da tendência de supervalorização do discurso reformista na democracia brasileira nos últimos 30 anos.

Palavras-chave: Reforma política. Eleições. Sistemas de governo. Financiamento político.

ABSTRACT

The paper presents a retrospective of the changes that have taken place in the Brazilian political system since the promulgation of the 1988 Constitution, pointing out criticisms about the tendency of overvaluation of the reformist discourse in Brazilian democracy in the last 30 years.

Keywords: Political reform. Elections. Government systems. Political financing.

1 INTRODUÇÃO

Definida pelo ex-Presidente americano Abraham Lincoln, em famoso discurso realizado em 1863, em Gettysburg, como “o governo do povo, pelo povo e para o povo”, a democracia consagrou-se, ao longo do último século, como o regime político mais adequado à consolidação das liberdades fundamentais e à promoção dos direitos humanos, sendo patente, entretanto, as suas dificuldades e imprecisões, sacramentadas em famosa afirmação atribuída a Sir Winston Churchill, líder político britânico durante a II Guerra Mundial e um dos principais estadistas do século XX, segundo a qual o regime democrático seria “o pior de todos os regimes políticos, à exceção de todos os demais já testados”. Tal conclusão de Churchill denota uma importante característica desse regime político, já afirmada no primeiro capítulo desta tese: o seu caráter permanentemente evolutivo.

* Doutor em Ciências Sociais e Mestre em Direito pela UFBA. Professor da Faculdade de Direito da UFBA (graduação, mestrado e doutorado), da Escola dos Magistrados da Bahia e da Faculdade Baiana de Direito. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.

Como produto da sua imperfeição, a democracia está sempre buscando renovação. Nesse sentido, o debate acerca da necessidade de uma ampla reforma política tem se apresentado como constante no Brasil, ao longo de toda a sua história política².

Ao completar trinta anos de sua promulgação, a Constituição Federal de 1988 pode ser apontada como aquela que mais avanços permitiu no campo do desenvolvimento democrático brasileiro. Desde os seus princípios fundamentais, consagrados no artigo 1º, dispõe a carta constitucional vigente que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito fundado em valores como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, a serem afirmados pelo povo, titular do poder soberano, por meio de representantes eleitos periodicamente e também de forma direta.

Uma rápida leitura dos primeiros enunciados constitucionais, portanto, já é suficiente para constatar a opção do povo brasileiro por um modelo maximalista de democracia, o qual não se resume à escolha periódica das elites governantes, em processos eleitorais livres e legítimos, mas sim a um modelo participativo de democracia, o qual engloba, inclusive, preceitos deliberativos. À previsão constitucional de realização de eleições populares periódicas para os cargos de vereador, prefeito, deputado estadual, deputado distrital, deputado federal, senador, governador e presidente da República, soma-se a possibilidade de participação direta, ampla e igualitária do povo na vida política do Estado, através dos institutos da democracia semidireta (plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei), bem como por meio do incentivo à discussão pública acerca das mais diversas questões de interesse coletivo, fundada nas liberdades de pensamento, opinião e imprensa, no incentivo à formação de associações civis para fins lícitos e na previsão constitucional de existência de diversos órgãos e instituições deliberativas populares, atuantes não apenas junto à administração pública, mas também dentro da sua composição formal.

Pode-se afirmar, assim, que a principal decisão tomada pelos legisladores constituintes, atuando em nome do povo soberano, se deu com a clara opção constitucional por um regime de participação política ampla, fato de certa forma inédito na nossa história constitucional, a partir de um modelo maximalista de democracia. A forma de viabilização dessa ampla participação, contudo, vem sendo objeto de muitas divergências, nascidas ainda no seio do processo gerador da atual Carta Constitucional brasileira.

Neste breve trabalho, buscaremos contextualizar o debate em torno do aprimoramento constante das instituições democráticas brasileiras, catalisado a partir da promulgação da Constituição de 1988, apontando a evolução e as tendências

² De fato, o debate acerca da necessidade de reformas políticas sempre se fez presente no Brasil, como se pôde observar ao longo deste capítulo. Neste sentido, Sylvio Santos Faria, escrevendo, em 1953, trabalho apresentado ao Instituto dos Advogados da Bahia relativo à proposta de emenda parlamentarista apresentada pelo Deputado Raul Pila, já identificava, àquela época, a existência de um “deficit de nossas instituições políticas para com o regime democrático”, fato que demonstra a onipresença do debate relativo à necessidade de reformas políticas no Brasil. FARIA, Sylvio Santos. *A emenda parlamentarista*. Salvador: S.A. Artes Gráficas, 1954. p. 6.

de reforma do sistema político brasileiro, objeto de ampla discussão desde a realização dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.

2 QUAL O MELHOR SISTEMA DE GOVERNO PARA O BRASIL? O DEBATE EM TORNO DA REFORMA DO SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE E NOS PRIMEIROS ANOS DE VIGÊNCIA DA NOVA CONSTITUIÇÃO

Uma das primeiras grandes polêmicas vivenciadas na “Nova República” no que se refere ao modelo de sistema político a ser adotado no país, se deu em torno do debate entre o parlamentarismo e o presidencialismo como sistema de governo a ser consagrado na Constituição. Ainda durante o período pré-constituinte, políticos e acadêmicos já se manifestavam publicamente a favor de um dos sistemas, tecendo críticas ao sistema oponente. Neste sentido, Fávila Ribeiro³, por exemplo, em obra intitulada “Constituinte e participação popular”, publicada em 1986, se posicionou a favor do parlamentarismo, afirmando que haveria, no Brasil uma nociva “obstinação pelo imobilismo institucional”, a qual desprezaria as evidências históricas da “inaclimatação do Presidencialismo à realidade sociopolítica e cultural latino-americana”. Para Ribeiro, o presidencialismo tenderia a promover a onipotência pessoal dos governantes, transformando o presidente da República em “monarca absolutista, ainda que por prazo determinado, com origem eletiva”.

Advogando pela continuidade do presidencialismo no Brasil, contra o parlamentarismo, Ferreira Filho⁴, por sua vez, escreveu, em 1987, que os problemas brasileiros estariam relacionados não apenas à centralização estatal e a um “presidencialismo exagerado”, mas, especialmente, à existência de um sistema partidário fraco, pouco coeso e distante da opinião pública, bem como à permanência de “um quadro econômico e social propício a explosões de amplitude incalculável”. Neste cenário, portanto, entendia Ferreira Filho que um parlamentarismo, à moda inglesa, seria um risco para o Brasil, que não poderia se tornar vulnerável à possibilidade de constituição de um “governo instável, fraco, em que as combinações feitas à sombra rejam os rumos do Estado”.

Durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, o debate entre parlamentarismo e presidencialismo tornou-se um dos mais polêmicos. Os defensores do parlamentarismo, dentre os quais os integrantes do então recém criado Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), surgido como dissidência do PMDB, durante os trabalhos da Constituinte, defendiam que a adoção do novo sistema de governo teria o condão de evitar a estagnação de governos impopulares, uma vez que no parlamentarismo o chefe de governo não tem mandato definido, governando apenas enquanto tiver a confiança da maioria do Parlamento. Por outro lado, os defensores do presidencialismo acreditavam que a manutenção do sistema

3 RIBEIRO, Fávila. *Constituinte e participação popular: o momento estratégico da ordenação pré-constituinte e a Emenda Constitucional nº 25/85*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 28-29.

4 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Idéias para a nova Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 115.

garantiria uma maior estabilidade política em um momento histórico de transição, especialmente quando deparado com um sistema partidário fragmentado, como o que se apresentava então.

Dentre os defensores do presidencialismo, talvez o mais atuante fosse, naquele momento, o então Presidente da República, José Sarney, que via uma possível mudança de sistema de governo como um obstáculo ao exercício do poder. Durante a Constituinte, Sarney se esforçou, nos bastidores, para aprovar a manutenção do sistema presidencialista, muito embora a tendência inicial do projeto da nova Constituição estivesse voltado para o parlamentarismo. Outra luta do então Presidente, marcante durante os trabalhos da Assembleia Nacional, foi a relativa à conquista de um quinto ano de mandato presidencial.

Em 22 de março de 1988, em histórica sessão, a Assembleia Nacional Constituinte aprovou a continuidade do sistema de governo presidencialista, adotado no Brasil desde a Proclamação da República, quase cem anos antes, à exceção do período entre 1961 e 1963, durante o governo do Presidente João Goulart. Destacando o que entendia como um golpe na Constituinte, Ary Guimarães⁵, em artigo publicado no jornal “A Tarde”, em 29 de março de 1988, atribuiu a derrota do parlamentarismo ao projeto pessoal do então Presidente da República, José Sarney, que pressionou os constituintes no sentido da prorrogação do seu mandato para cinco anos. De acordo com Guimarães, “o golpe consumou-se na trágica terça-feira, 22, quando todos os 559 constituintes foram uns assistir, outros redefinir a Constituinte. Agora, ela é confessadamente uma Assembleia de homens majoritariamente dispostos a fazer a vontade de um governo que lhe deveria ser subordinado (...)”.

Como “prêmio de consolação”, os defensores do parlamentarismo conseguiram incluir no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) um dispositivo que determinava a convocação de um plebiscito, no prazo de cinco anos, no qual o povo decidiria pela república ou pela monarquia e pelo presidencialismo ou o parlamentarismo. Em 21 de abril de 1993, o povo brasileiro foi às urnas e, na maior consulta popular até então, decidiu pela manutenção da república presidencialista⁶.

5 GUIMARÃES, Ary. *Constituinte de 1988: retratos de uma época*. Salvador: Edições ALBA, 2011. p. 275.

6 Após a realização do plebiscito, a discussão acerca da mudança do sistema de governo, de certa forma, arrefeceu. É verdade que muitos ainda hoje são defensores do sistema parlamentarista, mas também é certo que a mudança do sistema de governo deixou de ser tema prioritário na agenda da reforma política, principalmente depois que o PSDB, partido que se notabilizou pela defesa incisiva do sistema parlamentarista, chegou ao poder, em 1994. Com as vitórias do PT, defensor de primeira hora do presidencialismo, nas eleições presidenciais de 2002 a 2014, o tema da mudança do sistema de governo se tornou ainda mais distante no debate político brasileiro. Durante e após a consumação, contudo, do processo que levou a Presidente Dilma Rousseff ao impeachment, sacramentado em agosto de 2016, o tema do parlamentarismo voltou à baila, louvado por políticos importantes a exemplo do ex-Presidente da República e Senador Fernando Collor (COLLOR defende parlamentarismo como saída da crise para o país. *Fernando Collor: Senador da República*, 29 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.fernandocollor.com.br/collor-defende-parlamentarismo-como-saida-da-crise-para-o-pais>>. Acesso em: 29 fev. 2016), do Presidente do Senado Federal, Renan Calheiros (RENAN defende a reforma política e o parlamentarismo. *Senado Notícias*, Brasília, DF, 11 maio 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/05/11/renan-defende-a-reforma-politica-e-o-parlamentarismo>>. Acesso em: 11 maio 2016), bem como por alguns partidos políticos, a exemplo do PSB (DECAT, Erich. Em documento entregue a Temer, PSB defende discussão do parlamentarismo e fim da reeleição. *Estadão*, São Paulo, 3 maio 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-documento-entregue-a-temer--psb-defende-discussao-do-parlamentarismo-e-fim-da-reeleicao,10000048872>>. Acesso em: 4 maio 2016), do PSDB (DECAT, Erich. Documento do PSDB a Temer propõe implantação do parlamentarismo. *Estadão*, São Paulo, 2 maio 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,documento-do-psdb-a-temer-propoe-implantacao-do-parlamentarismo,10000048711>>. Acesso em: 3 maio 2016) e do PPS (PPS defende o parlamentarismo em reunião com Temer. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 5 jul. 2016. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2016/07/05/interna_politica,780364/pps-defende>).

Não foi apenas, contudo, o debate sobre o sistema de governo que permeou as discussões em torno da reforma política no Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1988. Em 1992, por exemplo, o Senador José Serra (PSDB-SP), em artigo escrito ao Jornal “Folha de São Paulo” de 13 de setembro de 1992⁷, em plena crise política que levou o então Presidente da República, Fernando Collor, ao *impeachment*, denunciava a necessidade de uma ampla reforma das instituições do Estado, argumentando que:

[...] em qualquer regime democrático, é função do arcabouço institucional prover os agentes políticos – partidos, candidatos, líderes e autoridades –, com seus vícios e suas virtudes de suficientes incentivos para comportamentos solidários, responsáveis, politicamente construtivos. Mas nossas instituições estão induzindo a comportamentos opostos.

Naquele momento, o debate entre o presidencialismo e o parlamentarismo era o grande mote do discurso reformista, que tinha em Serra um dos grandes defensores da adoção do sistema parlamentarista, derrotado na Constituinte de 1987/88. Temas como a adoção do voto distrital, a cláusula de barreira e a fidelidade partidária, contudo, também já se incluíam na agenda da reforma, há mais de vinte anos, portanto.

3 O FRACASSO DA REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 1993 E AS REFORMAS ELEITORAIS DO GOVERNO FHC

Em 1994, cumprindo determinação do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, realizou-se a “Revisão Constitucional”, procedimento através do qual poderia a Constituição de 1988 ser revisada a partir de um quórum reduzido, de 50% mais um. Na verdade, a revisão foi prevista, principalmente, com o intuito de permitir a adaptação da Constituição ao parlamentarismo, caso tal sistema viesse a ser adotado após o plebiscito programado para 1993. A manutenção do presidencialismo, aliada ao momento político de crise, no qual o país acabara de vivenciar o *impeachment* do primeiro presidente eleito pelo voto popular após quase trinta anos, com o conseqüente advento de um governo de coalizão centrado no novo Presidente, Itamar Franco, terminou por fazer do processo de revisão um retumbante fracasso, antevisto por Josaphat Marinho⁸ em artigo publicado em dezembro de 1993, quando do início dos trabalhos revisionais, no qual o jurista baiano queixava-se da ausência de uma “prévia coordenação de ideias ou objetivos fundamentais” relativos à revisão, revelando, também, o desinteresse generalizado pelas discussões em torno do processo revisional no parlamento, ao destacar que “o primeiro período de discussão das questões constitucionais, de cerca de vinte dias, correspondente também ao de apresentação de emendas, não suscitou o

-parlamentarismo-em-reuniao-com-temer.shtml>. Acesso em: 5 jul. 2016).

7 SERRA, José. *Reforma política no Brasil*. São Paulo: Siciliano, 1995. p. 24.

8 MARINHO, Josaphat. *Direito, Sociedade & Estado*. Salvador: Memorial das Letras, 1998. p. 320.

exame de nenhum problema importante, na tribuna do Congresso Nacional”, que, àquela altura dos acontecimentos, convivia com um constante esvaziamento do plenário durante os trabalhos revisionais, fato que, de acordo com Marinho, não incentivava ninguém à promoção de um debate sério sobre qualquer tema.

Com a eleição de Fernando Henrique Cardoso para a Presidência da República, em 1994, o debate em torno da reforma política foi, mais uma vez, posto em pauta. Em 1995, o Senado estabeleceu uma comissão especial de reforma política, que contou com a relatoria do Senador Sérgio Machado (PSDB-CE). O relatório da comissão foi publicado em 1998, mas as propostas de reforma sequer chegaram a tramitar na Câmara dos Deputados.

Durante o governo FHC, no entanto, algumas importantes reformas eleitorais foram aprovadas, sendo as principais a Emenda Constitucional nº. 16, de 04 de junho de 1997, que estabeleceu a possibilidade de reeleição para titulares de mandatos executivos, favorecendo, assim, o próprio presidente⁹, e a Lei nº. 9.504/97, conhecida como “Lei das Eleições”, a qual, sem dúvidas, revestiu-se de grande importância, ao reduzir o caráter casuístico da legislação eleitoral, que era alterada por completo a cada pleito, até então. Dentre as principais novidades da Lei das Eleições, destacam-se a instituição de cotas para candidaturas femininas nas eleições proporcionais e a equiparação entre votos brancos e nulos (os votos brancos deixaram de ser contabilizados como votos válidos para fins de cálculo do quociente eleitoral).

4 A ELEIÇÃO DE LULA E OS NOVOS ATORES DA REFORMA POLÍTICA BRASILEIRA: PODER JUDICIÁRIO E SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA

A partir da eleição do Presidente Lula, em 2002, o debate em torno da reforma política tomou um novo fôlego, não apenas no âmbito do Poder Legislativo, mas também na sociedade civil e no Poder Judiciário.

Como exemplo de ampliação da participação do Poder Judiciário na efetivação de reformas no sistema político brasileiro, em 2002, o Tribunal Superior Eleitoral tomou uma importante e polêmica decisão, ao interpretar o artigo 6º da

9 Manifestando-se contra o casuismo da emenda da reeleição, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Paulo Brossard, em prefácio ao livro “A Eleição da Reelection”, do jornalista Sebastião Nery, assim se manifestou: “parece que nos esquecemos um pouco de nossa história. No plano federal, sempre se vedou a reeleição do presidente para o período imediato. A nossa tradição é esta, embora os governadores pudessem reeleger-se na República Velha. Ignorou-se tudo isso. Verificou-se a fragilidade das instituições, pois bastou um presidente ambicioso e sem o senso de respeito à visão histórica nacional para que a Constituição mudasse a favor do seu intento” (NERY, Sebastião. *A Eleição da Reelection*. São Paulo: Geração Editorial, 1999. p. 9). O ex-Senador baiano Josaphat Marinho, em artigo intitulado “Reeleição e Reformas”, escrito no dia 13/10/1996, quase nove meses, portanto, antes da aprovação da emenda da reeleição, também já afirmava a sua posição contrária à adoção da emenda da reeleição, naquele momento histórico: “repercutiu mal na opinião pública o trato, com prioridade, na esfera política, da ideia da reeleição. Seja abrangente de governadores e prefeitos, ou restrita ao presidente da República, a iniciativa é inoportuna. A proposta de permitir novo mandato, sem interrupção, e na metade do primeiro que cumpre o chefe de Estado, não deve ser apreciada sem o cuidado que reclama a prudência política. Não se cuida, ainda, de dizer sobre a conveniência ou a legitimidade da pretensão. Esse é problema de mérito, a ser discutido noutro momento. O que cabe salientar, agora, é a extemporaneidade da medida, indicativa de manifesto açodamento, diante das questões pendentes no país, de interesse amplo, ou geral” (MARI-NHO, Josaphat. *Direito, Sociedade & Estado*. Salvador: Memorial das Letras, 1998. p. 409). Em 04 de junho de 1997, contudo, a emenda da reeleição foi aprovada, sendo o fim da reeleição para cargos executivos, inclusive, uma das pautas da reforma política em discussão na sociedade, quase duas décadas depois.

Lei 9.504/97, referente ao regime de coligações partidárias. Por meio da Resolução nº. 21.002, de 26 de fevereiro de 2002, o TSE impôs a chamada “verticalização de coligações”, impedindo que coligações eleitorais em âmbito estadual fossem firmadas entre partidos não coligados no âmbito nacional. Como efeito desta decisão, diminuiu a quantidade de candidatos nas eleições presidenciais de 2002 em relação a anos anteriores, ao passo que o número de coligações estaduais aumentou de 79 coligações, em 1998, para 140, em 2002, quando a verticalização foi adotada. Afinal, não era mais possível, de acordo com a decisão do TSE, que partidos coligados nacionalmente se tornassem adversários no âmbito estadual, na mesma eleição. Em 2006, contudo, com a publicação da Emenda Constitucional nº. 52, a verticalização de coligações foi abolida do direito brasileiro.

Outro exemplo de ativismo judicial relacionado à reforma política se deu em 2007, quando o TSE resolveu mudar a sua interpretação acerca do conceito de fidelidade partidária, estabelecendo que seria possível a perda de mandatos parlamentares, e também do executivo, titularizados por políticos infiéis aos seus partidos. Assim, o TSE buscava acabar com o famoso “troca-troca” de legendas, que desvirtuava a representação política. Como bem destaca, contudo, David Fleischer¹⁰, “em agosto e setembro de 2009, quatro senadores (inclusive a Senadora Marina Silva) e 32 deputados trocaram de legendas para concorrer ao pleito de 2010. Nenhum destes migrantes foi punido e assim o TSE foi desmoralizado na sua tentativa de judicialização da política”. O tema da fidelidade partidária, contudo, continua a fazer parte da agenda de discussões da reforma política.

Aquela que talvez, contudo, pode ser considerada a mais impactante ação do Poder Judiciário, no âmbito da realização de reformas políticas, se deu com a conclusão do julgamento, em setembro de 2015, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.650, cujo objeto versou sobre a suposta inconstitucionalidade do financiamento empresarial de partidos políticos e campanhas eleitorais. Proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a referida ADI suscitou a inconstitucionalidade das doações financeiras de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais e a partidos políticos, sob o argumento de que estas seriam prejudiciais à democracia, por gerarem uma grande desigualdade entre as campanhas eleitorais, além de supostamente incentivarem a corrupção. Segundo texto extraído da ementa do julgamento da ADI 4.650:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, julgou procedente em parte o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam interpretação conforme, nos termos do voto ora reajustado do Ministro Teori Zavascki. O Tribunal rejeitou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

¹⁰ FLEISCHER, David. A reforma política no Brasil: uma história sem fim (1995-2011). In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; LAVAREDA, Antonio. (Org.). *A relevância da Ciência Política: comentários à contribuição de Olavo Brasil de Lima Jr.* Rio de Janeiro: Levan, 2014. p. 132-133.

por não ter alcançado o número de votos exigido pelo art. 27 da Lei 9.868/99, e, conseqüentemente, a decisão aplica-se às eleições de 2016 e seguintes, a partir da Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão. Com relação às pessoas físicas, as contribuições ficam reguladas pela lei em vigor. Ausentes, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, do Encontro do Conselho Ministerial dos Estados Membros e Sessão Comemorativa do 20º Aniversário do Instituto Internacional para a Democracia e a Assistência Eleitoral (IDEA Internacional), na Suécia, e o Ministro Roberto Barroso, participando do *Global Constitutionalism Seminar* na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.09.2015

Vale destacar que, poucos dias pós a conclusão do julgamento da ADI 4.650, foi aprovado, pelo Congresso Nacional, o texto final da Lei nº. 13.165/15, a qual manteria, a despeito da decisão do STF, a possibilidade de financiamento empresarial de campanhas eleitorais e partidos políticos. Tal previsão legal, contudo, não se concretizou, diante do veto parcial à referida lei imposto pela então Presidente da República, Dilma Rousseff, veto este que foi mantido pelo Congresso. Assim, nas eleições de 2016, com base no julgamento da ADI 4.650, foi proibido pela primeira, vez, desde as eleições de 1998, o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas.

No âmbito da sociedade civil, propostas de discussão relativas ao tema da reforma política também têm sido constantemente apresentadas nos últimos anos. Nos dias 03 a 05 de junho de 2003, por exemplo, a Associação Brasileira de Ciência Política e a Câmara dos Deputados realizaram o seminário “A reforma política: discutindo como se reconstrói um país”, o qual originou a publicação do livro “Reforma política: lições da história recente”, organizado por Gláucio Ary Dillon Soares e Lucio Rennó e publicado, em 2006, pela editora FGV.¹¹

Também em 2006, por sua vez, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) realizou pesquisa com aproximadamente três mil juízes, apresentando a visão da magistratura acerca dos principais pontos da reforma política, entendida, pelos magistrados, como instrumento necessário ao combate à corrupção e à impunidade no país. Curiosamente, a pesquisa demonstra um grau de divergência muito grande entre os membros da magistratura nacional acerca de diversos temas considerados críticos da reforma. A adoção do financiamento público exclusivo de campanhas, por exemplo, era defendida, naquela oportunidade, por 41,7% dos entrevistados, enquanto que 48,1% dos pesquisados eram contrários a tal ideia. A extinção das coligações partidárias também se revelava como tema de discórdia entre os membros da magistratura nacional: trinta e um por cento dos pesquisados eram favoráveis, naquele momento, à liberdade para coligações majoritárias, enquanto que quarenta e seis por cento eram contrários. Estarrecedores, contudo,

11 SOARES, Gláucio Soares Dillon; RENNÓ, Lucio (Org.). *A reforma política: discutindo como se reconstrói um país*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

eram os números relativos à opinião dos magistrados em relação ao fim das coligações proporcionais, tema sempre levado ao debate nas propostas de reforma política: nada menos do que 38,8% dos magistrados entrevistados não opinaram sobre o tema, enquanto que 34,9% se mostraram indiferentes.¹²

Mais recentemente, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no segundo semestre de 2013, elaborou documento intitulado “Manifesto da sociedade civil por uma reforma política democrática”, no qual destaca uma suposta “perda de credibilidade das instituições” que revelaria uma “crise do sistema representativo brasileiro”. Dentre as propostas apresentadas no manifesto, destaca-se a defesa do financiamento público para campanhas eleitorais, com a proibição de financiamento de campanhas por pessoas jurídicas e a permissão de contribuição de pessoas físicas que obedeçam a um teto de setecentos reais por eleitor; ampliação dos meios de participação popular na política; fortalecimento da fidelidade partidária; ampliação da participação política de mulheres, índios e afrodescendentes e democratização dos meios de comunicação. A mais curiosa das propostas da CNBB, contudo, diz respeito à criação de um novo sistema eleitoral denominado “voto transparente”. As eleições para deputados e vereadores, de acordo com este sistema, seriam divididas em dois turnos: no primeiro, o eleitor votaria em legendas, determinando a distribuição das cadeiras em disputa de forma proporcional à votação de cada agremiação partidária. No segundo turno, por sua vez, o eleitor votaria em pessoas, indicadas pelos partidos, que seriam eleitas para preencher as vagas destinadas a cada partido. Neste formato, se um partido conquistasse, por exemplo, dez cadeiras no primeiro turno, no segundo turno deveria oferecer, aos eleitores, vinte opções de nomes de candidatos, a fim de que o eleitorado escolhesse dez nomes (os dez mais votados no segundo turno, dentre os vinte candidatos).

Outro movimento social, denominado “Movimento Eleições Limpas”, protagonista, em 2010, da colheita de assinaturas que culminou na iniciativa popular de lei que gerou a “Lei da Ficha Limpa”, também apresentou, após as manifestações de junho de 2013, uma proposta de reforma política, alegando que o sistema político brasileiro encontra-se “viciado”. Dentre os principais objetivos do movimento, encontra-se a defesa da mudança da forma de financiamento de campanhas, cujo modelo atual seria, segundo o movimento, o principal responsável pela crise vivenciada pela democracia brasileira.¹³

12 SANTOS, Antonio Augusto Meyer dos. *Reforma política: inércias e controvérsias*. Porto Alegre: AGE, 2009. p. 175.

13 Como bem destaca Murillo Aragão, há uma convergência entre o manifesto do grupo “Eleições Limpas” com os pontos arrolados pela CNBB, entidades que, juntamente com algumas outras signatárias, formam a “Coalizão Democrática”, a favor de uma reforma política democrática, fundada em eleições limpas. Fazem parte da “Coalizão Democrática”, além da CNBB e do grupo “Eleições Limpas”, o Conselho Federal da OAB, o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), a Plataforma dos Movimentos Sociais pela Reforma do Sistema Político, a Central Única dos Trabalhadores (CUT), a Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ), a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (CONTAG), o Conselho Nacional das Igrejas Cristãs do Brasil (CONIC), a União Nacional dos Estudantes (UNE), a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), a Cáritas e a Comissão Brasileira de Justiça e Paz (CBJP). ARAGÃO, Murillo. *Reforma política no Brasil: o debate inadiável*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 61.

5 CONTRIBUIÇÕES DO PODER EXECUTIVO E DOS PARTIDOS POLÍTICOS PARA O DEBATE DA REFORMA DAS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS NOS ÚLTIMOS TRINTA ANOS

No âmbito do Poder Executivo, por sua vez, o debate da reforma política tem sido constantemente suscitado, especialmente em momentos de crises institucionais. Em 2009, o Executivo, através da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, entregou ao Congresso Nacional mais uma proposta de reforma política, com sete itens: a) cláusula de barreira rígida, que eliminaria do processo eleitoral todos os partidos que não obtivessem, no mínimo, 1% dos votos válidos nas eleições para a Câmara dos Deputados; b) adoção do sistema proporcional de lista fechada preordenada; c) financiamento público exclusivo de campanhas; d) proibição das coligações nas eleições proporcionais, com manutenção do sistema nas eleições majoritária; e) adoção da “ficha limpa” como requisito para a apresentação de candidaturas (pessoas condenadas por crimes na primeira instância do judiciário federal ou estadual seriam consideradas inelegíveis); f) criminalização da compra de votos (regra, que, curiosamente, já era prevista desde o Código Eleitoral de 1965); e g) legalização da fidelidade partidária, até então (como ainda é hoje) disciplinada por meio de resolução do TSE, no plano infraconstitucional. Todo o projeto terminou sendo rejeitado pela Câmara dos Deputados, em junho de 2009.

Após as manifestações de rua de junho de 2013, a então Presidente da República, Dilma Rousseff, lançou o debate da convocação de uma “Assembleia Constituinte Exclusiva”¹⁴ para a realização da reforma política, por meio de um

¹⁴ A polêmica proposta de convocação de uma “Constituinte exclusiva” para a discussão da reforma política no Brasil ganhou força a partir dos protestos de rua ocorridos em junho de 2013, quando o governo da então Presidente da República, Dilma Rousseff, buscando uma solução para a crise política, passou a avaliar a necessidade de uma ampla reforma das instituições, a ser realizada não pelo Congresso Nacional, órgão legitimamente competente para tal fim, conforme previsão da Constituição de 1988, mas sim por um grupo de pessoas a serem eleitas para uma espécie de “assembleia extraordinária”, com poderes amplos para alterar a Constituição no que se refere à sua estrutura política, sem que, supostamente, houvesse um comprometimento político desses “constituintes reformistas”, os quais não integrariam os órgãos tradicionais de representação. Na defesa da ideia da uma “constituinte exclusiva para a reforma política”, muitos foram, nos últimos anos os juristas, cientistas sociais, políticos e representantes da sociedade civil organizada que se manifestaram, inclusive com a publicação de livros e artigos científicos, sobre o tema. Destacamos, neste sentido, a obra coletiva “Constituinte exclusiva: um outro sistema político é possível”, organizada por Luiz Otávio Ribas e publicada, em 2014, pela editora Expressão Popular (RIBAS, Luiz Otávio. (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema político é possível*. São Paulo: Expressão Popular, 2014.). Na referida obra, Jesús Antonio de la Torre Rangel, professor mexicano da Universidad Autónoma de Aguascalientes, por exemplo, defende que “a dogmática jurídica é muito limitada frente à insurgência jurídica” e que o “uma teoria constitucional de dogmas e axiomas” pode ser ultrapassada pelos processos populares, na busca de uma “democracia radical” (TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la. *Democracia radical e poder constituinte*. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema político é possível*. São Paulo: Expressão Popular, 2014. p. 37-41). Ricardo Prestes Pazello e Luiz Otávio Ribas, no mesmo sentido, argumentam que diante do “boicote” do Congresso Nacional e da base aliada ao governo contra uma reforma política, é necessário que os movimentos sociais assumam o comando de uma “ampla reforma política”, através de uma “constituinte exclusiva popular”, no sentido de que seja radicalizada a reivindicação por mudanças no sistema político, contra o “status quo” de uma “estrutura jurídica tipicamente burguesa”, sendo este o sentido da luta por uma “constituinte exclusiva do sistema político” (PAZELLO, Ricardo Prestes; RIBAS, Luiz Otávio. *Constituinte exclusiva: expressão de um direito insurgente*. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema político é possível*. São Paulo: Expressão Popular, 2014. p. 79-93). Inobstante a aparente boa intenção da ideia de criação de um órgão especial para a realização da reforma política, bem como os diversos argumentos suscitados por muitos juristas, sociólogos e representantes da sociedade civil em apoio à ideia, entendemos que uma “Constituinte exclusiva para a reforma política”, além de não encontrar respaldo no texto constitucional vigente e na própria teoria constitucional, não teria o condão de representar o caminho para a “purificação” do sistema político brasileiro, a partir de uma assembleia supostamente livre de pressões políticas e interesses parciais da sociedade. No plano jurídico, a teoria constitucional ensina que o poder constituinte, como bem destaca Edvaldo Brito “é uma potência, porque é um poder jurídico com atribuições originárias”, fato que o torna juridicamente ilimitado e superior, inclusive, a qualquer direito adquirido ou ordem jurídica estabelecida (BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*.

plebiscito popular. A ideia, bastante rechaçada pela oposição, foi um dos principais pontos do discurso da vitória da presidente reeleita, em 26 de outubro de 2014, após a divulgação, pelo TSE, do resultado do segundo turno das eleições presidenciais, que lhe conferiram mais um mandato. Na proposta, Dilma Rousseff sugeria que o plebiscito discutisse a forma de financiamento das campanhas eleitorais, a definição do sistema eleitoral, a continuidade ou não da existência dos suplentes de senadores, a manutenção ou não das coligações partidárias nas eleições proporcionais e o fim ou não do voto secreto no parlamento.

Os partidos políticos também têm apresentados diferentes propostas de reforma política nos últimos anos. O PSDB, por exemplo, defende o fim da reeleição, com adoção de mandatos de cinco anos; o voto distrital misto; o fim das coligações para eleições proporcionais; e a extinção da função de segundo suplente de senador. O PT, por sua vez, é defensor da realização de um plebiscito sobre a reforma política, que venha a contemplar o financiamento público exclusivo de campanhas, a adoção da lista fechada pré-ordenada nas eleições para deputados e vereadores, aliada ao aumento compulsório da participação feminina nas candidaturas (na formação das listas, obrigatoriamente deveria, segundo o PT, ser observada a alternância entre os gêneros); além da convocação de uma “Assembleia Constituinte Exclusiva” para a reforma política. Já o DEM, a partir de proposta do Deputado Federal Ronaldo Caiado, eleito senador pelo estado de Goiás, em 2014, tem defendido, dentre outros temas, a substituição das coligações eleitorais pelas federações partidárias; o sistema eleitoral de lista fechada pré-ordenada; e a instituição da cláusula de barreira.

Murillo Aragão, em trabalho monográfico sobre a reforma política¹⁵, destaca que o PMDB, considerado hoje o maior partido político do Brasil, realizou uma ampla pesquisa interna, entre os seus filiados, acerca da reforma política. Segundo Aragão, no que se refere à reeleição, 77% dos filiados do PMDB são contra a sua manutenção. Outro tema polêmico, por sua vez, a coincidência das eleições, tem a simpatia de 92% dos peemedebistas. No que se refere à duração dos mandatos, 77% dos correligionários do PMDB são favoráveis a mandatos de 05 anos, 16%

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 72). Argumenta-se que uma “Constituinte exclusiva para a reforma política” teria objeto circunscrito e limitado à reforma do sistema político, não podendo se confundir com o poder criador de uma nova constituição, mas essa é, na nossa visão, uma falácia argumentativa. Afinal, quais seriam os limites reais de reforma do sistema político? O que compreende o sistema político passível de mudanças por um órgão especial criado para os fins de uma reforma? A expressão reforma política, como já destacado neste trabalho, oferece uma série de interpretações, mais amplas ou mais reduzidas, e, em última instância, todo o sistema jurídico é político, o que enseja a possibilidade de uma interpretação irrestrita dos limites de ação desse órgão especial proposto, o que pode ser perigoso para a estabilidade da democracia. No plano político, por sua vez, a concepção de formação de um órgão especial extraordinário para a realização de uma reforma política também pode servir a interesses antidemocráticos, além de não se sustentar no plano argumentativo. A ideia subjacente a uma “Constituinte exclusiva para a reforma política”, alheia à representação política tradicional, é a de que os atuais membros da classe política e os partidos políticos não seriam dignos e isentos para implementar o projeto reformista, enquanto que os membros componentes deste órgão especial e extraordinário teriam, paradoxalmente, esta isenção e desprendimento. Tal argumento, no nosso entendimento, também é falacioso, uma vez que não há como se dissociar o ser humano da política e dos seus laços ideológicos e pragmáticos, legitimamente representados pelos partidos políticos. Fatalmente, os membros dessa “assembleia reformista” teriam que ser recrutados eleitoralmente, sob pena de um flagrante desrespeito à democracia, o que ensejaria, naturalmente, a defesa de interesses partidários e parciais no âmbito do exercício dos seus poderes representativos. A “pureza de interesses” e a “desvinculação político-partidária” dos membros da “assembleia reformista” proposta, portanto, são mitos, que não justificam, dessa forma, a implantação, no Brasil, da tese de uma “Constituinte exclusiva para a reforma política”.

15 ARAGÃO, Murillo de. *Reforma política: o debate inadiável*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 5-54.

defendem os mandatos de seis anos e apenas 5% são favoráveis à manutenção dos prazos atuais de mandatos, quatro anos. Vale destacar, ainda sobre a duração dos mandatos, que, segundo a pesquisa, 81% dos filiados do PMDB defendem que os mandatos dos senadores devem ter a mesma duração dos mandatos dos deputados federais.

Sobre o sistema partidário, de acordo com a pesquisa interna do PMDB, 76% dos filiados do partido são favoráveis à cláusula de barreira, enquanto 74% defendem que seja criada uma janela de um mês durante o mandato eletivo para a autorização de trocas de partidos sem a imputação de perda do mandato por infidelidade partidária.

Quanto ao sistema eleitoral, 71% dos peemedebistas se revelaram favoráveis à proposta suscitada pelo então Vice-Presidente da República e também filiado ao PMDB, Michel Temer, que defendeu o fim do sistema proporcional, com a eleição dos candidatos mais votados em cada estado, independentemente da filiação partidária, modelo popularmente batizado de “voto distritão”. O financiamento de campanhas, por fim, para 50% dos filiados do PMDB, deveria continuar misto, sendo que, em dissonância com o que ocorre atualmente, as doações privadas deveriam ser destinadas exclusivamente aos partidos, e não mais aos candidatos.

6 O DEBATE DA REFORMA POLÍTICA NO CONGRESSO NACIONAL: IMPASSES E AVANÇOS

Por fim, no que se refere ao Congresso Nacional, diversos foram os projetos de lei e de emenda à Constituição propostos nos últimos anos, referentes à reforma política.

Em 2003, por exemplo, a Câmara dos Deputados constituiu comissão especial para a reforma política, presidida pelo Deputado Alexandre Cardoso (PSB-RJ) e tendo como relator o Deputado do PFL de Goiás, Ronaldo Caiado. Como produto da comissão, adveio o Projeto de Lei nº. 2.679/03.

Como principais pontos do PL nº. 2.679/03, podemos indicar: 1) a continuidade do sistema eleitoral proporcional, adotando-se, contudo, a lista fechada preordenada; 2) a criação de federações partidárias, em lugar das coligações de partidos¹⁶; 3) a adoção da cláusula de barreira: partidos que não alcançassem no mínimo 2% dos votos válidos no país e não elegessem pelo menos um deputado federal em cinco estados seriam atingidos, não teriam funcionamento parlamentar na Câmara dos Deputados, ou seja, ficariam impedidos de ter lideranças e seus

¹⁶ Como bem destaca Fleischer, “este conceito genial teria substituído as coligações partidárias em 2006. Estas alianças eleitorais sempre foram dissolvidas logo após cada eleição. A ‘federação’ juntaria partidos para eleger deputados como no caso das coligações, mas após a eleição estes partidos seriam obrigados a permanecer na federação durante três anos após a eleição de outubro de 2006 e somente poderia ser dissolvida em setembro de 2009 – um ano antes da próxima eleição em outubro de 2010. Esta inovação teria resolvido três ‘problemas’ – 1) as alianças não teriam sido proibidas nas eleições proporcionais; 2) as identidades dos micro e pequenos partidos teriam sido preservadas em cada federação; e 3) o problema da ‘fidelidade partidária’ (migração) logo após a eleição teria sido resolvido”. (FLEISCHER, David. A reforma política no Brasil: uma história sem fim. 1995-2011. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; LAVAREDA, Antonio. *A relevância da Ciência Política: comentários à contribuição de Olavo Brasil de Lima Jr.* Rio de Janeiro: Levan, 2014. p. 134).

deputados não poderiam integrar comissões;¹⁷ e 4) Financiamento público exclusivo de campanhas, com a proibição de contribuições de pessoas físicas e jurídicas. O total a ser distribuído entre os partidos equivaleria ao valor de R\$ 7,00 por cada um dos mais de 140 milhões de eleitores brasileiros. Um por cento do montante seria dividido igualmente entre todos os partidos registrados no TSE; 14% igualmente entre todos os partidos com representação na Câmara dos Deputados; e 85% distribuído proporcionalmente, de acordo com as bancadas eleitas por cada partido na Câmara.

Sobre o PL 2679/03, destaca Fleischer:¹⁸

Em dezembro de 2003, esta Comissão Especial aprovou o PL n.º. 2.679/03 com 26 votos favoráveis, 11 contrários e uma abstenção. Um deputado do PFL e um do PMDB votaram contra, bem como todos os representantes do PTB, PP e PL (três cada). O único representante do PPS se absteve. Com os dois 'dissidentes' já mencionados, o PSDB, PT, PMDB e PFL votaram a favor desta proposta.

O PTB, PP e PL sentiram-se 'ameaçados' pelos critérios para o pré-ordenamento das listas fechadas, em que os deputados que haviam trocado de partido não eram contemplados. Em 2004, estes partidos ameaçaram as lideranças do governo Lula que se caso colocassem o PL n.º. 2.679/03 para tramitar na Câmara, estes três partidos médios fariam obstrução total na Câmara. Com 151 deputados, esta ameaça era 'real' e o governo Lula deixou esta proposta na gaveta. Também, em julho de 2003, havia sinais que o bloco de deputados evangélicos era contra esta reforma, pois era beneficiado pela lista aberta.

Em 2007, a Câmara dos Deputados votou e rejeitou o Projeto de Lei n.º. 1210/07, com conteúdo semelhante ao projeto de lei anterior. O referido projeto, a exemplo do PL n.º. 2679/03, previa a criação das federações partidárias, além de inovar no que se refere ao sistema eleitoral proporcional, oferecendo uma proposta intermediária entre a lista aberta e a lista fechada preordenada. Na justificativa do projeto, encontra-se a explicação da proposta do "sistema híbrido":¹⁹

A presente Emenda Aglutinativa visa introduzir no Substitutivo do Relator ao PL 1210/07 a proposta de uma solução intermediária entre a lista preordenada fechada e a lista aberta, atualmente vigente em nosso sistema eleitoral.

Segundo essa proposta intermediária, o eleitor poderá destacar, entre os candidatos da lista ordenada, o nome de sua

17 Na verdade, a cláusula de barreira já era prevista na Lei n.º. 9.096/95, tendo data marcada para ser aplicada: a partir do resultado das eleições de 2006. De acordo com a referida lei, para ultrapassar a cláusula de barreira, o partido político teria que alcançar, no mínimo, 5% dos votos válidos para a Câmara dos Deputados em todo o país. Como bem destaca David Fleischer, dos 21 partidos políticos que conseguiram eleger pelo menos um deputado federal em 2006, apenas sete conseguiram suplantam a cláusula de barreira. Tal regra, entretanto, não chegou a ser aplicada, pois o STF, julgando duas ações diretas de inconstitucionalidade, decidiu que a cláusula de barreira era inconstitucional, por violar o pluralismo político e a liberdade para a criação de partidos. *Ibidem*, p. 137.

18 *Ibidem*, p. 137.

19 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/472727.pdf>>. Acesso em: 01. abr. 2017.

preferência, sendo as vagas destinadas ao partido divididas de acordo com o montante de votos destacados exclusivamente aos candidatos e o total de votos de legenda.

Na hipótese de o eleitor destacar, em grande número, os nomes dos candidatos individuais, a lista final de eleitos contemplará essa preferência. Por outro lado, se o eleitor optar pela votação na legenda partidária, predominará na relação final dos candidatos eleitos o ordenamento da lista partidária.

Em 2010, uma importante novidade, fruto de um projeto de iniciativa popular de lei, foi aprovada: a Lei da Ficha Limpa, densificando, enfim, do ponto de vista jurídico, o princípio da moralidade eleitoral, previsto no artigo 14, § 9º, da Constituição de 1988.

Pouco antes, em 2009, o Congresso Nacional aprovava a Lei nº 12.034/09, conhecida como “minirreforma eleitoral”, estabelecendo uma série de alterações na legislação eleitoral brasileira, principalmente no que se referia à propaganda eleitoral. A referida lei, contudo, se tornou objeto de muitas críticas, por se distanciar dos anseios populares de eleições mais limpas e justas, ao não combater, de forma efetiva, o abuso do poder econômico e ao viabilizar a flexibilização de sanções para infratores da legislação, quando, por exemplo, permitiu que pessoas que praticassem, de forma irregular, propaganda em bens públicos só viessem a ser multadas caso não retirassem a propaganda após 48 horas do recebimento da notificação judicial, alimentando, assim, a impunidade e fazendo “valer a pena” descumprir a lei.

Em 2011, por sua vez, comissões temáticas para o debate da reforma política foram constituídas no Senado Federal e na Câmara dos Deputados.

No Senado, o então Presidente da casa, Senador José Sarney, instituiu comissão de reforma política que contou com a presença, em seus quadros, de importantes nomes da política nacional, como os ex-Presidentes da República, e então Senadores, Fernando Collor e Itamar Franco, além do ex-Governador de Minas Gerais, recém-eleito Senador pelo mesmo estado e futuro candidato derrotado no segundo turno das eleições presidenciais de 2014, Aécio Neves. As propostas encaminhadas pela comissão especial do Senado, revisadas pela Comissão de Constituição e Justiça da mesma casa, foram consolidadas em seis pontos: a) modificação das datas de posse do presidente da república (15 de janeiro), governadores (10 de janeiro) e prefeitos (05 de janeiro); b) extinção da figura do segundo suplente de senador, com proibição de parentesco entre o candidato ao Senado e o seu suplente; c) manutenção do conceito de fidelidade partidária definido em 2007 pelo TSE; d) proibição de mudança de domicílio eleitoral por prefeitos em segundo mandato, com o intuito de impedir que o político venha a ser eleito para um terceiro mandato seguido de prefeito, mesmo que em outro município (o chamado prefeito itinerante, já proibido na jurisprudência do TSE); e) a unificação de todas as eleições, de vereador a presidente da república, a partir de 2018 e f) obrigação de convocação de plebiscito nacional para a realização de quaisquer mudanças na legislação eleitoral.

A comissão especial da Câmara dos Deputados, por sua vez, apresentou seu relatório, em parecer do Deputado Henrique Fontana (PT-RS), com nove pontos fundamentais: a) adoção de um sistema eleitoral misto para deputados, no qual metade das vagas seria definida por listas abertas e a outra metade por listas fechadas preordenadas; b) financiamento público exclusivo de campanhas, com possibilidade de doações de pessoas físicas e jurídicas a um fundo gerenciado pelo TSE; c) proibição de coligações em eleições proporcionais; d) alterações nos cálculos de sobras do quociente eleitoral, a fim de não mais eliminar qualquer partido; e) simplificação da tramitação de projetos de lei de iniciativa popular; f) criação de regras de democratização internas dos partidos políticos, visando à formação das listas preordenadas; g) realização de referendo popular em relação ao financiamento público exclusivo de campanhas e às mudanças no sistema eleitoral, a ocorrer após duas eleições nas quais as novas regras viessem a ser aplicadas; h) extinção do suplente de senador, o qual seria substituído pelo deputado federal mais votado do partido do senador no respectivo estado; e i) manutenção do conceito de fidelidade partidária estabelecido pelo TSE, em 2007.

Diversas outras propostas também tramitaram, ou continuam a tramitar, no Congresso Nacional, relacionadas à reforma política, com as mais diversas abordagens. Nesse sentido, a PEC nº. 55/2012, de autoria do Senador Ricardo Ferraço (PMDB-ES), propõe o fim da obrigatoriedade do voto. A PEC nº. 07/2012, por sua vez, de autoria do Senador Cristovam Buarque, propõe a adoção de candidaturas avulsas, extinguindo a filiação partidária como condição de elegibilidade. Com o mesmo conteúdo, em 2006 o Senador Paulo Paim (PT-RS) apresentou a PEC 21/2006, também em tramitação no Congresso Nacional.

Com maior destaque, em setembro de 2015 foi aprovada uma “reforma eleitoral” a qual, supostamente, atenderia aos “anseios populares” de uma ampla alteração do sistema político nacional: trata-se da Lei 13.165/15, que foi aplicada nas eleições municipais de 2016, modificando vários aspectos do Código Eleitoral, da Lei Geral dos Partidos Políticos e da Lei das Eleições.

Ao contrário de ampliar a participação política, no entanto, de moralizar as campanhas eleitorais e garantir a normalidade e a legitimidade da soberania popular, objetivo maior do Direito Eleitoral, a nova lei, sancionada em 29 de setembro de 2015, tornou, em certos aspectos, ainda mais confusa, para o eleitor, a compreensão do sistema eleitoral vigente; reduziu a pluralidade democrática, limitando a participação dos pequenos e médios partidos no debate político e encurtando o tempo de campanha eleitoral; e preservou a capacidade danosa de influência do abuso do poder econômico nas eleições, ao chancelar uma liberdade exacerbada na chamada “pré-campanha eleitoral”, permitindo, na prática, a realização de gastos eleitorais sem qualquer tipo de controle eficiente, de forma quase clandestina, em contraponto à redução do tempo oficial de campanha eleitoral, em cerca de 40 dias, fato que promoveu uma tendência de favorecimento aos candidatos mais conhecidos ou mesmo àqueles que, aproveitando-se das lacunas da nova lei, realizaram gastos não contabilizados no período anterior àquele destinado oficialmente à propaganda eleitoral.

Dentre as principais novidades, a Lei 13.165/15 determinou que, a partir das eleições municipais de 2016, as convenções partidárias para a escolha dos candidatos e a formação de coligações (as quais, embora bastante criticadas pela sociedade, foram preservadas pela reforma eleitoral em análise), que ocorriam entre os dias 12 e 30 de junho do ano eleitoral, passassem a ocorrer no período de 20 de julho a 05 de agosto. Assim, partidos e coligações, desde então, deverão solicitar o registro dos seus candidatos à Justiça Eleitoral até às 19 horas do dia 15 de agosto do ano das eleições, exatamente quarenta e um dias após o prazo previsto na legislação anterior, a qual determinava o dia 05 de julho como o “*dies ad quem*” para a solicitação de tal registro. Imediatamente, como consequência desse fato, percebeu-se um encurtamento, em praticamente seis semanas, do período de campanha eleitoral, o qual, a partir da nova lei, será iniciado no dia 16 de agosto, a pouco mais de 45 dias da data marcada para o primeiro turno das eleições, mantido no primeiro domingo de outubro.

Na contramão da ampliação do debate político, tão importante para o amadurecimento democrático, a Lei nº. 13.165/15, além de reduzir o tempo de campanha, também promoveu importantes mudanças na propaganda eleitoral no rádio e na televisão, diminuindo para 35 dias o período da sua autorização e diminuindo o tempo do horário eleitoral gratuito, o qual, nas eleições municipais, foi reduzido a dois programas no rádio e dois programas na TV com duração de apenas 10 minutos cada, exclusivo para os candidatos a prefeito. Os candidatos a vereador, desde as eleições de 2016, não mais têm direito a fazer propaganda no bloco do horário eleitoral, ficando, desde então, suas campanhas no rádio e TV reduzidas a inserções durante a programação normal das emissoras.

Ainda tratando do programa eleitoral gratuito no rádio e TV, a nova lei reduziu, drasticamente, o tempo de propaganda dos pequenos partidos sem representação ou com poucos assentos no Congresso Nacional. Se outrora um terço do tempo do programa era dividido igualmente entre todos os partidos registrados no TSE, a partir da eleição municipal de 2016, 90% do tempo do horário eleitoral gratuito passou a ser compartilhado, entre os partidos, de forma proporcional ao número de representantes de cada um deles na Câmara dos Deputados. Apenas 10% do tempo passou a ser compartilhado igualmente entre todas as agremiações partidárias, fato que favoreceu os grandes partidos em detrimento dos menores e da própria pluralidade do debate político.

No que se refere, ainda, à propaganda eleitoral, a Lei nº. 13.165/15 passou a considerar, de forma clara, que apenas o pedido ostensivo de voto por pré-candidato caracteriza a propaganda eleitoral irregular antes do período autorizado por lei, mais conhecida como “propaganda eleitoral antecipada”. O novo artigo 36-A da Lei nº. 9.504/97, com sua nova redação, passou a dispor que “não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura”, além da exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos, fato que, na prática, libera a execução da campanha eleitoral antecipada. Afinal, quem será o político experiente que incorrerá no terrível erro de

pedir explicitamente votos, quando poderá fazê-lo de forma subliminar?

A lei publicada em 2015 ainda estabeleceu mudanças na interpretação do funcionamento do sistema eleitoral proporcional, potencializando as chances de distorções de representatividade, bem como estabeleceu novas regras relativas à fidelidade partidária, sem enfrentar, efetivamente, todos os problemas relativos à questão, e promoveu mudanças em aspectos do processo eleitoral e da prestação de contas eleitorais, trazendo, neste último ponto, algumas novidades positivas, como a obrigação imposta aos candidatos de publicação, na internet, em um prazo máximo de 72 horas, de todas as receitas em dinheiro obtidas durante o período das eleições, fato que contribuiu para a transparência do processo eleitoral.

O ímpeto reformista, contudo, não foi contido pela nova legislação e, em 25 de outubro de 2016, a Câmara dos Deputados instalou mais uma comissão especial de reforma política, desta vez tendo como presidente o Deputado Federal Lúcio Vieira Lima (PMDB-BA) e como relator o Deputado Vicente Cândido (PT-SP). Mais uma vez, as propostas de reforma, ventiladas na instalação da referida comissão especial, tiveram como objeto os temas da extinção das coligações partidárias, cláusula de barreira, unificação das eleições, calendário eleitoral, fim do voto obrigatório, dentre outras matérias diante das quais o consenso está longe de ser alcançado. A promessa de que “agora a reforma sai, pois é o desejo da população” mais uma vez foi lançada, como já ocorrera em todas as outras tentativas de implementação de uma ampla reforma política na Câmara dos Deputados.

Em outubro de 2017, mantendo-se uma lógica de casuísmo eleitoral, mais uma reforma da legislação foi promovida, com a publicação da Emenda Constitucional nº. 97, que alterou regras do sistema partidário brasileiro, extinguindo as coligações proporcionais a partir das eleições de 2020 e estabelecendo, a partir do pleito de 2018, cláusula progressiva de desempenho partidário, a qual, em 2030, fará com que partidos políticos que não obtenham, no mínimo, três por cento dos votos válidos nas eleições para a Câmara dos Deputados, deixem de receber recursos públicos do Fundo Partidário, em uma clara tentativa de redução do quadro atual de partidos, considerado excessivo (são 35 partidos políticos com registro no Tribunal Superior Eleitoral).

Também como parte integrante da reforma eleitoral de 2017, foram publicadas as Leis 13.487 e 13.488, vigentes para as eleições gerais de 2018, e que, como principais novidades, criaram um novo teto de gastos de campanhas e estabeleceram o Fundo Especial de Financiamento de Campanhas (FEFC), de natureza pública, que, substituindo o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas, canalizará, somente em 2018, quase dois bilhões de reais para partidos políticos e campanhas eleitorais. Era de se esperar que, sem o dinheiro das grandes empresas, uma nova fonte de custeio das milionárias campanhas políticas fosse instituído.

7 CONCLUSÕES

Nos últimos anos, uma série de acontecimentos têm causado abalos na confiança da sociedade em relação à política e às suas instituições. Sucessivos escândalos de corrupção, em todas as esferas do poder, somados a uma sensação de impunidade ainda muito presente, têm gerado reações contraditórias na sociedade civil, às vezes cética diante dos acontecimentos e, em outras oportunidades, ainda esperançosa em relação à construção de um país melhor.

Nesse contexto, houve uma retomada, por segmentos da sociedade, dos caminhos das ruas, há muito esquecidos, sob a égide da exigência de mudanças de paradigmas na vida política. O discurso relativo à necessidade de implantação de uma “ampla e higienizadora reforma política” ganhou corpo, principalmente após as históricas manifestações populares de junho de 2013, fazendo com que o Congresso Nacional, os movimentos sociais e os partidos políticos reagissem, apresentando uma série de propostas de mudanças das nossas instituições, cunhadas sob o discurso de uma verdadeira “revolução”, que curaria a nação das chagas da corrupção e dos desmandos que estariam retirando da democracia a sua legitimidade, tão necessária à sua sobrevivência.

Como produto dessas mobilizações, o Congresso Nacional aprovou, nos últimos anos, relevantes reformas eleitorais, que impactaram as eleições municipais e gerais do país.

Ato contínuo, o Supremo Tribunal Federal também se arvorou a realizar reformas na legislação eleitoral brasileira, ao decidir, por exemplo, pela inconstitucionalidade do sistema de financiamento empresarial de campanhas.

O fetiche reformista tem se generalizado e se ampliado gradativamente.

É da essência da democracia a sua natureza processual. O regime democrático ideal é uma utopia, constituindo-se a realidade democrática na insuperável busca desta idealização.

O discurso da reforma política, ideologicamente, tem sido reproduzido, nas mais diversas esferas do poder, como a solução mágica para todos os problemas brasileiros. Diante de qualquer crise, própria da natureza instável do regime democrático, a ideia de uma “ampla e salvadora reforma política” se repete como farsa.

Não se pode negar a importância e a necessidade de ajustes e aprimoramentos em qualquer regime político. A natureza processual da democracia exige que reformas sejam constantemente realizadas.

O que não pode ocorrer, contudo, é uma superação da essência principiológica da Constituição Federal de 1988, neste momento em que se completam três décadas da sua promulgação. A prudência e a estabilidade política, intrínsecas aos valores constitucionais, necessita ser preservada, acima de um discurso reformista ou revolucionário, por vezes inconsequente.

Defender a Constituição, em face da demagogia e do atraente “canto da sereia” de reformas milagrosas, é um dos grandes desafios impostos à sociedade brasileira, no alvorecer dos trinta anos daquela que foi batizada como a Carta Cidadã do povo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Murillo. *Reforma política no Brasil: o debate inadiável*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

COLLOR defende parlamentarismo como saída da crise para o país. *Fernando Collor*. Senador da República, [S.l.], 29 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.fernandocollor.com.br/collor-defende-parlamentarismo-como-saida-da-crise-para-o-pais>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

DECAT, Erich. Documento do PSDB a Temer propõe implantação do parlamentarismo. *Estadão*, São Paulo, 2 maio 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,documento-do-psdb-a-temer-propoe-implantacao-do-parlamentarismo,10000048711>>. Acesso em: 3 maio 2016.

DECAT, Erich. Em documento entregue a Temer, PSB defende discussão do parlamentarismo e fim da reeleição. *Estadão*, São Paulo, 3 maio 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-documento-entregue-a-temer-psb-defende-discussao-do-parlamentarismo-e-fim-da-reeleicao,10000048872>>. Acesso em: 4 maio 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Idéias para a nova Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1987.

FLEISCHER, David. A reforma política no Brasil: uma história sem fim (1995-2011). In: SOARES, Gláucio Ary Dillon; LAVAREDA, Antonio. (Org.). *A relevância da Ciência Política: comentários à contribuição de Olavo Brasil de Lima Jr*. Rio de Janeiro: Levan, 2014. p. 132-133.

GUIMARÃES, Ary. *Constituinte de 1988: retratos de uma época*. Salvador: Edições ALBA, 2011.

MARINHO, Josaphat. *Direito, Sociedade & Estado*. Salvador: Memorial das Letras, 1998.

NERY, Sebastião Nery. *A Eleição da Reeleição*. São Paulo: Geração Editorial, 1999.

PAZELLO, Ricardo Prestes; RIBAS, Luiz Otávio. Constituinte exclusiva: expressão de um direito insurgente. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema político é possível*. São Paulo: Expressão Popular, 2014. p. 79-93.

PPS defende o parlamentarismo em reunião com Temer. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 5 jul. 2016. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2016/07/05/interna_politica,780364/pps-defende-parlamentarismo-em-reuniao-com-temer.shtml>. Acesso em: 5 jul. 2016.

RENAN defende a reforma política e o parlamentarismo. *Senado Notícias*, Brasília, DF, 11 maio 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/05/11/renan-defende-a-reforma-politica-e-o-parlamentarismo>>. Acesso em: 11 maio 2016.

RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema político é possível*. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

RIBEIRO, Fávila. *Constituinte e participação popular: o momento estratégico da ordenação pré-constituente e a Emenda Constitucional nº. 25/85*. São Paulo: Saraiva, 1986.

SANTOS, Antonio Augusto Meyer. *Reforma política: inércias e controvérsias*. Porto Alegre: AGE, 2009.

SERRA, José. *Reforma política no Brasil*. São Paulo: Siciliano, 1995.

SOARES, Gláucio Soares Dillon; RENNÓ, Lucio (Org.). *A reforma política: discutindo como se reconstrói um país*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la. Democracia radical e poder constituinte. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema político é possível*. São Paulo: Expressão Popular, 2014. p. 37-41.

NOS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988¹

IN THE THIRTY YEARS OF THE CONSTITUTION

Jorge Miranda *

1 A TRANSIÇÃO CONSTITUCIONAL

1. Se as Constituições na sua grande maioria se pretendem definitivas no sentido de voltadas para o futuro, sem duração prefixada, nenhuma Constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixa de sofrer modificações – para se adaptar às circunstâncias e a novos tempos ou para acorrer a exigências de solução de problemas que podem nascer até da sua própria aplicação.

A modificação das Constituições é um fenómeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis, as Constituições são modificadas. Doutra prisma (na senda de certa doutrina): nenhuma Constituição se esgota num momento único – o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição resolve-se num processo – o da sua aplicação – no qual intervêm todas as participantes na vida constitucional³. Ou ainda: as Constituições podem suceder-se e cada tempo tem a sua Constituição, mas o tempo tem sempre de ser constitucionalizado⁴.

O que varia vêm a ser, naturalmente, a frequência, a extensão e os modos como se processam as modificações. Uma maior plasticidade interna da Constituição pode ser condição de maior perdurabilidade e de sujeição a modificações menos extensas e menos graves, mas o fator decisivo não é esse: é a estabilidade ou a instabilidade política e social dominante no país, é o grau de institucionalização da vida coletiva que nele se verifica, é a cultura político-constitucional, é a capacidade de evolução do regime político⁵.

2. Menos estudado do que a revolução vem a ser o fenómeno que apelidamos de transição constitucional. Menos estudado, não só por até há poucos

1 Palestra a ser proferida em 05 de novembro de 2018, no “Seminário Internacional 30 anos da Constituição de 1988”, na Escola de Contas do Tribunal de Contas de São Paulo, e no dia 7 de novembro, na Faculdade de Direito da USP.

2 Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde continua a ministrar aulas nos cursos de mestrado e de doutoramento. É também Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Foi Deputado à Assembleia Constituinte entre 1975 e 1976. Desenvolve investigação nas áreas do Direito Constitucional, da Ciência Política e do Direito Internacional. Entre as inúmeras obras que publicou são de destacar o Manual de Direito Constitucional (em sete volumes), a Teoria do Estado e da Constituição, o Curso de Direito Internacional Público, Direitos Fundamentais (2017), Fiscalização da Inconstitucionalidade (2017) e Direito Eleitoral (2018).

3 NIGRO, Mario. Costituzione ed effettività costituzionale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 1708, 1969.

4 NEGRI, Antonio. *The Constituent Power*. Madrid: Mineápolis, 1994. p. 383. Tradução de: El poder constituyente.

5 Cf. BRITO, Wladimir. Tempo e Direito: o tempo de revisão constitucional. *Direito e Cidadania*, n. 16/17, p. 219-248, set. 2002.

anos ser muito menos frequente, mas também por ser mais difícil de registar (ou de fixar, com todo o rigor) o momento da mudança de regime ou de Constituição material⁶.

Não deve, no entanto, ter-se por pouco relevante. A evolução política inglesa do Estado estamental para a monarquia constitucional e da predominância da Câmara dos Lordes para a da Câmara dos Comuns reconduz-se, no fundo, a uma prolongada transição⁷. E talvez mais sugestivas, porque ocorridas em períodos breves, são, entre outras, a outorga da Carta Constitucional portuguesa por D. Pedro IV em 1826; a instauração do fascismo na Itália de 1922 a 1925; a passagem da IV à V República na França em 1958⁸; a consagração de regimes de partido único em África nos anos 60 e 70; a restauração da democracia na Grécia em 1974⁹; a “reforma política” espanhola de 1976-1978¹⁰.

Refiram-se também as transições de regimes militares, ou de base militar, para regimes constitucionais democráticos no Peru, de 1977 a 1979, na Argentina, de 1982 a 1983, no Brasil, de 1985 a 1988¹¹, e no Chile, de 1988 a 1990¹²; a transição do domínio de um partido hegemónico para a plena competitividade política, no México; a transição de regimes marxistas-leninistas para regimes pluralistas na Hungria, na Polónia e na Bulgária, em 1989 e 1990¹³; a transição na Nicarágua em 1990; a abertura ao pluralismo político em S. Tomé e Príncipe, Cabo Verde,

- 6 Cf., de certo modo, JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1991. p. 56-57. Tradução de: Verfassungsänderung und Verfassungswesandlung; BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Sui limiti della “revisione costituzionale”*. In: SEMINARIO GIURIDICO DELL’UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA, 3., 1949, Catania. *Anall...* Catania: Università degli Studi di Catania, 1949. p. 125 et seq.; ROSS, Alf. *Critica del diritto e analisi del linguaggio*. Bolonha: Il Mulino, 1984. p. 205 et seq. Tradução de: On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. São Paulo: J. Bushatsky, 1974. p. 32-33; VERDU, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Madrid: Reus, 1985. p. 112; QUERMONNE, Jean-Louis. *Les Régimes Politiques Occidentaux*. Paris: Seuil, 1986. p. 36; CECCHERINI, Eleonora. Transizioni e processi costituenti. In: LIMITAZIONI di sovranità e processo di democratizzazione. Turim: [s.n.], 2004. p. 75 et seq.; CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 80; WACHOWICZ, Marcos. *Poder constituinte e transição constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 74 et seq.; DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale Comparato*. 9. ed. Pádua: CEDAM, 2013. p. 288 et seq.
- 7 E o mesmo se diga, em plano concomitantemente de Direito constitucional e de Direito internacional, da evolução do Império Britânico para a *Commonwealth*, com passagem de colónias a *domínios* e, depois (com o Estatuto de Westminster de 1931), de *domínios* a Estados soberanos, alguns dos quais (o Canadá a Austrália, a Nova Zelândia, etc.) em união pessoal, e não já união real, com a Grã-Bretanha.
- 8 Cf. ARNÉ, Serge. La prise du pouvoir par le Maréchal Pétain (1940) et le Général De Gaulle. *Revue du droit public*, p. 48-106, 1969; LECLERCQ, Claude. Les mécanismes juridiques de disparition de la République. *Revue de Droit Publique*. 1980. p. 1039 et seq.; ZIMMER, Willy. La loi du 3 juin 1958: contribution à l’étude des actes pré-constituants. *Revue du droit public*, p. 383-411, 1995.
- 9 Cf. KAMINIS, Georges. *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.
- 10 Cf., entre tantos, recentemente, ALÁEZ CORRAL, Benito. La Constitución Española de 1978: ruptura o reforma constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n. 9, p. 161-190, 1997; ou RUIPÉREZ, Javier. Los principios constitucionales en la transición política: Teoría democrática del poder constituyente y cambio jurídico-político en España. *Revista de Estudios Políticos*, n. 116, p. 25-84, abr./jun. 2002.
- 11 Cf. MIRANDA, Jorge. A transição constitucional brasileira e o Anteproyecto da Comissão Afonso Arinos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 94, p. 29-44, abr./jun. 1987; WACHOWICZ, Marcos. *Poder constituinte e transição constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 151 et seq.
- 12 Cf. HIDALGO, Paulo. La transición a la democracia: aspectos teóricos y análisis de la situación chilena. *Revista del Centro de Estudios Políticos*, n. 11, p. 195-218, 1992.
- 13 Cf. GRILLI DI CORTONA, Pietro. Dal comunismo alla democrazia in Europa Centrale: Ungheria e Cecoslovacchia. *Rivista italiana di scienza politica*, p. 281-313, ago. 1991; AGH, Attila. La transición hacia la democracia en la Europa Central: Una analisis comparativa. *Revista de Derecho Político*, n. 40, p. 89-113, 1995.

Moçambique, Guiné-Bissau¹⁴ e, de certo modo, Angola¹⁵ no início dos anos 90; a passagem do *apartheid* ao regime democrático multi-racial na África do Sul.

3. Na revolução, há uma necessária sucessão de Constituições – materiais e formais. A rutura com o regime precedente determina logo o nascimento de uma nova Constituição material, a que se segue, a curto, a médio ou a longo prazo, a adequada formalização.

Na transição, ocorre sempre um dualismo. Pelo menos, enquanto se prepara a nova Constituição formal, subsiste a anterior, a termo resolutivo; e nada impede que o mesmo órgão funcione simultaneamente (foi o caso do Brasil de 1985 a 1988), como órgão de poder constituído à sombra da Constituição prestes a desaparecer e como órgão de poder constituinte com vista à Constituição que a vai substituir.

O processo de transição é, na maior parte das vezes, insuscetível de configuração *a priori*, dependente das circunstâncias históricas. Outras vezes adota-se o processo de revisão constitucional ou emenda; e pode até suceder que a Constituição admita expressamente formas agravadas de revisão para se alterarem princípios fundamentais da Constituição e, portanto, para *se transitar* para uma nova Constituição.

4. Em última análise, uma transição constitucional *produz-se*, porque a velha legitimidade se encontra em crise, e *justifica-se* porque emerge uma nova legitimidade. E é a nova legitimidade ou ideia de Direito que obsta à arguição de qualquer vício no processo e que, doravante, vai não só impor-se como fundamento de legalidade, mas ainda obter efetividade¹⁶.

Como explicar, entretanto, a continuidade formal do ordenamento, sem rutura? Uma resposta elucidativa, justamente a respeito da Constituição brasileira de 1988, é avançada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Segundo este Autor, a distinção entre poder constituinte originário e derivado funciona como regra de calibração. A ideia de um poder autónomo, inicial e incondicionado, contraposto a um poder – direito derivado, tem também um carácter criptonormativo. É uma “figuração” que está na base, que regula, que calibra o sistema, permitindo reconhecer de um lado uma fonte principal de direito que, uma vez exaurida a sua função fundamental, deixa à norma posta a instauração das relações de subordinação. Graças a esta distinção, é possível uma regulação do sistema...

Que acontece quando o recetor promulga uma emenda que altera o relato da norma que lhe confere competência? *Aparentemente*, ele cumpre a norma e engendra um paradoxo. Na verdade, porém, isto não ocorre. Porquê? Porque, ao promulgar

14 Cf. RODRIGUES, Luís Barbosa. *A transição constitucional guineense*. Lisboa: AAFDL Ed., 1995.

15 Cf. MARASINGHE, Lakshman. Constitutional Reform in South Africa. *International and Comparative Law Quarterly*, p. 827-854, 1993; LOBAN, Michel. Un accord négocié: le processus constitutif en Afrique du Sud depuis 1991. *Revue du droit public*, p. 71-110, 1997; LOLLINI, Andrea. Costituzione e giustizia di transizione: il ruolo costitutivo della Commissione sudafricana verità e riconciliazione. Bolonha: [Il Mulino], 2005.

16 Assim se explica como, parafraseando Maurice Hauriou, se passa do *menos* (por exemplo, a revisão constitucional) para o *mais* (a Constituição nova): é porque aí está uma nova ideia de Direito que o novo poder vem invocar. HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1929. p. 256.

a emenda alterando o relato da norma que autoriza os procedimentos para emendar, o recetor (poder constituído) põe-se como emissor (poder constituinte). Isto é, já não é a norma que autoriza os procedimentos de emenda que está a ser acionada, mas outra, com o mesmo relator, mas com outro emissor e outro recetor. É uma norma nova, uma norma-origem.

[...]

Quando o Congresso Nacional promulga uma emenda, conforme os arts. 47.º e 48.º da Constituição de 1969, emenda que altera os próprios artigos, não é a norma dos arts. 47.º e 48.º que está a ser utilizada, mas outra, pois o poder constituído já assumiu o poder constituinte.

[...]

Nem toda norma-origem integra o sistema na sua coesão [...] No caso, porém, invoca-se uma regra de calibração: o Congresso Nacional, bem ou mal, *representa* o povo [...] Esta regra de calibração é que permite integrar a norma-origem no sistema, o qual, assim, se mantém em funcionamento, trocando, porém, o seu padrão: do padrão-legalidade para o padrão-efetividade.¹⁷

5. O que aconteceu no Brasil entre 1985 e 1988 é um caso paradigmático de transição constitucional e, por isso – embora não fosse necessário narrá-lo, por me dirigir a este auditório – justifica-se referi-lo.

Começou, aliás, antes de 1985, com o processo, que seria chamado de “abertura do regime dos Generais”, esboçado a partir de 1979 e que se defrontaria em 1984 com a vigorosa campanha nacional em favor das eleições presidenciais diretas “*Diretas, já*”.

Abriu-se, então, uma cisão nos apoiantes do regime e decisivas negociações entre os dissidentes e o grande partido da Oposição, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), que proporcionaria a eleição (ainda pelo colégio eleitoral indireto) de um Presidente moderado, capaz de assegurar a democratização sem traumas e com garantias para os militares.

Tancredo Neves foi esse Presidente eleito. Devido a doença e morte, não chegou a tomar posse, e assumiu a presidência o Vice-Presidente eleito, José Sarney. Nem por isso, o seu programa, a “Nova República”, deixou de começar a ser cumprido, e o Brasil – tal como a Argentina e o Uruguai, quase ao mesmo tempo e pacificamente, apesar de todas as diferenças – regressou à democracia pluralista¹⁸.

6. A Constituição de 1967-1969 era modificável de modo a ser posta em consonância com as aspirações do país. E foi-o logo através da Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985, que lhe subtraiu o sentido autoritário e consagrou, de novo, o princípio da eleição direta.

Mas aparecia identificada com a ditadura, pela sua origem e pela sua prática.

17 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A convocação da Constituinte como problema de controle constitucional. *O Direito*, 1988. p. 7 et seq.

18 É esse o remate inevitável de todos os processos de abertura. E se são travados ou não propulsionados, o país acaba em revolução (como sucedeu em Portugal).

De há muito, largos sectores da opinião pública reclamavam uma Assembleia Constituinte. E sentia-se ser agora a altura de repensar todas as estruturas jurídicas e políticas da sociedade, de revitalizar o federalismo, de encontrar um novo equilíbrio nas relações do Presidente e do Congresso, de reformular o catálogo de direitos fundamentais, de procurar maior justiça na organização económica.

O próprio Presidente Sarney tomou a iniciativa de, em mensagem ao Congresso, propor a convocação de uma Constituinte. Daí a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985¹⁹, que dispôs:

Artigo 1.º Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Artigo 2º O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.

Artigo 3.º A Constituição será promulgada depois da aprovação do seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional Constituinte.

A despeito do nome, a Emenda Constitucional não previu uma verdadeira Assembleia Constituinte, ou seja, uma Assembleia especificamente eleita para elaborar e decretar uma Constituição, dissolvendo-se terminada a sua obra (como alguns chegaram a preconizar), tivesse ela apenas poderes constituintes ou também poderes legislativos. O que previu foi um Congresso com poderes constituintes²⁰, que funcionaria, ao mesmo tempo, como congresso ordinário e que, como congresso ordinário, permaneceria após a feitura da Constituição.

A escolha não foi meramente técnica; teve evidente significado político e jurídico. Se não se tratava já de mais uma revisão da Constituição vigente, tão pouco se tratava de criar, por referência a qualquer legitimidade revolucionária, uma Constituição correspondente. Daí a subsistência da Constituição de 1967-1969, emendada, até à entrada em vigor da nova Constituição, em vez de um interregno ou de uma revogação ou abolição; daí o estatuto não provisório do Congresso anterior à eleição e do Presidente; daí a limitação imanente da soberania do Congresso eleito em 15 de novembro de 1986²¹.

Ao mesmo tempo, dar-se-ia um grande surto de estudos e projetos doutrinários sobre temas constitucionais, sem precedentes noutras épocas²².

19 BRASIL. Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 nov. 1985.

20 Em que puderam tomar assento os Senadores eleitos em 1982.

21 V. a nossa análise: MIRANDA, Jorge. A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 94, p. 29-44, abr./jun. 1987.

22 A título meramente exemplificativo, citem-se: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1984; BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1985; e BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição*. Fortaleza: EUFC, 1985; REALE, Miguel. Como deverá ser a Nova Constituição. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 60/61, p. 9-24, jan./jul. 1985; ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985; *Constituinte e Constituição*, obra coletiva, Universidade Federal de Minas Gerais, 1986; COMPARATO, Fábio Konder. *Muda Brasil: uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático*. São Paulo: Brasiliense, 1986; MENDES, Cândido. *A*

7. Em 15 de novembro de 1986, foram eleitos os senadores e deputados constituintes e, em 1 de fevereiro seguinte, empossados. O presidente do Congresso viria a ser o deputado Ulysses Guimarães.

Não foi apresentado qualquer projeto de Constituição (ao contrário do que aconteceu, por exemplo, em Portugal em 1975), porventura por se contar, mesmo se informalmente, com o texto da Comissão de Estudos Constitucionais, nomeada por José Sarney e presidida por Afonso Arinos.

Em 11 de março de 1987, foram instaladas as subcomissões de trabalho, em número de 24. Com representante de todos os partidos, esses grupos dividir-se-iam e funcionariam até 25 de maio, recebendo petições, sugestões e emendas procedentes de cidadãos – cerca de 17.060 propostas. Haveria ainda 182 audiências públicas.

A partir de 25 de maio, todas as propostas discutidas e objeto de pareceres foram redistribuídas por oito comissões temáticas.

A esta 2.^a fase do processo constituinte seguir-se-ia uma 3.^a, com a formação de uma comissão de sistematização, incumbida da análise desses textos e da elaboração de um texto global. Essa tarefa seria desenvolvida a partir de julho de 1987, tendo como relator o deputado Bernardo Cabral.

Em 24 de novembro, a comissão de sistematização entregaria ao presidente do Congresso o chamado “projeto de Constituição” ou primeiro texto global. Como se verifica, partiu-se do particular para o geral, visto que a sistematização (também ao contrário do que ocorreu em Portugal) só foi definida numa fase adiantada do processo.

Iniciar-se-ia então uma 4.^a e mais longa fase, que só terminaria em fins de agosto de 1988, com a votação do último artigo da Constituição pelo plenário. O texto daí saído corresponderia, na sua estrutura, ao da Comissão de Sistematização, mas com deficiências e contradições em muitos aspetos.

Marcariam este momento intensos debates dentro e fora do Congresso, uma grande atenção da comunicação social, iniciativas e pressões de quase todos os setores da sociedade brasileira com um forte sentimento participativo e, às vezes, quase pré-revolucionário. Assiná-lo-iam também as dissidências partidárias (sobretudo no partido maioritário, o PMDB) e a formação de convergências políticas mais próximas da realidade ideológica e dos interesses (como a coligação de centro-direita, dita “Centrão”).

Por último, em setembro de 1988 proceder-se-ia à redação final do texto, com o apoio do filólogo Celso Cunha (o que contribuiu, decisivamente, para o seu excelente português). Em 5 de outubro, a Constituição seria solenemente aprovada,

Inconfidência Brasileira: a Nova Cidadania Interpela a Constituinte. Rio de Janeiro: Forense, 1986; CORRÊA, Óscar Dias. *A Crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986; *Constituinte e Constituição*, obra coletiva, Universidade Federal de Minas Gerais, 1986; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ideias para a nova Constituição Brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1987; PELLEGRINO, Carlos Roberto. Antecedentes da Constituinte brasileira de 1987. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 364, mar. 1987. p. 21 et seq.; MIRANDA, Jorge. A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 94, p. 29-44, abr./jun. 1987; CABRAL, J. Bernardo. Os 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: *Avanços e Retrocessos da Constituição Federal de 1988*, obra coletiva, Rio de Janeiro, 2009. p. 3 et seq.

promulgada e jurada pelos titulares dos três Poderes²³.

2 A ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

8. A Constituição abre com um preâmbulo, onde se proclamam

[...] a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça com valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...] sob a proteção de Deus.²⁴

O título I, de “Princípios Fundamentais”, começa por declarar a República Federativa do Brasil “formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” e constituída em “Estado Democrático de Direito” (art. 1º)²⁵.

Os seus fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (ainda. art. 1º) e entre os seus objetivos contam-se, além dos que aparecem no preâmbulo, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação (art. 3º).

Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (art. 1º, § único) e são Poderes da União

23 V. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. *Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Sobre a Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1990. p. 67 et seq.; e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002; TAVARES, Ana Lúcia da Lyra. A Constituição de 1988: subsídios para os comparatistas. *Revista de Informação Legislativa*, n. 109, p. 71-108, jan./mar. 1991; BON, Pierre (Dir.). *Le Nouvelle République Brésilienne*. Paris: Économica, 1991; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *O espírito de 1988: 15 anos de Constituição democrática*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2003; BULOS, Uadi Lamêgos. *Constituição Federal Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002; e BULOS, Uadi Lamêgos. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003; MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008; FACHIN, Zulmar (Coord.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988*. Rio de Janeiro: Método, 2008; RESEK, Francisco; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Constituição federal Avanços, contradições e modificações no processo democrático brasileiro*, obra coletiva, São Paulo, 2008; BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: o estado a que chegámos. *Revista de Direito do Estado*, n. 10, p. 25-66, 2008; HORTA, Raúl Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valdir do (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010; BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011; AGRA, Walber da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. Indiquem-se também os comentários à Constituição em várias edições e em vários volumes de J. Cretella Júnior, Celso Bastos e Ives Gandra Silva Martins, Manoel Gonçalves Ferreira Júnior, José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes.

24 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

25 *Ibidem*.

“independentes e harmônicos entre si”, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário²⁶.

Reafirmam-se como grandes princípios de Direito internacional a independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio do terrorismo e do racismo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e a concessão de asilo político (art. 4º). O Brasil empenha-se na formação de um tribunal internacional dos direitos humanos (art. 7º das Disposições Transitórias).

9. Seguem-se oito títulos, sobre:

- Direitos e garantias fundamentais;
- Organização do Estado;
- Organização dos Poderes;
- Defesa do Estado e das instituições democráticas;
- Tributação e orçamento;
- Ordem econômica e financeira;
- Ordem social.

Estes títulos aparecem, quase todos, divididos em capítulos, seções e subseções, procurando-se ir de princípios gerais para preceitos específicos, observando-se, em geral, uma boa técnica jurídica nas formulações.

10. A Constituição tem 250 artigos e ainda 97 disposições transitórias.

Não é o número de artigos que impressiona. Na nossa época, são muitos os textos constitucionais com idênticos ou até maior número de artigos, fruto de tendência para mais e mais matérias ingressarem nos textos constitucionais e dos, muitas vezes indispensáveis compromissos constituintes (por exemplo, a Constituição portuguesa, de 1976, tinha inicialmente 312 artigos e hoje tem 296; a colombiana 380 e 57 disposições transitórias; a angolana 244 artigos).

O que impressiona na Constituição brasileira é o tratamento pormenorizado, até à exaustão, de muitos e muitos preceitos, retirando-se ou diminuindo-se o papel próprio da lei e contribuindo para a necessidade de constantes emendas (cerca de cem em trinta anos).

Essa *constitucionalite* aguda (permita-se-me a expressão) manifesta-se, especialmente:

- no modo como se distribuem os poderes entre a União, os Estados e os Municípios (arts. 21º e segs.);
- em todo o capítulo da Administração pública (arts. 37º e segs.);
- em alguns dos preceitos sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária (arts. 70º a 75º);
- nas demasiadas minúcias do estatuto da magistratura (arts. 93º a 95º e

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

105º);

- na excessiva regulamentação da segurança pública (art. 144º);
- na excessiva regulamentação das matérias tributárias e orçamentais (arts. 145º a 162º) e das funções públicas (arts. 163º a 169º);
- no excesso de regulamentação da seguridade ou segurança social (arts. 194º e 195º), da saúde (arts. 198º e segs.), da previdência social (arts. 201º e 202º) e da assistência social (arts. 203º e 204º);
- na afetação, desde logo, de certo montante de receitas ao ensino público (art. 212º);
- no excesso de regulamentação da comunicação social (arts. 220º e segs.).

3 O CENTRALISMO CONSTITUCIONAL

11. Há mais de uma variante de Estado federal, assim como há mais de uma variante de Estado unitário, em tudo dependente de fatores históricos e de condicionalismos políticos, económicos, sociais e materiais.

Nos Estados federais perfeitos (chamamos-lhes deste modo), cuja medida é a da Constituição norte-americana de 1787 procedem os seguintes princípios diretivos:

1.º) Dualidade de soberanias – a de cada um dos Estados federados e a do Estado federal, tendo cada um deles a sua Constituição (e Constituição emanada de um poder constituinte originário, exercido em nome próprio), bem como o correspondente sistema de funções e órgãos (legislativos, governativos, administrativos e jurisdicionais);

2.º) Participação dos Estados federados na formação e na modificação da Constituição federal, seja a título constitutivo, seja a título de veto coletivo, seja por via representativa, seja por referendos parciais;

3.º) Garantia (a nível de Constituição federal) da existência e dos direitos dos Estados federados;

4.º) Intervenção institucionalizada dos Estados federados na formação da vontade política e legislativa federal, através de órgãos federais com representação dos Estados (senados ou conselhos federais, os primeiros com titulares eleitos e os segundos com titulares delegados dos Governos locais);

5.º) Igualdade jurídica dos Estados federados, traduzida em igualdade de direitos dos seus cidadãos, em reconhecimento do valor dos atos jurídicos neles celebrados e em participação paritária nos órgãos federais ou em alguns deles;

6.º) Limitação das atribuições federais, o que deriva da ideia de agregação dos Estados como hipótese explicativa da federação e possui o sentido (inverso do da descentralização política e administrativa) de que todas as matérias não re-

servadas ao Estado federal incumbem ou podem incumbir aos Estados federados.

12. O Brasil é, desde a proclamação da República, um Estado federal (primeiro, “Estados Unidos do Brasil”, hoje “República Federativa do Brasil”). Porém, um Estado federal onde não se encontram alguns dos princípios acabados de apontar e onde, até pelo contrário, a Constituição de 1988 leva bem longe o centralismo.

Assim:

- A definição dos poderes da União e dos Estados (arts. 21º e segs.), com grande peso dos primeiros desses poderes em detrimento dos segundos (arts. 21º-IX e XI, 23º-X a XXI e 24º-VI, XII, XIV, XV e XVI);

- O tratamento uniformizador dos órgãos do Estado (art. 27º), em vez de ser deixado para as Constituições estaduais, e ainda, de certo modo, o tratamento dos órgãos dos Municípios (art. 29º), em vez de ser remetido para as leis orgânicas respetivas;

- A possibilidade de intervenção federal nos Estados (arts. 34º a 36º);

- O tratamento dos militares dos Estados (art. 42º);

- O tratamento do Poder Judiciário e do Ministério Público estaduais (arts. 125º e 128º, §§ 1º e 5º);

- O tratamento dos impostos estaduais (art. 155º).

13. Sentido positivo vem a ter a elevação dos Municípios a unidades da União, com isso se consagrando, não propriamente, um federalismo de duplo grau, mas sim a conjugação de federalismo com regionalismo político.

Os Municípios brasileiros não são autarquias locais como as portuguesas (art. 237º da Constituição de 1976) e, historicamente, até devido à dimensão do país, sempre foram mais, pela sua dimensão e pela sua autonomia, que os concelhos portugueses. Aproximam-se antes, sem se confundirem, das regiões autónomas surgidas em vários países europeus no século XX, como as da Finlândia, da Dinamarca, da Itália e de Portugal.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

14. O essencial da Constituição de 1988, o verdadeiramente inovador, não se acha na forma de Estado, nem (como adiante se dirá) no sistema de governo.

O essencial está nos direitos fundamentais – no elenco rigoroso dos direitos de liberdade e de garantia pessoais e no elenco generoso dos direitos sociais. O essencial está no seu primado em face de todas as demais matérias. Apesar de também se justificarem críticas sobre o texto redigido pela Assembleia Constituinte, é com eles que o Brasil dá um importantíssimo passo em frente e é por causa deles que se pode qualificar, como tem sido aduzido de vários quadrantes, a Constituição como a “Constituição cidadã”.

O Estado Democrático de Direito e a democracia dependem da observância desses direitos, de uns e de outros.

15. As críticas são basicamente quatro:

1ª) A concentração, decerto numa linha que remonta à Constituição de 1824, de todos os grandes princípios sobre direitos fundamentais e do conjunto dos direitos de liberdade e das garantias no art. 5º, numa amálgama complexa de corpos e incisos com algarismos romanos, de muito difícil leitura para os juristas e, ainda mais, para os cidadãos comuns que pretendam salvaguardar as suas posições perante os poderes públicos ou formular legítimas reivindicações;

2ª) A singelíssima apresentação dos direitos sociais no art. 6º, ficando a densificação e a concretização do seu conteúdo – inseparável de incumbência do Estado e de participação da sociedade civil – relegada para o longínquo título concernente à ordem social;

3ª) A aparente recondução dos direitos dos trabalhadores (arts. 7º e segs.) a direitos sociais, quando muitos deles têm a natureza de direitos de liberdade (arts. 8º a 11º), sem se separarem as duas categorias (como faz a Constituição portuguesa nos arts. 53º e segs. e 58º e segs.);

4ª) A colocação dos partidos políticos numa única divisão do texto, não se discernindo o que se prende com direitos de liberdade e o que se prende com a organização do poder político.

16. Independentemente da pertinência destes pontos, devem ser realçados como contributos inovadores ou decisivos do art. 5º (no texto atual):

- A igualdade de homem e mulher (I);
- O direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indemnização por dano material, moral ou à imagem (V);
- A garantia de assistência religiosa nos estabelecimentos ou entidades, civis ou militares, de internação coletiva (VII);
- A suspensão ou a dissolução das associações só por decisão judicial (XIX);
- A previsão de prazo, nos termos da lei, para a prestação de informações pelos poderes públicos (XXXIII);
- A cominação do racismo, da tortura e do terrorismo como crimes inafiançáveis e imprescritíveis (XLII e XLIII);
- Não haver prisão civil por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e irrecusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel (LXVII);
- O mandado de segurança coletiva (LXX);
- O mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (LXXI);
- O *habeas data* (LXXII);
- A aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (§ 1º);
- A equivalência a emendas constitucionais de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso

Nacional, em dois turnos, por três quartos dos votos dos respectivos membros (§ 3º);

– A aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional (§ 4º).

Muito relevantes são, noutros preceitos, a garantia institucional da advocacia (art. 113º), a Defensoria pública ao serviço dos necessitados (art. 134º) e as limitações ao poder de tributar, com a não retroatividade de leis criadoras de tributos (art. 150º).

Acrescente-se a inserção entre as chamadas “cláusulas pétreas” (limites materiais de revisão constitucional) dos direitos e garantias individuais (art. 60º, § 4º), entendendo a doutrina que também neles se abrangem os direitos sociais [tal como em Portugal diante do art. 288º, alínea d) da Constituição].

17. Sobre o art. 5º ousei há alguns anos, em palestra proferida no Brasil, depois publicada²⁷, propor uma reorganização, que, sem envolver mudanças na numeração dos artigos da Constituição, permitisse uma leitura mais adequada e clara.

Numa primeira secção, de princípios gerais, estariam:

- Artigo 5º (Igualdade e liberdade, correspondentes aos incisos I e II);
- Artigo 5º-A (Inviolabilidade da pessoa, incisos X, III, XLVII e LXXVI);
- Artigo 5º-B (Proteção da confiança, incisos XXXV e XXXVI);
- Artigo 5º-C (Aplicação imediata, § 1º);
- Artigo 5º-D (Abertura dos direitos, §§ 2º e 3º);

Numa segunda secção, de liberdades e dos direitos conexos:

- Artigo 5º-E (Liberdade de consciência e de crença, incisos VI, VIII e VII);
- Artigo 5º-F (Intimidade da vida privada e direito à imagem, inciso X);
- Artigo 5º-G (Liberdade de expressão e informação, incisos IV, IX, V e XIV);
- Artigo 5º-H (Liberdade de trabalho, inciso XIII);
- Artigo 5º-I (Liberdade de locomoção, inciso XV);
- Artigo 5º-J (Liberdade de reunião, inciso XVI);
- Artigo 5º-L (Liberdade de associação, incisos XVII, XX, XXVIII e XIX);
- Artigo 5º-M (Direito de propriedade, incisos XII a XVI, XXX e XXXI);
- Artigo 5º-N (Direitos de autor, incisos XXVII a XXIX);
- Artigo 5º-O (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência, incisos XI

e XII);

- Artigo 5º-P (Direitos dos consumidores, inciso XXXII);
- Artigo 5º-Q (Direitos de informação e de petição, incisos XXXIII e XXXIV);

Na secção III, de garantias, seria:

- Artigo 5º-R (*Habeas data*, inciso LXII);
- Artigo 5º-S (Garantias da liberdade pessoal, incisos LIV a LXI, LXVII e

LXVIII);

²⁷ MIRANDA, Jorge. *Uma reorganização possível do artigo 5º da Constituição Federal (capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos)*, in *Direito Público* (Brasília), 2014, e in *O Direito Constitucional e os Desafios do Século XXI*, obra coletiva, Lisboa, 2015.

- Artigo 5º-T (Obrigações de incriminação, incisos XLI a XLV);
- Artigo 5º-U (Garantias de Direito penal, incisos XXXIX, XL, XLV, XLVI, XXXVII, XXXVIII, LVII e LVIII);
- Artigo 5º-V (Garantias de processo penal, incisos LIII, LV, LXXVIII, LVI, LIX, LX, LXXIV, LXXXV e LVIII);
- Artigo 5º-X (Cumprimento da pena de prisão, incisos XLVIII, XLIX e L);
- Artigo 5º-Z (Extradição, incisos L e LI).

18. Os direitos sociais abrangem tanto a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desempregados como os direitos dos trabalhadores atinentes à segurança do emprego, ao salário, à associação sindical, à greve e à participação (art.s 6º a 11º).

Mas é depois, no título da ordem social (arts. 193º a 232º), que surgem as normas de efetivação, muitas delas de difícil cumprimento até a longo prazo, pelo menos da mesma maneira num país tão diversificado como o Brasil (e cuja estrutura federativa deveria recomendar mais plasticidade). Mas não pode esquecer-se que o seu intuito geral é de um *direito à esperança* para as crianças, os adolescentes, os idosos, os deficientes, os índios, etc., e que algumas das regras são bem necessárias no contexto concreto do Brasil.

Registem-se assim: a vedação da comercialização de órgãos, substâncias humanas, sangue e seus derivados (art. 199º, § 4º); a consideração, a par da segurança (ou *seguridade*) social, da assistência social (art. 203º); a gratuidade e a gestão democrática do ensino público (art. 206º, nºs 4 e 5); o acesso ao ensino obrigatório como direito público subjetivo (art. 208º, § 1º); a recondução do planejamento familiar a livre decisão do casal (art. 226º, § 7º); o apoio à adoção (art. 227º, nº 5); o reconhecimento da organização social e cultural e a proteção das terras dos índios (arts. 231º e 232º).

Particularíssima e muito compreensível importância confere a Constituição ao meio ambiente. Logo no art. 5º-LXXIII ela atribui a qualquer cidadão direito de ação popular para anular ato lesivo do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custos judiciais e dos ônus de sucumbência. Isso porque, segundo o art. 225º, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as gerações futuras (art. 225º).

Para tanto, entre outras incumbências do poder público, as de promover a educação ambiental (art. 225º, § 1º-VI), a obrigação de quem explorar recursos mineiros de recuperar o meio ambiente degradado (§ 2º), a consideração da Floresta Amazônica, da Mata Atlântica, da Serra do Mar, do Pantanal e da Zona Costeira como patrimônio nacional (§ 4º).

Consignam-se, do mesmo passo, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (art. 206º, nº 3); a possibilidade de os recursos públicos serem dirigidos a escolas

comunitárias, confessionais e filantrópicas, sem fins lucrativos (art. 213º); a consideração do ensino religioso facultativo como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (art. 210º, § 1º); a proibição de qualquer censura política, ideológica e artística (art. 220º, § 1º); a criação de um Conselho de Comunicação Social (art. 224º).

19. Quanto à ordem económica, ela apresenta-se moderadamente nacionalista e social-democrata ou social-liberal, conquanto se entenda, mas talvez nem sempre em sintonia com as incumbências assumidas pelo Estado na ordem social.

São princípios (e objetivos) da ordem económica a soberania nacional, a propriedade privada e a sua função social, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (art. 170º).

É assegurado o livre exercício de qualquer atividade económica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos na lei; ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo (art. 1º), e as empresas públicas sujeitam-se ao regime das empresas privadas (art. 173º, § 1º).

Todavia, o Estado exercerá funções de fiscalização, incentivo e planeamento (determinante para o sector público e indicativo para o sector privado) e a lei reprime o abuso do poder económico (arts. 174º e 175º, § 4º). São apoiadas e estimuladas as cooperativas e outras formas de associativismo (art. 174º, § 2º).

As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro (art. 182º, § 2º). As de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indemnização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, mas as benfeitorias úteis e necessárias sê-lo-ão em dinheiro (art. 184º). Serão, porém, insuscetíveis de desapropriação a pequena e média propriedade rural, desde que o seu proprietário não possua outra, e a propriedade seja produtiva (art. 185º).

5 OS PODERES DO ESTADO

20. A organização do poder político federal mantém-se fiel à divisão clássica dos três Poderes e ao sistema presidencial, este algo controlado ou fiscalizado. Após largos debates, o legislador constituinte rejeitou o parlamentarismo e tão pouco adotou o “presidencialismo congressional” que, de certo jeito, a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais sugerira (e que poderia ser um sistema misto, por causa da criação de um Presidente do Conselho e de um Conselho de Ministros²⁸).

Entretanto, mais uma vez à luz de uma fórmula conciliatória, determinou a

28 Cf. as nossas observações em MIRANDA, Jorge. A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 94, p. 29-44, abr./jun. 1987. p. 38.

realização, em 7 de setembro de 1993, de um plebiscito para escolha da forma (república ou monarquia constitucional) e do sistema de governo (presidencial ou parlamentar) que deveriam vigorar no país.

O plebiscito deu uma larguíssima vitória tanto à república quanto ao presidencialismo, embora continue havendo muitos adeptos do parlamentarismo.

21. No Congresso, bicameral, a Câmara dos Deputados é eleita por representação proporcional em cada Estado e no Distrito Federal. Mas, como nenhum membro da Federação pode ter menos de 8 deputados e mais de 70 (art. 45º, § 1º), verifica-se distorção na proporcionalidade. O Senado é eleito por representação majoritária, cabendo a cada Estado e ao Distrito Federal três senadores com mandato de 8 anos (art. 46º).

O Congresso pode sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou de limites de delegação legislativa (art. 49º-V) e compete-lhe autorizar referendos e convocar plebiscitos.

Como o Presidente da República pode, em caso de relevância e urgência, adotar medidas provisórias com força de lei devendo submetê-las de imediato ao Congresso (art. 62º) elas perderão eficácia se não forem convertidas em lei dentro de sessenta dias (§ 3º).

O Congresso pode convocar os Ministros de Estado auxiliares do Presidente da República no domínio administrativo (art. 82º), para informações, sob pena de responsabilidade (art. 50º).

De realçar entre outras competências privativas do Senado Federal a de processar e julgar nos crimes de responsabilidade, o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República; aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha dos magistrados nos casos estipulados na Constituição; suspender a execução, no todo ou em parte de lei declarada inconstitucional, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52º-I, II, III, X).

Por outro lado, é de aplaudir, porque bem inspirada nos valores do Estado Democrático de Direito, a norma, segundo a qual a lei que altere o processo eleitoral não se aplica à eleição – a qualquer eleição, federal, estadual ou municipal – que ocorra até um ano da data da sua vigência (art. 16º).

O Presidente da República é eleito por sistema de dois turnos ou duas voltas (como na França e em Portugal), por quatro anos, sendo admitida a reeleição para segundo mandato, desde a Emenda Constitucional nº 16/97. A eleição do Presidente importa a do Vice-Presidente com ele registado. O Presidente é auxiliado pelos Ministros de Estado, em que ele pode delegar algumas das suas competências de carácter administrativo (arts. 84º, § único, 87º e 88º).

A Constituição cria dois órgãos de consulta do Presidente: o Conselho da República (arts. 89º e 90º) e o Conselho de Defesa Nacional (art. 91º). Àquele compete pronunciar-se sobre a intervenção federal, o estado de defesa, o estado de sítio e questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

Existe também um Conselho Nacional de Justiça, de composição diversificada, ao qual cabe o controlo do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes e zelar pela autonomia do Poder Judiciário (art. 103º-B).

22. Nos últimos anos, por causas políticas – circunstanciais ou estruturais como se queira, mas que não nos cabe analisar – o Congresso tem vindo a aumentar a sua intervenção política perante o Presidente da República, havendo quem fale em “presidencialismo de coalizão” (embora distinto do “presidencialismo congressional”), pela necessidade do Presidente de assegurar o apoio parlamentar até para a sua própria subsistência.

Mas é uma prática contra o espírito da Constituição e que não tem dado bons resultados, devido à pulverização partidária (mais de 20 partidos com assento nas Câmaras e com poucas marcas ideológicas). Seria conveniente adotar, como sucede na Alemanha e noutros países, uma *cláusula barreira*, exigindo que qualquer partido para ter acesso ao Congresso obtivesse, pelo menos, 5% dos votos à escala nacional ou em dois terços dos Estados correspondentes à maioria do eleitorado.

23. O Supremo Tribunal Federal tem onze juízes, “Ministros”, nomeados – à semelhança do que sucede nos Estados Unidos – pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 161º).

Tem vindo a ser crescente a importância do Supremo Tribunal Federal, em larga medida pela relativa inércia legislativa do Congresso Nacional e, em parte, pelo influxo de novas correntes (como a do “neoconstitucionalismo”) apoiadas por juízes de muita qualidade. O risco para alguns, é o ativismo judicial²⁹.

6 A GARANTIA DA CONSTITUCIONALIDADE

24. O sistema brasileiro compreende um acervo de meios de controlo da constitucionalidade quase sem paralelo noutros sistemas:

- a) Controlo concreto, a cargo de todos os tribunais (arts. 97º e 102º-III);
- b) Julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de recursos extraordinários das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contraria dispositivos da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar a validade de lei ou ato federal contestado em face da Constituição, julgar válida lei municipal contestada em face da lei federal (art. 102º-III e § 3º);
- c) Ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a propor pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal ou pela da Câmara dos Deputados, por Mesa de Assembleia Legislativa, por Governador de Estado, pelo Procurador-Geral da República, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados, por partido político com representação no Congresso Nacional e por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional

²⁹ Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010; SILVA, Eduardo Fernandes da. Excesso de jurisdição ou escassez de política? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, p. 209-230, 2013.

[art. 102º-I, alíneas a), 1ª parte, e p), e § 2º, e art. 103º];

d) Ação declarativa de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal [art. 102º-I, alínea n), 2ª parte, e § 2º, e art. 103º];

e) Arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, a apreciar pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102º, § 1º);

f) Ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103º, § 2º);

g) Mandado de injunção [art. 5º-LXXI e art. 102º-I, alínea)].

A arguição de desconformidade de preceito fundamental (regulamentado pela Lei nº 9.883, de 3 de dezembro de 1999) poderá ser um meio de defesa de direitos fundamentais, quando esgotados ou inviáveis outros meios e aproximável da *Verfassungsbeschwerde* alemã.

A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão é desencadeável pelos mesmos sujeitos da ação direta de inconstitucionalidade por ação. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medidas para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para as adotar e, se se tratar de órgão administrativo, para o fazer no prazo de trinta dias (art. 103º, § 2º).

A Emenda Constitucional nº 45/04 aditou à Constituição um novo art. 103º-A, sobre súmula vinculante, em que se diz:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.³⁰

É pena a Constituição não autorizar, como fez com outras matérias talvez menos importantes, um título de garantia constitucional.

7 AS EMENDAS À CONSTITUIÇÃO

25. Também as emendas à Constituição, em vez de merecerem divisão autônoma, são contempladas, na esteira das Leis Fundamentais anteriores, no âmbito do processo legislativo (art. 60º).

A iniciativa cabe a um terço, pelo menos, dos membros da Câmara de Deputados ou do Senado, ao Presidente da República e (o que é um afloramento, embora não muito ousado, do princípio federativo) a mais de metade das Assembleias legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa dos seus membros.

A proposta será discutida e votada em cada Câmara do Congresso, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos

30 BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

dos respectivos membros.

Não poderá haver emendas na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separa

ção dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Já não, como sucedia desde 1891, a forma republicana de governo, em consequência do plebiscito atrás referido.

8 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A PORTUGUESA

26. Tem havido uma constante interação do constitucionalismo brasileiro e do português: a Carta Constitucional portuguesa de 1826 decalca a Constituição brasileira de 1824 e a primeira Constituição republicana portuguesa, de 1911, recebeu vários institutos da primeira Constituição republicana brasileira, de 1891, tal como o modelo autoritário e corporativo da Constituição de 1933 deixou fortes influências na Constituição brasileira de 1937.

Não admira, por isso, que haja normas da Constituição de 1988 e normas da Constituição de 1976 idênticas ou similares.

Sem ser exaustivo, podem ser apontadas:

– A definição do regime como “Estado Democrático de Direito” (art. 1º da Constituição brasileira), homólogo do “Estado de direito democrático” português (preâmbulo e arts. 2º e 9º);

– Os princípios relativos às relações internacionais (art. 4º e art. 7º, nº 1, respetivamente);

– A consagração constitucional do direito de resposta (art. 5º-V e art. 37º, nº 4);

– O direito à imagem (art. 5º-X e art. 40 e art. 26º nº 1);

– A defesa do consumidor (art. 5º-XXXII e art. 60º);

– O direito a informação dos poderes públicos (art. 5º-XXXIII, e art. 48º, nº 2);

– O direito de ação popular para defesa do ambiente e do património histórico e cultural (art. 5º-LXXIII e art. 52º, nº 3);

– A aplicação imediata das normas respeitantes a direitos e garantias fundamentais (art. 75º, § 1º, e art. 18º, nº 1);

– Os direitos de participação dos trabalhadores (art. 10º e arts. 54º e 56º);

– A língua portuguesa, língua oficial (arts. 13º e 210º, § 2º e art. 11º, nº 3);

– O direito de antena dos partidos políticos na rádio e na televisão (art. 17º, § 3º e art. 40º);

– A criação de uma comissão representativa do Congresso Nacional para funcionar durante o recesso (art. 58º, § 4º e art. 182º);

– A proibição de revisão constitucional na vigência de estado de necessidade (art. 60º, § 1º e art. 289º);

– O alargamento dos limites materiais da revisão (art. 60º, § 4º e art. 288º);

– O sistema eleitoral do Presidente da República (art. 77º e art. 129º);

– O Conselho de Defesa Nacional (art. 91º e art. 274º);

– A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art. 103º e art. 283º);

– O estímulo ao corporativismo (art. 174º, § 2º e art. 84º);

– O sistema de saúde (art. 198º e art. 64º);

– A gestão democrática das escolas públicas (art. 206º, nº 6 e art. 77º);

- O fomento do desporto (art. 217º e art. 79º);
- O apoio à ciência [art. 218º e arts. 73º, nº 4 e 81º, alínea m)];
- O Conselho de Comunicação Social (art. 224º e art. 39º);
- A solidariedade entre gerações para preservação do meio ambiente [art. 225º e art. 66º, nº 2, alínea d)];
- O apoio à adoção (art. 227º, § 5º e art. 72º);
- A proteção dos idosos (art. 230º e art. 72º).

27. Estas características comuns a ambas as Constituições e outras específicas de cada uma são muito superiores a quaisquer deficiências. E foi, na sua vigência, que os nossos dois países entraram finalmente – e, espero, definitivamente – em regimes políticos de liberdade, de pluralismo, de cidadania solidária, de responsabilidade e de primado do Direito.

REFERÊNCIAS

AGH, Attila. La transición hacia la democracia en la Europa Central: Una análisis comparativa. *Revista de Derecho Politico*, n. 40, p. 89-113, 1995.

AGRA, Walber da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ALÁEZ CORRAL, Benito. La Constitución Española de 1978: ruptura o reforma constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n. 9, p. 161-190, 1997.

ARNÉ, Serge. La prise du pouvoir par le Maréchal Pétain (1940) et le Général De Gaulle. *Revue du droit public*, p. 48-106, 1969.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: o estado a que chegámos. *Revista de Direito do Estado*, n. 10, p. 25-66, 2008.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Sui limiti della “revisione costituzionale”*. In: SEMINARIO GIURIDICO DELL’UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA, 3., 1949, Catania. *Analli...* Catania: Università degli Studi di Catania, 1949.

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição*. Fortaleza: EUFC, 1985.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Política e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 nov. 1985.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BRITO, Wladimir. Tempo e Direito: o tempo de revisão constitucional. *Direito e Cidadania*, n. 16/17, p. 219-248, set. 2002.

BULOS, Uadi Lamêgos. *Constituição Federal Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CECCHERINI, Eleonora. Transizioni e processi costituenti. In: LIMITAZIONI di sovranità e processo di democratizzazione. Turim: [s.n], 2004.

COMPARATO, Fábio Konder *Muda Brasil: uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

CORRÊA, Óscar Dias. *A Crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1984.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale Comparato*. 9. ed. Pádua: CEDAM, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A convocação da Constituinte como problema de controle constitucional. *O Direito*, 1988.

_____; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. *Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Ideias para a nova Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *O Poder Constituinte*. São Paulo: J. Bushatsky, 1974.

_____. Sobre a Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1990.

GRILLI DI CORTONA, Pietro. Dal comunismo alla democrazia in Europa Centrale: Ungheria e Cecoslovacchia. *Rivista italiana di scienza politica*, p. 281-313, ago. 1991.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1929.

HIDALGO, Paulo. La transición a la democracia: aspectos teóricos y análisis de la situación chilena. *Revista del Centro de Estudios Políticos*, n. 11, p. 195-218, 1992.

HORTA, Raúl Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1991. Tradução de: Verfassungsänderung und Verfassungswesandlung.

KAMINIS, Georges. *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.

LOBAN, Michel. Un accord négocié: le processus constitutinnel en Afrique du Sud depuis 1991. *Revue du droit public*, p. 71-110, 1997.

LOLLINI, Andrea. *Costituzione e giustizia di transizione: il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e reconciliazione*. Bolonha: [Il Mulino], 2005.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *O espírito de 1988: 15 anos de Constituição democrática*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2003.

MARASINGHE, Lakshman. Constitutional Reform in South Africa. *International and Comparative Law Quarterly*, p. 827-854, 1993.

MARTINS, Ives Gandara da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valdir do (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MENDES, Cândido. *A Inconfidência Brasileira: a Nova Cidadania Interpe-la a Constituinte*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 94, p. 29-44, abr./jun. 1987.

NEGRI, Antonio. *The Constituent Power*. Madrid: Mineápolis, 1994. p. 383. Tradução de: El poder constituyente.

NIGRO, Mario. *Costituzione ed effettività costituzionale*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 1708, 1969.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. Antecedentes da Constituinte brasileira de 1987. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 364, mar. 1987.

QUERMONNE, Jean-Louis. *Les Régimes Politiques Occidentaux*. Paris: Seuil, 1986.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. Como deverá ser a Nova Constituição. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 60/61, p. 9-24, jan./jul. 1985.

RODRIGUES, Luís Barbosa. *A transição constitucional guineense*. Lisboa: AAFDL Ed., 1995.

ROSS, Alf. *Critica del diritto e analisi del linguaggi*. Bolonha: Il Mulino, 1984. Tradução de: On SelfReference and a Puzzle in Constitutional Law.

RUIPÉREZ, Javier. Los principios constitucionales en la transición política: Teoría democrática del poder constituyente y cambio jurídico-político en España. *Revista de Estudios Políticos*, n. 116, p. 25-84, abr./jun. 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Eduardo Fernandes da. Excesso de jurisdição ou escassez de política? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, p. 209-230, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lénio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, Ana Lúcia da Lyra. A Constituição de 1988: subsídios para os comparatistas. *Revista de Informação Legislativa*, n. 109, p. 71-108, jan./mar. 1991.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VERDU, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Madrid: Reus, 1985.

WACHOWICZ, Marcos. *Poder constituinte e transição constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

ZIMMER, Willy. La loi du 3 juin 1958: contribution à l'étude des actes pré-constituants. *Revue du droit public*, p. 383-411, 1995.

POPULISMO E DESENHO INSTITUCIONAL NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO¹

POPULATION AND INSTITUTIONAL DRAWING IN CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM

Miguel Calmon Dantas *

RESUMO

O presente artigo destina-se a identificar a caracterização contemporânea do populismo e as possíveis formas de resistência aos seus efeitos deletérios para a democracia e para os direitos fundamentais, devendo repercutir em modificações de desenho institucional. Nesse sentido, sustenta-se que os regimes constitucionais que vedem a reeleição para o poder executivo, instituem limites materiais ao poder de reforma, como normas de blindagem constitucional, imunizam o poder judiciário e implementem medidas que potencializem as liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de reunião são mais resistentes ao populismo.

ABSTRACT

The paper aims to identify the contemporary characterization of populism and the possible forms of resistance to its deleterious effects on democracy and fundamental rights, and its repercussions on changes in institutional design. In this sense, it is argued that the constitutional regimes that prohibit re-election to the executive power, establish material limits to the power to amendment, as shield rules, immunize the judiciary and implement measures that enhance the freedoms of speech, of information and of assembly are more resistant to populism.

1 OS RISCOS CONTEMPORÂNEOS E A RESISTÊNCIA CONSTITUCIONAL

A democracia, o Estado de Direito e os direitos fundamentais se encontram sob constante pressão e se deparam com um novo inimigo que, tal qual o cavalo de Troia, ingressou e habita as suas próprias entranhas. Nos 30 anos da Constituição, essas pressões e suas causas precisam ser enfrentadas pela doutrina.

Diferentemente do que usualmente ameaça o constitucionalismo demo-

* O artigo foi também publicado na Revista “ESTUDOS EM TEORIA DO ESTADO E CONSTITUIÇÃO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS” do Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica (IBPJ).

* Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutorando pela Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca. Professor Adjunto de Ciência Política e Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia. Coordenador do Curso de Direito e Professor Titular da Universidade Salvador (Unifacs). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito, Governança e Políticas Públicas (*stricto sensu*) da Universidade Salvador (Unifacs). Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Procurador do Estado da Bahia e Advogado, email: mcalmondantas@uol.com.br.

crático, os riscos não advêm de tendências ostensivamente autoritárias, regimes autocráticos que tendem a se estabelecer e nem de golpes de Estado orquestrados com a participação do Exército.

Também não se constitui em ameaças que estejam exclusivamente situadas ao Sul e nem ao Norte, são globais e não estão vinculadas a determinada ideologia; estas ameaças adotam um bem urdido estratagema, aproveitando-se do ambiente global propício de indignação, que ora resulta em esperança e mobilização cívica³, ora em desencantamento e frustração.

A ameaça em questão é um inimigo que se utiliza da própria democracia⁴ para derrubá-la, erodindo seus fundamentos, e que invoca em seu favor o imaginário identitário da representação popular. Esta ameaça, ou inimigo, é o populismo que viceja fortemente nos regimes democráticos contemporâneos⁵.

Muito comum no ambiente latino-americano durante os regimes autoritários instaurados durante o século XX, não se constitui numa característica típica ou exclusiva da América Latina e nem das ditaduras, vindo a se expandir progressivamente por todo o globo. Assim, justifica-se plenamente, ao menos, o reconhecimento da importância do populismo no contexto político atual, passando a ser questão central em diversas discussões ao redor do mundo⁶. Lamentavelmente, a relevância do populismo caminha na mesma proporção, só que inversa, da clareza do seu sentido, sobretudo sobre o seu conteúdo, como pontua Ernesto Laclau⁷.

Diante disso, o presente estudo se dedica a analisar as razões que têm permitido o crescimento do populismo, destacando os seus riscos para as democracias, o Estado de Direito e os direitos fundamentais, propondo alguns mecanismos institucionais que são necessários e imprescindíveis para sua contenção, embora jamais suficientes.

Ao que se afigura, o populismo está muito bem ambientado e encontra solo fértil no novo paradigma contemporâneo que resulta dos discursos catastróficos dos governos e do *mainstream* econômico, qual seja, o discurso e a narrativa das crises.

Como será destacado, o discurso e a narrativa das crises estão ligados ao apelo pela legitimação de regimes ou regras alternativas àquelas usuais nos já raros momentos de estabilidade ou normalidade política, institucional e econômica; ou

3 Como pontua Manuel Castells, referindo-se aos movimentos populares que tomaram de assalto o mundo, como os Indignados, a Primavera Árabe, *Occupy Wall Street* e dos demais *Occupies*, a Revolta das Panelas na Islândia, dentre outros, ao que se pode acrescentar as Jornadas de Junho de 2013, no Brasil, “Ninguém esperava. Em um mundo em trevas pelo desastre econômico, pelo cinismo político, pelo vazio cultural e pela desesperança pessoal, acabou de acontecer”, em tradução livre. No original, “No one expected it. In a world darkened by economic distress, political cynicism and personal hopelessness, it just happened”. CASTELLS, Manuel. *Networks of Outrage and Hopes: Social Movements in the Internet Age*. Cambridge: Polity Press, 2012. p. 1.

4 Consoante Jacques Rancière, a democracia tem dois inimigos: um é conhecido, sendo o próprio governo arbitrário; o outro, deriva dos excessos da vida democrática, que podem tornar a democracia ingovernável, o que, paradoxalmente, legitima um governo que evite o duplo excesso: o excesso de participação cívica, que traga a ingovernabilidade e desestabilize o regime, e o excesso de retração cívica, em que o cidadão se abstém de participar. RANCIÈRE, Jacques. *Ódio à Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2015.

5 Com o que não se nega a efetiva existência de governos autoritários de caráter populista, como esclarecido ao longo do texto. O que exige atenção atualmente é o crescimento do populismo no âmbito das democracias, quer mais liberais, quer de tendência mais social.

6 KALTWASSER, Cristóbal Rovira et al. *Populism: An Overview of the Concept and the State of the Art*. In: KALTWASSER, Cristóbal Rovira et al. (Ed.). *The Oxford Handbook of Populism*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

7 LACLAU, Ernesto. *A Razão Populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

seja, na instituição de regimes, pontuais ou mais abrangentes, de exceção, ainda que não reconhecida ou ostensivamente admitidos. A linguagem política atual tem sido muito mais sutil do que outrora, primando pela dissimulação metafórica, pelo escamoteamento da verdade, e pela **pós-verdade, constituída pela** utilização das chamadas *fake news*.

Neste contexto, é preciso destacar que a era atual pode se caracterizar como uma era das crises, o que não autoriza a normalizar ou estabilizar estados de exceção. A ascensão de um novo paradigma das crises pode ser resultado da conjunção da pós-verdade contemporânea com a descoberta da complexidade do mundo contemporâneo, líquido⁸, volátil, poroso, e, como tal, incompreendido sob os referenciais usuais – ainda derivados do Iluminismo –, epistemológicos e políticos.

A par disso, o populismo deve ser identificado e compreendido em sua complexidade e ambivalência, o que não se pretende realizar neste estudo, que se limita à expectativa de lançar luzes para desnudar a sua feição de oposição ao constitucionalismo, malgrado busque dele também se apropriar.

Tal apropriação já foi percebida por Paul Blokker⁹, que, ao cunhar a expressão **constitucionalismo populista**, destaca que o populismo é geralmente reconhecido como mantendo, ao menos, uma relação problemática com a democracia constitucional, quando não seja entendido como sua negação, invocando uma forma pura de *rule of the people* em superação ao *rule of law*; entretanto, assim que o populismo assume o poder, passa a se utilizar das constituições em seu favor, em favor da liderança messiânica expressiva da verdadeira, única e uniforme vontade popular. Para tanto, recorrer aos procedimentos de emendas constitucionais ou até mesmo a elaboração de uma nova constituição, de feição populista, mas aparentemente em consonância com os ideais do constitucionalismo, dando origem a constituições populistas¹⁰.

O Estado de Direito e a democracia, e aquilo em razão do qual foram, por um emaranhado de sangue, sofrimento e esperanças, constituindo-se ao longo dos séculos – os direitos fundamentais e o bom governo –, encontram-se sob intensa pressão pela exploração do seu antagonismo com a vontade do povo, concebida de forma unitária.

Dessa forma, é necessária a afirmação de um desenho institucional que esteja apto a blindar a democracia e o regime constitucional ao discurso e às técnicas populistas e que venha a ser constitucionalmente encampado naqueles textos em que se possa identificar um *déficit* de proteção, constituindo uma resistência constitucional.

Tal resistência não pode ter uma feição exclusiva ou mesmo prioritariamente dogmática. A resistência constitucional tem que ser elevada pela doutrina e pela

8 BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

9 BLOKKER, Paul. *Populist Constitutionalism*. 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/319938853_Populist_Constitutionalism>. Acesso em: 22 fev. 2018.

10 LANDAU, David. Populist Constitutions. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 85, n. 2, Mar. 2018. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3053513>. Acesso em: 22 fev. 2018.

virtude cívica dos cidadãos numa sociedade plural e aberta. Daí que o desenho constitucionalmente adequado de resistência aos riscos do populismo é condição necessária, mas não suficiente.

No plano dogmático, a resistência constitucional deve se dirigir para os valores e mecanismos constitucionais que são mais desestabilizados e atingidos pelos discursos e práticas populistas, que costumam ser a) as eleições, b) o poder de reforma e seus limites, c) as liberdades públicas, bem como d) a separação de poderes.

Nesse sentido, impõe-se analisar o vicejar do populismo nesta era das crises, o que se fará em sequência, para prosseguir em direção a sua compreensão e seus riscos, a partir do que serão destacadas as deficiências institucionais e as conseqüentes possibilidades de correção, habilitando a resistência constitucional.

2 A ERA DAS CRISES

O século XX recebeu diversas qualificações, ora tendo sido considerado como a era dos direitos, na feliz expressão de Norberto Bobbio¹¹, ora tendo sido qualificado como a era dos extremos, na pena do historiador Eric Hobsbawm¹². O século XX também enfrentou várias crises, de diversas ordens. Tanto de caráter econômico, com a grande depressão de 1929, iniciada com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, como de caráter político, cujas mais graves, em âmbito internacional, desaguaram em duas guerras mundiais. E, também, de caráter paradigmático e filosófico, dando ensejo a movimentos diversos, que se projetaram para desnudar o fracasso do projeto da modernidade iluminista, compondo o horizonte da chamada pós-modernidade. Todas elas repercutem, naturalmente, sobre o direito e as relações sociais, pressionando os modelos e formas jurídicas hauridas durante os séculos XVIII e XIX e levando a diversos conflitos sociais.

O final do século XX ainda foi marcado por crises políticas, econômicas e sociais. No âmbito político, pode-se considerar que a democracia, quer no seu modelo liberal, quer na sua feição mais social, encontra-se em severa e grave crise em face do desencantamento com os processos políticos tradicionais e com o sistema representativo, sentindo-se o cidadão não mais representado pelas instituições que, tradicionalmente, deveriam atuar em seu nome, buscando o interesse público e o governo justo. Conforme assentado por Cornelius Castoriadis¹³ quanto à crise do sistema representativo, há um processo de fratura social conducente à ascensão da insignificância: insignificância da política, das ideologias¹⁴, da moral e também

11 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992. A despeito de tal caracterização, justificada pelo surgimento e profusão dos direitos humanos no âmbito internacional – ao que se pode agregar a consolidação do modelo constitucional do pós-guerra, consagrando a fórmula de simbiose entre Estado de Direito e democracia –, não se pode deixar de reconhecer que, embora jamais tenha havido tantos direitos, nunca foram tão violados quanto no próprio século XX.

12 HOBBSBWM, Eric J. *A Era dos Extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

13 CASTORIADIS, Cornelius. *As Encruzilhadas do Labirinto: A ascensão da insignificância*. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 4.

14 Nesse sentido, Castoriadis ressalta que a querela entre a direita e a esquerda perdeu sentido. Nem tanto por causa da queda do socialismo, ou por não terem nada a agregar ao debate político, mas porque ambos dizem a mesma coisa. Numa sucessão de governos franceses, de Balladur a Bérégovoy e a Chirac, reputa terem todos adotado a mesma política. Certamente, identifica-se tal crise na afirmação do pensamento único e da ausência de alternativas, de que se vale o populismo e, no âmbito econômico,

do direito em virtude da crise das significações imaginárias da comunidade, o que é corroborado por Mauro Cappelletti¹⁵, ao constatar que há um declínio da confiança nos parlamentos em todo o mundo, acentuado em determinados países.

No âmbito econômico, a aguda crise iniciada em 2007, nos Estados Unidos¹⁶, expandiu-se para a União Europeia, chegando, posteriormente, aos países em desenvolvimento, onde se mantém fincada, sem prejuízo de, vez por outra, ameaçar retornar ao centro do capitalismo.

Por sua vez, no âmbito social se tem verificado o recrudescimento da desigualdade e da pobreza, com a concentração progressiva da riqueza, além do aumento do autoritarismo e da supressão das liberdades e direitos fundamentais como reação de alguns países às rebeliões e revoltas iniciadas com a Primavera Árabe. Como consequência, vive-se uma intensa onda migratória, com famílias que fogem de seus países de origem para não serem dizimadas ou não ficarem ao acaso da própria sorte.

Nesse sentido, Carlo Bordoni, em conversação com Bauman¹⁷, destaca que a palavra “crise” aparece frequentemente nos jornais, televisões e nas conversas diárias, das mais simples às mais complexas, servindo para rotular e justificar dificuldades econômicas, diminuição da demanda e perda de liquidez, ressaltando a sua comum utilização como crise econômica.

Observa Bordoni¹⁸, ainda, que a crise contemporânea vem de longe, desde o início do século XXI, com o avanço do terrorismo e a destruição das Torres Gêmeas, embora defenda a necessidade de que seja recuperado o sentido originário da expressão “crise”, que designa algo positivo, criativo e otimista por remeter a um momento de transição e renascimento após um choque; não obstante isso, a crise econômica atual traz consigo a ampla percepção de que a cura é pior do que a doença.

Bauman¹⁹, por sua vez, adere à necessidade de reabilitação do sentido de “crise”, referindo-se a sua origem no campo da medicina e que, estendendo-se para outros âmbitos, quaisquer que sejam, envolve o sentido de incerteza ou ignorância sobre que direção tomar e, de imediato, a urgência da decisão sobre a ação a ser empreendida, mediada pela reflexão. Conclui o filósofo polonês que a crise atual se distingue das anteriores por haver um divórcio entre o poder e a política, impossibilitando a ação que permita escolher como proceder para aplicar a terapia adequada à recuperação. Isso eterniza e normaliza a crise, desnaturando-a num paradigma que adere às condições contemporâneas de existência e ao discurso político.

A crise, entretanto, não se circunscreveu à econômica, estendendo-se à política. Bordoni²⁰ observa que a indignação diante da corrupção, dos escândalos

o neoliberalismo.

15 CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 2.

16 Sem olvidar a sua antecipação, ocorrida poucos anos antes, na Islândia. CASTORIADIS, Cornelius. *Post-scriptum sobre a insignificância*. São Paulo: Veras, 2001. p. 25-26.

17 BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *State of Crisis*. Malden: Polity Press, 2014.

18 Ibidem.

19 BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *State of Crisis*. Malden: Polity Press, 2014.

20 Ibidem.

sucessivos, da apropriação privada e financiada dos recursos públicos por interesses privados, associados à ineficiência do controle de legalidade e de ética da Administração Pública, ocasiona uma postura de oposição e distanciamento da política.

A estas causas certamente se pode acrescentar a incapacidade da política de enfrentar os problemas radicados na abissal desigualdade econômica²¹, bem como na tomada de decisões contrariamente ao que é reputado importante e valioso pelos cidadãos, como tem ocorrido com a imposição de medidas de austeridade, sob o manto da necessidade justificada pela crise econômica. Sintomática a percepção de Ulrich Beck²², de que “[...] os governantes votam a favor dos pacotes de austeridade, as populações votam contra”.

Em razão disso, a consagração do mantra, surgido dentre os Indignados de Madri, mas rapidamente importado para o Brasil e outros arredores de que “Não nos representam!”

Avelãs Nunes²³, ainda em derredor da imbricação da crise econômica com a crise política, registra o déficit democrático das sociedades atuais e, notadamente, no âmbito da União Europeia, pontuando que a crise do euro é a crise da Europa e, ao mesmo tempo, crise do capitalismo e da democracia.

Dessa forma, o que se pode concluir é que o populismo encontrou um ambiente deveras propício para vicejar, regado constantemente pela pós-verdade, em razão da naturalização e estabilização da crise, passando a constituir um paradigma que busca legitimar medidas extremadas, distanciadas da legalidade constitucional, da normalidade democrática e da estabilidade institucional.

Não obstante isso, e malgrado seja uma tarefa deveras complexa, sobretudo pelos limites circunscritos do presente estudo, é relevante enfrentar a caracterização do que vem a ser o populismo, em sua experiência contemporânea, bem como analisar os riscos para o constitucionalismo e, sobretudo, para os valores que consagra.

3 A ASCENSÃO DO POPULISMO E SEUS RISCOS

O populismo é um fenômeno político que traz consigo muita complexidade. A referência ao que é popular usualmente goza de foros de legitimidade. Alguns dos seus traços supostamente distintivos são comuns, igualmente, a outros fenômenos. A tão típica oposição entre povo e elite não pode ser vista em alguns dos contextos mais reconhecidamente populistas da atualidade, eis que Donald Trump não pode ser apartado da sua condição de elite e nem se dirige politicamente contra a elite.

Outro complicador é que o populismo não tem ideologia e nem conteúdo que lhes sejam exclusivos. Antes, figura como um estratagema, uma técnica e um

21 E não faltam estudos e análises que confirmem essa constatação, como registra Zygmunt Bauman ao destacar que, atualmente, 20% da população mundial consome 90% dos bens produzidos, enquanto os 20% mais pobres consomem 1%. BAUMAN, Zygmunt. *A riqueza de poucos beneficia a todos nós?* Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 17.

22 BECK, Ulrich. *A Europa Alemã: De Maquiavel a Merckel: Estratégias de poder na crise do Euro*. Lisboa: Edições 70, 2014. p. 21.

23 NUNES, Antônio José Avelãs. O Euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua. *Boletim de Ciências Econômicas*, v. 56, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316.2/35526>>. Acesso em: 1 jul. 2014.

discurso que visa ao encantamento emotivo do povo para mobilizar a sua adesão a um projeto de poder; em síntese, serve o populismo para que se chegue ao poder político, para permanecer no exercício do poder político e para o governante populista – e o seu grupo de apoiadores, que nunca é exclusivamente partidário – servir-se do poder político exercido. Não tem apego a ideais, valores ou formas; não é de direita e nem de esquerda, muito menos do centro, embora Mudde e Kaltwasser²⁴ considerem que ele deve apresentar a adesão a uma ideologia mais maleável. Já John Judis²⁵ identifica um populismo de esquerda e um populismo de direita, que teria surgido, segundo Laclau, em 1950, com o macarthismo e a oposição ao perigo comunista.

Além disso, tem se globalizado. Não é típico do Norte e nem do Sul. Experiências populistas são identificadas nos Estados Unidos, com Donald Trump, na Inglaterra, com o *Brexit* e a assunção de Theresa May como Primeira Ministra, símbolos políticos do *establishment* e do *mainstream* econômico, como também na Hungria e na Polônia e na Turquia de Recep Erdogan. Tanto Mauricio Macri como a antecessora Cristina Kirchner, malgrado de inclinação política oposta, mereceram tal rótulo²⁶. A América Latina foi bastante fecunda no terreno do populismo durante o período das ditaduras, o que não significa que esteja resistente a suas investidas.

O Brasil tem um longo convívio com o populismo. Como pontua Francisco Weffort²⁷, o populismo se manifestou ao final da ditadura de 1937, sendo constante no processo político até 1964; apesar da ditadura instaurada em 1964 ter caráter acentadamente militar, o seu perfil performático e os discursos que visavam a proteger o povo do perigo comunista, identificando o golpe com uma revolução, revelam a persistência da dimensão populista na centralidade do poder político, a despeito do governo militar. Cessada a ditadura com a redemocratização inaugurada pela balzaquiana Constituição de 1988, o populismo não cessou, mantendo-se presente no âmbito político brasileiro, notadamente após o *impeachment* de então Presidente da República Dilma Rousseff.

A sua ampla utilização também é outro fator que dificulta a empreitada, pois serve à descrição de grande gama de movimentos políticos, reconhecendo Laclau²⁸ que a clareza conceitual está distante do populismo, preferindo-se elencar traços ou características que reputa periféricos. No mesmo sentido, Cass Mudde e Kaltwasser²⁹ admitem que a expressão populismo é uma das palavras-chaves do século XXI, revelando-se como um conceito essencialmente controverso.

Kaltwasser, Taggart, Ochoa Espejo e Pierre Osterguy³⁰ destacam que o primeiro uso da expressão populismo ocorreu no século XIX a partir de movimentos

24 MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

25 JUDIS, John B. *The Populist Explosion*. Nova Iorque: Columbia Global Reports, 2016.

26 John Judis elenca um extenso rol de políticos e partidos que adotam feição populista, destacando que não designa alguém em especial, mas corresponde a uma lógica política própria a partidos, candidatos e a movimentos. JUDIS, John B. *The Populist Explosion*. Nova Iorque: Columbia Global Reports, 2016.

27 WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

28 LACLAU, Ernesto. *A Razão Populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

29 MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

30 KALTWASSER, Cristóbal Rovira et al. *Populism: An Overview of the Concept and the State of the Art*. In: KALTWASSER, Cristóbal Rovira et al. (Ed.). *The Oxford Handbook of Populism*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

políticos dos dois lados do Atlântico e que sua conotação não era, então, pejorativa. Seu uso teria sido relatado, pela primeira vez, num jornal americano em 1891 e 1892, utilizado por alguns membros do *People's Party* nos Estados Unidos em contraposição do Sul e Oeste à construção de estradas de ferro e a criação de novos bancos e de hostilidade aos políticos de Washington. Também teria sido utilizado na Rússia e na França ainda no século XIX. Um dos elementos de identidade na aparição do populismo nos três países é o apelo ao povo como realidade histórica e unidade de virtude, ignorada e excluída – o que, na época, se circunscrevia aos habitantes das áreas rurais³¹.

A carga pejorativa que carrega consigo ainda prejudica ainda mais a sua consistência conceitual, pois não costuma ser invocada a condição de populista em favor de pessoas ou grupos, mas como elemento de desqualificação³².

Postas tais dificuldades, torna-se relevante buscar uma noção, ainda que marcada pela provisoriedade da vivência histórica, enquanto experiência social, para a compreensão da consistência do populismo, evitando que se atribua a condição de populistas a práticas ou discursos que não lhe façam jus.

A primeira constatação parece pertinente é que o populismo não tem em si um conteúdo típico e nem representa determinada ideologia. Afigura-se como uma estratégia política, como um discurso e prática política em simbiose, ou mesmo uma lógica política, como para John Judis³³. Além disso, evita-se adjetivar o populismo ou torná-lo adjetivo, como ocorreria ao considerar a existência de um populismo neoliberal ou mesmo do constitucionalismo populista³⁴, pois em nada contribui para identificar a consistência de sua noção.

Nesse sentido, como discurso e prática, o populismo resultaria, na concepção de Mudde e Kaltwasser³⁵ de três conceitos chaves, que são o povo, a elite e a vontade geral. Não há como descurar da necessária e adequada compreensão de povo como elemento central para a aferição da noção de populismo, distanciando-se da compreensão de povo enquanto comunidade aberta e plural de cidadãos decorrente de uma pluralidade de vínculos sociais e jurídicos, como o vínculo cívico.

A elite é conceito deveras problemático, mas, para fins de identificação do populismo, nada mais representa do que uma abstração do que está excluído da noção de povo; funciona mais como elemento de oposição do que composição dos atores que o integram. De qualquer sorte, distancia-se também de uma das possíveis percepções de elite, que resulta da oposição à minoria, em seu sentido político, não devendo ser identificada apenas pela poder econômico³⁶, embora seja o poder econômico que lhe confira hegemonia política.

31 Sobre o surgimento do populismo nos Estados Unidos e sua expansão, John Judis. JUDIS, John B. *The Populist Explosion*. Nova Iorque: Columbia Global Reports, 2016.

32 MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

33 JUDIS, op. cit.

34 BLOKKER, Paul. *Populist Constitutionalism*. 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/319938853_Populist_Constitutionalism>. Acesso em: 22 fev. 2018.

35 MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

36 Divergindo, no particular, de John Judis. JUDIS, John B. *The Populist Explosion*. Nova Iorque: Columbia Global Reports, 2016.

A vontade geral, categoria desenvolvida pelo contratualismo de Jean Jacques Rousseau, é em si mesmo, enigmática e sintetiza em si a expressão unitária da soberania. A oposição de Rousseau à intermediação do exercício da soberania pelo povo, sendo defensor da democracia direta, é acolhida pelo populismo como elemento de crítica às instituições pertinentes à democracia representativa e às regras do jogo que a embasam.

Não obstante o destaque desses três fatores, não são suficientes, tal como apresentados, para ensejar uma compreensão da noção de populismo. Com efeito, Roger Kimball³⁷, recordando a famosa frase de Lincoln, de que a democracia é um governo do povo, pelo povo e para o povo, traça uma paráfrase populista, que defende as medidas e o governo para o povo, mas não necessariamente do povo e pelo povo.

Já Jan-Werner Müller³⁸ entende que o populismo é uma “*imaginação moralística da política*, uma maneira de entender o mundo político que coloca um povo moralmente puro e totalmente unificado [...] contra as elites julgadas corruptas ou de alguma outra maneira moralmente inferiores”. A proposta de um caráter normativo de feição moral à noção de povo tem como objetivo afastar do rótulo de populista aqueles que critiquem as elites sem se utilizar da lógica populista, pois os populistas são antielitistas e antipluralistas. Remete a um povo idealizado, abstrato, tido como unidade.

Para Müller, populismo representa uma lógica que se vale da relação de oposição³⁹ entre o povo e a elite, advogando a atuação em defesa do povo concebido como unidade contra uma elite corrupta e investindo contra as instituições estabelecidas, enquanto não alcançam o governo e as próprias instituições, que não podem conter a única representação legítima do povo. O populismo representa, então, uma postura antielitista, antipluralista e antissistema, posto que o sistema está dado e estruturado à feição da elite e contra o povo, ao menos até o momento em que o populista passa a governar, quando, mesmo integrando a elite, mantém ostensivo compromisso de a ela se opor e defender o povo unitariamente concebido, valendo-se do sistema ou adequando-o aos seus interesses. Da mesma forma que o povo é concebido unitariamente, os populistas defendem ser a verdadeira e única representação do povo em favor do seu bem comum, também unitariamente concebido.

Diante disso, o que se pode propor como noção historicamente situada de populismo, enquanto vivência histórica, é que o populismo é, ao mesmo tempo, um discurso e uma prática política, no âmbito empírico. A estrutura do discurso se vale de uma relação de oposição fundamental e insuperável entre o povo, concebido como unidade, e o seu inimigo, de que se vale o populista, invocando para si, messianicamente, a verdadeira, única e originária representação do povo, constituindo

37 KIMBALL, Roger. *Vox populi: the perils and promises of Populism*. Encounter Books, 2017.

38 MÜLLER, Jan-Werner. *O que é populismo?* Alfragide: Texto, 2017. p. 35.

39 John Judis também adota a relação de oposição, embora sustente que, nos populismos de direita, de caráter conservador, há três elementos, pois o povo é anteposto a uma elite que simpatiza com um terceiro grupo, que poderia ser composto por imigrantes, afrodescendentes. JUDIS, John B. *The Populist Explosion*. Nova Iorque: Columbia Global Reports, 2016.

ou se valendo de uma ambiência política de intenso conflito.

Desse modo, tem-se como elementos centrais do populismo a) a oposição, que se utiliza ou visa a constituir uma conflituosidade; b) o povo, concebido enquanto unidade de sentido; c) o seu oposto, geralmente identificado como elite, mas que pode constituir outro grupo que seja posto em rivalidade com o povo, como os imigrantes; e, malgrado pouco referido, d) o líder, portador da representação messiânica da vontade popular, podendo se diluir num partido ou num grupo que invoque tal condição, e) com o objetivo de alcançar ou permanecer no poder e dele se servir.

Cabe destacar que a relação de oposição entre o povo, entendido como unidade, e o seu contrário, é estabelecida segundo a concepção schmittiana⁴⁰ de relação política amigo-inimigo, também adotada por Freund⁴¹.

Logo, pode-se conceber o populismo como discurso e prática política em que políticos, partidos ou movimentos se afirmam, messianicamente, como legítimos defensores do povo em face da elite ou de terceiro grupo corrompido que com ele rivalize, promovendo ou potencializando a conflituosidade social, e visando ao exercício do poder político.

Desta concepção hipostasiada de povo, associada a um salvador messiânico, deriva o risco para a democracia, para o Estado de Direito e para os direitos fundamentais, apresentando o populismo, tendencial e originariamente, um caráter antissistema, que é revertido quando o populista alcança o poder.

Nesse sentido, o populismo, como exposto, habita a própria democracia, resultando de um dos seus vícios e conseguindo vicejar enquanto excesso democrático que erode seus próprios fundamentos, sobretudo pela negação à abertura e ao pluralismo.

Opõe-se, também, ao paradigma do governo das leis – malgrado sempre produzida, compreendida, interpretada e aplicada pelos seres humanos; ou seja, ao Estado de Direito e ao próprio constitucionalismo, que não podem se sobrepor ou criar entraves à vontade popular. As instituições hauridas para conter o exercício do poder são tidas como mecanismos da elite para suprimir e subjugar o povo, posto que, sendo o governo a representação messiânica do povo não poderia ter outro limite que não a própria e soberana vontade popular, que ninguém mais acede legitimamente, senão o próprio governante.

Opõe-se, inclusive, aos direitos fundamentais, sobretudo às liberdades, mas também, nos populismos de feição conservadora e neoliberal, aos direitos sociais. É o que se tem visto nos países europeus que tem se oposto à imigração e, também, no Brasil, com o discurso reformista do governo que se instaurou depois do *impeachment*, já realizado em nome da estabilidade econômica imprescindível para o povo, exprimindo típico expediente que compõe o quadro definido por David Landau⁴² como constitucionalismo abusivo.

40 SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

41 FREUND, Julien. *L'Essence du politique*. Paris: Dalloz, 2004.

42 LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, California, v. 47, n. 1, 2013. Disponível em: <https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/Articles/47-1_Landau.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

Ainda se pode referir à experiência brasileira como expressiva da nítida populismo, identificado pela tendência reformista do texto constitucional, destinada a adaptar as instituições à permanência no poder do grupo político governante ou enfraquecer qualquer oposição política, como se pode exemplificar pela intenção oportunista de apresentar uma proposta de emenda constitucional para instituição do parlamentarismo ao final do mandato, bem como por constituir uma relação de oposição conflituosa entre o povo e determinadas elites, como a) os servidores públicos, que deveriam sofrer a perda de direitos pela desejada reforma previdenciária e b) os trabalhadores, dotados de regalias protetivas anacrônicas em detrimento do povo, sobretudo quando cotejados com a grande massa de desempregados.

Além disso, o discurso messiânico de salvação do povo também foi adotado para embasar a aprovação do novo regime fiscal, instituído pela Emenda Constitucional nº 95/2016, opondo-a a uma situação de terror econômico insuperável, caso fosse rejeitada. Neste particular, a oposição também se estabelece para com uma elite estatal corrupta e inepta, que não deve sofrer restrições ao usufruir do erário público.

Importa ressaltar que populistas alteram a sua relação com as leis e as instituições, tendo como marco a chegada ao exercício do poder. Se a postura antes era de crítica e contestação das instituições, tidas como elitistas e antidemocráticas, depois passarão a adaptá-las para que lhes sirvam e delas se servindo, perdendo o caráter antissistema apenas circunstancialmente. Daí porque Müller⁴³ afirma que “o populismo distorce o processo democrático”, atentando até mesmo contra a constituição, que poderá ser substituída por outra que seja mais afeiçoada aos interesses populistas de se servir das instituições, bastando para tanto que tenha maioria suficiente para tanto, justificando pela necessidade de conformar o texto constitucional à vontade real do povo.

Assim, como ressaltado por David Landau⁴⁴, o populismo ameaça a democracia e a ordem constitucional, porque acarreta, uma vez alcançado o poder, a oportunidade de que se perpetue em seu exercício, liberando, por exemplo, a possibilidade de sucessivas reeleições, como também enfraquece os freios que lhe são postos e enfraquece a proteção às minorias ou àqueles que estejam na categoria de inimigos do povo.

Para tanto, os populistas podem buscar a adoção de mecanismos de democracia direta ou apenas manter-se sobre o sistema representativo, embora corrompido pela supressão do pluralismo e pelo desvirtuamento das instituições. Como bem pontua Müller⁴⁵, e conforme se pode constatar das experiências recentes que envolveram a convocação de referendos, quando convocado pelo governante populista, não almeja auscultar a livre deliberação do povo, enquanto grandeza plural e aberta; ao contrário, destina-se a cancelar o que já fora decidido como expressivo da soberania e genuína vontade popular, que acaba sendo capturado

43 MÜLLER, Jan-Werner. *O que é populismo?* Alfragide: Texto, 2017. p. 70.

44 LANDAU, David. Populist Constitutions. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 85, n. 2, Mar. 2018. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3053513>. Acesso em: 22 fev. 2018.

45 MÜLLER, Jan-Werner. *O que é populismo?* Alfragide: Texto, 2017.

emotiva e psicologicamente pela lógica de oposição conflitual do discurso populista.

Nesse sentido, e sem pretensões de exaurir as instituições e princípios do constitucionalismo que sofrerão ingerências do populismo, tem-se que o populismo, utilizando-se das vias formalmente democráticas, passa a minar as instituições que podem conter os excessos de radicalismo democrático, que erodem os próprios fundamentos da democracia por franquear o aparecimento dos seus vícios.

Assim, “o populismo [...] é intrinsecamente hostil aos mecanismos e, em última instância, aos valores vulgarmente associados ao constitucionalismo: limites à vontade da maioria, freios e contrapesos, proteção das minorias e, até, direitos fundamentais”, sendo impacientes com procedimentos, caso obstaculizem seus intentos⁴⁶.

Em razão disso, é comum que o governante populista invista na catequização dos eleitores, por clientelismo e pela força emotiva do discurso, e, conseqüentemente, na obtenção de uma maioria que lhe permita realizar um reformismo constitucional ou a substituição da constituição como um todo, investindo contra os limites do poder de reforma, as garantias de legitimidade, liberdade e periodicidade das eleições e a independência do poder judiciário.

Nesse sentido, pode-se exemplificar as tentativas de institucionalização, na Bolívia, de reeleições sucessivas pelo Presidente Evo Morales, que almeja exercer um quarto mandato consecutivo. Mesmo tendo sofrido um revés em referendo – de todo incomum em populismos –, com a derrota da proposta para alterar a Constituição no sentido de lhe permitir mais uma reeleição⁴⁷, obteve a chancela posterior do Tribunal Constitucional Plurinacional ao estratagema de que poderia concorrer ao quarto mandato, porque estaria apenas no exercício do primeiro para o qual fora eleito na vigência da nova Constituição, invocando os direitos humanos, que lhe assegurariam o direito a concorrer.

Outra situação expressiva do caráter corrosivo do populismo foi a ocorrida em Honduras. O art. 374 da Constituição hondurenha veda a aprovação de emendas sobre matérias pertinentes à forma de governo, ao território, ao mandato presencial, à proibição de reeleição para presidente e ao seu próprio texto. Como se não bastasse, o art. 239 prevê que aquele que proponha a sua reforma para permitir a reeleição, como os que apoiem direta ou indiretamente esta iniciativa, perderão imediatamente os cargos e ficarão inabilitados por 10 anos para o exercício de qualquer função pública.

O dispositivo foi aplicado em face da tentativa do então Presidente Manuel Zelaya de alterar o texto para prever a reeleição mediante consulta popular. A Suprema Corte, o parlamento e os militares consideraram que tal iniciativa contrariava o art. 239 e houve a formal deposição da chefia do Poder Executivo.

Não obstante isso, em 2012, depois de a Suprema Corte invalidar parte da agenda política do então Presidente Porfírio Lobo, quatro de seus juízes foram removidos pela maioria do Congresso num procedimento de duvidosa legalidade.

46 Ibidem, p. 73.

47 O art. 168 da Constituição boliviana de 2009 prevê que o presidente só poderia ser reeleito para um único mandato sucessivo.

Em sequência, a Suprema Corte passou a se comprometer com os poderes executivo e legislativo, vindo, em abril de 2015⁴⁸ a declarar, por unanimidade, que o art. 330 do Código Penal era inconstitucional e que os arts. 42, que fixa a perda da cidadania por promover a reeleição, 239, que proíbe a reeleição e sanciona os que a tentem promover, e 374, que blinda esta vedação, eram inaplicáveis⁴⁹.

A análise da decisão proferida pela Suprema Corte hondurenha impressiona pela adoção da doutrina da inconstitucionalidade de normas constitucionais no que respeita a normas originárias. Embora não se negue o controle de constitucionalidade de normas resultantes de emendas, não é possível admitir a sua aplicação com relação a normas originárias. E, no caso concreto, surpreende a significativa mudança jurisprudencial, eis que a mesma Corte, como mencionado, havia deliberado pela aplicação da sanção constitucionalmente prevista em face do então presidente Manuel Zelaya em 2009.

Naturalmente que tamanha mudança jurisprudencial apenas se legitimou ao se considerar que a reeleição era uma imposição exigida pelo discurso populista, buscando-se, posteriormente, a sua formal justificação jurídica.

Os exemplos acima mencionados, bem como os referidos ao Brasil, corroboram a tese do atentado sofrido pelos limites do poder de reforma, pela separação de poderes, pela higidez do processo eleitoral, em razão do populismo, confirmando concretamente as ameaças que lhe são ínsitas e exigindo o desenvolvimento de um constitucionalismo de resistência, com um desenho institucional que esteja apto a conter a sua propagação e expansão, embora, como exposto, não seja suficiente para tanto.

4 RESISTÊNCIA CONSTITUCIONAL CONTRA O POPULISMO

O constitucionalismo de resistência, como pontuado por Ermanno Vitale⁵⁰, envolve uma postura de defesa, ativa e passiva, da conservação das instituições políticas e do Estado Democrático de Direito.

Opondo-se tanto à revolução, quanto ao reformismo, a resistência constitucional, em sentido cívico e republicano, não está vinculada a posturas de conservadorismo, mas almeja a conservação enquanto postura político-institucional de defesa da ordem constitucional, sobretudo quando se vê sujeita a assaltos que visam a erodir seus fundamentos, desvirtuar o processo democrático e se apropriar das instituições, como sói ocorrer atualmente. A frustração da resistência, sucumbindo ao populismo que hipostasia a vontade popular messianicamente, ocasiona o sucumbir do regime democrático, deixando o caminho aberto para que tiranias⁵¹,

48 HONDURAS. Corte Suprema de Justicia. *Fallo 165*. [2015]. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gob.hn/DOCUMENTS/FALLOS/CONS23042015.PDF>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

49 Para a análise sobre a mudança do entendimento da Suprema Corte e a crítica à adoção da doutrina das normas constitucionais inconstitucionais sobre normas originárias, MASTEINTREDET, Leiv. *The Honduran Supreme Court Renders Inapplicable Unamendable Constitutional Provisions*. 2015. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2015/05/marsteintredet-on-honduras/#_ednref1>. Acesso em: 10 ago. 2016.

50 VITALE, Ermanno. *Defenderse del Poder*: por uma resistência constitucional. Madri: Trotta, 2012.

51 Como advertido, por vias diversas, mas convergentes, por: SNYDER, Timothy. *Sobre a tirania*: Vinte lições do século XX para o presente. São Paulo: Companhia das Letras, 2017; CHOMSKY, Noam. *Réquiem para o sonho americano*: os dez princípios

seguindo a formalidade democrática, venham a se instaurar, corrompendo, ainda, os vínculos sociais.

Posto isto, sem o intento de exaurir a problemática e destacando que seriam medidas necessárias, mas não suficientes a conter os riscos do populismo, afigura-se necessário a institucionalização de: a) blindagem constitucional, b) vedação à reeleição, sucessiva ou não, para os cargos de presidente, c) imunização do poder judiciário a pressões político-partidárias e das massas, d) ampliação da cultura cívica de livre e plural participação política pela ampliação de cultivo das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de reunião.

No que se refere à blindagem constitucional, depreende-se a necessidade de reforçar a rigidez das constituições, que não tem sido capaz de resguardar a necessária estabilidade do seu texto, sem obstar as atualizações que se façam necessárias para que se mantenha como texto vivo.

Com efeito, Tom Ginsburg e James Melton⁵² observam que, numa perspectiva global, as emendas constitucionais são muito frequentes, o que denota a insuficiência da técnica da rigidez para preservar o equilíbrio da ordem constitucional. Quer por força da frágil ou incipiente cultura constitucional, como propõem os autores, quer por motivos variados. O populismo é um dos principais vetores de enfraquecimento da estabilidade constitucional.

A grande questão não parece ser, contudo, se uma constituição sofre ou não muitas emendas, apesar de poder indicar uma fragilidade constitucional institucional ou cultural. O mais relevante é harmonizar a necessária estabilidade da estrutura e do núcleo axiológico das constituições, culturalmente fundado, com a sua abertura às mudanças que sejam imprescindíveis a sua longevidade. E, como exposto, o populismo investe justamente contra os dispositivos que preservam o processo democrático.

Nesse sentido, a blindagem constitucional⁵³ envolve a adoção dos chamados limites materiais ao poder de reforma, reforçando a proteção conferida pela rigidez, que não tem mais se mostrado suficiente, apesar de fundamentar juridicamente a superioridade hierárquica da constituição.

Por conseguinte, na perspectiva da blindagem constitucional, devem as constituições adotar limites materiais ao poder de reforma, inserindo no seu campo de proteção, por exemplo, a vedação à reeleição, consecutiva ou não, para o poder executivo.

de concentração de renda e poder. Rio de Janeiro: Bertrand, 2017; CASTELLS, Manuel. *Ruptura: la crisis de la democracia liberal*. Madrid: Alianza Editorial, 2017.

52 GINSBURG, Tom; MELTON, James. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All?: Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, p. 686-713, jul. 2015. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2348&context=law_and_economics>. Acesso em: 8 mar. 2016.

53 Observe-se a proposta de adoção da expressão blindagem constitucional para designar a técnica de proteção de matérias constitucionais ao poder de reforma ao vedar que disponha sobre determinadas matérias num dado sentido; ou seja, pela adoção dos limites materiais ao poder de reforma. Não se adota a expressão cláusulas pétreas, pois não é muito adequada a designar a possibilidade das matérias resguardadas ao poder de reforma sofrerem emendas, desde que não prejudiquem ou suprimam. A blindagem, diversamente, só é utilizada quando necessária, opondo-se a ataques indevidos, mas não a alterações legítimas, como deflui do próprio art. 60, §4º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, deve ser vedada a reeleição⁵⁴, consecutiva ou não, para o poder executivo, medida que, além de afastar a tendencial identificação do líder populista, contribui significativamente para a superação do referencial carismático de legitimação do poder e pela reabilitação do processo eleitoral como debate programático-ideológico. A periodicidade das eleições exige a alternância dos candidatos e dos eleitos, o que se opõe às práticas populistas que se materializam na ação messiânica de um candidato, ao invés do partido ou de um grupo político.

Outrossim, deve-se resguardar a independência do poder judiciário, imunizando-o das interferências político-partidárias e da sujeição às massas e à opinião pública. Para tanto, não pode ser admitido o expediente utilizado em Honduras, pelo qual parte dos membros do Tribunal Constitucional perderam seus cargos. A própria existência do poder judiciário e as garantias que o imunizam devem, igualmente, estar constitucionalmente blindadas às emendas constitucionais.

Finalmente, já não tanto no âmbito do desenho institucional, mas da prática político-institucional, deve ser desenvolvida e nutrida uma vivência emancipatória, libertária e participativa na comunidade aberta de intérpretes e sujeitos constitucionais. Para tanto, as liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de reunião precisam ser cultuadas e cultivadas para que vicejem em oposição ao estratagema da oposição conflituosa entre o povo, enquanto unidade de sentido, e seu oposto.

A prática democrática exige fluxos e refluxos que integram a sua própria experiência num processo cultural de aprendizado, corrigindo os vícios e excessos e se utilizando dos mecanismos institucionais para que a democracia não se deturpe em tirania.

Por conseguinte, diante das ameaças e do crescimento do populismo, deve-se sustentar a incorporação das medidas apontadas, numa perspectiva institucional, como meios de resistência constitucional aos assaltos dos discursos e práticas populistas, constituindo condições necessárias, mas não suficientes, para o contínuo êxito do processo democrático num ambiente de Estado de Direito.

5 CONCLUSÃO

O populismo habita o cenário político global contemporâneo e os seus riscos vem sendo indicados, ameaçando a democracia, o Estado de Direito e os direitos fundamentais.

O seu amplo e progressivo crescimento só se tornou possível, no século XXI, em razão da inserção do paradigma das crises, que veio a caracterizar o horizonte histórico contemporâneo, não se circunscrevendo apenas à dimensão econômica, mas estendendo-se sobre a política, o direito e as relações sociais.

Nesse contexto, malgrado constitua fenômeno político de complexa compreensão e conceituação, propõe-se entendê-lo como discurso e como prática política

⁵⁴ Nesse passo, não cabe adentrar nos aspectos negativos das reeleições e, muito menos, da problemática experiência na América Latina quanto a reeleições.

que se embasa na existência de relação de oposição conflituosa, segundo o modelo amigo-inimigo, entre o povo, enquanto unidade, e o seu opositor, usualmente identificado como elite corrompida, em que a vontade do povo é hipostasiada pelo líder populista messianicamente, voltando-se a exercer e permanecer exercendo o poder político, como a servir-se das instituições para tanto.

A oposição entre populismo e constitucionalismo é patente, sendo afetado tanto no seu coração democrático, como no seu coração relativo aos direitos fundamentais, ensejando a deturpação da democracia, pelo excesso democrático sobre as leis e instituições, em tirania.

Numa perspectiva de resistência constitucional, torna-se inexorável que os textos constitucionais passem a adotar a técnica da blindagem constitucional, pela adoção de limites materiais ao poder de reforma, vedem a reeleição, consecutiva ou não, para o poder executivo, inserindo tal vedação no campo da blindagem, como também assegurem a imunização do poder judiciário ao processo político e às pressões político-partidárias, das massas e da opinião pública. Por fim, que se ressalte a necessidade de vivência cívica livre, participativa e plural, ampliando-se as liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de reunião.

Destarte, embora não assegurem a efetiva contenção do poder de líderes populistas, como Donald Trump, ou a efetiva adoção de prática populistas que corrompam a democracia, são algumas das condições necessárias a sustentar uma devida e adequada resistência constitucional ao surgimento de novas tiranias.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *A riqueza de poucos beneficia a todos nós?* Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

_____. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

_____; BORDONI, Carlo. *State of Crisis*. Malden: Polity Press, 2014.

BECK, Ulrich. *A Europa Alemã: De Maquiavel a Merkievel: Estratégias de poder na crise do Euro*. Lisboa: Edições 70, 2014.

BLOKKER, Paul. *Populist Constitutionalism*. 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/319938853_Populist_Constitutionalism>. Acesso em: 22 fev. 2018.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 2.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El Estado Populista*. Montevideo: B de F Ed., 2017.

CASTELLS, Manuel. *Networks of Outrage and Hopes: Social Movements in the Internet Age*. Cambridge: Polity Press, 2012.

_____. *Ruptura: la crisis de la democracia liberal*. Madrid: Alianza Editorial, 2017.

CASTORIADIS, Cornelius. *As Encruzilhadas do Labirinto: A ascensão da insignificância*. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 4.

_____. *Post-scriptum sobre a insignificância*. São Paulo: Veras, 2001.

CHOMSKY, Noam. *Réquiem para o sonho americano: os dez princípios de concentração de renda e poder*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2017.

COULDRY, Nick. *Why Voices Matters*. Londres: SAGE, 2010.

D'ANCONA, Matthew. *Post Truht*. Londres: Ebury Press, 2017.

FINCHELSTEIN, Federico. *From Facism to Populism in History*. Okland: University of California Press, 2017.

FREUND, Julien. *L'Essence du politique*. Paris: Dalloz, 2004.

GERBAUDO, Paolo. *The Mask and the Flag: Populism, Citizenism and Global Protest*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017.

GINSBURG, Tom; MELTON, James. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All?: Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 3, p. 686-713, jul. 2015. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2348&context=law_and_economics>. Acesso em: 8 mar. 2016.

GREPPI, Andrea. *La democracia e su contrario*. Madri: Trotta, 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HOBSBAWM, Eric J. *A Era dos Extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HONDURAS. Corte Suprema de Justicia. *Fallo 165*. [2015]. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gob.hn/DOCUMENTS/FALLOS/CONS23042015.PDF>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

INNERARITY, Daniel. *A Política em Tempos de Indignação: a frustração popular e os riscos para a democracia*. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

JUDIS, John B. *The Populist Explosion*. Nova Iorque: Columbia Global Reports, 2016.

KÄGI, Werner. *La Constitución como Ordenamiento Jurídico Fundamental del Estado*. Madri: Dykinson, 2005, p. 194.

KALTWASSER, Cristóbal Rovira et al. *Populism: An Overview of the Concept and the State of the Art*. In: KALTWASSER, Cristóbal Rovira et al. (Ed.). *The Oxford Handbook of Populism*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

KIMBALL, Roger. *Vox populi: the perils and promises of Populism*. Encounter Books, 2017.

LACLAU, Ernesto. *A Razão Populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, California, v. 47, n. 1, 2013. Disponível em: <https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/Articles/47-1_Landau.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

_____. Populist Constitutions. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 85, n. 2, Mar. 2018. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3053513>. Acesso em: 22 fev. 2018.

MASTEINTREDET, Leiv. *The Honduran Supreme Court Renders Inapplicable Unamendable Constitutional Provisions*. 2015. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2015/05/marsteintredet-on-honduras/#_ednref1>. Acesso em: 10 ago. 2016.

MOFFITT, Benjamin. *The Global Rise of Populism*. Stanford: Stanford University Press, 2016.

MUDEDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

MÜLLER, Jan-Werner. *O que é populismo?* Alfragide: Texto, 2017.

_____. *What is Populism?* Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 2016.

NUNES, Antônio José Avelãs. O Euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua. *Boletim de Ciências Económicas*, v. 56, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316.2/35526>>. Acesso em: 1 jul. 2014.

PINTO, José Filipe. *Populismo e Democracia: Dinâmicas Populistas na União Europeia*. Lisboa: Sílabo, 2017.

RANCIÈRE, Jacques. *Ódio à Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2015.

RHAMAN, K. Sabeel. *Democracy Against Domination*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ROVISCO, Maria; ONG, Jonathan Corpus (Ed.). *Taking the Square: Mediated Dissent and Occupations of Public Space*. Londres: Rowman & Littlefield International, 2016.

SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SNYDER, Timothy. *Sobre a tirania: Vinte lições do século XX para o presente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VARGAS LLOSA, Álvaro (Coord.). *El Estallido del Populismo*. Barcelona: Planeta, 2017.

VITALE, Ermanno. *Defenderse del Poder: por uma resistencia constitucional*. Madrid: Trotta, 2012.

WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.



A CRISE DA ESTATALIDADE SOCIAL

THE CRISIS OF SOCIAL STATE

Paulo Bonavides *

O destino da nova Constituição do Brasil vai depender em larga parte da adequação do novo estatuto às enormes exigências de uma sociedade em busca de governos estáveis e legítimos, dos quais possa a Nação esperar a solução de seus problemas cruciais de natureza política e estrutural.

É nesse ponto que a estatalidade social, um conceito ministrado pelo direito das Constituições alemãs de Weimar e Bonn e sobretudo tecnicamente aperfeiçoado por esta última com mais rigor e transparência, aparece como dado inafastável e importantíssimo com que investigar e interpretar as acentuadas falhas de eficácia e juridicidade dos instrumentos constitucionais do Brasil durante os últimos cinquenta anos.

Como sociedade patriarcal e subdesenvolvida ao longo do período antecedente a 1930, era fácil ao País das elites e das oligarquias – onde em termos participativos fora quase inexistente a cidadania – dissimular a lacuna democrática e representativa observada nos quadros institucionais.

O constitucionalismo social resume todo o problema da legitimidade no ordenamento brasileiro tocante ao exercício e organização do poder, ao mesmo passo que a crise profunda do Estado e da Sociedade.

Cumprida toda uma trajetória de avanços sociais das Constituições já não se reclamam direitos, mas garantias. Os direitos existem de sobra. São todos copiosos e adiantados na esfera programática de tal modo que formalmente o texto constitucional resolveu, à primeira vista, todas as questões básicas de educação, saúde, trabalho, previdência, lazer e, de último, até mesmo a qualidade de vida, consagrando inclusive um capítulo à ecologia ou com mais propriedade, ao meio ambiente.

* Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa, da Universidade de Buenos Aires, da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Inca Garcilaso de la Vega (Lima); Professor Distinguido da Universidade Mayor de San Marcos, Decana das Américas (Lima, Peru); Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e da Universidade Metropolitana de Santos/SP; Professor Visitante nas Universidades de Colônia (1982), Tennessee (1984) e Coimbra (1989); Lente no Seminário Românico da Universidade de Heidelberg (1952-1953). Presidente Emérito do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC); Acadêmico Correspondente da Academia Nacional de *Derecho y Ciencias Sociales* de Córdoba (Argentina), Membro do Comitê de Iniciativa que fundou a Associação Internacional de Direito Constitucional em 1981 (Belgrado); Membro Correspondente da Academia de Ciências da Renânia do Norte-Westfália. Presidente Emérito do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC); Presidente de Honra do Instituto de Defesa das Instituições Democráticas (IDID); Fundador e Diretor da Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais (2003); *Nieman Fellow Associate* da Universidade de Harvard (1944-1945); Placa de Homenagem Especial da XXII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil (2014); Condecorado com o Prêmio Carlos de Laet da Academia Brasileira de Letras (1948); Prêmio Medalha Rui Barbosa da OAB (1996); Prêmio Medalha Teixeira de Freitas do IAB (1999); Medalha Pontes de Miranda do TRF-5ª R.; Medalha Epitácio Pessoa da Assembléia Estadual da Paraíba; Medalha do Mérito Universitário da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Grande Colar do Mérito do Tribunal de Contas da União (2005). Dentre suas obras, cabe destacar: *A Constituição Aberta*; *Ciência Política*; *Curso de Direito Constitucional*; *Do Estado Liberal ao Estado Social*; *Do País Constitucional ao País Neocolonial*; *Os Poderes Desarmados*; *Reflexões: Política e Direito*; *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*; *Política e Constituição: os caminhos da democracia*; *Constituinte e Constituição*; *História Constitucional do Brasil* e *Textos Políticos da História do Brasil*, os dois últimos publicados em colaboração com o embaixador Paes de Andrade e o ex-ministro da Tecnologia do Brasil Roberto Amaral, respectivamente. Nas suas obras, enfatiza os temas da Hermenêutica Constitucional, Federalismo, República e da Democracia participativa, apresentando propostas inovadoras para a concretização da democracia.

Com efeito, as promessas constitucionais ora aparecem cunhadas em fórmulas vagas, abstratas e genéricas, ora remetem à concretização do preceito contido na norma a uma legislação complementar ordinária que nunca se elabora. Tal o caso do célebre inciso IV do art. 175 da Constituição de 1946 sobre a participação do trabalhador nos lucros da empresa. Esteve presente esse dispositivo em quatro Constituições (1946, 1967, 1969 e 1988) e até hoje não se aplicou nem foi regulamentado.

Em razão dessa experiência histórica, a auto-aplicabilidade das regras da Constituição em matéria de direitos sociais e a eficácia das garantias que a Constituição possa oferecer a esse respeito constituem os pontos cardiais das reflexões sobre a crise da estatalidade social no Brasil.

A Corte Constitucional criada pela Lei Fundamental de 1949 na Alemanha e votada exclusivamente ao trato dos litígios constitucionais tem sido não raro apontada como um modelo de tribunal para enfrentar com bom êxito as questões de normatividade da Constituição e solver a contradição eventual do texto com a realidade.

A ausência de semelhante Corte de Justiça no Brasil vem sendo deveras lastimada no meio jurídico e considerada uma das mais deploráveis omissões da nova Constituição.

A crise da estatalidade social no Brasil não é a crise de uma Constituição, mas da Sociedade, do Estado e do Governo: em suma, das próprias instituições por todos os ângulos possíveis. É a mesma crise política da Constituinte dissolvida em 1823 e soprada, de último, mais de cento e cinquenta anos depois, pelo seu agente mais ativo e gerador de instabilidade, desequilíbrios e comoções: o social, que mina as estruturas normativas vigentes, proclama a injustiça das relações humanas e subverte todo o quadro dos comportamentos políticos, em virtude da inadequação do instrumento constitucional à realidade circunjacente.

Urge restabelecer, pois, a esta altura uma distinção de suma importância: aquela que separa claramente a crise constitucional da crise constituinte².

A crise constitucional é a crise de uma Constituição ou, de modo mais frequente e preciso, de um determinado ponto da Constituição. Se ela não abrange toda a Constituição, basta, para removê-la, utilizar o meio de reforma ou revisão: um recurso ou remédio jurídico que a Constituição mesma oferece, contido no chamado poder de reforma constitucional. Se a crise porém é mais ampla e profunda ou tem dimensão que excede o habitual, é de todo o ponto conveniente ter recurso ao poder constituinte de primeiro grau: faz-se uma nova Constituição para recompor as bases da legitimidade e restaurar a estabilidade do sistema.

2 O Brasil tem sido vítima crônica, durante as sucessivas mudanças que marcaram as principais épocas constitucionais da sua história, dessa peçonha política: a semilegitimidade, produto acabado da falta de uma revolução que nunca houve e que já deveria ter havido.

A ausência dessa revolução, em ocasiões sociais como as da segunda metade deste século ou em fases políticas turbulentas como aquelas em que se fez a independência do País, a abdicação do rei, o advento da regência depois a transformação republicana, com a expulsão do monarca, corroe o quadro da legitimidade institucional, fazendo ao mesmo passo perpetuamente instável o exercício normal da função governativa e deveras questionável a titularidade dos poderes.

Mas a crise só se resolve caso as dificuldades sejam efetivamente removidas. Essa possibilidade de remoção da crise por meios jurídicos normais previstos na Constituição ou por meios excepcionais, como a elaboração de um novo texto básico é aquilo que faz os limites conceituais da crise constitucional. Não padece dúvida que se trata da espécie de crise que às vezes açoitava os países e as sociedades com elevado grau de cultura e maturidade política, ou seja, aqueles cujos problemas políticos não exigem nem impõem a substituição do regime. A crise raiva neles com menos ímpeto: por isso não afeta as estruturas do poder nem abala os alicerces do Estado e da Sociedade.

Com relação à crise constituinte, esta, ao contrário da crise constitucional, costuma ferir mortalmente as instituições, compelindo à cirurgia dos tecidos sociais ou fazendo até mesmo inevitável a revolução. Entende não raro com a necessidade de substituir a forma de Governo ou a forma de Estado, pois, em nome da legitimidade, há sempre aí um poder ou uma organização social contestada desde os seus fundamentos.

A crise constituinte não é, por conseguinte, crise de uma Constituição, senão crise do próprio poder constituinte: um poder que quando reforma ou elabora a Constituição se mostra, nesse ato, de todo impotente para extirpar a raiz dos males políticos e sociais que afligem o Estado, o regime, as instituições e a Sociedade mesma no seu conjunto.

A crise constituinte tem sido aliás desde as origens do Estado brasileiro a crise que ainda não se resolveu.



CRISE, REFORMA POLÍTICA E AS ÂNCORAS DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

CRISIS, POLITICAL REFORM AND THE ANCHORS OF BRAZILIAN DEMOCRACY

Paulo Fábio Dantas Neto *

Se fosse possível escolheria não escrever sobre reforma política. Tenho, na contramão de certo senso comum que se formou no Brasil, a percepção de que no nosso atual sistema político, ancorado na Constituição de 88, há mais a conservar que a reformar. Mas não é possível ignorar um bordão que vive sendo repetido, mesmo que, na maioria dos casos, quem o repete não saiba exatamente o que quer reformar. Todo mundo quer políticos melhores, eu também. Mas penso ser ilusão supor que eles serão achados ao adotarmos sistemas de governo, de partidos e de eleições diferentes. Os problemas que temos estão em *softwares*, não no *hardware*. Partindo desse entendimento, tentarei tratar do tema evitando caminhos argumentativos que, a meu ver, costumam ser estéreis.

O primeiro caminho a evitar é o de reiterar um diagnóstico áspero, por vezes indignado, sobre patologias da política brasileira. Nesse tom costumam convergir certezas ingênuas de senso comum e normativas nos campos jurídico, sociológico e econômico, bem como na imprensa e em hostes empresariais e do ativismo social. O mantra mais notável desse território argumentativo é o que proclama a reforma política como a “mãe de todas as reformas”. Um estribilho que reverbera em vozes certamente dissonantes se o debate for sobre qualquer outro tema. Ele garante simpatia, o aplauso é provável mas o resultado substantivo é o de não contribuir ao debate. Contribui para torná-lo medíocre, pois não esclarece de qual reforma se fala, cada qual pensa numa, ou em nenhuma.

O segundo caminho a evitar penso que é, na contramão do primeiro, o da defesa acrítica do *status quo* institucional do sistema político. Até teve sentido esse papel de contraponto cumprido, desde os anos 90, pela ciência política brasileira. Ela nos ofereceu pesquisas que permitiram enfrentar preconceitos frequentes em ambiente social hostil, que tende a estigmatizar a política, e evidenciou a racionalidade do assim chamado presidencialismo de coalizão, cujo fracasso é hoje diagnosticado. É preciso que a ciência política não capitule, por viés político e/ou timidez intelectual, perante esse senso comum, mas também não é sensato aferrar-se a achados pretéritos como se fossem dogmas infensos ao certo derretimento

* Cientista político. Doutor em Ciências Humanas e Ciências Políticas pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Mestre em Administração e Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor Associado da UFBA, atuando no Departamento de Ciência Política. Membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal da Bahia (PPGCS/UFBA). Pesquisador do Centro de Estudos e Pesquisas em Humanidades (CRH) da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da mesma Universidade.

objetivo daquele arranjo institucional. Quem seguir esse caminho “teimoso”, de uma ciência que rejeita os fatos, também não dará contribuição positiva ao debate. O resultado seria contribuir para torná-lo esotérico.

Um terceiro caminho a evitar é o de buscar “culpados” pela necessidade de reforma política. Ele reduz a discussão a um embate de narrativas sob um emaranhado infindo e infinito de polarizações: liberais vs. desenvolvimentistas em economia; ativistas vs. garantistas em direito; conservadores vs. vanguardistas em cultura; direita vs. esquerda, ou governo vs. oposição, no campo estritamente político. Mais insolúveis, por intolerância, são polarizações entre autoproclamados democratas à esquerda e os que eles denunciam como golpistas, neoliberais e fascistas; bem como entre democratas juramentados à direita e os que esses últimos acusam de estatistas, stalinistas, bolivarianos e por aí vai. O preço a ser pago por quem ceder à tentação de visitar esse labirinto será o de, além de não contribuir ao debate, terminar contribuindo para torná-lo banal, ou interdita-lo.

Em fuga, tento manobrar entre esses três territórios minados para fixar, em termos de reforma política, apenas dois entendimentos. O primeiro é o de que a discutimos hoje sob o influxo de um equívoco que fez nascer a ideia de que ela é mãe de todas as reformas. Precisamente em 2013, após massivas manifestações públicas de insatisfações para com a política realmente existente, algum gênio do marketing sacou o bordão da reforma política (no sentido de mudança das regras do sistema político) e encontrou acolhida interessada em atores políticos com algum poder de fala e decisão. A partir daí vendeu-se à sociedade civil a ideia de que era preciso trocar o hardware da política brasileira, ideia que ajudou a esvaziar as ruas.

Até então, o eleitorado — um público mais amplo e menos informado que a sociedade civil — dava de ombros a essa questão, vista como técnica, como em parte realmente é. O que ele sentia na pele e compreendia bem eram os duros efeitos de políticas públicas (softwares) mal implementadas, cujo financiamento tornara-se problemático. Além disso, eleitorado e sociedade civil convergiam no ceticismo em relação ao desempenho da elite política. Através dos partidos ela exhibe um padrão de interação política de má qualidade, outro software ruim. Só que o discurso de que mudar o hardware é solução para mazelas criadas pelos atores (do estado e da sociedade civil) ganhou terreno e acabou persuadindo até o eleitorado.

O segundo entendimento que desejo transmitir é sobre a crise que emoldura um discurso reformista forte, em relação ao tema. Vejo-a como crise de aperfeiçoamento e não de colapso da democracia brasileira. Estou longe de ignorar o potencial de risco que ronda o sistema político quando o cidadão comum deseja paz e grupos sociais e políticos organizados disputam um rude e surdo vale-tudo. Mas vejo no interior das nossas instituições as possibilidades de que essa crise seja vencida com uma subida de patamar. A modesta reforma eleitoral aprovada no Congresso Nacional há dois meses (sobre a qual já se falou e debochou fartamente como se fosse mero arranjo corporativo, para dizer o mínimo) sinaliza, a meu ver, uma rota: reformar, a cada momento, o que for praticável, em termos

políticos, pois nenhuma convicção doutrinária é válida se não puder ser viabilizada democraticamente, logo, politicamente.

Sim, espero resultados de eleições para deputados em 2018, já com moderada cláusula de barreira e, a seguir, eleições sem coligações, para vereador (2020) e para deputados, em 2022. Após resultados objetivos, que venham análises de corpo presente sobre aquilo que realmente estiver morto. Creio ser essa atitude mais sensata e razoável do que ministrar extrema-unção a quem ainda não apenas respira, mas pode se reformar gradualmente, desde que mantido vivo. Penso — e o digo francamente — ser esse o caso do nosso sistema político.

Outras iniciativas moderadas serão necessárias para, por exemplo, resolver impasses nas regras de financiamento de partidos e campanhas. Sem demagogia, é preciso argumentar que a retirada completa do financiamento de empresas implica aumentar o fundo público destinado a esse fim. Mesmo que se baixem, como convém, os custos das campanhas, não é sensato (nem possível) querer fazê-lo como se as campanhas devessem retroceder ao tempo dos “santinhos” e do “corpo a corpo”. Somos uma democracia eleitoral de massas e, a menos que se queira substituir a democracia por outro regime, é preciso (e desejável) que a sociedade financie a competição política.

Penso que não estamos à beira de um precipício, como narrativas simplificadoras, eleitoralmente interessadas, querem nos fazer crer. Mas claro que há perigo na esquina. Há porque competidores preparam-se para eleições na contramão da política, com discursos intolerantes, salvacionistas ou justiceiros; e porque setores da sociedade civil veiculam discursos análogos. Apesar dessa babel — e em contraponto a ela — temos hoje, diferentemente da nossa experiência histórica, uma Constituição que cumpre um papel de agência. O País em que ela nasceu mudou e muda na direção do que ela apontou, isto é, na direção da complexidade das relações sociais e, conseqüentemente, dos mecanismos políticos que devem regulá-las. Complexidade que precisa ser conservada e não atirada ao lixo para dar passagem a qualquer tipo de solução simples, não política.

A Constituição e um calendário eleitoral são as âncoras que até aqui nos detêm ante o precipício e nos prendem a um terreno áspero, mas real, de uma ampla democracia. O tema da reforma política é delicado pois afeta essas duas âncoras. Ideias, palavras e obras sobre ele podem ajudar a fixá-las mais solidamente, ou a fazerem-nas bambearem.



É POSSÍVEL SUPERAR O CLIENTELISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO BRASIL? ARGUMENTOS JURÍDICOS E SUGESTÕES PARA LIMITAR A CRIAÇÃO E O PROVIMENTO ABUSIVO DE CARGOS PÚBLICOS EM COMISSÃO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

IS IT POSSIBLE TO OVERCOME CLIENTELISM IN THE BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION? LEGAL ARGUMENTS AND SUGGESTIONS TO LIMIT THE CREATION AND ABUSE OF PUBLIC OFFICES ON COMMISSION IN THE 30 YEARS OF THE 1988 CONSTITUTION

Paulo Modesto *

RESUMO

Este trabalho identifica as situações típicas de clientelismo no acesso aos cargos públicos na administração brasileira nos trinta anos de vigência da Constituição de 1988, a contribuição da Emenda Constitucional n. 19/98 e a resposta dos Tribunais para a superação das mais graves violações dos princípios republicanos da igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na Administração Pública quanto ao direito fundamental ao equitativo acesso a cargos públicos. Destaca a criação abusiva de cargos de provimento em comissão, diferencia os cargos político-administrativos e político-representativos, e aprofunda a análise dos limites formais e materiais à criação e ao provimento de cargos em comissão no Brasil. Por fim, oferece sugestões para o aperfeiçoamento da legislação sobre investidura em cargos comissionados e destaca novas compreensões sobre a legislação vigente, a utilidade do emprego da razoabilidade e da proporcionalidade como parâmetros de controle na matéria, servindo-se de ampla referência a casos práticos e decisões judiciais.

Palavras-chave: Clientelismo. Cargos em Comissão. República. Administração Pública Brasileira. Servidores Públicos. Dirigentes Públicos. Casos Práticos.

ABSTRACT

This work identifies the typical situations of clientelism in the access to public positions in the brazilian administration during the last thirty years of validity of the

* Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia. Membro do Ministério Público da Bahia, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Conselho Científico da Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona (Espanha). Diretor da Revista Brasileira de Direito Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Ex-Assessor Especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. Editor do site www.direitodoestado.com.br.

145

Revista **Populus** | Salvador | n. 5 | dezembro 2018

1988 Constitution, the contribution of the 19/98 Constitutional Amendment and the answer of the Tribunals for the overcoming of the most serious violations of the republican principles of equality, legality, impersonality, morality, publicity and efficiency in the Public Administration in regard to the fundamental right to the equitable access to public positions. Highlights the abusive creation of provisionment positions in commission, differentiates the politic-administrative positions from the politic-representative positions, and deepen the analysis of the formal and material limits to the creation and provisioning of commissioning positions in Brazil. At least, it offers for the improvement of the legislation upon investiture in commissioned positions and emphasizes on new comprehensions over the current legislation, the utility of applying reasonability and proportionality as control parameters in the subject, serving as a reference for practical cases and judicial decisions.

Keywords: Clientelism. Commissioned positions. Republic. Brazilian Public Administration. Public Servers. Public Officials. Practical cases.

1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988, O PRINCÍPIO REPUBLICANO E O CLIENTELISMO ADMINISTRATIVO: BREVE PANORAMA DE SITUAÇÕES TÍPICAS

Aun cuando hoy no es posible sostener que sobre los cargos públicos pueda existir un derecho de propiedad, o cualquier otro de estricto contenido patrimonial, fuera del plano de las normas ha permanecido en algunas conciencias una consideración de tal género. Para ser más preciso, pervive en la actualidad el sentimiento de que el cargo público ocupado, o de susceptible ocupación, es por encima de todo una cuestión afectante a interés de signo individual, dejando de lado la primordial premisa por la que el cargo público se erige como una función servicial en interés de la organización y, sobre todo, en interés de la comunidad. Cambian los tempos, varían las normas, se transforman los Estados, pero subsisten a veces viejas concepciones larvadas en lo más profundo que determinan la conducta de los individuos al margen de la pura formalidad jurídica. (IÑIGO MARTINEZ DE PISON APARICIO)

O princípio republicano (CRFB, art. 1º) veda a *criação abusiva de cargos administrativos em comissão* e o *provimento desses cargos sem finalidade pública subjacente*. A República convoca a *igualdade*, traduzida como sujeição equitativa de todos a direitos e obrigações e ausência de discriminação (CRFB, art. 3º, III, art. 5º, caput), e a *moralidade, a publicidade, a legalidade, a impessoalidade e a eficiência*, como exigências ético-jurídicas incidentes sobre as mais variadas dimensões de atuação do Estado e não apenas sobre a Administração Pública (CRFB, art. 37, caput). Esses subprincípios impõem *parâmetros de legitimidade constitucional* para atuação de todos os Poderes e órgão do Estado, sem distinção, e compõem fragmento de nossa identidade constitucional².

² Na Constituição de 1988, a “forma republicana”, além de síntese identitária do próprio Estado (Art. 1º, caput), é destacada

A opção pela República – ao menos como *princípio constitucional identitário* – importa a recusa de validade a decisões e normas jurídicas que promovam *confusão entre o interesse público e o interesse privado do governante*, inspiradas em clientelismo ou fisiologismo³, formas simbióticas de apropriação do Estado em benefício do próprio detentor do cargo político ou de seus apoiadores.

Desde a sua origem romana, em Cícero, República é conceito que traduz *governo da utilidade pública consentida pelo povo*, submetido à responsabilidade pela gestão da coisa pública, pois, nas palavras de Cícero, “como na tutela, a república deve ser gerida tendo em mira a utilidade dos administrados e não dos administradores”⁴.

Embora república seja *conceito plurívoco e evolutivo*, que na história ora denotou “qualquer forma de governo possuindo caráter público conhecido por todos

como “princípio constitucional sensível”, sendo expressamente elencada entre os princípios cujo desacatamento grave autorizam a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal (Art. 34, VII, a). Sobre o conceito de *identidade constitucional*, sinal distintivo que um “povo” se auto-outorga e se auto-impõe, v. SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014. p. 16-18. Em face da economia do texto, inviável abordar os desdobramentos normativos do princípio republicano de forma abrangente, mas parece fora de dúvida, entre as dimensões densificadoras, as regras e princípios sobre (a) *soberania popular, expressa diretamente ou por representantes eleitos pelo voto direto, secreto, universal e periódico* (Art. 1º, § único c/c Art. 34 e 60, §4, II); (b) *temporalidade dos mandatos eletivos* (Art. 27, §1º; 28; 29, I e II; e 82); (c) *a responsabilidade dos titulares de cargos políticos* (Art. Art. 29-A, §2º e 3º; 50; 55, 85; 100, §7º; (d) *equitativa acessibilidade aos cargos públicos* (Art. 37, I); (e) *a prestação de contas e responsabilidade pelo uso dos bens e das prerrogativas públicas* (Art. 31; 34, VII, d; 35; 37, § 4º; c/c Art. 70, 71, 74 e 75); (e) *a igualdade, impessoalidade, legalidade, moralidade, eficiência, motivação e razoabilidade nas funções públicas* (Art. 5º, II, XXXIII, LIII, LV, LX; 37, caput; 93, IX e X).

3 Clientelismo será empregado no texto em sentido restritíssimo de orientação política de expansão do prestígio pessoal de agentes públicos e ampliação de seu apoio político e votos através da oferta de cargos, empregos e funções públicas, ora como simples estratégia populista, ora implementada para estabelecer laços de fidelidade, dependência e reciprocidade do agente nomeado diretamente para com a autoridade nomeante, tendo em mira a satisfação de interesses privados, partidários, familiares ou de grupos restritos. O clientelismo moderno e urbano é fenômeno muito mais abrangente: encerra múltiplas formas de distribuição personalizada de bens, contratos, serviços e outros vantagens em troca de fidelidade, apoio político, dependência e correspondência entre autoridade e beneficiado ou seus apoiadores. O clientelismo em geral tem como premissa uma aguda desigualdade de poder entre agentes e uma situação de escassez, vulnerabilidade a partir da qual a autoridade (patrono) exerce o poder de desequilibrar iguais com vistas à cooptação e dominação do beneficiário (cliente), constituindo contrato tácito de servidão pessoal ou dependência com proveito político. No clientelismo o que se almeja é a fidelidade interpessoal ou a grupos restritos, assentada ao mesmo tempo em favoritismo e submissão. Pelo emprego restrito no texto do conceito de clientelismo, sem desenvolvimento de suas variadas dimensões, utiliza-se adiante a voz clientelismo e fisiologismo de forma indistinta. Sobre clientelismo político, às vezes referido como “caciquismo” ou simplesmente “patronato”, abundante literatura nacional e internacional pode ser consultada. Cf., entre outros, GONZÁLEZ ALCANTUD, José. *El clientelismo político: perspectiva socioantropológica*. Barcelona, Anthropos Editorial, 1997; EISENSTADT, S. N.; RONIGER, L. *Patrons, clients, and friends: interpersonal relations and the structure of trust in society*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984; FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. São Paulo: Globo, 1998; GRAHAM, Richard. *Clientelismo e Política no Brasil no Século XIX*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1997; HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Edição comemorativa dos 70 anos; NUNES, Edson. *A Gramática Política do Brasil: Clientelismo e Insulamento Burocrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999; CARDOZO, José Eduardo. *A Máfia das Propinas: investigando a corrupção em São Paulo*. São Paulo: Ed. Fundação Percecu Abramo, 2000; AVELINO FILHO, George. *Clientelismo e Política no Brasil: revisitando velhos problemas*. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 38, p. 225-240, março 1994; SCHRÖTER, Barbara. *Clientelismo político: ¿existe el fantasma y cómo se viste?* *Revista Mexicana de Sociología*, México, D.F., v. 72, n. 1, p. 141-175, enero/marzo 2010. Ver também MODESTO, Paulo. *Nepotismo em cargos político-administrativos*. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo et al. (Org.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 260-298.

4 CICERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. Tradução de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 43. *Dos Deveres (De Officiis)* foi a última obra filosófica relevante de Cícero, ensaio dirigido aos jovens romanos disfarçado de mensagem pessoal a seu filho. Porém, ensaio completo, ao contrário do Tratado da República (*De re publica*), livro anterior ao *De Officiis*, que nunca foi integralmente recuperado. Cf. CICERO, Marco Túlio. *Obras Escogidas*. Buenos Aires: Livreria El Ateneo Editorial, 1951. p. 569-712. No entanto, é famosa a definição de res publica formulada por CÍCERO em *De re publica*: “coisa do povo, considerada como tal, não de todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum”. CICERO, Marco Túlio. *Da República*. Rio de Janeiro: Ediouro, [1999]. No mundo clássico, os principais adversários da república eram a *tiranía* e a *corrupção* (v. CATROGA, Fernando. *Ensaio Republicano*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011. p. 43 et seq.).

os seus cidadãos, aplicável a monarquias e até impérios”⁵, ora forma de governo oposta à monarquia (e, por isso, governo eleito, limitado, democrático e responsável perante o povo), ora apenas governo sob escrutínio do público e dirigido ao interesse público, em qualquer semântica a *res publica* opõe-se ao personalismo e ao patrimonialismo na gestão de cargos públicos⁶.

Se isso é certo, a ponto de caracterizar hoje elemento inerente ao próprio conceito de República, é certo também que, paradoxalmente, durante os trinta anos de vigência da Constituição Republicana de 1988 algumas de suas normas foram invocadas e manejadas para perpetuar práticas e costumes clientelistas, fisiologistas e patrimonialistas no âmbito da Administração Pública brasileira. Podemos louvar os 30 anos da Constituição de 1988, mas seria ingênuo e pouco útil recusar a realidade desse fato histórico.

No âmbito de criação e provimento de cargos públicos, para compreender com referenciais positivos o que vem de ser dito, destacam-se os Artigos 37, II e V, da Constituição de 1988.

Esses dispositivos, na redação original da Constituição de 1988, enunciavam:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas

5 POCOCK, J. G. A. *Cidadania, Historiografia e Res Publica*: contextos do pensamento político. Coimbra: Almedina, 2013. p. 285. Resumida e proveitosa historiografia do conceito de República no Brasil pode ser conferida no verbete “República/Republicanos”, escrito por Heloisa Maria Murgel Starling e Christian dward Cyril Lynch. Cf. FERRES JÚNIOR, João (Org.). *Léxico da História dos Conceitos Políticos do Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009. p. 225-242.

6 Como é notório, a inspiração direta dos nossos primeiros constituintes republicanos foi o célebre conceito de James Madison, presente no *The Federalist*, n. 39, segundo o qual: “governo republicano é aquele em que todos os poderes procedem direta ou indiretamente do povo e cujos administradores não gozam senão de poder temporário, a arbítrio do povo ou enquanto bem se portarem” (MADISON, James. *Federalistas*: textos selecionados por Francisco Weffort. São Paulo: Abril, 1973. p. 124). Muito próxima da referida conceituação é a clássica definição de Geraldo Ataliba: “República é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletividade e mediante mandatos renováveis periodicamente” (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. IX). Maria Lucia Amaral acentua o aspecto teleológico ao afirmar, em termos resumidos, que “Portugal é uma República porque é uma *res publica*, ou um ser coletivo autogovernado e autodeterminado, onde domínio político se exerce não para o bem de alguns mas para o bem de todos” (AMARAL, Maria Lucia. *A Forma da República*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 127). Confira-se também LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em Torno do Princípio Republicano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil*: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997; PILATTI, Adriano. O Princípio Republicano na Constituição de 1988. In: PEIXINHO, Manoel; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firlly (Org.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 129-135. Merece registro, ainda, a proposta de Pereira de identificar, entre os direitos fundamentais, a categoria que denomina “direitos republicanos” (direito dos cidadãos de demandarem a invalidação de atos ou normas que constituam esbulho da coisa pública, inclusive através de renúncias fiscais e outras infrações típicas do *rent-seeking*) (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Construindo o Estado Republicano*: democracia e reforma da gestão pública. Tradução de Maria Cristina Godoy. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2009. p. 127 et seq.). Peter Háberle, por fim, em anotação interessante, recorda que a concepção material de república (oposta à concepção negativa de república como simples não-monarquia) superou uma prova na Europa: “Pablo Picasso dispuso por testamento que su cuadro ‘Guernica’ podría ser trasladado a España solamente hasta que se introdujera ahí la ‘República’. Sin embargo, los albaceas y herederos de Picasso interpretaron correctamente la fórmula ‘cuando prevalezcan nuevamente condiciones de democracia y libertad’ em el sentido que tal también podría ocurrir en una monarquía parlamentaria, como es la España actual” (HÁBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2003. p. 37).

e títulos, *ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*;

[...]

V - os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, *preferencialmente*, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, *nos casos e condições previstos em lei*.⁷

Fatta la legge, trovato l'inganno: feita a lei, descoberta a trapaça, ensinam os italianos. Embora a Constituição de 1988 tenha representado avanço em relação ao direito constitucional precedente, ao erigir o concurso público como forma de acesso aos cargos efetivos de forma ampla e afirmado o caráter técnico especial da atividade pública exercida em cargos de provimento em comissão e funções de confiança, com imposição de lei específica prévia para a criação de cargos e funções dessa natureza, logo após a promulgação do texto constitucional multiplicaram-se leis nas várias unidades da federação criando cargos de livre provimento e livre exoneração para o desempenho de uma infinidade de atividades administrativas, atividades técnico-operacionais ou finalísticas, de nível médio ou nível superior, ao contrário das leis destinadas a detalhar casos e condições de restrição ao provimento unilateral discricionário, quase nunca editadas.

Segundo o entendimento comum, a ressalva ao concurso público, constante do Art. 37, II, da Constituição, não estabelecida um *limite quantitativo preciso para a criação de cargos em comissão*. Logo, a criação de cargos em comissão foi percebida como uma faculdade política dirigida ao legislador para, por deliberação exclusiva, criar quantos cargos de provimento em comissão entendesse necessário, a excepcionar a exigência de concurso público com autorização constitucional expressa. Houve caso em que em uma única lei foram criados 28.098 (você leu corretamente: vinte e oito mil e noventa e oito) cargos de provimento em comissão⁸.

De outra parte, a exigência constante do Art. 37, V, da Constituição, foi interpretada como uma restrição fraca, preferencial, em favor do preenchimento dos cargos em comissão e das funções de confiança por servidores efetivos de carreira técnica ou profissional, e ainda assim dirigida ao legislador, a quem caberia definir em “quais casos e condições” a preferência seria exercida. A fragilidade da norma à luz do saber comum era dupla: a norma originária não explicitava *qual a natureza técnica das atribuições exigíveis e não assinalava qual o quantitativo mínimo de recrutamento interno (de insiders)*, ou de servidores efetivos de carreira, seria exigível, abrindo margem a amplo recrutamento externo (de *outsiders*), isto é, de agentes sem vínculo efetivo com o serviço público⁹.

7 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. grifo nosso.

8 Cf. a Lei nº 1.124, de 1º de fevereiro de 2000, que revogou Leis ns. 2.142/2009 e 2.145/2009, todas do Estado de Tocantins. Essas normas objeto de sucessivas ADIns: 3232, 3983, 3990 e 4125. A ADI 4125, Rel. Min. Cármen Lúcia, foi julgada em 10.06.2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00068.

9 “Cargos em comissão a serem preenchidos por servidores efetivos. A norma inscrita no art. 37, V, da Carta da República é de eficácia contida, pendente de regulamentação por lei ordinária” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24287. Relator: Min. Maurício Corrêa, julgado em 26.11.2002. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 1 ago. 2003).

Na dinâmica da administração pública brasileira as infrações clientelistas foram muito variadas ao longo desses trinta anos da Constituição de 1988, pois somavam-se a essa abrangente interpretação das exceções ao concurso público, previstas na redação originária dos incisos II e V do Art. 37 da lei fundamental, e em absoluto contraste com o *ethos republicano*, comportamentos francamente inconstitucionais, tanto na criação e investidura de agentes em cargos efetivos quanto em cargos de provimento em comissão, ainda hoje com trânsito pelos tribunais:

- 1- Nomeação de agentes públicos sem preexistência de cargos, isto é, nomeação de agentes para cargos inexistentes¹⁰;
- 2- Nomeação de agentes públicos por atos secretos¹¹;
- 3- Nomeação de agentes temporários para funções permanentes¹²;
- 4- Criação de cargos públicos em comissão por decreto¹³;

10 “[...] Administrativo. Servidor público. Substituição. Cargo inexistente. Anulação de ato administrativo. Desvio de função. Direito ao recebimento da remuneração pelo período trabalhado em desvio de função. Precedentes. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 499898. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 26.06.2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 15 ago. 2012).

11 Do rico exemplário, registro apenas dois casos bem documentados: Senado usa mais de mil atos secretos para criar cargos e aumentar benefícios (SENADO usa mais de mil atos secretos para criar cargos e aumentar benefícios. *Uol*, São Paulo, 10 jun. 2009). Nomeações secretas da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte aguardam desfecho no STJ (ASSUNÇÃO, Dinarte. Nomeações secretas da ALRN aguardam desfecho no STJ. *No minuto*, Natal, 21 maio 2012). Alguns desses casos ainda ocupam as prateleiras dos tribunais: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. PROVIMENTO DE CARGOS SEM CONCURSO PÚBLICO. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. [...] 1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que não há prerrogativa institucional a ser tutelada, capaz de legitimar o ingresso da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, como assistente simples, nas ações civis públicas em que o Ministério Público potiguar vem questionando a validade de atos de provimento de cargos efetivos naquela mesma Casa de Leis, à margem de concurso público. Precedentes: AgRg na PET no REsp 1389967/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12/05/2016 e AgRg no RMS 37.445/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 05/08/2015. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento na Petição nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1312949. Relator: Min. Sérgio Kukina, julgado em 14.09.2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 21 set. 2016).

12 EMENTA: [...] CARGOS TÍPICOS DE CARREIRA. INCONSTITUCIONALIDADE. PREENCHIMENTO MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO (CF, ARTIGO 37, II). 1. As modificações introduzidas no artigo 37 da Constituição Federal pela EC 19/98 mantiveram inalterada a redação do inciso IX, que cuida de contratação de pessoal por tempo determinado na Administração Pública. Inconstitucionalidade formal inexistente. [...] 2. A regulamentação, contudo, não pode autorizar contratação por tempo determinado, de forma genérica e abrangente de servidores, sem o devido concurso público (CF, artigo 37, II), para cargos típicos de carreira, tais como aqueles relativos à área jurídica. Medida cautelar deferida até julgamento final da ação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2125. Relator: Min. Maurício Corrêa, julgado em 06.04.2000. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 set. 2000). No plano estadual, cito: EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Impugnação aos arts. 2º, I, II, III, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII; 3º, § 1º; 5º; e 8º da Lei nº 920 de 23 de Fevereiro de 2011 do Município de Morro do Chapéu. Violação ao Art. 37, IX, da Constituição da República. Norma de Reprodução Obrigatória Pelo Poder Constituinte Derivado Decorrente. Previsão Legal de Contratação de Servidores para Funções Ordinárias de Administração. Ausência de Caráter Temporário e Excepcional. Desrespeito Aos Requisitos do Instituto da Contratação por Tempo Determinado para Atender a Necessidade Temporária de Excepcional Interesse Público. Procedência Parcial da Ação, Declarando-se a Inconstitucionalidade dos Arts. 2º, Incisos I, II, III, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII; 3º, § 1º; 5º; I; e 8º, da Lei nº 920/2011 do Município de Morro do Chapéu. Modulação dos Efeitos da Decisão para Ter Eficácia Ex Nunc. (BAHIA. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0005257-35.2016.8.05.0000. Relator: Des. Julio Cezar Lemos Traversa. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 8 nov. 2017). Ver, também, BAHIA. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0021971-75.2013.8.05.0000. Relator: Des. Luiz Fernando Lima. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 9 jul. 2016; BAHIA. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0316698-76.2012.8.05.0000. Relator: Des. Sílvia Carneiro Santos Zarif. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 18 fev. 2014; BAHIA. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0005085-69.2011.8.05.0000. Relator: Des. Jefferson Alves de Assis. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 22 maio 2014.

13 CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO DISTRITAL Nº 32.418, de 08/11/2010. REESTRUTURAÇÃO NO ÂMBITO DA SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DO DISTRITO FEDERAL, COM A CRIAÇÃO DE DIVERSOS CARGOS EM COMISSÃO. VÍCIO FORMAL. OFENSA À LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL E AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. [...] 2. O Governador do Distrito Federal, ao editar o Decreto nº 32.418/10, diversamente do alegado, não teve por objetivo a regulamentação da Lei Distrital nº 2.299/99, porquanto as normas apontadas cuidam de matérias diversas. Logo, a norma impugnada tem natureza jurídica de decreto autônomo, passível, pois, de controle abstrato de constitucionalidade. 3. Partindo-se da premissa de que o decreto impugnado não cuidou

5- Criação de cargos públicos em comissão por lei, porém sem identificação das atribuições do cargo ou com delegação para a fixação de atribuições por decreto¹⁴;

6- Criação de cargos públicos em comissão por lei, com indicação de atribuições, porém para exercício de funções permanentes, operacionais, sem especial exigência de fidúcia face à autoridade superior¹⁵;

7- Criação de cargos públicos em comissão, com indicação de atribuições compatíveis, porém em número desproporcional ou manifestamente excedente ao de cargos efetivos¹⁶;

da regulamentação da Lei Distrital nº 2.299/99 e que a Administração Pública está regida pelo princípio da legalidade administrativa (artigo 37, caput, da CF/88), segundo o qual o administrador somente pode atuar quando prévia, expressa e inequivocamente autorizado por lei em sentido estrito e formal, evidencia-se que o Governador do Distrito Federal invadiu a esfera de competência da Câmara Legislativa Distrital, uma vez que, nos termos do artigo 58 da LODF, inciso VII, cabe àquele órgão dispor sobre a criação, estruturação e atribuições de Secretarias do Governo do Distrito Federal. 4. Ao Governador, compete privativamente a iniciativa da lei que disponha sobre "a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional, ou aumentos de suas despesas", além da "criação, estruturação, desmembramento, extinção, incorporação, fusão e atribuições das Secretarias de Governo", conforme regramento estampado no artigo 71 da LODF. Logo, o Chefe do Poder Executivo local deveria apenas ter submetido à Câmara Legislativa projeto de lei de sua autoria, consubstanciando as alterações que pretendia imprimir na Secretaria de Estado de Saúde, e não elaborar o ato normativo inquinado. 5. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. DISTRITO FEDERAL (Brasil). Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2014002128463. Relator: Cruz Macedo, julgado em 02.12.2014. *Diário de Justiça do Distrito Federal*, Brasília, DF, 20 jan. 2015. No plano estadual, colhe-se como exemplo: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DE DISPOSITIVOS DE LEI ESTADUAL E DE DECRETO ESTADUAL. [...] 4. Quanto ao mérito, nos termos do art. 70, VI, c/c o art. 77, II, da Carta Estadual, é de iniciativa restrita do Chefe do Poder Executivo do Estado da Bahia, submetida à aprovação da Assembleia Legislativa, a criação de cargos, empregos e funções públicas. 5. Não pode a Administração editar norma criando cargos públicos e autorizar a contratação temporária e precária de indivíduos para ocupação de funções sem a edição do diploma legal apropriado. 6. Nesta hipótese, deve ser julgada procedente a demanda declaratória, para pronunciar a inconstitucionalidade, em caráter ex tunc, dos incisos I, II e III do art. 28 da Lei Estadual nº 6.459 de 1993 e dos arts. 16 a 23, bem assim o respectivo Anexo Único, do Decreto Estadual nº 2.156 de 1993. 7. Ação declaratória de inconstitucionalidade julgada procedente. (BAHIA. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0013209-75.2010. Relator: Des. Clésio Rômulo Carrilho Rosa. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 5 set. 2012).

14 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, "a", e 84, inc. VI, "a", da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3232. Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 14.08.2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 3 out. 2008).

15 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Constitucional. Criação de Cargos em Comissão de Atribuições Técnicas e Burocráticas: Impossibilidade. Natureza dos Cargos e Modulação dos Efeitos da Decisão Proferida Pelo Tribunal de Origem: Súmulas ns. 279 e 280 do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental ao qual se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 658643. Relator: Min. Cármen Lúcia, julgado em 02.12.2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 12 dez. 2014).

16 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...] CRIAÇÃO DE MILHARES DE CARGOS EM COMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 37, INC. II E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. [...] 3. O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade. 4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes. 5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais. 6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes. 7. A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre "as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos,

- 8- Provimento derivado de cargos públicos efetivos, por diferentes formas, inclusive através da extinção de cargo para aproveitamento posterior dos seus ocupantes em cargo diverso¹⁷;
- 9- Não realização de concursos em empresas estatais para empregos públicos¹⁸;
- 10- Nomeação de agente público com previsão de concurso público *a posteriori*¹⁹;
- 11- Não realização de concursos públicos para provimento de serviços notariais e de registro, vagas ou para fins de remoção²⁰;
- 12- Contratação de terceirizados para atribuições próprias de servidor de cargo efetivo para o qual há concurso vigente²¹;
- 13- Contratação de servidores por ajustes precários nos ex-territórios no período de implantação dos novos Estados de Rondônia (1981-1987), Amapá e

bem como a organização e reorganização administrativa do Estado”, é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei. 8. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, caput, e parágrafo único; art. 6º; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III; e das expressões “atribuições”, “denominações” e “especificações” de cargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008. 9. Definição do prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado faça a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados na forma da Lei tocaninense n. 1.950. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4125. Relator: Min. Cármen Lúcia, julgado em 10.06.2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 15 fev. 2011).

- 17 [...] 1. Aproveitamento dos titulares de cargos extintos - Fiscal de Tributos Estaduais, Fiscal de Mercadorias em Trânsito, Exator e Escrivão de Exatonia - em classes de nova carreira - Auditor Fiscal da Receita Estadual I, II, III e IV - cujas atribuições não coincidem com as anteriores. Forma de provimento derivado - ascensão funcional - banida do ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988 (artigo 37, II). 2. O aproveitamento a que se refere o § 3º do artigo 41 da Carta Federal supõe cargos disponíveis com atribuições coincidentes com as dos cargos extintos. 3. Os titulares dos cargos extintos de nível médio não estão habilitados a ser aproveitados em cargos de nível superior. Precedente: ADI 1.030, CARLOS VELLOSO (DJ DE 13.12.96). 4. Comprometimento das violações aos artigos 37, II, e 41, § 3º, da Constituição Federal, com a totalidade da lei (Cfr. RP 1.379, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 11.09.87). Deferida a medida liminar. Suspensão, com efeito ex tunc, da vigência da Lei Complementar nº 189, de 17 de janeiro de 2000, do Estado de Santa Catarina, até o julgamento final da ação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2335. Relator: Min. Maurício Corrêa, julgado em 19.12.2000. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 31 ago. 2001).
- 18 “Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21322. Relator: Min. Paulo Brossard, julgado em 03.12.1992. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 23 abr. 1993).
- 19 “O sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil revela-se incompatível com quaisquer prescrições normativas que, estabelecendo a inversão da fórmula proclamada pelo art. 37, II, da Carta Federal, consagrem a esdrúxula figura do concurso público *a posteriori*”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1203. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 16.02.1995. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 19 fev. 1995).
- 20 “Serventias judiciais e extrajudiciais. Concurso público: arts. 37, II, e 236, § 3º, da CF. Ação direta de inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT da Constituição do Estado de Santa Catarina, de 5-10-1989, que diz: ‘Fica assegurada aos substitutos das serventias, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, estejam em efetivo exercício, pelo prazo de três anos, na mesma serventia, na data da promulgação da Constituição’. É inconstitucional esse dispositivo por violar o princípio que exige concurso público de provas ou de provas e títulos, para a investidura em cargo público, como é o caso do titular de serventias judiciais (art. 37, II, da CF), e também para o ingresso na atividade notarial e de registro (art. 236, § 3º)”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 363. Relator: Min. Sydney Sanches, julgado em 15.02.1996. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 3 maio 1996).
- 21 [...] DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. [...] A ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual promovera o concurso público, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, caracterizando verdadeira burla à exigência constitucional do artigo 37, II, da Constituição Federal. Precedente: AI 776.070-AgR, Relator Ministro GILMAR MENDES, Dje 22/03/2011. [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 649046. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 28.08.2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 13 set. 2012).

Roraima (1988-1993), e absorção de vínculos anteriores constituídos sem concurso público e subsequente transposição para os quadros da União²².

Por óbvio, seria possível multiplicar as referências a julgados, frequentes em praticamente todos os tribunais do país. O breve inventário realizado pretendeu apenas demonstrar a gravidade das criativas formas engendradas para burlar o concurso público e favorecer o clientelismo no país. Revelam também a repercussão prática do problema, inclusive para servidores concursados, afetados diretamente em seu direito à carreira (direito à evolução funcional)²³. Há situações que podem parecer *inacreditáveis* e somente a referência direta aos julgados permite convencer o leitor de que o autor não *delira*. Mas o problema continua, inclusive porque às vezes o sancionamento dessas infrações é limitado. E o sancionamento tímido produz incentivos a novas infrações constitucionais.

22 Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INOCORRÊNCIA. SERVIDORES PÚBLICOS. ABSORÇÃO AOS QUADROS DO ESTADO DO AMAPÁ. ADMISSÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. IRREGULARIDADE DA VINCULAÇÃO [...] 1. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como os limites da coisa julgada, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes. 2. A Súmula 279/STF dispõe verbis: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. 3. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL CONTRA ESTADO FEDERADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CABIMENTO DA VIA PROCESSUAL ESCOLHIDA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INOCORRÊNCIA. TERRITÓRIO DO AMAPÁ. ADCT, ART. 14. TRANSFORMAÇÃO EM ESTADO. SERVIDORES PÚBLICOS. ADMISSÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. IRREGULARIDADE DA VINCULAÇÃO EM MOMENTO ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. PORTARIAS SAF 476 E 886/91. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. DESCABIMENTO. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. 1. A previsão do artigo 102, I, f, da CF ["Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente as causas e os conflitos entre a União e os Estados"] somente se aplica quando a lide puder afetar o equilíbrio federativo, consoante vem decidindo o Supremo Tribunal Federal (cf. ACO nº 518/MS, relator Ministro Joaquim Barbosa, DJP de 20/08/04, p. 36). 2. A competência da Justiça Federal de primeira instância para processar e julgar a causa, ademais, afirma-se ante a circunstância de que se trata de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal contra ente federativo, funcionando o parquet não como representante da União, mas da sociedade. 3. Cabe ao Ministério Público a promoção da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e dos interesses coletivos, o que ocorre diante da pretensão de anulação de vínculos funcionais constituídos irregularmente perante a Administração e reconhecidos através das Portarias SAF 476 e 886/91. 4. A teor do artigo 4º do Decreto nº 20.910/32, "não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la", o que ocorre quando órgão administrativo passa a verificar, antes do decurso do quinquênio prescricional, a legalidade dos atos que se pretendeu anular através de ação civil pública. 5. De acordo com a Súmula 163 do extinto TFR, "nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a Fazenda Pública figure como devedora, somente prescrevem as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação". 6. "Os servidores públicos federais da administração direta e indireta, os servidores municipais e os integrantes da carreira policial militar dos ex-Territórios Federais do Amapá e Roraima, que comprovadamente encontravam-se no exercício regular de funções prestando serviços àqueles ex-Territórios na data em que foram transformados em Estados; os policiais militares que tenham sido admitidos por força de lei federal custeados pela União; e, ainda, os servidores civis nesses Estados com vínculo funcional já reconhecido pela União, constituirão quadro em extinção da administração federal, assegurados os direitos e vantagens inerentes aos seus servidores, vedado o pagamento, a qualquer título, de diferenças remuneratórias." (Emenda Constitucional nº 19/98, art. 31). Hipótese de servidores admitidos sem concurso público e com exercício anterior à data da promulgação da Constituição Federal de 1988 considerado irregular ou não comprovado. 7. Inocorre necessidade de preservação de situação consolidada em face de servidor admitido irregularmente para o serviço público e que pretende a sua manutenção nos quadros do funcionalismo. 8. Há responsabilidade da União, e não do Estado do Amapá, pelos pagamentos indevidamente realizados a servidores tidos como federais ou pelos atos que levaram a estes pagamentos, entre 05/10/88 e 31/12/90, uma vez que o Estado somente foi definitivamente instalado com a posse do governador eleito em 1990. Inteligência de precedentes do Supremo Tribunal Federal. 9. Apelação do Estado do Amapá e remessa a que se dá parcial provimento. Demais apelações a que se nega provimento. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 753844. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 13.12.2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 14 fev. 2012). Essa decisão, porém, deverá ser apreciada doravante à luz da EC98/2017, objeto de nota posterior (nota 25).

23 Cf. MODESTO, Paulo. O sentido constitucional de carreira no serviço público. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 14, n. 55, p. 47-54, out./dez. 2016b. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/columistas/paulo-modesto/o-sentido-constitucional-de-carreira-no-servico-publico>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Vários agentes beneficiados por essas transgressões ao igualitário acesso a cargos por concurso público, descobertos e processados, valeram-se da demora dos processos ou da omissão de órgãos de controle para invocar o art. 54 da Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, na busca da manutenção e perpetuação do vínculo²⁴. Em alguns casos específicos a estabilidade da situação funcional criada realmente pode ser justificada, nomeadamente no período em que havia divergência administrativa ou judicial relevante sobre a legitimidade da forma de investidura questionada. Nas situações apoiadas em entendimento oficial contraditório, sobretudo no início da vigência da Constituição de 1988, tem-se eventualmente presente a “base de confiança” necessária para legitimar medida judicial estabilizadora, como ocorreu com a situação de contratados sem concurso público para empresas estatais até 23.04.1993²⁵ e o provimento derivado de cargo público implementado antes de 17.02.1993²⁶. Em outras situações foram aprovadas emendas constitucionais destinadas a oferecer cobertura específica para vínculos precários, sem concurso e até mesmo com vínculo impugnado, em especial os vínculos firmados antes da implantação e no período de implantação dos ex-territórios federais em Estados²⁷.

24 A Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 enuncia expressamente: “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. Vide nota 35, neste texto” (BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1 fev. 1999).

25 Acórdão do TCU. Prestação de contas da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO). Emprego público. Regularização de admissões. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22357. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 27.05.2004. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 5 nov. 2004). A razão do limite temporal referido foi a decisão do STF no MS 21.322, Rel. Ministro Paulo Broassard, publicado no Diário Oficial de 23.04.1993, que pacificou definitivamente o tema, sendo adotado até hoje.

26 EMENTA Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Provimento derivado. Manutenção de ato administrativo concretizado em 1992. ADI nº 837-MC. Efeitos ex nunc. RE nº 442.683/RS. Princípios da boa-fé e da segurança jurídica. Precedentes. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser inconstitucional toda forma de provimento derivado após a Constituição Federal de 1988, sendo necessária a prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos para o ingresso em cargos públicos. 2. Contudo, no julgamento da medida cautelar na ADI nº 837, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, DJ de 17/2/93, suspendeu-se, com efeitos ex nunc, a eficácia dos arts. 8º, III, e das expressões ‘acesso e ascensão’ do art. 13, parágrafo 4º, ‘ou ascensão’ e ‘ou ascender’ do art. 17, e do inciso IV do art. 33, todos da Lei nº 8.112, de 1990. 3. Posteriormente, com fundamento na referida ADI, cujo mérito foi julgado em 27/8/98 (DJ de 25/6/99), a Segunda Turma da Corte, ao examinar o recurso extraordinário nº 442.683/RS, concluiu pela subsistência de atos administrativos de provimentos derivados ocorridos entre 1987 a 1992, em respeito aos postulados da boa-fé e da segurança jurídica. Considerou-se que, à época dos fatos, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, o que teria ocorrido somente em 17/02/93 (data da publicação da decisão proferida na medida cautelar). 4. No caso, cuida-se de processo seletivo interno de ascensão funcional, cujo resultado foi homologado em 8/1/92. Destarte, é de se aplicar à hipótese o entendimento firmado no referido recurso extraordinário. 5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 859766. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 24.02.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 15 mar. 2017).

27 Conferir as Emendas constitucionais recentes: EC 79/2014 e EC 98/2017, que ampliaram o disposto no Art. 31 da EC 19/98. Anteriormente, a EC 38/2002 e a EC 60/2009, já haviam alterado o art. 89 do ADCT, para tratar do aproveitamento de servidores do Ex-Território de Rondônia, mediante opção, em quadro em extinção da administração federal. Porém, as EC 19/98, 38/02, 60/09 circunscreviam a incorporação aos quadros da União dos servidores em exercício regular de suas funções na data da transformação do ex-Território em Estado ou até sua efetiva implantação ou a data da posse do primeiro Governador. A Emenda Constitucional 98, de 6 de dezembro de 2017, dispensa a exigência de regularidade do exercício funcional e merece uma atenção especial, infelizmente inviável de forma abrangente nesse momento. A EC 98/2017 permite a transposição aos quadros da União de todos os agentes dos ex-Territórios de Amapá e Roraima, dos novos Estados constituídos e seus municípios investidos entre outubro de 1988 e outubro de 1993, quer possuíssem vínculo de caráter efetivo ou em comissão, liame estatutário ou trabalhista, da administração pública direta ou indireta, inclusive empresas públicas e sociedade de economia mista, ainda existentes ou extintas, de ingresso regular ou irregular, civil ou militar, ativo ou inativo, prestadores de serviço

Porém, o Supremo Tribunal Federal, em *leading case* sobre a investidura sem concurso público nos serviços notariais e de registro após 1988, não aceitou a invocação da cláusula de decadência do direito de anulação administrativa como obstáculo para a desconstituição de *atos diretamente inconstitucionais em sede jurisdicional*:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INGRESSO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA AUTO-APLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma auto-aplicável. 2. Nos termos da Constituição Federal, sempre se fez necessária a submissão a concurso público para o devido provimento de serventias eventualmente vagas ou para fins de remoção. 3. Rejeição da tese de que somente com a edição da Lei 8.935/1994 teria essa norma constitucional se tornado auto-aplicável. 4. Existência de jurisprudência antiga e pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido da indispensabilidade de concurso público nesses casos (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 126/RO, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 05.6.1992; 363/DF, 552/RJ e 690/GO, rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 03.5.1996 e 25.8.1995;

ou contratados de cooperativas, assegurando-se ainda novo enquadramento e os correspondentes acréscimos remuneratórios correspondentes ao cargo equivalente na União às funções exercidas pelo agente, vedado o pagamento de vantagens ou o ressarcimento de diferenças em virtude de ato ou fato anterior à data do enquadramento do optante que manifeste expresse interesse em ingressar nos quadros da União. Ao primeiro súbito de vista, a EC 98/2017 sugere um monumental trem da alegria, promulgado em pleno período de crise econômica e sujeição da União ao Novo Regime Fiscal, este último aprovado pela Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. Incorporar, isoladamente, significativo contingente de servidores de determinado Estado aos quadros da União, sugere afronta direta à forma federativa de Estado, cláusula pétrea expressa (Art. 60, §4º, I, da CRFB) e, conseqüentemente, limite intransponível a emendas constitucionais. Promover transposição em massa de servidores, inclusive de servidores precários e ocupantes transitórios de cargos em comissão, servidores não efetivos e prestadores de serviço, revela atentado gravíssimo ao núcleo do direito fundamental à igualdade no acesso aos cargos públicos, cláusula pétrea também prevista expressamente na Constituição (Art. 60, §4º, IV, da CRFB). Por fim, admitir a transposição indeterminada de agentes aos quadros da União, com correspondente concessão de estabilidade, mediante simples prova de vínculo (de qualquer natureza) mantido com ex-Território e com o novo Estado no período assinalado pelo singelo tempo de trabalho de noventa dias, é medida flagrantemente violadora da razoabilidade e do princípio republicano, igualmente previsto, embora de forma indireta, pelo Art. 60, §4º, II, da CRFB. A Medida Provisória 817, de 4 de janeiro de 2018, e o Decreto 9.324, de 2 de abril de 2018, buscaram regulamentar a Emenda Constitucional n. 98/2017 em âmbito infraconstitucional. Anote-se, ainda, a interposição em 19.04.2018 pela Procuradora-Geral da República de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.935/DF), tendo por objeto a integralidade da Emenda Constitucional n.º 98/2017, que alterou o art. 31, da Emenda Constitucional n.º 19/1998, permitindo a inclusão nos quadros da União de pessoas que tiveram qualquer vínculo trabalhista, funcional ou empregatício, por pelo menos 90 dias, com a Administração Pública dos ex-Territórios, com os Estados do Amapá e Roraima no período de instalação e com seus Municípios, inclusive com suas empresas públicas e sociedades de economia mista. O Relator sorteado, Min. Edson Fachin, em 20.04.2018, adotou o rito positivado no artigo 12 da Lei n.º 9.868/1999, a fim de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a análise definitiva da matéria. Para agravar a situação, tramitam outras propostas de emenda constitucional no Congresso Nacional na mesma direção, com forte viés clientelista, inclusive a inacreditável PEC 518, de 2010, que declara estáveis no serviço público os “servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança, em comissão ou de livre exoneração, que estavam em exercício em até 11 de dezembro de 1990 e tenham cumprido ao menos vinte anos de efetivo exercício no serviço público até a data de promulgação desta Emenda Constitucional”. O que se decidir sobre a EC98/2017 servirá de forte incentivo ou desincentivo a aventuras legislativas como a referida PEC 518.

417/ES, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 05.5.1998; 3.978/SC, rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJe 29.10.2009). 5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações inseridas na Constituição Federal. 6. Existência de jurisprudência consolidada da Suprema Corte no sentido de que não há direito adquirido à efetivação de substituto no cargo vago de titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição pretérita, na redação atribuída pela Emenda Constitucional 22/1983, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição de 1988 (Recursos Extraordinários 182.641/SP, rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 15.3.1996; 191.794/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 06.3.1998; 252.313-AgR/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 02.6.2006; 302.739-AgR/RS, rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 26.4.2002; 335.286/SC, rel. Min. Carlos Britto, DJ 15.6.2004; 378.347/MG, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 29.4.2005; 383.408-AgR/MG, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 19.12.2003; 413.082-AgR/SP, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 05.5.2006; e 566.314/GO, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.12.2007; Agravo de Instrumento 654.228-AgR/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 18.4.2008). 7. Reafirmada a inexistência de direito adquirido de substituto que preencher os requisitos do art. 208 da Carta pretérita à investidura na titularidade de Cartório, quando a vaga tenha surgido após a promulgação da Constituição de 1988, pois esta, no seu art. 236, § 3º, exige expressamente a realização de concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro. 8. Os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade devem nortear a ascensão às funções públicas. 9. Segurança denegada.²⁸

Essa decisão é importante, porém a matéria segue em debate, sendo aguardado o julgamento do Recurso Extraordinário nº 817.338, Rel. Min. Dias Toffoli, cuja repercussão geral foi admitida, tendo como um dos temas centrais a discussão sobre a possibilidade de anulação de ato administrativo pela própria Administração Pública, em face de hipótese de *violação direta a texto constitucional*, não simples ilegalidade, embora decorrido o prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99.

Fundamental, também, diante da torrente de violações, foi a firme atuação do Supremo Tribunal Federal na fixação do entendimento pacífico sobre:

a) obrigatoriedade de concurso público em empregos públicos das empresas estatais²⁹;

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 28279. Relator: Min. Ellen Gracie, julgado em 16.12.2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 abr. 2011.

29 Após a Constituição do Brasil de 1988, é nula a contratação para a investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. Tal contratação não gera efeitos trabalhistas, salvo o pagamento do saldo de salários dos dias efetivamente trabalhados, sob pena de enriquecimento sem causa do poder público. Precedentes. A regra constitucional que

- b) proibição do provimento derivado de cargo público³⁰;
 c) proibição de investidura em cargo distinto de servidor em desvio de função³¹;
 d) vedação à migração de vantagens de entre cargos de carreiras distintas³²;
 e) vedação ao nepotismo³³;

submete as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas [...] não elide a aplicação, a esses entes, do preceituado no art. 37, II, da CF/1988, que se refere à investidura em cargo ou emprego público. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 680939. Relator: Min. Eros Grau, julgado em 27.11.2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 1 fev. 2008).

- 30 Súmula Vinculante 43: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”. Há frequente tentativa de burla ao provimento derivado por *transformação de carreiras*: “Provimento derivado de cargos. [...] Dispositivos legais impugnados que afrontam o comando do art. 37, II, da CF, o qual exige a realização de concurso público para provimento de cargos na administração estatal. Embora sob o rótulo de reestruturação da carreira na Secretaria da Fazenda, procedeu-se, na realidade, à instituição de cargos públicos, cujo provimento deve obedecer aos ditames constitucionais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3857. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18.12.2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 27 fev. 2009). Por igual, invoca-se o instituto da *transposição*: “É inconstitucional a chamada investidura por transposição”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3332. Relator: Min. Eros Grau, julgado em 30.06.2005. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 14 out. 2005). Sobre o direito à carreira, com repercussões práticas, confira: MODESTO, Paulo. O sentido constitucional de carreira no serviço público. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 14, n. 55, p. 47-54, out./dez. 2016b. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/o-sentido-constitucional-de-carreira-no-servico-publico>>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- 31 Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 644483. Relator: Min. Cármen Lúcia. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 4 out. 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 311371. Relator: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 5 ago. 2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 219934. Relator: Min. Octavio Gallotti. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 16 fev. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 209174. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 13 mar. 1998; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 165128. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 15 mar. 1996; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Rescisória nº 2137. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 19.09.2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 25 nov. 2013.
- 32 Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INCORPORAÇÃO DE “QUINTOS”. PRETENSÃO DE CONTINUAR PERCEBENDO A VANTAGEM REMUNERATÓRIA NO EXERCÍCIO DE CARGO DE CARREIRA DIVERSA. INVIABILIDADE. 1. A garantia de preservação do direito adquirido, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, assegura ao seu titular também a faculdade de exercê-lo. Mas de exercê-lo sob a configuração com que o direito foi formado e adquirido e no regime jurídico no âmbito do qual se desenvolveu a relação jurídica correspondente, com seus sujeitos ativo e passivo, com as mútuas obrigações e prestações devidas. 2. As vantagens remuneratórias adquiridas no exercício de determinado cargo público não autoriza o seu titular, quando extinta a correspondente relação funcional, a transportá-las para o âmbito de outro cargo, pertencente a carreira e regime jurídico distintos, criando, assim, um direito de *tertium genus*, composto das vantagens de dois regimes diferentes. 3. Por outro lado, considerando a vedação constitucional de acumulação remunerada de cargos públicos, não será legítimo transferir, para um deles, vantagem somente devida pelo exercício do outro. A vedação de acumular certamente se estende tanto aos deveres do cargo (= de prestar seus serviços) como aos direitos (de obter as vantagens remuneratórias). 4. Assim, não encontra amparo constitucional a pretensão de acumular, no cargo de magistrado ou em qualquer outro, a vantagem correspondente a “quintos”, a que o titular fazia jus quando no exercício de cargo diverso. 5. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 587371. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 14.11.2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 24 jun. 2014).
- 33 Súmula Vinculante 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas Vinculantes*. Brasília, DF, 2017). Sobre o tema do nepotismo nos cargos políticos, questionando a ressalva aos *cargos político-administrativos*, de provimento unilateral discricionário, e sua não diferenciação dos *cargos político-representativos*, v. MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo et al. (Org.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 260-298. A aplicação da vedação ao nepotismo para cargos políticos tem sido feita caso-a-caso, no varejo, sem regra uniforme: “Os cargos políticos são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fúdiça, mas também por seus titulares serem detentores de um *múnus* governamental decorrente da CF, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de agentes administrativos. Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual ‘troca de favores’ ou fraude a lei. Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante 13”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 7590. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 30.09.2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 14 nov. 2014). “Ato decisório contrário à Súmula Vinculante 13 do STF. Nepotismo. Nomeação

- f) recusa da investidura em razão de fato consumado³⁴;
- g) vedação à reinclusão – sem concurso – de agentes desligados do serviço³⁵;
- h) recusa de investidura temporária por excepcional interesse público de agentes em funções permanentes, dispensado o concurso público³⁶; e
- i) vedação à previsão de cláusulas de “veto” imotivado em concurso público³⁷.

para o exercício do cargo de conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Natureza administrativa do cargo. [...] A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da CF. O cargo de conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná reveste-se, à primeira vista, de natureza administrativa, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da administração pública”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 6702. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 04.03.2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 30 abr. 2009). É possível que esse cenário de insegurança jurídica e análise caso-a-caso seja alterado com o julgamento do Recurso Extraordinário 1.133.118-SP, Rel. Luiz Fux, cuja repercussão geral foi reconhecida recentemente (14.06.2018) e transcreve fragmento do trabalho que escrevi sobre a matéria, referido supra. A repercussão geral foi reconhecida com a seguinte Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LEI 4.627/2013, QUE MODIFICOU A LEI 3.809/1999 DO MUNICÍPIO DE TUPÁ SP. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM ÂMBITO ESTADUAL. PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS. GRAU DE PARENTESCO. AGENTES POLÍTICOS. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE 13. PRINCÍPIOS REPUBLICANOS DA MORALIDADE, IMPESSOALIDADE, IGUALDADE E EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SEGURANÇA JURÍDICA. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL.

- 34 “Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 608482. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 07.08.2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 30 out. 2014).
- 35 “Não guarda consonância com o texto da Constituição do Brasil o preceito que dispõe sobre a possibilidade de ‘reinclusão’ do servidor que se desligou voluntariamente do serviço público. O fato de o militar licenciado ser considerado ‘adido especial’ não autoriza seu retorno à corporação. O licenciamento consubstancia autêntico desligamento do serviço público. O licenciado não manterá mais qualquer vínculo com a administração. O licenciamento voluntário não se confunde o retorno do militar reformado ao serviço em decorrência da cessação da incapacidade que determinou sua reforma. O regresso do ex-militar ao serviço público reclama sua submissão a novo concurso público [art. 37, II, da CF/1988]. O entendimento diverso importaria flagrante violação da isonomia [art. 5º, I, da CF/1988]”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2620. Relator: Min. Eros Grau, julgado em 29.11.2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 16 maio 2008).
- 36 “Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da CF. [...] Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, II e IX, da CF. Descumprimento dos requisitos constitucionais. [...] Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na CF e devem ser interpretadas restritivamente. O conteúdo jurídico do art. 37, IX, da CF pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da administração. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a CF. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, entre eles os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 658026. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 09.04.2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 31 out. 2014). Vide também BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2229. Relator: Min. Carlos Velloso, julgado em 09.06.2004. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 25 jun. 2004).
- 37 EMENTA: Concurso público: magistratura estadual: lei que concede ao Tribunal de Justiça poder de veto a candidato: inconstitucionalidade. 1. Embora a Constituição admita o condicionamento do acesso aos cargos públicos a requisitos estabelecidos em lei, esta não o pode subordinar a pressupostos que façam inútuas as inspirações do sistema de concurso público (art. 97, § 1º), que são um corolário do princípio fundamental da isonomia. 2. Além de inconciliável com a exigência constitucional do concurso público e com o princípio de isonomia, que a inspira, a eliminação de candidatos, mediante voto secreto e imotivado de um colegiado administrativo - ainda que se trate de um Tribunal - esvazia e fraudada outra garantia básica da Constituição, qual seja, a da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário: tanto vale proibir explicitamente a apreciação judicial de um ato administrativo, quanto discipliná-lo de tal modo que se faça impossível verificar em juízo a sua eventual nulidade. 3. A circunstância de tratar-se de um concurso para a carreira da magistratura - ao contrário de legitimar o poder de “veto de consciência” a candidatos “agrava a sua ilegitimidade constitucional: acima do problema individual do direito subjetivo de acesso à função pública”, situa-se o da incompatibilidade com o regime democrático de qualquer sistema que viabilize a cooptação arbitrária, como base de composição de um dos poderes do Estado. 4. O STF - por fidelidade às inspirações do princípio do concurso público

Outra exceção à estabilização de situações irregulares invocada pelos tribunais tem sido o reconhecimento de *fraude do agente na investidura*³⁸, a caracterizar a “comprovada má-fé” referida na parte final do Art. 54 da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999³⁹.

A violação mais frequente à exigência do concurso público para a investidura em cargos públicos, porém, foi a criação abundante de cargos de confiança

- tem fulminado por diversas vezes o veto a candidato a concurso, ainda quando vinculado a conclusões de exame psicotécnico previsto em lei, se a sua realização se reduz a “entrevista em clausura, de cujos parâmetros técnicos não se tenha notícia” (RE 112.676, Rezek: com mais razão é de declarar-se a inconstitucionalidade, se à conclusão do exame psicotécnico - seja qual for a sua confiabilidade - não se vincula o Tribunal que - “conforme ele, contra ele ou apesar dele” -, recebe o poder da eliminação de candidatos, com ou sem entrevistas, por juízo da consciência de votos secretos e imotivados). 5. De reconhecer-se o direito à investidura de candidata à magistrada, que, depois de habilitada nas provas do concurso, não foi indicada à nomeação - então, de competência do Poder Executivo - por força de veto imotivado do Tribunal de Justiça. 6. Consequências patrimoniais preteritas da preterição do direito à nomeação a calcular-se conforme o critério do STF em casos assimiláveis. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 194657. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 04.10.2001. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 14 dez. 2001).

38 Não é viável abordar em detalhe, em face da economia do texto, o tema de afastamento do prazo decadencial previsto na Lei Federal n. 9784/1999 para a hipótese de “má-fé” do agente nomeado, isolada ou conjuntamente com eventual “má-fé” do agente nomeante. Por igual, inviável desenvolver o aspecto dos limites de aplicação da regra estabilizadora aos atos *desfavoráveis* a agentes investidos e a questão da cindibilidade ou não da impugnação da decisão sobre a validade de atos administrativos parcialmente favoráveis e parcialmente desfavoráveis. Merece registro que o prazo de cinco anos, previsto expressamente na Lei Federal 9784/1999, em princípio aplicável unicamente à União, vem sendo invocado com alguma frequência como parâmetro de avaliação de situações que se desenvolveram em Estados e Municípios, conquanto algumas unidades disponham de leis próprias de processo administrativo e prazo diverso de decadência para a invalidação administrativa de irregularidades apuradas. Participei da comissão técnica que preparou o anteprojeto da lei de processo administrativo da União (Comissão Caio Tácito); fico contente com prestígio da Lei 9784/1999, mas considero tecnicamente imprópria a aplicação nacional direta da lei federal, máxime quando vigente norma legal específica de unidade política autônoma, ante a natureza material da matéria disciplinada. Mas posiciono-me sobre os temas referidos, ao menos em termos telegráficos: considero o afastamento do prazo decadencial para situações de má-fé do agente beneficiado e da autoridade nomeante legítimo e constitucional; a cobertura da decadência quinquenal restrita a atos favoráveis e perfeitamente cindível a fração favorável e desfavorável nos chamados atos administrativos mistos. Subscrevo esse entendimento desde a Comissão de Elaboração do Anteprojeto da Lei de Processo Administrativo, tendo sido autor da sugestão de exclusão das situações de má-fé do âmbito de cobertura do Art. 54 da Proposta exatamente preocupado com abusos noticiados à época envolvendo acesso a cargos públicos e aumentos de remuneração de servidores e autoridades por atos secretos ou mantidos sem impugnação por conluio entre autoridades e órgãos locais de controle. Adicionalmente, a exclusão das situações de má-fé da regra estabilizadora seguia precedentes do direito comparado consultado à época (em especial, o §48 (2) do Código do Procedimento Administrativo Alemão de 25 de maio de 1976, que na parte final do item enunciava: “O beneficiário não pode invocar a confiança se 1. Obteve o acto administrativo através de engano doloso, ameaça ou suborno; 2.obteve o acto administrativo com base em dados no essencial inexactos ou incompletos; 3.conhecia a invalidade do acto administrativo ou não a conhecia por culpa grave”. (OLIVEIRA, Alberto Augusto Andrade de. *Código do Procedimento Administrativo Alemão*. Coimbra: Livraria da Universidade, 1996. p. 97). A sugestão foi apoiada pela maioria da comissão, tendo sido incorporada ao texto final pelo amigo e saudoso professor Almiro do Couto e Silva, redator final deste dispositivo. Nesse tópico, uma posição muito próxima - quase coincidente à minha e sem prévia combinação ou conhecimento pelo autor - pode ser consultada em MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 458 et seq.

39 “Apelação Cível. Mandado de Segurança. Pleito de anulação de ato administrativo municipal que exonerou, após instauração de PAD, servidora nomeada mediante fraude. Apelante que sustenta a ocorrência da decadência e consequente convalidação do ato de nomeação pelo decurso do tempo, pois que no exercício do cargo há 10 anos. À Administração Pública é permitido anular seus próprios atos quando verificada a ocorrência de vício de legalidade, ante a necessidade de restauração da situação de regularidade violada, conforme inteligência da Súmula nº 473 do STF. Constatada a ocorrência de fraude na nomeação e posse da apelante em cargo efetivo, em contrariedade ao art. 37, II, da CF/88, apurada em processo administrativo, com contraditório e ampla defesa, não há falar em nulidade do ato de exoneração. A decadência do direito da Administração em anular seus próprios atos, prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/99, mostra-se inaplicável em casos de clara violação à Constituição Federal, mormente quando o ato se deu mediante fraude à classificação obtida no certame, falsificação da portaria de nomeação, e inexistência do nome da apelante na listagem homologada pelo TCM. Consoante precedentes do STF, os atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Apelo não Provido”. BAHIA. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0000446-18.2013.8.05.0265. Relator: Des. José Cícero Landin Neto. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 10 fev. 2015.

com a ausência de especificação de atribuições ou a especificação de atribuições inadequadas para justificar a exceção à cláusula do concurso público em Estados e Municípios. Em segundo lugar, a criação de cargos em comissão em número desproporcional ao número de servidores efetivos existentes, sobretudo ao número de cargos efetivos providos e não simplesmente criados.

A primeira transgressão era objeto de censura tanto antes quanto depois da Constituição de 1988.

Márcio Cammarosano, por exemplo, antes mesmo da Constituição de 1988, dissertando sobre “Provimento de cargos públicos no Direito Brasileiro”⁴⁰, identificava na *finalidade dos cargos em comissão* – propiciar ao chefe do governo o recrutamento de pessoas de sua absoluta confiança para o exercício de certas funções –, base suficiente para interpretar que a legitimidade constitucional da criação de cargos em comissão circunscrevia-se ao âmbito dos cargos cuja “natureza das atribuições” exigiam dos titulares “não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior”⁴¹. Para o mestre paulista, a própria Constituição Federal precedente, ao referir o provimento em comissão no §2º do art. 97, “não autoriza o legislador ordinário a fazer dos cargos de livre provimento e exoneração a regra, e dos cargos de provimento efetivo, mediante concurso, a exceção, pois isso seria tornar praticamente letra morta o princípio da igual acessibilidade de todos aos cargos públicos, que tem precisamente na exigência de concurso público a sua seiva”^{42, 43}.

Na mesma direção, à luz do texto originário da Constituição de 1988, Sergio de Andrea Ferreira escreveu:

Já salientamos que o servidor é o profissional da função pública. Daí, mesmo os chamados cargos e funções de confiança devem, em princípio, ser preenchidos por profissionais dos quadros efetivos, de formação técnica ou científica, devendo deixar-se o critério essencialmente político para poucas funções. A lei deverá indicar os casos em que o recrutamento deve ter, preferencialmente, aquela índole técnico-científica, e quais as condições que presidirão ao recrutamento. Na omissão do legislador, caberá a propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º,), para especificar casos e condições.⁴⁴

40 CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

41 *Ibidem*, p. 95.

42 *Ibidem*, p. 96.

43 Ver, também, já na vigência da Constituição de 1988, do mesmo autor: CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão: algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF. In: PEREIRA, F. H. et al. (Org.). *O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ*: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 355-361.

44 FERREIRA, Sérgio de Andrea. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3, p. 135.

A matéria recebeu nova dimensão com a promulgação da Emenda Constitucional n. 19/1998.

2 A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/1998 E A INSTITUIÇÃO DE LIMITAÇÃO MATERIAL PARA A CRIAÇÃO E PROVIMENTO DE CARGOS EM COMISSÃO: AVANÇO INSUFICIENTE

Consulta-se em um conselho o lugar de um governador, de um general, de um ministro superior da fazenda ou da justiça, e que sucede? Vota o conselheiro no parente, porque é parente; vota no amigo, porque é amigo; vota no recomendado, porque é recomendado; e os mais dignos e os mais beneméritos, porque não têm amizade, nem parentesco, nem valia, ficam fora. Acontece isto muitas vezes? Queira Deus que alguma vez deixe de ser assim!⁴⁵

A Emenda Constitucional n. 19/98 estabeleceu *limite material explícito* para a criação de cargos administrativos de provimento em comissão ao exigir que tais cargos fossem previstos unicamente para *funções de direção, chefia e assessoramento* (CRFB, Art. 37, V, *in fine*). Em segunda medida, estabeleceu *reserva exclusiva formal para a investidura em funções de confiança em favor dos exercentes de cargos efetivos*, nomeados após concurso público, limitado o acesso livre de agentes externos unicamente aos cargos de provimento em comissão (CRFB, Art. 37, V). Em terceira medida, incluiu explícita exigência para que a lei estabeleça *percentuais mínimos para investidura de servidores efetivos em cargos de provimento em comissão* (CRFB, Art. 37, V). Por fim, explicitou que a investidura em cargo ou emprego público deve ocorrer mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, “*de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego*”, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (CRFB, Art. 37, II), medida que deve ser interpretada sob o foco dos princípios gerais da Administração Pública, inclusive o princípio da eficiência, a partir da Emenda explicitado na cabeça do Art. 37 da Constituição da República. Foram quatro alterações apenas nesse domínio que constituem avanço indiscutível para o regime de mérito no acesso aos cargos públicos e limitadoras do abuso na constituição e provimento de cargos públicos.

Tais alterações podem ser facilmente visualizadas no confronto direto entre o texto original e o texto alterado da Constituição de 1988, com destaque novamente para os incisos II e V do Art. 37 da Constituição:

⁴⁵ VIEIRA, Antonio. *Sermões*. Lisboa, [165-].

Redação Original da CF/88	EC 19/1998
<p>“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:</p> <p>.....</p> <p>II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, <i>ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração</i>;</p> <p>.....</p> <p>V - os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, <i>preferencialmente</i>, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, <i>nos casos e condições previstos em lei</i>.</p>	<p>“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e <i>eficiência</i> e, também, ao seguinte:</p> <p>.....</p> <p>II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, <i>de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego</i>, na forma prevista em lei, <i>ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração</i>;</p> <p>.....</p> <p>V - as funções de confiança, <i>exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo</i>, e os cargos em comissão, <i>a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento</i>;</p>

Fonte: elaborado pelo autor.

Essas alterações no texto da Constituição, sobretudo a limitação material para a criação de cargos em comissão a funções de direção, chefia e assessoramento, provocaram um crescimento perceptível das ações diretas de inconstitucionalidade dirigidas contra leis de criação de cargos de provimento em comissão, que passaram a sofrer censura jurisdicional frequente quando:

- a) a lei não informava as atribuições do cargo comissionado⁴⁶;
- b) a lei vinculava os cargos comissionados a funções ordinárias, técnicas, regulares da administração pública, sem embargo de empregar para os cargos criados a denominação de chefes, diretores, supervisores, assessores, coordenadores e outras designações similares⁴⁷;

46 “Se o legislador municipal, não declinou as funções de cada um dos cargos em comissão criados na lei municipal em voga impossibilitando a verificação de suas respectivas atribuições e não sendo possível afirmar que tais cargos têm, exclusivamente em suas respectivas áreas, atribuições de direção, chefia e assessoramento, a declaração da inconstitucionalidade da lei, é medida que se impõe”. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1000012123685000. Relator: Des. Wagner Wilson Ferreira. *Diário do Judiciário Eletrônico*, Belo Horizonte, 19 fev. 2014.

47 “Se a lei municipal faz constar na nomenclatura dos cargos as palavras ‘chefe’, ‘assessor’ e ‘coordenador’, tal fato em nada autoriza deduzir estarem inclusos entre as hipóteses excepcionais permissivas dos cargos comissionados ou temporários contidas na Constituição Federal, repetidas na Carta Baiana. A simples menção no texto legal não tem o condão de transmutar a natureza dos cargos efetivos e de carreira em comissionados, devendo aqueles continuar a ser providos via concurso público, dadas as suas características inerentes. 3. Dúvida não há de que o anexo VI das Leis 003/2005 e 008/2005 do Município de Ribeira do Amparo traz desvio de finalidade nos cargos em comissão por ela criados, por possuírem atividades de natureza administrativa ou burocrática, puramente profissionais, típicas de cargos de provimento efetivo, enquanto que os de confiança destinam-se aos níveis de direção, chefia ou assessoramento. 4. Deve a lei especificar as atribuições para cada cargo que cria”. BAHIA. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 13543-6/2007. Relator: Des. Paulo Furtado. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 24 out. 2008.

c) a lei enunciava funções permanentes para as quais não se identificava qualquer vínculo especial de fidúcia necessário do nomeado perante a autoridade nomeante⁴⁸.

Essas decisões – e inumeráveis outras – passaram a destacar o *caráter excepcional da criação de cargos de provimento em comissão*, reafirmando como regra geral de acesso aos cargos públicos a via do concurso público, ressalvado os casos – sempre com específica e detalhada enunciação do legislador, não por ato normativo do Poder Executivo – de cargos de *especial fidúcia política em funções de direção, chefia ou assessoramento*.

As denominações direção, chefia e assessoramento certamente não são unívocas e, por óbvio, não podem ser confundidas com tarefas rotineiras em que a dimensão política do exercício das funções administrativas não se apresente com *evidência*. Porém, também entre si elas não são equivalentes. As duas primeiras pressupõem agentes liderados ou dirigidos e algum grau de subordinação de agentes administrativos comuns aos titulares de cargos de direção e chefia. Afinal, chefia nada mais é do que um grau de direção, sendo este último elemento inerente ao próprio conceito de chefia. As funções de assessoria, reversamente, indicam atividade auxiliar, de apoio e aconselhamento a dirigentes e autoridades, sem caráter decisório explícito, porém pressupõem nível superior de conhecimento técnico, domínio especial sobre a área específica sobre a qual são exercitadas as atribuições do cargo.

Direção, chefia e assessoramento constituem limites materiais à criação de cargos em comissão porque exibem um *núcleo mínimo de sentido objetivo*. Não basta para legitimar a criação de cargos de provimento em comissão a demanda por uma *especial fidúcia em face da autoridade* – elemento subjetivo imprescindível, porém não suficiente para o atendimento do preceito constitucional. Como exceção ao concurso público, somente se justificam cargos comissionados ante o princípio da igualdade, da moralidade e da eficiência, se suas atribuições forem vinculadas a um *conjunto especial de habilidades, aptidões e competências incommuns aos exercentes de funções burocráticas ou rotineiras*. Cargos de provimento em comissão não são cargos criados para atender a caprichos da autoridade, como domínio privado submetido ao seu arbítrio e encravado no aparato burocrático do Estado. Essa é a visão ultrapassada e patrimonialista, ainda residente no inconsciente de muitos. São cargos legítimos apenas quando *estruturados de forma a ampliar a capacidade de resposta administrativa às decisões políticas da autoridade pública, como instrumentos de preparação e tradução dessas decisões para os demais escalões da administração pública*. Em termos mais modernos: os cargos em comissão, à luz dos princípios da administração pública, são legítimos

⁴⁸ “Agravamento regimental no agravo de instrumento. Lei municipal que criou cargos em comissão referentes a funções que não dependem de vínculo de confiança pessoal. Inadmissibilidade. Precedentes. 1. A criação de cargos em comissão referentes a funções para cujo desempenho não é necessária a confiança pessoal viola o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal. 2. Jurisprudência pacífica desta Suprema Corte nesse sentido. 3. Agravo regimental não provido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 309399. Relator: Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 23 abr. 2012.

quando exigem *habilidades estratégicas e analíticas incomuns*, próprias de uma *elite administrativa* capaz de diagnosticar problemas, planejar programas, elaborar acordos, negociar com equipes e inovar em nível técnico, gerencial e estratégico. Os cargos em comissão são legítimos quando assumem *funções de liderança pública e assessoramento superior da administração e exigem habilidades, aptidões e competências especiais de seus exercentes*.

Os titulares de cargos em comissão são o *elo de ligação entre os políticos e os agentes administrativos comuns*, efetivos e permanentes do aparato do Estado. Não podem ser a *maioria* dos cargos públicos providos em qualquer órgão público permanente. Tampouco podem compor a *única força de trabalho* em órgãos públicos de atuação contínua. *Não podem ser diretores e chefes sem dirigidos ou chefiados. Não podem ser assessores superiores sem domínio técnico algum ou detentores de domínio técnico incompatível com as funções exercidas*. Não podem ser destituídos de qualquer capacidade de inovação e despreparados para o exercício das tarefas de liderança exigentes de seus cargos. Não basta o vínculo de confiança, pois a administração pública não é família, nem sociedade comercial, nem quadrilha. Essas limitações decorrem diretamente do texto constitucional, desde que percebido sob o prisma dos princípios republicanos e não sob o ângulo do *ethos clientelista*, cimentado em fidelidade, privilégio e obediência pessoal.

A emenda constitucional n. 19/98 enunciou a limitação material, mas não a desenvolveu com maior explicitação. Deixou de referir a necessária observância da proporcionalidade entre o número de cargos de provimento em comissão e o número de cargos efetivos nos órgãos públicos. Tampouco explicitou se essa proporcionalidade deve observar o número de cargos criados ou o número de cargos providos, pois seria fácil expediente ilusório criar grande número de cargos efetivos, mas não promover concursos públicos, limitando-se a prover os cargos em comissão. Embora esses limites implicitamente decorram da adoção do concurso público como regra de acesso aos cargos públicos, a ausência de uma explícita referência à proporcionalidade ensejou que em muitos órgãos, ainda hoje, a maior parte do quadro seja formado por agentes investidos precariamente, em cargos de confiança ou de provimento em comissão, muitos dos quais instituídos sem liame fiduciário intrínseco algum com a autoridade política e sem expressar qualquer atribuição objetiva de *liderança pública ou assessoramento superior*⁴⁹.

⁴⁹ Em 2015, a Câmara de Vereadores de Salvador possuía nos seus quadros 908 (novecentos e oito) cargos em comissão e apenas 193 (cento e noventa e três) servidores efetivos. A desproporção foi objeto de censura pelo Tribunal de Contas dos Municípios em mais de um processo (Processos nos 30.846/11, 28.113/14, 11.495/16) e, posteriormente, pelo Ministério Público do Estado da Bahia, em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Não se trata de fato isolado: apenas no Estado da Bahia, em apanhado ainda limitado, também receberam censura por absoluta desproporção no número de cargos de comissão criados as Câmaras Municipais de São Francisco do Conde (processo TCM no 30.071-11), de Lauro de Freitas (processo TCM no 30.294-11) e de Camaçari (processo TCM no 30.945-12). A Procuradora Geral de Justiça do Estado da Bahia tem ingressado com diversas ações diretas de inconstitucionalidade, inclusive sob o enfoque da desproporção manifesta entre o número de cargos de confiança e o número de cargos efetivos na municipalidade. Diversas ações já foram julgadas, todas com provimento do pedido formulado pelo Ministério Público do Estado. Destaco as decisões de mérito proferidas na ADI n 0009646-73.2010.8.05.0000 (Lei Municipal de Ribeira do Pombal), Rel. Des. Rosita Falcão de Almeida Maia, julgada em 13.03.2013, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.o 0013970-72.2011.8.05.0000 (Lei Municipal de Barrocas), Rel. Relator Des. Antonio Pessoa Cardoso, julgada em 15.08.2012. No Supremo Tribunal Federal, destaco o pioneiro pronunciamento da Corte sobre o controle da proporcionalidade na criação de cargos em comissão explicitado no RE 365368 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgada em 22.05.2007, que comentarei adiante, bem como as decisões proferidas na ADI 4125, Rel. Min. Cármen

Embora também tenha avançado ao estabelecer a necessidade de um percentual mínimo de acesso interno aos cargos de provimento em comissão, com vistas a favorecer a nomeação para esses cargos de servidores de carreira ou servidores efetivos, a Emenda Constitucional n. 19/98 também não ofereceu parâmetros para esse mínimo percentual, entregando essa definição ao legislador ordinário que, como esperado, tem-se revelado desinteressado de estabelecer limites à influência da designação política, com raríssimas exceções.

Por outro lado, é equívoco e parece dizer menos do que pretende o enunciado do inciso II do art. 37, da Constituição, com a redação que lhe foi conferido pela Emenda 19/98. Não é apenas o concurso público que deve ser consentâneo com “a natureza e a complexidade do cargo ou emprego”. A investidura em qualquer cargo ou emprego público, de natureza efetiva, de provimento em comissão ou de provimento condicionado ou compartilhado, temporário ou permanente, deve ser consentânea à “natureza e a complexidade do cargo ou emprego”. A discricionariedade no provimento de cargos em comissão ou nos cargos de provimento condicionado ou compartilhado é *discricionariedade estruturada*, delimitada por ritos procedimentais e exigências materiais de avaliação. Demonstrada a falta de preenchimento de requisitos do cargo, inclusive técnicos, a investidura pode ser anulada, sendo frequente indício de nepotismo cruzado ou de erro de apreciação⁵⁰.

Essas insuficiências do texto constitucional reformado são meramente textuais, não normativas: é possível, como dito, extrair do texto constitucional alterado compreensão inovadora, quando o filtramos à luz dos princípios republicanos aplicáveis.

3 LIMITES JURÍDICOS FORMAIS E MATERIAIS ADICIONAIS DE INVOCAÇÃO CABÍVEL: SUGESTÕES LEGISLATIVAS

L'amour de la république, dans une démocratie, est celui de la démocratie; l'amour de la démocratie est celui de l'égalité.⁵¹

As exigências ético-jurídicas e republicanas da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade e motivação podem ser invocadas tanto no controle da criação de cargos quanto no controle da investidura de agentes em cargos efetivos, de provimento vinculado ou de provimento condicionado, e cargos em comissão, de livre nomeação e livre exoneração.

Lúcia, julgado em 10.06.2010, e o RE 1010804 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 30.06.2017.

50 Sobre a evolução do conceito de erro de apreciação, *topos* usual da doutrina francesa e europeia, que evoluiu do erro grosseiro (manifesto) para formas mais complexas e sutis de controle, consulte-se, entre outros: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2012; JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: a Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Malheiros, 2016; SADDY, André. *Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003.

51 MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *De l'esprit des lois*. Paris, [175-].

No plano prático, qual o significado desse entendimento para o debate sobre a legitimidade da criação e provimento de cargos em comissão? Muito já foi dito e explorado pela doutrina e pela jurisprudência, como antecipado: a) cargos em comissão não podem ser criados por decreto; b) atribuições dos cargos em comissão devem estar explicitadas em lei e não delegadas para enunciação em atos administrativos ou normativos infralegais; c) as atribuições legais previstas devem corresponder a funções de direção, chefia e assessoramento; d) as funções dos cargos em comissão, no domínio material referido, devem pressupor vínculo direto de fidúcia especial com a autoridade política; e) o provimento dos cargos comissionados não pode servir a nepotismo próprio ou cruzado; f) as habilidades, competências e aptidões associadas a cargos em comissão não podem atinar com o desempenho usual de tarefas rotineiras, técnicas e administrativas permanentes; g) há cargos de carreira que não podem ser definidos como cargos de assessoramento eventual ou superior por direta previsão constitucional ao concurso público (ex. Advogados Públicos, Procuradores Estaduais e Municipais, Art. 131 e 132, CRFB).

É certo que a classificação dicotômica cargos efetivos/cargos em comissão oculta distinções importantes e uma ampla variedade de situações previstas explicitamente na Constituição. Uma classificação mínima dos cargos públicos quanto à investidura deveria distinguir:

a) *cargos efetivos, de investidura definitiva e provimento vinculado dependente da ordem de classificação em concurso público* (regra geral do art. 37, II, da CRFB);

b) *cargos efetivos, de investidura definitiva e provimento discricionário compartilhado ou condicionado à manifestação de mais de um órgão* (v.g., escolha de desembargadores pelo quinto constitucional; escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, escolha dos membros dos Tribunais de Contas, entre outros);

c) *cargos efetivos, de investidura provisória e mandato fixo, provimento discricionário e compartilhado ou condicionado à manifestação de mais de um órgão* (v.g. escolha do Procurador Geral da República; escolha de diretores de agências reguladoras, entre outros);

d) *cargos comissionados, de investidura provisória e precária, de provimento unilateral, exclusivamente para funções de direção, chefia e assessoramento* (previsão da parte final do Art. 37, II, da CRFB).

Nas hipóteses “a” e “b” os agentes adquirem estabilidade ou vitaliciedade. Na hipótese “c”, adquirem estabilidade provisória ou cumprem mandato fixo, não sendo livremente demissíveis, salvo expressa previsão legal. Na hipótese “d” estão sujeitos à livre nomeação e livre exoneração. Na hipótese “c” nem há livre nomeação, pois esta é compartilhada entre dois órgãos ou condicionada à aprovação de órgão de controle, nem exoneração livre. Na hipótese “b” a nomeação não é vinculada, não há concurso público, mas também não há livre nomeação, mas nomeação condicionada à manifestação de mais de um órgão (v.g., listas tríplexes, aprovação do Senado, nos termos do Art. 52, III). Há repercussão dessa classificação no tema do nepotismo nos cargos públicos e também no debate sobre clientelismo

no serviço público. Na matéria em análise não é possível distinguir apenas entre cargos efetivos/cargos em comissão, como ainda é usual na doutrina brasileira, pois o vício na discricção administrativa pode ocorrer também no provimento de cargos efetivos de provimento discricionário ou compartilhado.

Os cargos efetivos de provimento discricionário, por não terem investidura precedida de processo vinculado e objetivo, podem ensejar situações de desvio de poder tanto em sua criação quanto em seu provimento. O controle de legitimidade constitucional pode ser exercido sob o ângulo da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, publicidade, entre outros parâmetros, embora não se trate propriamente de cargos de provimento em comissão de livre nomeação e exoneração. Recorde-se, por exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal que sustou os efeitos da nomeação, após escolha realizada por votação da Assembleia Legislativa do Paraná, para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Maurício Requião de Mello e Silva, irmão do então Governador do Estado do Paraná, Roberto Requião de Mello e Silva⁵². Por igual, a polêmica e a liminar sustação da posse do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro da Casa Civil da Presidência da República (STF, MS 34.070 e 34.071/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes). Por óbvio, o risco de desvio de poder é maior e o controle público deve ser ainda mais intenso quando se tratar de *cargos de provimento discricionário unilateral*, independentemente da qualificação do cargo como de natureza administrativa ou política.

Na verdade, a categoria “cargos políticos” não é uniforme quanto ao provimento e aos riscos de desvio de poder. Como desenvolvi em trabalho anterior:

Há cargos político-administrativos e cargos político-representativos. Nos primeiros – os cargos político-administrativos – os agentes são investidos por designação unilateral da autoridade superior, o provimento é precário e sem condicionamento procedimental, enquanto nos segundos – os cargos político-representativos – os agentes são investidos por sufrágio, popular ou corporativo (isto é, realizado pelos próprios pares do investido) ou por concurso público, isto é, possuem provimento vinculado ou condicionado, definitivo ou a termo (exercem mandato). São situações completamente distintas, que exigem tratamento jurídico diferenciado. Nos primeiros cabe sempre avaliar a legitimidade da designação por eventual nepotismo ou favorecimento indevido, isto é, cabem sempre as restrições antinepotismo ou repressoras do desvio de poder (ex. cargos de Ministros de Estado, secretários estaduais e municipais); nos demais, por definição, nunca cabe cogitar de nepotismo ou desvio de poder, quando se tratar de provimento vinculado (nomeados por concurso público ou eleitos por sufrágio direto) ou pode caber apenas de forma residual quando se entregar à autoridade o exercício de discricionabilidade reduzida em decisão final de processo de provimento condicionado (escolha discricionária de

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 6702. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 04.03.2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 30 abr. 2009.

agente a partir de lista de candidatos formada originalmente por outros órgãos ou quando se tratar de designação de agentes sujeita à aprovação por órgão diverso).⁵³

Pode-se arguir que o ato de nomear alguém para cargo político-administrativo é, em si, também ato político, e supor que este fato deve inibir o controle jurisdicional. Trata-se de equívoco preso a tempos superados: é firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal na admissão da “possibilidade de controle jurisdicional dos atos de caráter político, sempre que suscitada questão de índole constitucional”⁵⁴. Outro argumento ilusório é recusar a aplicação do desvio de poder para situações que envolvam a intervenção de diversos órgãos, quando se sabe que uma das modalidades clássicas de desvio de poder é o conluio entre autoridades e órgãos distintos para o fim de implementar ato com aparências de legalidade, mas viciado em sua finalidade oculta. Defendo, portanto, que se aplique integralmente a Súmula Vinculante 13 do STF para o provimento de cargos em comissão (em sentido estrito) e para o provimento de cargos político-administrativos, excluídos apenas da incidência da súmula os cargos efetivos de provimento vinculado, de acesso após concurso público, e os cargos político-representativos, de acesso por sufrágio direto, formas de provimento vinculado em que não há – ao menos em princípio – risco de desvio de poder ou perversão da finalidade administrativa.

O provimento unilateral discricionário de cargo público administrativo somente se legitima quando a autoridade avalia concretamente as reais habilidades e competências exigidas do candidato a ascender às funções de direção, chefia e assessoramento nos órgãos públicos. Incide em omissão lesiva ao interesse público e erro de apreciação a autoridade que descuida dessa avaliação concreta e favorece candidatos sem a devida qualificação técnica e a idoneidade moral exigida, considerado apenas o critério da origem familiar ou da procedência partidária. A importância da adequada composição dos quadros de elite do serviço público em uma sociedade hipercomplexa não pode tolerar esse grave desvio cognitivo e essa arrematada improvisação administrativa. O nepotismo e o clientelismo desestimulam os servidores de carreira, favorecem a ineficiência e fragilizam os instrumentos de controle. O despreparo da elite administrativa dirigente afeta a qualidade do serviço público, a eficiência na gestão e, conseqüentemente, o resultado da atividade administrativa, acarretando graves danos aos cidadãos.

Não se diga com inteligência pedestre que ao administrador foi autorizado a proceder com ampla liberdade no provimento de cargos em comissão. Celso Antonio Bandeira de Mello, em clássica lição, diferenciava a *discrção na norma* e

53 Cf. MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo et al. (Org.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 260-298.

54 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 2641. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 18 dez. 2009.

a *discrição no caso concreto*. Para o mestre paulista, a existência de discricionariedade ao nível da norma não significa que no plano concreto a discrição admita alternativas decisórias com a idêntica amplitude. Em fórmula de síntese, escreveu que “a discrição suposta na regra de Direito é condição necessária, mas não suficiente, para que exista discrição no caso concreto; vale dizer, na lei se instaura a possibilidade da discrição, mas não uma certeza de que existirá em todo e qualquer caso abrangido pela dicção da regra”⁵⁵. Diante de alguém inapto ou impedido para o exercício das funções não resta decisão legítima senão recusar a nomeação. Não remanesce discricionariedade. Em concreto semelhante investidura caracterizaria vício. Ora, vícios de discricionariedade administrativa são vícios de ponderação ou de ausência de ponderação. A competência discricionária impõe o dever de avaliação séria, racional e equitativa entre interesses, valores e resultados previsíveis da decisão jurídico-administrativa e não pode ser manejada sem a consideração de premissas empíricas e de premissas jurídicas que delimitam a esfera legítima de seu exercício. Entre as premissas jurídicas necessárias ao exercício de qualquer competência administrativa discricionária estão os princípios republicanos da administração pública. Eles não autorizam a decisão arbitrária, que adote finalidade diversa da prevista no ordenamento jurídico ou com ele desconforme. Por certo, a decisão administrativa arbitrária ocorre em concreto e apenas em concreto. Decisões arbitrárias ou ilegítimas, por ausência de ponderação, deficiência de ponderação ou incorporação de elementos estranhos à ponderação prevista na norma de competência – nas modalidades desvio positivo ou negativo de ponderação, no dizer preciso de David Duarte⁵⁶. Por isso afirmei, em trabalho anterior, que o desvio de poder administrativo é “violação contextual da lei”⁵⁷.

Mas há também o desvio de poder legislativo, infração parcialmente semelhante ao desvio de poder administrativo. O desvio de poder legislativo ocorre quando o legislador viola objetivamente a finalidade inerente à habilitação competencial que recebeu da Constituição, ainda quando aparente cumpri-la. Essa violação é perceptível quando se traduz em lei irracional, desarrazoada ou desproporcional. Embora esses sejam conceitos com acentuada ambiguidade doutrinária, podem e devem ser empregados com clareza analítica como exigências distintas e cumulativas. A racionalidade exige o respeito a elementos estruturais de consistência lógica, coerência semântica e axiológica, generalidade adequada e um mínimo de suporte normativo e empírico das disposições enunciadas na lei. A razoabilidade é a idoneidade e o equilíbrio exigido da finalidade normativa assumida pela lei ou implicitamente atendida por seus comandos. A proporcionalidade, por sua vez, a exigência de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

55 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 995.

56 DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 454-466.

57 MODESTO, Paulo. Desvio de Poder no Provimento Discricionário de Cargos Públicos. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 14, n. 54, p. 35-49, jul./set. 2016a. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/paulo-modesto/desvio-de-poder-no-provimento-discricionario-de-cargos-publicos>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

dos meios, da forma e das consequências jurídicas derivadas do diploma legal. O escrutínio judicial da legitimidade da lei serve-se de todos esses filtros ou testes normativos em doses variadas e conforme a matéria na busca de interditar a arbitrariedade e realizar positivamente o desiderato constitucional⁵⁸.

Em sede de controle abstrato da validade das leis que criam cargos em comissão, esses elementos de controle da discricionariedade do legislador têm aplicação direta. Normas legais que criam cargos em comissão para funções técnicas rotineiras, assessoria comum e sem necessário vínculo de fidúcia com o exercente da autoridade, funções de direção e chefia sem corpo funcional para ser dirigido ou chefiado, traduzem claramente leis que sequer atendem a exigências de racionalidade normativa mínima, uma vez que violam às escâncaras a norma constitucional habilitante, que exige funções fiduciais de direção, chefia e assessoramento para legitimar a exceção ao concurso público como direito fundamental de todos ao acesso equitativo e igualitário aos cargos públicos. Ultrapassado esse filtro, o controlador pode avaliar ainda se o legislador ordinário, embora no curso da criação de cargos atinentes a funções de fidúcia especial e campo material próprio, atende a exigências de adequação (idoneidade do meio escolhido para satisfazer a fim constitucional legítimo), necessidade (adota medida menos gravosa ao direito fundamental restringido) e proporcionalidade em sentido estrito (obtem resultado benéfico superior aos malefícios ou restrições provocados por sua intervenção). Nessa tríplice avaliação, normas legais que multiplicam cargos de confiança e promovem desequilíbrio entre o número de cargos efetivos e cargos de direção e assessoramento superior, promovendo instabilidade do corpo funcional, grave prejuízo à eficiência da atividade administrativa, perda de memória dos órgãos atingidos e custos agravados para a despesa pública, podem merecer censura judicial, por eventualmente transformarem a exceção em regra, o excepcional em ordinário, ao elevar a patamar excessivo a transitoriedade do corpo funcional de órgãos e entidades. São comportamentos que podem revelar finalidade clientelista e não finalidade de armar a administração de elite dirigente capaz de favorecer a eficiência e a eficácia da gestão pública.

58 A economia do texto exige fórmulas de síntese básicas, tributárias de múltiplas abordagens sobre os conceitos de racionalidade normativa, razoabilidade e proporcionalidade. Difícil precisar as suas fontes diretas depois de sucessivas leituras do rico instrumental analítico produzido nos últimos anos. Na temática aludida, recomenda-se consultar, pelo caráter didático ou de fácil acesso, conquanto divergentes em muitos aspectos, os trabalhos de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2015; LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017; SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014; PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas Rosa Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013; PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010; ALEXÝ, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981; JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark (Ed.). *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. New York: Cambridge University Press, 2017; CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo dos Atos Legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017; QUEIROZ, Cristina. *Justiça Constitucional*. Lisboa: Petrony Editora, 2017; SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

Pouco importa se o administrador ou o legislador visaram bons propósitos quando praticaram a infração finalística da norma de competência. O vício do desvio de finalidade é objetivo⁵⁹.

Do exposto, resumido aqui ao máximo, colhem-se novas perspectivas para o controle da criação legal de cargos em comissão e para o controle do provimento abusivo de cargos em comissão. Trata-se de abordagem que não analisa apenas a compatibilidade do cargo criado com a esfera material objetiva de funções reservada ao legislador pelo Art. 37, V, da Constituição da República, mas a racionalidade, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da própria intervenção legislativa e, subseqüentemente, do provimento administrativo do cargo criado, recorrendo-se não apenas a uma análise de aspectos formais como também de aspectos materiais da decisão jurídica.

Nos Tribunais essa nova perspectiva de controle já conta com precedentes, que merecem registro e desenvolvimento ulterior. Identifico três linhas de resposta inovadora ao clientelismo administrativo realizado através do controle judicial sobre a criação e provimento de cargos em comissão:

a) admissão de ação direta de inconstitucionalidade por omissão contra inércia do legislador na edição de lei reguladora dos percentuais mínimos de reserva dos cargos comissionados para provimento por servidores de carreira, às vezes com fixação de percentual judicial ante omissão reiterada do legislador;

b) invalidação, por inconstitucionalidade, de leis de criação de cargos em número desproporcional ao quadro de cargos efetivos da unidade política ou órgão;

c) desconstituição de investidura de agente sem qualificação técnica mínima ou idoneidade moral para o exercício de função de direção ou assessoramento superior na administração pública.

Cada uma das referidas medidas exigiria um artigo específico. Sob a ditadura do espaço, resumo apenas o essencial sobre cada uma delas e invoco breve exemplo concreto.

A primeira tem sido explorada em sucessivas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁶⁰. Na ausência de fixação legal competente o Tribunal tem adotado o percentual mínimo de 50% das vagas como de reserva

59 Celso Antônio Bandeira de Mello, de modo preciso, ensina: “No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado, diverso daquele ao qual teria de aportar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento de poder, pois o Poder Público, como de outra feita averbamos, falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o sentido da norma aplicada, como o objetivo prezável e atingível pelo ato. Trata-se, pois, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p.1012.

60 Entre dezenas de processos, cabe referir alguns mais recentes: ADI por Omissão nº 2053959-56.2017.8.26.0000, Rel. Des. Péricles Piza. Julgado em 30.08.2017; ADI por Omissão nº 2053940-50.2017.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Passos, julgado em 31.03.2017; ADI por Omissão nº 2053802-83.2017.8.26.0000, Relator Des. Xavier de Aquino, Julgado em 09.08.2017, ADI por Omissão nº 20538963120178260000, Rel. Des. Amorim Cantuária, julgamento 16 de Agosto de 2017.

necessária para servidores de carreira⁶¹. Essa orientação é uniforme em todas as últimas decisões da corte.

A segunda medida encontrou aplicação em diversos Tribunais estaduais e no próprio STF. A declaração de inconstitucionalidade de leis que criam quantidades excessivas e desproporcionais de cargos comissionados em relação ao número de cargos de provimento efetivo no órgão ou no ente federado ganhou atenção após a pioneira decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental do RE 365368, julgada em 2007, Relator Min. Ricardo Lewandowski. A decisão recebeu a seguinte ementa:

EMENTA: AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I - Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II - *Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local.* III - Agravo improvido.⁶²

O acórdão referido tocou em ponto sensível, surpreendendo a incongruência de quadros de pessoal constituídos amplamente por servidores transitórios e instáveis. A prevalência de um corpo funcional instável e temporário ofende a racionalidade do sistema administrativo, pois converte a exceção em regra por simples ausência de parâmetro numérico ou quantitativo preciso. O concurso público passa a ser ocorrência episódica; a nomeação discricionária, a regra. Há quadros de pessoal hoje, em diversos órgãos estaduais e municipais, compostos por 80 a 90% de servidores comissionados. A desproporção na matéria, se não for reprimida, converte as garantias constitucionais dos servidores de carreira em verdadeiro castelo de areia.

Compreendo que o sistema constitucional exige situação oposta e que constitui fraude ao regime constitucional dos agentes administrativos e burla ao concurso

61 A orientação, seguida por todos os precedentes referidos, pode também ser confirmada em recente decisão: “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. AÇÃO PROCEDENTE. Artigo 115, inciso V, da Constituição Estadual, norma de eficácia limitada, já que a previsão constitucional é de que a lei preveja as condições e percentuais mínimos para que os cargos em comissão, destinados às atribuições de direção, assessoramento e chefia, sejam preenchidos por servidores de carreira. Ausência de norma municipal que discipline o conteúdo determinado pela norma constitucional e que se aplique a todos os servidores municipais – do Poder Executivo e da Câmara Municipal –, havendo omissão a ser declarada. Não tendo, pois, o Poder Executivo e o Poder Legislativo de Itapira, após mais de 10 anos da edição da Emenda nº 21/2006, se desincumbido de sua obrigatoriedade de disciplinar o artigo 115, inciso V, da Constituição Estadual, prevendo o percentual mínimo de cargos em comissão a serem providos exclusivamente por servidores ocupantes de cargos efetivos, deve ser declarada a mora legislativa, devendo ser fixado prazo de 180 dias, da data do julgamento desta ação, para que seja superada tal lacuna, nos termos do artigo 12-H, caput, e § 1º, da Lei 12.063/09. Caso superado o prazo fixado e os Poderes competentes permaneçam inertes, fixa-se o percentual mínimo de 50% para preenchimento dos cargos em comissão por servidores públicos efetivos, tudo com base em remansoso entendimento deste Órgão Especial. (TJSP, Proc. 2152267-30.2017.8.26.0000, ADI, Rel. Des. ALEX ZILENOVSKI, Órgão Especial, Data do julgamento: 13/12/2017, Data de publicação: 14/12/2017, Data de registro: 14/12/2017)

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 365368. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22.05.2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 jun. 2007.

público a predominância acentuada de cargos em comissão no quadro de pessoal dos órgãos públicos. Salvo em situações excepcionais de órgãos temporários, criados para atividades especiais de direção e coordenação de outros órgãos⁶³, é intuitivo que o número de servidores efetivos deve ser superior aos comissionados transitórios para que a memória administrativa seja preservada, práticas sejam institucionalizadas e funções de direção, chefia e assessoramento superior possam ter sentido real sobre o corpo funcional tendente à permanência. É um *non sense* jurídico a aceitação como algo ordinário da preponderância de cargos de direção sem dirigidos, chefes sem chefiados, assessores que decidem sozinhos sobre os mais diversos assuntos de órgãos públicos permanentes.

A desproporção como burla também foi reconhecida expressamente pelo STF na decisão da ADI 4125/TO, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10-6-2010, P, DJE de 15-2-2011, referida anteriormente, que criou milhares de cargos de provimento em comissão.⁶⁴

É certo que a temática merece maior aprofundamento. Do mesmo modo que não basta exigir certo percentual abstrato de cargos comissionados reservados a servidores de carreira, admitindo simples equilíbrio mínimo, sem considerar diferentes escalas hierárquicas, também a desproporção não deve considerar apenas os cargos criados, mas os efetivamente providos, evitando o expediente de contabilidade criativa de criar cargos efetivos por lei e não os prover mediante concurso público, cuidando de investir servidores apenas em cargos de confiança, mantendo o desequilíbrio real. É preciso diferenciar níveis e estabelecer proporção entre cargos efetivamente providos e não apenas percentuais abstratos de cargos.

Deve ser denunciada e controlada a omissão do legislador ordinário na fixação:

(a) de uma proporção de cargos de provimento em comissão e cargos efetivos, inclusive diferenciação entre níveis na escala decisória (é aceitável maior número de *outsiders* nos níveis mais elevados e maior número de *insiders* nos níveis mais baixos da escala hierárquica);

(b) de um detalhamento adequado do nível de escolaridade e formação técnica necessária para cargos de chefia, direção e assessoramento, cujo perfil, diante das elevadas atribuições que devem exercer, exige qualificação incomum e preparação técnica suficiente para as funções a desempenhar.

A segunda forma de omissão legal, atinente as exigências de escolaridade e preparo técnico exigíveis dos agentes em cargos de provimento em comissão, também tem desafiado o controle jurisdicional. Em sede de controle sobre a le-

63 É o caso dos cargos criados pela Medida Provisória 826/2018, que criou 67 cargos de apoio ao gabinete de intervenção federal no Rio de Janeiro. A MP criou o cargo de interventor federal, 2 cargos DAS-6, 15 cargos DAS-5, 6 cargos DAS-3 e 28 funções comissionadas do Poder Executivo (FCPEs).

64 “[...] O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade. 4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. [...]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4125. Relator: Min. Cármen Lúcia, julgado em 10.06.2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 15 fev. 2011.

gitimidade da nomeação de agentes para cargos político-administrativos, mesmo adotando concepção casuística e ainda limitada, o STF tem considerado o despreparo técnico do nomeado fator caracterizador de nepotismo vedado⁶⁵. Em alguns casos, a ausência de “justificativa de natureza profissional, curricular ou técnica para a nomeação do parente ao cargo de secretário” tem sido considerada elemento indiciário suficiente do abuso no exercício da discricção administrativa, de modo a autorizar o afastamento cautelar de agente nomeado por parente em cargo político⁶⁶.

A exigência de nível superior para os designados a funções de direção, chefia e assessoramento também tem recebido atenção legislativa recente, inclusive de alteração do texto constitucional⁶⁷.

O novo estatuto das empresas estatais, Lei 13.303/2016, também nominado de “Lei de Responsabilidade das Estatais” ou apenas “Lei das Estatais”, é claro ao exigir da alta administração das empresas estatais:

a) requisitos cumulativos de

(1) reputação ilibada;

(2) notório conhecimento e tempo de experiência profissional⁶⁸;

65 “[...] A desconstituição de ato de nomeação para cargos políticos com fundamento na vedação da prática de nepotismo deve ser tomada no caso concreto, perante autoridade competente para proceder à análise das circunstâncias fáticas referentes à aptidão técnica do agente político, com a instauração do devido processo legal e a observância dos postulados da ampla defesa e do contraditório, o que é inviável na via da reclamatória, sob pena de se subverter a natureza estrita da competência originária do STF - a qual está fixada, em numerus clausus, no rol do art. 102, inciso I, da Constituição Federal (vide Pet nº 1.738/MG-AgR, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ de 1º/9/99), exigindo-se, para conhecimento da reclamação, a aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo do paradigma. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 27944. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 07.11.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 17 nov. 2017).

66 É neste sentido o pronunciamento do Min. Joaquim Barbosa, na Rcl 12.478-MC/DF, que considerou sem “justificativa de natureza profissional, curricular ou técnica” a nomeação de agente ao cargo de Secretário Municipal de Educação: “Assim, em linha com o afirmado pelo reclamante, tenho que os acórdãos proferidos por este Supremo Tribunal Federal no RE 579.951 e na medida cautelar na Rcl 6.650 não podem ser considerados representativos da jurisprudência desta Corte e tampouco podem ser tomados como reconhecimento definitivo da exceção à súmula vinculante 13 pretendida pelo município reclamado. Bem vistas as coisas, o fato é que a redação do verbete não prevê a exceção mencionada e esta, se vier a ser reconhecida, dependerá da avaliação colegiada da situação concreta descrita nos autos, não cabendo ao relator antecipar-se em conclusão contrária ao previsto na redação da súmula, ainda mais quando baseada em julgamento proferido em medida liminar. Registro, ainda, que a apreciação indiciária dos fatos relatados, própria do juízo cautelar, leva a conclusão desfavorável ao reclamado. É que não há, em passagem alguma das informações prestadas pelo município, qualquer justificativa de natureza profissional, curricular ou técnica para a nomeação do parente ao cargo de secretário municipal de educação. Tudo indica, portanto, que a nomeação impugnada não recaiu sobre reconhecido profissional da área da educação que, por acaso, era parente do prefeito, mas, pelo contrário, incidiu sobre parente do prefeito que, por essa exclusiva razão, foi escolhido para integrar o secretariado municipal. [...] Ante o exposto, defiro a cautelar pleiteada pelo reclamante para determinar o afastamento de Lenine Rodrigues Lima do cargo de secretário estadual de educação do município de Queimados, até o julgamento final da presente reclamação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 12478. Relator: Min. Joaquim Barbosa, julgado em 03.11.2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 8 nov. 2011).

67 Na Câmara dos Deputados, em 26/08/2015, o deputado Irajá Abreu (PSD/TO) apresentou a PEC 119/2015, destinada a inserir § 13 ao art. 37 da Constituição Federal, a fim de estabelecer a exigência da conclusão de curso de graduação (nível superior) para o exercício das funções de confiança e os cargos em comissão que se destinam às atribuições de direção e chefia dos Poderes Executivo e Legislativo. A proposta foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em 6.12.2017, mas até o momento não foi constituída a Comissão Especial para continuidade da tramitação da Proposta. No Senado, tramita a PEC 110, proposta em 13/08/2015 pelo Senador Aécio Neves (PSDB/MG), destinada a alterar a Constituição Federal e estabelecer limite máximo de 1/10 para o quantitativo de cargos em comissão em face dos cargos efetivos de cada órgão e reserva do percentual mínimo de 50% dos cargos em comissão para ocupantes de cargo efetivo, porém ressalva de ambos os limites os cargos de assessoramento direto a detentores de mandato eletivo, Ministros de Estado, Secretários de Estado e Secretários Municipais. Estabelece ainda que o provimento dos cargos em comissão e funções de confiança será precedido de processo seletivo público.

68 A experiência profissional é demonstrada quando satisfeito, alternativamente, o requisito de (a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexa àquela para a qual foram indicados em função de direção superior; (b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa; cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público ou cargo de docente ou de pesquisador em

(3) formação acadêmica compatível com o cargo; e
(4) ausência de hipótese de inelegibilidade prevista em lei para a assunção de cargos no Conselho de Administração e de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor presidente de empresas estatais (Art. 17).

b) veda-se ainda a indicação para o Conselho de Administração e para a diretoria:

1- de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo, incluídos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau dos agentes mencionados;

2- de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

3- de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

4- de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação; e

5- de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

Por fim, segundo a Lei 13.303/2016, os administradores eleitos devem participar, na posse e anualmente, de treinamentos específicos sobre legislação societária e de mercado de capitais, divulgação de informações, controle interno, código de conduta, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), e demais temas relacionados às atividades da empresa pública ou da sociedade de economia mista. (Art. 17, § 4º).

Pergunta-se: há cabimento em continuar a sustentar que os dirigentes das empresas estatais sejam selecionados com as restrições e cautelas referidas e os seus supervisores, na administração direta, sejam escolhidos sem exigência de qualquer grau de escolaridade e capacitação técnica? A resposta deve ser

áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista e, por fim, (c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista. (Art. 17, I, Lei 13.303/2016).

designadamente negativa⁶⁹. Mesmo na administração direta, e em face dos ocupantes de cargos públicos e não de empregos, se a lei exige que até o Presidente de Comissão processante tenha nível de escolaridade superior ou equivalente ao servidor investigado (como ocorre na União, Art. 149 da Lei 8112/90), como aceitar que o dirigente maior, que decidirá pela instauração da comissão processante possa ostentar escolaridade inferior ao do servidor investigado? O disparate da criação de cargos de direção, chefia e assessoramento de nível médio ou fundamental na administração direta ou a investidura de agentes de nível médio ou fundamental em cargos de comissão no silêncio da lei parece evidente em termos sistêmicos.

Na doutrina, embora predomine o silêncio sobre a matéria, estudiosos têm cobrado maior rigor no *controle da qualificação dos nomeados para cargos em comissão*. Rita Tourinho, por exemplo, destaca que “o comissionamento em cargo público deve ser pautado na qualificação profissional do comissionado, ou seja, no merecimento que apresenta para o desempenho da função pública e não em qualificação patronímica, como continua a ocorrer nos dias atuais”⁷⁰. Marçal Justen Filho convoca, na matéria, a própria evolução do conceito jurídico de discricionariedade:

A aplicação das teses mais recentes acerca da discricionariedade conduz à reprovação de atos de investidura em cargos em comissão fundados na pura e simples preferência subjetiva do governante. Seria possível reconhecer como válida a decisão de nomear um sujeito simplesmente por compartilhar o mesmo partido político? Pode-se reputar como compatível com o sistema constitucional vigente a concepção de que um cargo em confiança possa vir a ser ocupado por um sujeito destituído de qualquer predicado objetivo? É possível nomear para cargo em comissão um parente, se destituído de qualquer habilitação, capacitação ou virtude necessárias ao desempenho da função pública? A resposta apenas pode ser negativa.⁷¹

Cargo em comissão é aquele que pressupõe do titular a confiança ou a fidelidade da autoridade. Mas é também aquele que exige qualificação especial de seus titulares para que se legitime, em termos constitucionais, como exceção justificada à regra do concurso público e forma adequada de melhor desempenho de funções estatais. A investidura nos cargos em comissão é precária, mas a designação deve ser materialmente fundada e não simplesmente arbitrária.

Por isso, sugere-se, ao legislador ordinário, entre outras medidas:

1- a fixação objetiva de percentuais máximos para o quantitativo de cargos de provimento em comissão em face do total de cargos efetivos em cada órgão ou entidade administrativa permanente;

69 Em sentido contrário, considerando caber unicamente à lei estabelecer ou não requisito de escolaridade, cf. CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão: algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF. In: PEREIRA, F. H. et al. (Org.). *O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ*: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 361.

70 TOURINHO, Rita. *Concurso público no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 28.

71 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 956.

2- a definição de limites mínimos precisos de investidura obrigatória de servidores de carreira em cargos de provimento em comissão, admitindo-se ampliação progressiva dos cargos de acesso externo na medida da elevação da escala hierárquica;

3- transformação dos cargos comissionados de nível mais elementar em funções de confiança, pois escassa ou ausente a especial fidúcia que todo cargo de provimento em comissão deve ostentar;

4- a generalização das cautelas quanto a conflitos de interesses e de exigências de qualificação técnica e profissional para os cargos em comissão, em cada unidade da Federação, utilizando-se como base de inspiração as normas constantes da Nova Lei das Estatais (Lei 13.303/2016);

5- vedação completa do chamado 'dízimo partidário', contribuição percentual realizada por nomeados para cargos em comissão sobre o valor de seus vencimentos em favor da agremiação política a que se vinculam, laço econômico de evidente cariz patrimonial, que apenas incentiva o loteamento dos cargos comissionados e o contínuo aumento de seu número ou de sua remuneração;

6- tipificação como crime de peculato a utilização de servidor comissionado para atividade privada, hoje conduta penal atípica, salvo para Prefeitos Municipais, pois, em relação a estes, existe previsão em lei, que torna punível a conduta do Chefe do Executivo local que se utiliza, "indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos" (Decreto-lei nº 201/67, art. 1º, II, "in fine");

7- criação de banco de talentos e de ações permanentes de identificação, formação e capacitação de agentes públicos vocacionados ao exercício de liderança ou ao assessoramento superior, à luz de critérios de gestão por competência e validação de competências declaradas;

8- nos projetos de lei de criação dos cargos de provimento em comissão, requerer o detalhamento das habilidades, conhecimentos e atitudes exigidas de seus futuros titulares e não apenas a enunciação abstrata de funções de direção, chefia e assessoramento;

9- adoção de processos de seleção simplificados nos níveis intermediários, que assegurem o respeito ao princípio da impessoalidade e valorizem o banco de talentos disponível em cada órgão, sem embargo de seu possível afastamento para ingresso de candidatos externos de especial qualificação, à luz de perfis de competência previamente conhecidos;

10- a vedação ao nepotismo, independentemente do caráter político ou administrativo do cargo de provimento em comissão, sempre que a designação resultar do exercício de competência discricionária e não de processo de escolha vinculado (concurso público ou eleição direta).

Essas medidas podem ser estabelecidas por lei de iniciativa parlamentar, sem violar a iniciativa reservada do Poder Executivo para leis sobre regime jurídico dos servidores públicos (Art. 61, § 1º, II, c, da CRF88). Fixar percentuais máximos de cargos comissionados em face do total de cargos efetivos e percentuais mínimos

de cargos de confiança de acesso restrito ou privativos de servidores de carreira, além de exigências de escolaridade, qualificação técnica ou certificação ocupacional prévia, é dispor sobre o direito fundamental de igualitário acesso a cargos públicos e sobre exigências derivadas dos princípios da administração pública. Não por acaso, os Tribunais têm chancelado como constitucionais normas legais de iniciativa parlamentar que disciplinam a vedação ao nepotismo em cargos de provimento em comissão ou que regulam as condições de acesso aos cargos públicos. Nessa linha, dispor sobre as condições de acesso aos cargos é dispor sobre “momento anterior” à disciplina do regime dos servidores públicos, pois significa dispor sobre “condição para se chegar à investidura em cargo público” e não sobre a relação jurídica funcional dos agentes investidos em cargo face à Administração Pública. Foi essa a fundamentação adotada, de forma sutil e pioneira, pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2672-ES⁷².

Curiosamente, algumas das medidas sugeridas, aparentemente de difícil implementação, nada mais são do que a concretização do quanto estabelecido no art. 94 do Decreto-Lei nº 200, de 1967:

Art. 94. O Poder Executivo promoverá a revisão da legislação e das normas regulamentares relativas ao pessoal do Serviço Público Civil, com o objetivo de ajustá-las aos seguintes princípios: [...]

V - Constituição de quadros dirigentes, mediante formação e aperfeiçoamento de administradores capacitados a garantir a qualidade, produtividade e continuidade da ação governamental, em consonância com critérios éticos especialmente estabelecidos.

VI - Retribuição baseada na classificação das funções a desempenhar, levando-se em conta o nível educacional exigido pelos deveres e responsabilidade do cargo, a experiência que o exercício deste requer, a satisfação de outros requisitos que se reputarem essenciais ao seu desempenho e às condições do mercado de trabalho.

[...]

XI - Instituição, pelo Poder Executivo, de reconhecimento do mérito aos servidores que contribuam com sugestões, planos e projetos não elaborados em decorrência do exercício de suas funções e dos quais possam resultar aumento de produtividade e redução dos custos operacionais da administração.⁷³

72 “CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 6.663, DE 26 DE ABRIL DE 2001, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. O diploma normativo em causa, que estabelece isenção do pagamento de taxa de concurso público, não versa sobre matéria relativa a servidores públicos (§ 1º do art. 61 da CF/88). Dispõe, isto sim, sobre condição para se chegar à investidura em cargo público, que é um momento anterior ao da caracterização do candidato como servidor público. Inconstitucionalidade formal não configurada. [...] Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2672. Relator: Min. Ellen Gracie, julgado em 22.06.2006. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 10 nov. 2006). Confirma também BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2225. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 21.08.2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 out. 2014.

73 BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 fev. 1967.

Como bem assinala Adilson Abreu Dallari, “a garantia da acessibilidade ao serviço público é um direito fundamental do cidadão”, direito ancorado “a partir do próprio art. 1º da Constituição Federal, que consagra o princípio republicano, o qual não admite castas ou classes de cidadãos”⁷⁴.

Não por coincidência, trata-se de direito fundamental consagrado solenemente na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948: “Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país” (Artigo 21, 2)⁷⁵.

4 CONCLUSÃO

Superar, do latim *superare*, tanto pode significar vencer, subjugar, quanto assumir qualidade superior em juízo de comparação ou ainda ultrapassar obstáculo ou dificuldade.

Ao olhar para o retrovisor da história, analisando práticas concretas e reações judiciais a práticas arraigadas na administração pública, contata-se que o controle judicial do clientelismo foi ampliado nesses trinta anos de vigência da Constituição da República de 1988 nos tribunais e começa a ser objeto de atenção direta do legislador.

Foram os Tribunais, sobretudo o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça dos Estados, quase sempre em sede de controle concentrado de constitucionalidade e, em menor dimensão, nas ações de improbidade e ações populares, que assumiram a tarefa de reagir inicialmente à proliferação de cargos de provimento em comissão e a nomeações espúrias envolvendo parentes e pessoas desqualificadas tecnicamente para assumir postos de liderança administrativa e assessoramento superior da Administração Pública. Papel de relevo também foi desempenhado pelo Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público.

Mas o clientelismo não foi vencido ou subjogado. No nosso tempo histórico, caracterizado pelo incremento da complexidade material e estrutural da Administração Pública, ainda são frequentes os pactos de mediocridade e os pactos de interesse, que utilizam os cargos administrativos como moeda de troca em acordos políticos. Apenas em alguns segmentos, como as estatais, depois de monumentais episódios de corrupção, passou-se a exigir para os indicados a empregos de confiança (a) tempo mínimo de função ou efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos demandados pelo cargo; (b) análise de conflito de interesses e avaliação de riscos da nomeação pela administração pública; (c) análise dos indicados por comitê de seleção e outras cautelas referidas neste trabalho.

O importante para superar em alguma medida o problema é compreender o fenômeno do *clientelismo persistente* em suas mais variadas manifestações, sem simplificações excessivas, e indicar caminhos de resposta e de contestação

74 DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da Isonomia e Concursos Públicos. In: MOTTA, Fabrício (Org.). *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 91-92.

75 NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [Paris], 1948.

judicial cabíveis. Outro vetor é aumentar os custos políticos e administrativos da aposta no clientelismo e reduzir os incentivos à sua reprodução. Fenômenos como o dízimo partidário dos ocupantes de cargos comissionados, cujos titulares sejam indicados por vínculos de filiação partidária, não devem ser admitidos nem facilitados administrativamente, pois apenas estimulam o loteamento do Estado e a contínua criação de cargos de provimento em comissão, base para ampliação direta da receita dos Partidos Políticos. O peculato-desvio também deve ser melhor disciplinado e reprimido. Processos seletivos para cargos de provimento em comissão, ou de prévia formação de quadros certificados de servidores ou indivíduos elegíveis para determinados cargos, podem contribuir também para reduzir situações de descompasso técnico grave entre agentes de direção e agentes dirigidos.

Podemos ser otimistas com alguns avanços institucionais dos últimos anos, mas não podemos ser passivos ou ingênuos. Não devemos tolerar a criação de cargos públicos sem finalidade pública ou o provimento de cargos realizada de forma indiferente aos princípios gerais da Administração Pública. Quem sofre de modo imediato com o loteamento patrimonial e clientelista do Estado não é a classe média, ou os mais privilegiados, mas os que precisam de serviços públicos essenciais e que suportam em cada produto comprado o peso do custo do Estado. Não se trata de uma questão moral, porém de uma imposição jurídica. É manifesta a violação ao princípio da eficiência e à moralidade administrativa da investidura de agente sem preparo ou habilitação técnica para exercer funções de direção, chefia e assessoramento ou a aceitação de requisitos de qualificação ou escolaridade incompatíveis com a natureza e complexidade das funções do cargo público. Infringe o princípio da razoabilidade das leis a criação arbitrária de cargos em comissão em número superior ao de cargos efetivos ou em percentual que possa comprometer a estabilidade institucional da Administração Pública ou sua atuação profissional e permanente. Velar pela redução das múltiplas formas de apropriação do Estado por exercentes transitórios do Poder é obrigação republicana, de ontem, de hoje e provavelmente continuará a ser tarefa urgente e mobilizadora no futuro. (Salvador, 03.07.2018).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

AMARAL, Maria Lucia. *A Forma da República*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 127.

ASSUNÇÃO, Dinarte. Nomeações secretas da ALRN aguardam desfecho no STJ. *No minuto*, Natal, 21 maio 2012.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

AVELINO FILHO, George. Clientelismo e Política no Brasil: revisitando velhos problemas. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 38, p. 225-240, março 1994.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BAHIA. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0005085-69.2011.8.05.0000. Relator: Des. Jefferson Alves de Assis. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 22 maio 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0005257-35.2016.8.05.0000. Relator: Des. Julio Cezar Lemos Travessa. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 8 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0009646-73.2010.8.05.0000. Relator: Des. Rosita Falcão de Almeida Maia. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 13 mar. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0013209-75.2010. Relator: Des. Clésio Rômulo Carrilho Rosa. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 5 set. 2012.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0013970-72.2011.8.05.0000. Relator: Des. Antonio Pessoa Cardoso. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 15 ago. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0021971-75.2013.8.05.0000. Relator: Des. Luiz Fernando Lima. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 9 jul. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0316698-76.2012.8.05.0000. Relator: Des. Silvia Carneiro Santos Zarif. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 18 fev. 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 13543-6/2007. Relator: Des. Paulo Furtado. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 24 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0000446-18.2013.8.05.0265. Relator: Des. José Cícero Landin Neto. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, Salvador, 10 fev. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 fev. 1967.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1 fev. 1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento na Petição nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1312949. Relator: Min. Sérgio Kukina, julgado em 14.09.2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 21 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento na Petição no Recurso Especial nº 1389967. Relator: Min. Benedito Gonçalves. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 12 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 37445. Relator: Min. Herman Benjamin. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 5 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0363. Relator: Min. Sidney Sanches, julgado em 15.02.1996. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 3 maio 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1030. Relator: Min. Carlos Velloso. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 13 dez. 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1203. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 16.02.1995. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 19 fev. 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2125. Relator: Min. Maurício Corrêa, julgado em 6.04.2000. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 set. 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2225. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 21.08.2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2229. Relator: Min. Carlos Velloso, julgado em 09.06.2004. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 25 jun. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2335. Relator: Min. Maurício Corrêa, julgado em 19.12.2000. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 31 ago. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2620. Relator: Min. Eros Grau, julgado em 29.11.2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 16 maio 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2672. Relator: Min. Ellen Gracie, julgado em 22.06.2006. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 10 nov. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3232. Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 14.08.2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 3 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3332. Relator: Min. Eros Grau, julgado em 30.06.2005. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 14 out. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3857. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18.12.2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 27 fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4125. Relator: Min. Cármen Lúcia, julgado em 10.06.2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 15 fev. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Rescisória nº 2137. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 19.09.2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 25 nov. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 309399. Relator: Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 23 abr. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 680939. Relator: Min. Eros Grau, julgado em 27.11.2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 1 fev. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 753844. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 13.12.2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 14 fev. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 859766. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 24.02.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 15 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 363. Relator: Min. Sydney Sanches, julgado em 15.02.1996. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 3 maio 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 2641. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 18 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21322. Relator: Min. Paulo Brossard, julgado em 03.12.1992. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 23 abr. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22357. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 27.05.2004. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 5 nov. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 28279. Relator: Min. Ellen Gracie, julgado em 16.12.2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 6702. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 04.03.2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 30 abr. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 7590. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 30.09.2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 14 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 12478. Relator: Min. Joaquim Barbosa, julgado em 03.11.2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 8 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 27944. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 07.11.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 17 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 165128. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 15 mar. 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 194657. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 04.10.2001. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 14 dez. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 209174. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 13 mar. 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 219934. Relator: Min. Octavio Gallotti. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 16 fev. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 311371. Relator: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 5 ago. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 365368. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22.05.2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 jun. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 499898. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 26.06.2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 15 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 587371. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 14.11.2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 24 jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 608482. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 07.08.2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 30 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 644483. Relator: Min. Cármen Lúcia. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 4 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 658026. Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 09.04.2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 31 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 658643. Relator: Min. Cármen Lúcia, julgado em 02.12.2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 12 dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 649046. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 28.08.2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 13 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1010804. Relator: Min. Dias Toffoli *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 30 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24287. Relator: Min. Maurício Corrêa, julgado em 26.11.2002. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 1 ago. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1379. Relator: Min. Moreira Alves. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 11 set. 1987.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas Vinculantes*. Brasília, DF, 2017.

CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão: algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF. In: PEREIRA, F. H. et al. (Org.). *O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 355-361.

_____. *Provimento de cargos públicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle dos Atos Legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.

CARDOZO, José Eduardo. *A Máfia das Propinas: investigando a corrupção em São Paulo*. São Paulo: Ed. Fundação Perceus Abramo, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CATROGA, Fernando. *Ensaio Republicano*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.

CICERO, Marco Túlio. *Da República*. Rio de Janeiro: Ediouro, [1999].

_____. *Dos Deveres*. Tradução de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 43.

_____. *Obras Escogidas*. Buenos Aires: Livraria El Ateneo Editorial, 1951.

DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da Isonomia e Concursos Públicos. In: MOTTA, Fabrício (Org.). *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2012.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 20140020128463. Relator: Cruz Macedo, julgado em 2.12.2014. *Diário de Justiça do Distrito Federal*, Brasília, DF, 20 jan. 2015.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

EISENSTADT, S. N.; RONIGER, L. *Patrons, clients, and friends: interpersonal relations and the structure of trust in society*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. São Paulo: Globo, 1998.

FERREIRA, Sérgio de Andrea. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3.

FERRES JÚNIOR, João (Org.). *Léxico da História dos Conceitos Políticos do Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009.

GONZÁLEZ ALCANTUD, José. *El clientelismo político: perspectiva socioantropológica*. Barcelona: Anthropos Editorial, 1997.

GRAHAM, Richard. *Clientelismo e Política no Brasil no Século XIX*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1997.

HÁBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Edição comemorativa dos 70 anos.

JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark (Ed.). *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. New York: Cambridge University Press, 2017.

JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: a Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em Torno do Princípio Republicano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005.

MADISON, James. *Federalistas: textos selecionados por Francisco Weffort*. São Paulo: Abril, 1973.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 10000121236855000. Relator: Des. Wagner Wilson Ferreira. *Diário do Judiciário Eletrônico*, Belo Horizonte, 19 fev. 2014.

MODESTO, Paulo. Desvio de Poder no Provimento Discricionário de Cargos Públicos. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 14, n. 54, p. 35-49, jul./set. 2016a. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/desvio-de-poder-no-provimento-discricionario-de-cargos-publicos>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. Nepotismo em cargos político-administrativos. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo et al. (Org.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 260-298.

_____. O sentido constitucional de carreira no serviço público. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 14, n. 55, p. 47-54, out./dez. 2016b. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/o-sentido-constitucional-de-carreira-no-servico-publico>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *De l'esprit des lois*. Paris, [175-].
- NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [Paris], 1948.
- NUNES, Edson. *A Gramática Política do Brasil: Clientelismo e Insulamento Burocrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- OLIVEIRA, Alberto Augusto Andrade de. *Código do Procedimento Administrativo Alemão*. Coimbra: Livraria da Universidade, 1996.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e Aprescições Técnicas da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Construindo o Estado Republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Tradução de Maria Cristina Godoy. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2009.
- PILATTI, Adriano. O Princípio Republicano na Constituição de 1988. In: PEIXINHO, Manoel; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- POCOCK, J. G. A. *Cidadania, Historiografia e Res Publica: contextos do pensamento político*. Coimbra: Almedina, 2013.
- PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas Rosa Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- _____. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- QUEIROZ, Cristina. *Justiça Constitucional*. Lisboa: Petrony Editora, 2017.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SADDY, André. *Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2152267-30.2017.8.26.0000. Relator: Des. Alex Zilenovski. *Diário de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, 14 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 2053802-83.2017.8.26.0000. Relator: Des. Xavier de Aquino. *Diário de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, 9 ago. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 20538963120178260000. Relator: Des. Amorim Cantuária. *Diário de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, 16 ago. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 2053940-50.2017.8.26.0000. Relator: Des. Álvaro Passos. *Diário de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, 31 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 2053959-56.2017.8.26.0000. Relator: Des. Péricles Piza. *Diário de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, 30 ago. 2017.

SCHRÖTER, Barbara. Clientelismo político: ¿existe el fantasma y cómo se viste? *Revista Mexicana de Sociología*, Mexico, D.F., v. 72, n. 1, p. 141-175, enero/marzo 2010.

SENADO usa mais de mil atos secretos para criar cargos e aumentar benefícios. *Uol*, São Paulo, 10 jun. 2009.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

TOURINHO, Rita. *Concurso público no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIEIRA, Antonio. *Sermões*. Lisboa, [165-].



Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Artigos submetidos ao
double blind review

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



ASPECTOS POLÍTICOS E CONSTITUCIONAIS DA ATUAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO DOCTRINA DE APOIO

POLITICAL AND CONSTITUTIONAL ASPECTS OF JUDICIAL ACTION IN THE RIGHT TO HEALTH: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AS A DOCTRINE OF SUPPORT

Ana Julia Bonzanini Bernardi *

Amanda Rodrigues **

RESUMO

O trabalho tem como proposta identificar critérios legais e doutrinários de cunho econômico e jurídico aptos a amparar as decisões judiciais quando tratam de concessão de medicamentos e tratamentos em saúde não contemplados em políticas públicas. Busca-se, especificadamente, considerar a legitimidade da intervenção do Judiciário na proteção e na promoção do direito fundamental à saúde, analisando-se os aspectos políticos que legitimariam a atuação judiciária. Propõe-se o estudo do tema sob o enfoque da doutrina da Análise Econômica do Direito para, por fim, identificar no ordenamento jurídico parâmetros que levem em consideração a adequada alocação de recursos, aptos a amparar as decisões judiciais.

Palavras-chave: Direitos sociais. Direito à saúde. Democracia. Análise Econômica do Direito. Eficiência.

ABSTRACT

The objective of this study is to identify legal and doctrinal criteria of both legal and economical values that favour judicial decisions regarding medications and healthcare that are not provided by public policy. By investigating the political aspects that legitimate a legal action, this study specifically aims to analyze the legitimacy of the intervention by the judiciary in the protection and promotion of the fundamental rights to public healthcare. This study is based on the doctrine of

* Ana Julia Bonzanini Bernardi. Doutoranda em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPG-CP-UFRGS), Mestra em ciência política e pós-graduação em relações internacionais contemporâneas e estratégia na mesma Universidade. Bacharel em Relações Internacionais pela Escola Superior de Propaganda e Marketing (ESPM-Porto Alegre). e-mail: anajuliabernardi@hotmail.com.

** Amanda Rodrigues. Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS – FMP, Pós-Graduação em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal no RS – ESMAFE. e-mail: rodrigues.a@live.com.

the Economic Analysis of Law in order to identify, in the legal system, norms that consider an adequate assignment of resources to assist legal decisions.

Keywords: Social rights. Right to health. Democracy. Economic Analysis of Law. Efficiency.

1 INTRODUÇÃO

O debate acerca da efetividade dos direitos fundamentais não perdeu a relevância e atualidade diante das visíveis desigualdades na concretização dessa espécie de direitos. Apesar dos consideráveis avanços na sua positivação e regulamentação, observa-se que a realidade fática ainda está muito distante do trabalho empreendido pela dogmática jurídica. No que se refere ao direito à saúde, apesar das inúmeras decisões judiciais, concedendo os mais diversos tipos de medicamentos e tratamento em saúde, o sistema público de saúde brasileiro ainda tem problemas estruturais importantes, em uma clara violação ao direito fundamental à saúde de milhares de brasileiros. Os direitos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 enunciam o direito à saúde gratuita para todos brasileiros, no entanto, dadas as deficiências existentes até os dias atuais, muitos brasileiros têm buscado a implementação deste direito através da via jurisdicional. Argumentamos neste trabalho que a garantia de acesso a toda e qualquer prestação em saúde por via judicial não somente é danosa para o orçamento público, lesando a maior parte dos brasileiros, como também é restrita a uma pequena parcela da população que tem acesso ao Judiciário, por ter os recursos e conhecimento para o acesso à saúde por meio dessa via.

Apesar das causas da ineficiência do sistema público de saúde serem múltiplas e os efeitos dessa realidade refletirem de diversas formas sobre a sociedade, buscou-se estudar em que medida é possível que a intervenção judicial sobre políticas de saúde – notadamente quando concede medicamentos e tratamentos fora das previsões legais – o que inevitavelmente gera uma redesignação de recursos públicos – promova ao máximo o núcleo essencial desse direito fundamental, sem, em contrapartida, incorrer em pernicioso efeito sobre as contas públicas. A *práxis* judicial não pode passar ao largo dos efeitos econômicos advindos da concessão de prestações relativas a direitos sociais. É indispensável que se reconheça que as necessidades humanas são ilimitadas e os recursos orçamentários, ao contrário, são finitos, pelo que a efetivação de todo e qualquer direito de prestação positiva gera custo aos cofres públicos e consequências sobre os orçamentos e planejamento público.

Diante de tal premissa, faz-se necessário estudo da melhor forma de se efetivar direitos, de maneira a haver maior eficiência (em termos econômicos) para que os recursos públicos atinjam o maior número de pessoas. Assim, colocamos três principais questionamentos: 1) há, no direito brasileiro, critérios que levem em consideração aspectos econômicos – em termos de eficiência na alocação de

recursos – próprios para a atuação jurisdicional quando decide sobre a concessão de medicamentos/tratamentos em saúde não contemplados em políticas públicas? 2) em caso afirmativo, quais seriam esses critérios e em que medida eles poderiam ser aplicados na *práxis* jurisdicional e 3) De que forma esses critérios poderiam gerar menos desigualdade no acesso ao direito à saúde?

Em linhas gerais, objetiva-se, no presente trabalho, identificar critérios legais e doutrinários de cunho econômico e jurídico aptos a amparar as decisões judiciais, quando tratam de concessão de medicamentos e tratamentos em saúde não contemplados em políticas públicas. Busca-se, especificadamente, analisar a legitimidade da intervenção do Judiciário na proteção e promoção do direito fundamental à saúde, analisando-se os aspectos políticos que legitimariam a atuação judiciária. Propõe-se o estudo do tema sob o enfoque da doutrina da Análise Econômica do Direito para, por fim, identificar no ordenamento jurídico parâmetros que levem em consideração a adequada alocação de recursos, aptos a amparar as decisões judiciais. A metodologia utilizada tem cunho qualitativo, levantando as discussões já realizadas sobre a temática e assim propondo possíveis respostas para as três perguntas feitas anteriormente.

2 SINDICABILIDADE JUDICIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A problemática da eficácia das normas constitucionais, no constitucionalismo contemporâneo, concentra-se (especialmente quanto aos direitos sociais) em determinar a porção mínima de sindicabilidade judicial desses direitos. De um lado, não se pode perder de vista a normatividade dada às constituições, sobretudo a Constituição brasileira de 1988, que expressamente garante, pelo menos em alguma medida, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CRFB), e, de outro, a pouca densidade normativa do texto constitucional, que não traz a exata definição de como deve ser o direito efetivado pelo Estado e quais devem ser os limites dessa prestação. Esses dois aspectos, a serem considerados quando da reflexão acerca da exigibilidade judicial dos direitos fundamentais de índole social, devem ser harmonizados. Isso porque, à vista dos limites fáticos e orçamentários que são próprios à efetivação dessa categoria de direitos, marcadamente prestacionais, corre-se o risco de perfilhar, segundo menciona Barroso: “uma crença desenganada de que é possível salvar o mundo com papel e tinta”³.

O estudo da forma como se concebem os direitos sociais, de cunho notadamente prestacional, tem estreita relação com a evolução do constitucionalismo, que acarretou, dentre outras transformações relativamente à aplicação do direito, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional⁴. Tais transformações, por um lado, levaram a

³ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 218.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional o Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

superação de um modelo positivista, em que os enunciados constitucionais eram continuamente esvaziados pela arbitrariedade estatal, e, de outro, trouxeram desafios relativamente aos limites de atuação jurisdicional e à efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo, os de cunho prestacional – notadamente, neste caso, o acesso à saúde.

O caráter normativo conferido às Constituições, nesse sentido, emergiu como instrumento para assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado na concretização das normas constitucionais. Acerca das mudanças ocasionadas por esse movimento, destacamos as palavras de Streck:

[...] pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica que se dá em dois níveis: no plano na teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; e, no plano da Teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos).⁵

Com lastro nesse novo paradigma jurídico-político, há uma transformação na maneira como se concebem os direitos fundamentais. O dever, atribuído ao Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, de zelar pela observância dos direitos fundamentais – e, nisso se inclui os direitos sociais – significa proteger a maioria permanente (constituente) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislativa)⁶. A consagração genérica de direitos subjetivos fundamentais sociais a prestações, nesse sentido, deve levar em conta um conteúdo principal – núcleo fundamental – e o conteúdo, autonomamente definido pelo legislador, segundo critérios políticos, através das leis regulamentadoras do direito. A atividade judicial, neste passo, não pode passar ao largo do núcleo mínimo de proteção do direito fundamental e, bem assim, das leis conformadoras do direito à saúde já existentes.

Assim, reconhecendo a natureza fundamental dos direitos sociais, sobretudo em uma sociedade tão desigual como a brasileira, em que a efetivação e implementação de direitos dessa espécie constitucional não podem ser olvidados, necessária a atuação conjunta dos três poderes públicos, resguardando-se cada qual a sua esfera de atuação.

No entanto, observa-se uma atividade alargada do Judiciário na concessão de prestações positivas em saúde, determinando medicamentos e tratamentos fora das políticas públicas eleitas pelo Poder público como prioritárias, implicando um papel ativo desse Poder. De um lado, isso se dá em razão da normatividade

5 STRECK, Lênio Luis. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo In: FERRAJOLI, L.; STECK, L.; TRINDADE, A. (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

6 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico*: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, DF, ano 2, n. 8, p. 151-161, jul./set. 2003.

conferida aos direitos fundamentais, que somente é possível diante do constitucionalismo contemporâneo, que significou a superação de um modelo de arbitrariedade estatal, e de outro lado, se dá em razão da inércia dos demais poderes estatais na implementação de direitos, especialmente direitos sociais, cuja carência de implementação atinge principalmente populações em vulnerabilidade social, as quais não têm conhecimento dos seus direitos, nem mesmo aqueles que lhes são disponibilizados⁷. Destaca-se, além disso, a ausência de reformas de cunho redistributivo, que legitimam o Judiciário a agir em razão da prática política ineficiente na consagração dessa espécie de direitos.

Nesse sentido, os cortes nas políticas sociais ocorridos desde 2015, em todas as esferas do Executivo, mas sobretudo no nível federal vão na contramão do que havia sido conquistado em termos de diminuição da miséria e conscientização da população dos seus direitos e deveres como cidadãos⁸⁻⁹. Ademais, o crescimento da percepção da corrupção como o principal problema do país, aumenta o descrédito nas instituições ligadas diretamente a política ao passo que vê no judiciário um ator neutro¹⁰. No que consta à opinião pública, enquanto, em 2013, 81% da população acreditava que os partidos políticos eram corruptos, 72% acreditava que o congresso era corrupto, 50%, o Judiciário, 76%, a polícia e 46%, os funcionários públicos¹¹. No entanto, no ano de 2017, 52% da população passou a afirmar que o Presidente e seu governo eram corruptos, 57%, os representantes do congresso, e 21%, o Judiciário¹². Nota-se, portanto, uma clara diminuição da percepção do judiciário como um ator corrupto, na sociedade.

Quanto às causas para o papel mais ativo evidenciado pela práxis jurisdicional, destaca-se o fator sociológico que causou uma legitimação popular à intervenção do Judiciário em decisões da Administração e do Legislativo. Dentro da evolução histórica recente do país, a confiança nos poderes constituídos foi sendo erodida, figurando o Judiciário como um grande agente promotor da cidadania.

7 Em pesquisa do Observatório de Políticas Sociais do RS, realizado pelo Centro de Estudos internacionais sobre Governo (CEGOV-UFRGS), ao analisar o programa de complementação de renda, RS Mais Igual, que buscava eliminar a extrema miséria do Estado, ao complementar o valor recebido pelos usuários do Programa Bolsa Família que estavam abaixo da linha da miséria, encontrou-se que, antes do acesso a estes programas, mais de 65,9% dos entrevistados afirmou não conhecer o CRAS (Centro de Referência de Assistência Social), o que denota a falta de publicização, ou mesmo a dificuldade de acesso desta população marginalizada. CENTRO DE ESTUDOS INTERNACIONAIS SOBRE GOVERNO. *Relatório Final do Observatório de Políticas Sociais do Estado do RS*. Porto Alegre, 2013.

8 BERNARDI, Ana Julia Bonzanini. *Competência Cívica em uma Democracia Desigual*: analisando o impacto dos investimentos educacionais na cultura política juvenil porto-alegrense entre 2002 e 2015. 2017. 128 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

9 BAQUERO, Marcello. *Democracia inercial: assimetrias entre economia e cultura política na América Latina*. 2018. Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

10 De acordo com dados do latino barômetro (2016) 19,6% dos brasileiros em 2016 afirmaram que o maior problema do país era a corrupção - a maior taxa de respostas. Em pesquisa realizada nas três capitais do Sul do Brasil (Porto Alegre/RS em 2015, Florianópolis/SC e Curitiba/PR em 2016) pelo Núcleo de Pesquisas sobre América Latina (NUPESAL/UFRGS) com 2035 jovens de ensino médio, este número chega a quase 60%. LATINOBARÔMETRO: opinião pública latinoamericana. Banco de dados. Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>>. Acesso em: 2018; NÚCLEO DE PESQUISA SOBRE A AMÉRICA LATINA. *Democracia, mídias e capital social*: um estudo comparativo de socialização política dos jovens no Sul do Brasil. Dados coletados em Porto Alegre, 2015 e em Florianópolis e Curitiba 2016.

11 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2014*: Results. 2013. Disponível em: <<https://www.transparency.org/cpi2014/results>>. Acesso em: 2 maio 2018.

12 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2017*. 2017. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em: 19 mar. 2018.

Do ponto de vista da cultura política e efetivação da cidadania, segundo dados de 2016, cerca de 54% dos brasileiros afirmam não confiar no presidente, enquanto 55,2% afirmam não confiar nos partidos políticos, o que denota uma corrosão da confiança nas instituições democráticas, ainda maior que no passado. Há, portanto, uma sobrevalorização dos meios judiciais de controle e uma sub valorização dos meios não judiciais, como a opinião pública, as manifestações populares e, principalmente, o voto. Isso tudo associado a um pré-conceito de que as condições governamentais, executivas ou legislativas, não tem a coisa pública e o bem comum a tão elevada conta quanto deveriam¹³. Bello¹⁴, fazendo uma análise crítica do conceito de cidadania contemporânea, a qual entende calcada em uma acepção estritamente jurídica (cidadania passiva como *status* de direitos), adverte acerca da um perigoso confinamento do exercício da cidadania no Direito.

Arrefece-se a participação cidadã ativa dos cidadãos, em detrimento da institucionalidade estatal, caracterizada pela noção do fetichismo constitucional, que denota a reificação jurídica da cidadania e a ilusão que esta se realiza plenamente ao ser confi(n)ada ao Direito (especialmente a Constituição) e aos atores do Sistema Judiciário¹⁵.

Condiciona-se, assim, a prática da cidadania ao ingresso dos cidadãos no Judiciário, o que implica nova exclusão de uma enorme parcela da população do acesso à cidadania¹⁶. Com efeito, o Judiciário ao assumir a posição de protagonista na concessão de prestações positivas, acaba por privilegiar aqueles que possuem acesso a sua estrutura, em detrimento dos que estão marginalizados e, até mesmo por falta de informação, não conseguem acessar a Justiça. No que se refere ao direito à saúde, os estudos de Ferraz & Vieira¹⁷ e Vieira & Zucchi¹⁸ demonstram que a interpretação dominante no Judiciário brasileiro, segundo o qual o direito à saúde é um direito individual à atendimento médico ilimitado, acaba a privilegiar o acesso mais fácil a pessoas com melhores condições socioeconômicas, implicando em uma inversão perversa dos objetivos primordiais do sistema público de saúde brasileiro.

De um lado, dados do Observatório de Análise de Políticas em Saúde (OAPS) revelam que gastos da União com ações judiciais envolvendo prestações de saúde cresceram na ordem de 727% entre 2010 e, final de 2016, alcançando gastos no valor de R\$ 3,9 bilhões¹⁹. Quanto à destinação desses recursos, Vieira & Zucchi²⁰

13 AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 21-22.

14 BELLO, Enzo. *A cidadania na luta política dos movimentos sociais urbanos*. 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2013. p. 27.

15 *Ibidem*, p. 27.

16 *Ibidem*, p. 88-89.

17 FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582009000100007&script=sci_abstract&tlng=ES>. Acesso em: 31 maio 2017.

18 VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções Causadas pelas Ações Judiciais à Política de Medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1). *Conjur*, 27 abr. 2018.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

20 VIEIRA, op. cit.

verificaram, por exemplo, que, em São Paulo, 63% dos impetrantes de ações judiciais visando o fornecimento de medicamentos contra a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo residiam em áreas daquele município com menor grau de exclusão social, sendo que a maioria desses pacientes recorreu a advogados particulares para ajuizar suas ações.

E, de outro lado, o sistema público do Brasil, que tem pretensão de atender todos os brasileiros sem distinção, apresenta falhas em um dos seus principais programas – o Saúde da Família – que tem o objetivo de atuar na prevenção de doenças. Em 20 anos, no entanto, nenhum estado da federação alcançou cobertura completa. Apenas dois ultrapassaram os 90% de cobertura: Piauí e Paraíba. Sete estados têm atendimento abaixo da metade: Amazonas, Rio de Janeiro, Paraná, Roraima, Rio Grande do Sul, São Paulo e Distrito Federal, com 20%. A consequência dessa e de outras falhas são hospitais lotados. Dados do Tribunal de Contas da União, ainda, indicam que 64% dos hospitais estão sempre com superlotação. Apenas 6% nunca estão cheios²¹

Por certo que o real efeito da redirecionamento de recursos efetuada pelo Judiciário merece estudo mais aprofundado. No entanto, os dados sugerem a ocorrência da dupla desigualdade no acesso aos recursos em saúde: uma referente ao acesso, sendo que aqueles que procuram a via judicial tem maior facilidade de acesso, e outra relativa à diferenciação quanto à política de medicamentos aos usuários, na medida em que aqueles que se valem de uma decisão judicial, tem acesso a medicamentos fora das políticas públicas, a que ordinariamente se tem acesso por meio da via administrativa. Diante dessa perspectiva, inevitavelmente, vislumbra-se um quadro de ineficiência no trato com os recursos públicos, uma vez que uma parcela significativa da rubrica de recursos com a saúde é destinada exclusivamente a um grupo menor de usuários, além do que a aquisição dos suprimentos a eles destinada se dá em pequena escala, para atender às particulares decisões judiciais, repercutindo em um maior custo para o ente estatal. Fica evidente, pois, a distorção causada pelas decisões judiciais que, a pretexto de conferir maior efetividade ao direito à saúde, aumentam – ainda que não intencionalmente – a desigualdade para o acesso ao sistema público de saúde, não só por privilegiar aqueles que têm acesso ao sistema de Justiça, concedendo medicamentos através de uma via transversa e excepcional, mas também por fornecer medicamentos que não foram eleitos pelo Poder Público como integrantes de sua política de saúde.

Exsurge, daí, a contemporânea discussão acerca da abrangência do controle judicial de políticas públicas. Especialmente no que se refere ao direito à saúde, em que os provimentos individuais a diversas prestações acarretam significativos incrementos dos gastos do Estado com condenações, mostrando-se relevante o debate acerca dos limites da atuação judiciária. Discutir, pois, a extensão da atividade jurisdicional no âmbito de intervenção nas políticas públicas não pode passar

21 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Saúde pública no Brasil ainda sofre com recursos insuficientes*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/480185-SAUDE-PUBLICA-NO-BRASIL-AINDA-SOFRE-COM-RECURSOS-INSUFICIENTES.html>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

ao largo dos efeitos que as decisões implicam sobre a sociedade. E, de outro lado, deve se dar de acordo com as concepções da dogmática constitucional, referentes à exigibilidade dos direitos fundamentais e, igualmente, em observâncias às prioridades e programa de governo na implementação de direitos. O tema, sem dúvida, está situado no âmbito de interdisciplinaridade entre a Ciência do Direito e a Ciência Política²².

Há de se levar em consideração que, muito embora esteja a alocação de recursos reservada em grande parte à deliberação política, própria para a consecução de políticas públicas, o tema não está integralmente à disposição do legislador/administrador. Ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais, limitando a atividade legislativa/administrativa²³. Assumindo esta função, o Poder Judiciário aceita as consequências políticas desse embate, na medida que sua atuação importará necessariamente na limitação da liberdade dos demais poderes, sendo certo que somente no Estado constitucional e democrático seria possível tal sorte de controle²⁴.

Assim, um modelo de Estado adequado à efetivação de direitos pressupõe o afastamento da concepção liberal de separação de poderes, demandando uma formulação funcional no sentido de uma distribuição que garanta um sistema eficaz de *freios e contrapesos*, “para que a tripartição não se interponha como véu ideológico que dissimule e inverta a natureza eminentemente política do direito”²⁵. Deve-se reconhecer, de um lado, que a pauta política não está integralmente à disposição do legislador, porque está limitado pelas normas constitucionais, pelo que ao Poder Judiciário caberia a fiscalização, e de outro lado, que a maneira de se efetivar direitos estaria de acordo com conveniência do Poder Público na escolha de prioridades na concretização de direitos, sendo matéria afeta ao Poder Legislativo e Executivo.

O papel interventivo nas políticas sociais exercido pelo Judiciário, nesse sentido, por repercutir significativamente nas escolhas alocativas de recursos do Poder Público, colocou posta a questão acerca desses limites de intervenção numa posição central. Diante disso, propõe-se estudar a temática a luz da análise econômica do Direito.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO DOCTRINA DE APOIO À ATUAÇÃO JUDICIAL

O método de compreensão do Direito denominado de Análise Econômica do Direito – desenvolvido inicialmente nos Estados Unidos – tem como principal característica a integração entre a ciência jurídica e a ciência econômica, com escopo

22 HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011.

23 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.

24 APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 66.

25 KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 89-90.

de analisar as questões jurídicas a partir do instrumental analítico da Economia²⁶. O marco inicial da Análise Econômica do Direito, tal como é conhecida atualmente, é a publicação do artigo de Ronald Coase, “*The problem of social cost*”, em 1960, que lhe valeu o prêmio Nobel em 1991²⁷. Neste trabalho, Coase²⁸ desenvolveu a ideia de custo de transação (*transaction costs*), demonstrando que, ao exercer um direito (ou usar um fator de produção), sempre haverá um prejuízo sofrido em algum lugar, como consequência do exercício desse direito. Em linhas gerais, Coase defendeu uma mudança de abordagem no trato dos problemas econômicos, uma vez que, na abordagem das escolhas de alocações sociais, as soluções devem levar em conta o efeito total desses arranjos, em todas as esferas da vida e, não, como usualmente é abordado pelos economistas em termos de custo de oportunidade, de modo que, tendem usualmente a ter a crença de que qualquer medida capaz de remover determinada deficiência é, necessariamente, desejável²⁹.

A possibilidade de aplicação da Ciência Econômica na promoção e efetivação de direitos é pressuposto e proposta central da Análise Econômica do Direito. Através dessa metodologia de estudo, busca-se verificar em que medida determinada norma jurídica é capaz de emanar efeitos concretos na realidade jurídica, ou seja, busca analisar em que medida o instrumental jurídico é capaz de, efetivamente, produzir os efeitos desejados pela norma.

Dentro desse contexto, a ponderação acurada, de um lado, das normas e institutos jurídicos próprios para efetivação desses direitos e, de outro, dos efeitos/comportamentos resultantes dessas normas, levaria a uma melhor compreensão da maneira mais adequada de efetivar direitos. Com efeito, a Análise Econômica do Direito pode servir à ciência jurídica na medida em que, tendo como pressuposto de que as normas jurídicas influenciam e têm seus efeitos influenciados por elementos de mercado³⁰ – permite a compreensão dos reais efeitos produzidos pelos atos normativos e fatos juridicamente relevantes em um determinado ordenamento jurídico, especialmente as consequências menos óbvias³¹.

Além disso, tem como pressuposto a Análise Econômica do Direito que a alocação de recursos se dá devido a uma lógica de eficiência e maximização dos efeitos, que, baseados, de acordo com a intervenção do Direito, pode vir a ser

26 RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise econômica do Direito e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/266/260>>. Acesso em: 31 maio 2017.

27 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9.

28 COASE, Ronald. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960. p. 44. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724810?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 31 maio 2017.

29 *Ibidem*, p. 43.

30 Mercado aqui entendido como “*contexto social no qual os agentes poderão tomar suas decisões livremente, barganhando com os demais para obter o que desejam por meio de cooperação, sendo a conduta dos agentes resultado da livre interação entre eles*”, conceito que não se restringe às trocas comerciais ou relações que envolvam valores pecuniários. GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. p. 23, grifo nosso.

31 FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, jul./set. 2005. p. 253. Disponível em: <<https://app.vlex.com/#BR/sources/11164>>. Acesso em: 30 maio 2017.

melhor alocada e utilizada³². Gico Jr.³³ destaca que a dogmática constitucional, apesar das preocupações em se realizar justificativas teóricas e abstratas para flexibilizar a lei, relegou em segundo plano a compreensão das consequências e implicações das leis e decisões judiciais. Especialmente no que tange ao debate acerca da concessão individual de medicamentos e tratamento em saúde fora das políticas públicas de saúde, a análise das consequências práticas do debate na realidade jurídica e social é imprescindível para uma conclusão acertada acerca da temática e conseqüentemente é central na identificação de critérios para as futuras decisões judiciais nessa seara.

Sztajn³⁴, em síntese, explana que os críticos argumentam que, enquanto o Direito se ocupa de valores éticos e morais, a Economia tem seus parâmetros na maximização de resultados, na eficiência, o que inviabilizaria a tentativa de empregar parâmetros econômicos na avaliação das normas jurídicas. Inobstante, defende a autora que é cada vez mais equivocado “afirmar que a economia busca eficiências enquanto o Direito se prende à promoção da questão ser/dever ser, como o objetivo de dizer que as posições são irreconciliáveis”³⁵.

Timm³⁶, por sua vez, destaca que a principal crítica apontada pelos juristas frente à Economia, é que ela rejeitaria a noção de justiça, que seria concepção central do Direito. Todavia, o autor argumenta que a ineficiência no trato com os recursos econômicos provoca, em última análise, desperdícios na sociedade, o que não seria desejável em termos de justiça, uma vez que seria mais proveitoso – e mais justo – se tais recursos fossem gastos com a maximização da sua utilização social.

Dresch³⁷ – examinando a aplicação da ciência econômica ao direito privado – conclui que a relação da Economia com o Direito deve ser de complementariedade, afastando-se portanto, de uma lógica polarizada das concepções formalistas e funcionalistas do Direito. Destaca o autor que é necessário pensar a análise econômica não como uma concepção suficiente para dar conta da toda racionalidade dos institutos jurídicos, mas como uma análise complementar na compreensão deles. As análises econômicas em termos de eficiência, pois, explana o autor, não podem “reclamar exclusividade na fundamentação racional dos institutos do direito privado, mas sim uma importante complementariedade”.³⁸ Nas palavras de

32 FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, jul./set. 2005. p. 253. Disponível em: <<https://app.vlex.com/#BR/sources/11164>>. Acesso em: 30 maio 2017.

33 GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. p. 15.

34 SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (Org.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 77-78.

35 *Ibidem*, p. 78.

36 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, I.; TIMM, L. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 53.

37 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto e do Serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 19.

38 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Análise econômica do Direito: uma análise exclusiva ou complementar? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 201.

Forgioni: “a relação entre o método jurídico e o método juseconômico deve ser de complementariedade e não de substituição ou oposição”.³⁹

De fato, o uso da metodologia da Análise Econômica do Direito é ferramenta agregável à prestação jurisdicional quando decide acerca da concessão de medicamentos fora das políticas públicas, sendo doutrina de apoio para uma avaliação de eficiência ao lado de valores constitucionais referentes ao direito à saúde. Diante disso, passa-se a examinar alguns pressupostos econômicos próprios para uma análise econômica do Direito.

Como pressupostos econômicos ligados à Análise Econômica do Direito, Mackaay e Rousseau⁴⁰ apontam três, quais sejam: a escassez, a escolha racional e a incerteza. Ivo Gico Jr.⁴¹ acrescenta, ainda, como pressupostos ao método econômico o conceito de custo de oportunidade.

Segundo explana Araújo⁴², a escassez não é propriamente um postulado da ciência econômica, não é algo que tenha forçosamente de ser pressuposto para que todo o edifício analítico da ciência econômica possa fazer sentido, mas é a razão (a medida) por que são ditadas as escolhas de que trata a Economia. Nesse sentido, Gico Jr. explana:

[...] os recursos da sociedade são escassos. Se os recursos não fossem escassos, não haveria problema econômico, pois todos poderiam satisfazer suas necessidades – fossem elas quais fossem. Curiosamente, a mesma idéia, com outra roupagem, motiva o direito: se os recursos não fossem escassos, não haveria conflito, sem conflitos, não haveria necessidade do direito, pois todos cooperariam *ex moto próprio*. A escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes (senão não seria uma escolha, não é mesmo?).⁴³

Com efeito, o ponto central de estudo da ciência econômica é justamente a escassez, que se mostra como ponto em comum ao Direito, na medida em que, em última análise, o Direito promove escolhas diante das necessidades latentes da sociedade. Neste aspecto, importante se ter em mente, a noção de escassez dos recursos em face das ilimitadas necessidades humanas. E, conforme sublinham Mackaay & Rousseau⁴⁴, “tomando consciência da escassez de uma coisa, perdemos de alguma forma nossa ingenuidade em relação a ela”.

Araújo⁴⁵ destaca que o problema da justiça, bem como da economia, essencialmente repousa sobre o problema de acesso aos recursos – dada a sua escassez – já que se assim não fossem, o debate seria irrelevante:

39 FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, jul./set. 2005. p. 256. Disponível em: <<https://app.vlex.com/#BR/sources/11164>>. Acesso em: 30 maio 2017.

40 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 26-41.

41 GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. p. 20-23.

42 ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 19.

43 GICO JR., op. cit., p. 22.

44 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 28.

45 ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 20.

[...] é por força da escassez que o problema da justiça no acesso a recursos (de alimentação, de saúde, de habitação, de segurança, de resolução de litígios) é tão sério, tão crucial, tão existencialmente relevante, muitas vezes tão urgente. Se não fosse a escassez, todo o debate sobre justiça seria porventura irrelevante, lúdico, inautêntico: já Aristóteles comentava que era implausível a ideia de que os deuses do Olimpo se dedicassem a debates sobre justiça, que precisassem da justiça ou que submetessem à ela suas relações⁴⁶

Decorrente do reconhecimento da escassez, tem-se o conceito de custo de oportunidade, ou “*trade off*”, que seria pressuposto a qualquer escolha, compreendido como “a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida”⁴⁷. Seria a perda subjacente a qualquer escolha, ou seja, o preço implícito ou explícito que se paga pelo bem, consubstanciado na perda de uma oportunidade em detrimento da escolhida.

Com base nos conceitos de escassez e do custo de oportunidade atrelado a ela, surge o postulado econômico da escolha racional, citado por diversos autores, sendo o principal fundamento da Análise Econômica do Direito. Ribeiro & Campos⁴⁸ definem que escolha racional consiste na ideia de que as condutas humanas são baseadas em uma ponderação racional entre os benefícios e prejuízos ligados a determinada ação ou omissão. Acerca do conceito de escolha racional, ensina o Professor Araújo:

[...] uma escolha é racional na medida em que se centra numa comparação subjetiva, mas desapaixonada, de custos e benefícios implicados nas várias alternativas abertas à opção – podendo designar-se por *utilidade ponderada* o resultado dessa comparação (a ponderação, a pesagem, de ganhos e perdas). O que há de peculiar na ideia de uma racionalidade econômica é não apenas o facto de não envolver normalmente qualquer tipo de apreciação valorativa sobre os objetivos de uma conduta (quando muito, como vimos, uma aferição da hierarquização dos fins), mas também o facto de reportar-se ao conceito mais amplo de custo que é possível imaginar-se: o conceito de custo de oportunidade – sinteticamente, a mais valiosa das oportunidades que são preteridas quando se faz uma escolha –, conceito que abarca aquilo que deixa de ser possível fazer-se e obter-se para que possa alcançar-se aquilo por que se optou.⁴⁹

Diante de tal modelo, a pessoa inventaria os resultados desejados (*valores*), identificaria as ações que podem ser tomadas na sua busca pelos ditos resultados

46 *Ibidem*, p. 20.

47 GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. p. 22.

48 RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise econômica do Direito e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012. p. 316. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/266/260>>. Acesso em: 31 maio 2017.

49 ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 41.

desejados (*opções*), determinaria em que medida cada ação contribui para o resultado e a que custo (*valorização*) e, por fim, adotaria aquela opção que contribui mais (*escolha*). O modelo de escolha racional permite generalizações quanto ao comportamento humano, atribuindo-lhe uma linha de conduta previsível, tendo como ponto de partida a suposição de que os humanos escolherão, sempre, entre as ações disponíveis, aquela que lhes ofereça a maior satisfação⁵⁰. A ideia se exprimiria, segundo os autores, na frase “People respond to incentives (os indivíduos são sensíveis a incentivos ou provocações)”, no sentido de que, ao reagir à mudança de circunstâncias, o ser humano tenta extrair aquilo que, a seus olhos, pareça-lhe o melhor.⁵¹

Nesse sentido, Ivo Gico Jr.⁵² afirma que, diante da necessidade de se realizar as escolhas, os agentes econômicos ponderam suas decisões de forma a maximizar seus ganhos. A grande implicação desse postulado para a juseconomia, segundo o autor, seria que a de que, havendo uma alteração na estrutura dos incentivos que levaram os agentes a agirem de determinada forma, isso os levaria a agir de modo diverso, a realizar outra escolha.

Apesar das diversas críticas ao modelo de escolha racional, especialmente porque verifica-se que, no caso concreto, – e principalmente diante de problemas complexos – as pessoas agem com “racionalidade limitada”⁵³, permanece, ainda assim, o modelo como aproximação válida para descrever o comportamento de grupo de pessoas postas em situações parecidas⁵⁴.

Por fim, no pressuposto ao estudo da análise econômica do direito está a incerteza ou ignorância relativa a circunstâncias que afetam nossa vida. Isso significa dizer que levar em conta a incerteza, resultante de inovações na sociedade, de riscos identificáveis ou não, caracteriza toda a atividade humana, que absorve em maior ou menor grau, sempre, o risco de suas decisões.⁵⁵

Transpondo as consequências para uma análise jus-econômica, percebe-se claramente que a práxis jurisdicional – ao conceder prestações individuais em saúde – incentiva os agentes econômicos a baterem às suas portas, na medida em que o resultado advindo dessa conduta é – com uma boa chance de êxito – mais rápida e mais benéfica aos usuários, uma vez que conseguem acessar medicamento/tratamentos fora das políticas públicas, com um menor dispêndio tempo. Aqueles que buscam as vias ordinárias cabíveis, por outro lado, ainda sofrem com os problemas estruturais do SUS, tais como, falta de médicos, demora para atendimento

50 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30-31.

51 *Ibidem*, p. 31.

52 GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. p. 22.

53 Mackkay & Rousseau apontam a mitigação do conceito de escolha racional, diante das críticas no sentido de que o modelo é irrealista como descrição das decisões humanas, uma vez que não considera o tratamento da informação, que, muitas vezes, é complexa. O ser humano faz esquemas simplificadores para delimitar as informações e tomar suas decisões, pelo que não haveria exata correspondência entre o modelo de escolha racional e o comportamento observado entre humanos. Com isso, fala-se em uma racionalidade limitada. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32-37.

54 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 38.

55 *Ibidem*, p. 39-40.

básico em postos, centros de saúde ou hospitais e demora para conseguir uma consulta com especialistas⁵⁶.

4 PARÂMETROS PARA ATUAÇÃO JUDICIAL NA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS FORA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

À vista dos postulados da Análise Econômica do Direito, buscou-se identificar critérios para melhor tutelar o direito fundamental à saúde, especialmente, quando demandado o Judiciário a decidir acerca de medicamentos/tratamentos fora das políticas públicas. Investigou-se parâmetros que levassem em consideração aspectos econômicos próprios para atuação jurisdicional, os quais entende-se seriam mais consentâneos à promoção de eficiência no trato dos recursos públicos, a impedir desigualdade no acesso aos recursos em saúde.

A lei define como “assistência terapêutica integral à saúde” (art. 19-M e 19-P da Lei 8.080/90, incluídos pela Lei 12.401/11⁵⁷) a dispensação de medicamentos e produtos para a saúde de acordo com protocolos clínicos de diretrizes terapêuticas e oferta de procedimentos terapêuticos constantes nas tabelas elaboradas pelos gestores federal, estadual e municipal de saúde.⁵⁸ A exegese das normas permite concluir que os cidadãos teriam direito – não a toda e qualquer prestação medicamentosa – mas aquelas prestações constantes nas políticas públicas previamente determinadas pelo Poder Público. Nesta perspectiva, aquilo que não está nas listagens oficiais, em regra, não seria devido aos cidadãos, por não contemplar a assistência terapêutica fornecida pelo SUS.

À vista disso, buscou-se dentro da lei que normatiza o sistema público de saúde brasileiro (Lei 8.080/90) critérios que, ligados aos conceitos de eficiência, pudessem nortear a atividade jurisdicional, quando decide acerca da dispensação

56 ALMEIDA, Nemésio Dario. A saúde no Brasil, impasses e desafios enfrentados pelo Sistema Único de Saúde: SUS. *Revista Psicologia e Saúde*, Campo Grande, v. 5, n. 1, p. 1-9, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-093X2013000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 1 maio 2017.

57 BRASIL. *Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011*. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília, DF, 2011b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

58 Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravamento à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011). (Ibidem).

de medicamentos fora das listagens oficiais, uma vez que teria que julgar, em uma última análise, eventual omissão do poder público na proteção do núcleo mínimo do direito à saúde. Assim sendo, chegou-se nos artigos 19-Q e seguintes da Lei 8.080/90 (também com redação dada pela Lei 12.401/11), que definem o procedimento para incorporação de novas tecnologias, a ser realizado pelo Ministério da Saúde, com assessoramento da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC. A referida norma dispõe:

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)⁵⁹

A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC é órgão integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde em caráter permanente, cujas competências, destacam-se a de emitir relatório sobre a incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde e sobre a constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, e a de propor a atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME⁶⁰. Tem o órgão técnico, ao lado do Ministério da Saúde, a missão de definir o que deve ou não ser fornecido pelo Poder Público, definindo necessidades e prioridades.

Diante da informação, buscaram-se os critérios utilizados pelo órgão para a incorporação de tecnologia na própria Lei 8.080/90, bem como os atos normativos regulamentadores, além de doutrina acerca da criação do órgão. Aith⁶¹ explana que as discussões acerca da amplitude da integralidade no SUS motivou a aprovação da Lei 12.401/2011, que então criou o órgão referido com o objetivo de assegurar a transparência e a possibilidade de participação da sociedade civil nesses processos, bem como definir prazos para análise e decisão dos processos de incorporação de novas tecnologias ao SUS⁶².

A norma, que também dispõe sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de

59 Ibidem.

60 AITH, Fernando et al. Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 10-39, mar./jun. 2014. p. 17. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82804/85759>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

61 Ibidem, p. 17.

62 Importante destacar os princípios que definem a atuação do CONITEC, os quais devem ser observados em qualquer procedimento de incorporação de novas tecnologias no SUS. O Decreto 7.646/11 que regulamenta a Lei 12.401/11 define como diretrizes de atuação do CONITEC: a) universalidade e a integralidade das ações de saúde no âmbito do SUS com base no melhor conhecimento técnico-científico disponível; b) a proteção do cidadão nas ações de assistência, prevenção e promoção à saúde por meio de processo seguro de incorporação de tecnologias pelo SUS; c) incorporação de tecnologias por critérios racionais e parâmetros de eficácia, eficiência e efetividade adequados às necessidades de saúde; d) a incorporação de tecnologias que sejam relevantes para o cidadão e para o sistema de saúde, baseadas na relação custo-efetividade. BRASIL. *Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011*. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências. Brasília, DF, 2011a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7646.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

Saúde – SUS, por sua vez, define os critérios para suas deliberações, seja para incorporação ou exclusão de tecnologias, são elas:

- Art. 18. O relatório de que trata o art. 17 levará em consideração:
- I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;
 - II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível; e
 - III - o impacto da incorporação da tecnologia no SUS.⁶³

Conforme se denota, para além da eficácia, acurácia, efetividade e segurança do tratamento, critérios que, em maior ou menor medida, já são adotados pelo Judiciário⁶⁴, o órgão do Ministério da Saúde leva em conta para a incorporação de tecnologias em saúde a *avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, bem como seu impacto no SUS*. Trata-se de uma avaliação econômica da incorporação de novos medicamentos e tratamentos em saúde, os quais se sugere como necessária quando da deliberação feita e que, conforme conclusões das seções anteriores, não pode ser subtraída quando da análise individual de prestações em saúde. Com efeito, para além da eficácia comprovada do medicamento, há que se verificar se pode ser ele fornecido em base universal, segundo avaliações de custo e benefícios inerentes àquela pretensão.

Dentro dessa perspectiva, sugere-se, pois, a utilização dos mesmos parâmetros utilizados pela CONITEC, quando aprecia a incorporação de novas tecnologias pelo SUS, já que esse seria um critério universalizável, bastando – ao menos em tese – sua submissão ao Ministério da Saúde para que os demais usuários tivessem acesso ao medicamento. De outro lado, os parâmetros utilizados levam em conta a escassez de recursos e a necessidade de realização de escolhas alocativas de recursos financeiros.

Embora o Judiciário não seja o órgão técnico especializado, o uso das mesmas diretrizes e critérios para a avaliação redundaria em decisões mais universalizáveis e mais adequadas à política estatal eleita. Nesse sentido, uma vez sido chamado o Judiciário a deliberar sobre a alocação individual de recursos, considerando-se a noção de escassez e diante da necessidade se realizar escolhas trágicas,

63 BRASIL. Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências. Brasília, DF, 2011a. grifo nosso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7646.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

64 Nesse sentido, sublinha-se os votos já proferidos no RE 566.471/RN e RE 657.718/MG, onde como requisito para a concessão de medicamentos fora das listas oficiais, os Ministros que já manifestaram seu voto colocaram como exigência a prova da eficácia do medicamento pleiteado com base na chamada medicina baseada em evidências e de que o Estado – regra geral – não pode ser compelido a fornecer medicamento não registrado na Anvisa, que atua precisamente na avaliação e certificação da segurança e eficácia dos medicamentos produzidos e/ou comercializados no Brasil. SARLET, Ingo Wolfgang. STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1). *Conjur*, 27 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

desejável que este atue em termos de maximização na distribuição de recursos e, se possível, dentro da conformação legislativa, sob pena de sacrifícios de bens jurídicos eleitos democraticamente como mais relevantes. Dentro desse contexto, a utilização dos critérios legais utilizados pela CONITEC para a incorporação de tecnologias em saúde – por levar em conta a necessidade de economicidade na alocação de recursos – mostra-se adequado como norte nas decisões judiciais na alocação individual de recursos em saúde.

Cabe, neste aspecto, reafirmar a necessidade de utilização de parâmetros da ciência econômica para balizar as decisões judiciais, mas não exclusivamente esses, sob pena de incorrer o Judiciário em utilitarismo puro, o que não é possível – nem mesmo desejável – em um Estado Democrático de Direito que coloca a dignidade da pessoa humana como axioma central.

A experiência internacional aponta para benefícios em estudos econômicos prévios para determinar a inserção de um novo medicamento na lista de produtos distribuídos gratuitamente à população. Na Austrália, por exemplo, os estudos econômicos realizados demonstraram que, em longo prazo, o resultado foi positivo, porque houve decréscimo ou estabilização dos preços dos medicamentos adquiridos pelo governo para serem distribuídos gratuitamente à população. No âmbito privado, ainda, existem instituições internacionais dedicadas a estudos sobre economia da saúde, como a ISPOR – Sociedade Internacional de Farmacoeconomia e Pesquisa de Desfechos, que tem uma unidade no Brasil⁶⁵.

Não há que se perder de vista, contudo, conforme já exposto, a necessidade de análise a casos individuais, os quais possivelmente não poderão ser ponderados pelos critérios propostos e que merecerão, por certo, tratamento excepcional, visando à tutela do mínimo existencial. Com efeito, casos individuais podem muitas vezes não estar abarcado pelas previsões genéricas e abstratas, a demandar intervenção casuística, o que, todavia, deve sempre se dar de forma excepcional. Daí o Judiciário poderia atuar, levando em consideração um caso de microjustiça⁶⁶.

5 CONCLUSÃO

Apesar do avanço da dogmática constitucional na concretização dos direitos fundamentais e o alargamento da práxis jurisdicional na determinação de prestações positivas diretamente do texto constitucional, no que se refere a direito à saúde, o efeito sentido sobre a concretização desse direito ainda é aquém daqueles almejados pela sociedade. Diante do estudo empreendido, verificou-se que a sindicabilidade da atuação estatal no que se refere ao direito à saúde não pode ser subtraída do Poder Judiciário, sob pena de diminuir o importante avanço da dogmática constitucional na superação do positivismo normativo, que justificara, no passado, uma atuação autoritária por parte do Estado.

⁶⁵ CARLINI, Angélica. Judicialização da saúde pública no Brasil. In: CARNEIRO, L. A. F (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 31.

⁶⁶ PAULA, Daniel Giotti de. Direito à saúde e finanças públicas: uma questão “trágica”. In: ASENSI, F.; PINHEIRO, R. (Org.). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 194-195.

Inobstante, por outro lado, vislumbrou-se que o papel interventivo e promocional do Poder Judiciário, em políticas estatais, repercute significativamente nas escolhas alocativas de recursos do Poder Público, pelo que necessário estudo acerca dos limites dessa atuação jurisdicional, especialmente no que se refere ao direito à saúde. Analisando-se a questão através de uma perspectiva de Direito e Economia, observa-se que a aplicação deve ser de complementariedade entre as duas ciências, a fim de que a abordagem não se dê unicamente sobre a lógica de busca de fins econômicos, sendo a análise econômica do Direito instrumento consentâneo à compreensão das consequências menos óbvias da atuação jurisdicional. À vista dessas constatações e conceitos de escassez, escolha racional, custos de oportunidade (*trade off*) fornecidos pela AED, sugeriu-se, como critérios jurídico-econômicos para atuação jurisdicional, o uso daqueles mesmos critérios utilizados pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC, que é órgão – ao lado do Ministério da Saúde - responsável para a incorporação de novas tecnologias no sistema público de saúde brasileiro, uma vez que, dentre aqueles critérios, analisa-se parâmetros de economicidade. O artigo 18 do Decreto 7.646/11⁶⁷ coloca como parâmetros para as deliberações do órgão: a) eficácia, acurácia, efetividade e segurança do tratamento; b) avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas; e c) o impacto da incorporação da tecnologia no SUS.

A interlocução entre Direito e Economia ora estudada no presente trabalho permitiu concluir, no que tange ao direito fundamental à saúde, a necessidade se compatibilizar a inegável porção mínima de proteção da norma – a autorizar a sindicabilidade judicial de todo e qualquer direito – ao lado dos conceitos propostos pela análise econômica do Direito, dada a inarredável escassez de recursos próprios para a efetivação do direito à saúde de forma universal e igualitária, tal como propugna o artigo 196 da Constituição Federal.

Dessa forma, diante do exposto e da necessidade de compatibilizar a interpretação dada pela jurisprudência, com as noções introduzidas pela doutrina da análise econômica do Direito é que sugere o presente trabalho, como possível solução (e não única) para as decisões trágicas realizadas pelas cortes judiciais, quando decidem sobre concessão individual de medicamentos, a utilização dos critérios seguidos pela CONITEC, quando decide sobre a incorporação de novas tecnologias no SUS. O Poder Judiciário, dentro desse contexto, atualmente considerado um dos grandes protagonistas na promoção de cidadania, ao promover a alocação individual de recursos, deve ter de conhecer as consequências de suas práticas e ter consciência dos limites de sua atuação, própria para a concessão de respostas constitucionalmente adequadas. Assim, ao Legislativo e ao Executivo caberia uma papel ativo na implementação e na concretização dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, com maior participação da sociedade

67 BRASIL. Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências. Brasília, DF, 2011a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7646.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

– de forma a gerar uma cultura política realmente participativa⁶⁸, compelindo a população a participar da discussão sobre a inclusão de novos medicamentos e tratamentos em saúde para o âmbito político, ao invés do jurídico. Ao fim e ao cabo, consideramos que o arcabouço legal está bem constituído e pode ser efetivado. O que, de fato, dificulta a disponibilização e a efetividade das políticas públicas em saúde é falta de vontade política de implementá-las e utilizá-las como instrumento de efetivação dos direitos.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando et al. Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 10-39, mar./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82804/85759>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

ALMEIDA, Nemésio Dario. A saúde no Brasil, impasses e desafios enfrentados pelo Sistema Único de Saúde: SUS. *Revista Psicologia e Saúde*, Campo Grande, v. 5, n. 1, p. 1-9, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-093X2013000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 1 maio 2017.

ALMOND, Gabriel; VERBA, Sidney. *The Civic Culture*. Princeton: Princeton University Press, 1963.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

BAQUERO, Marcello. *Democracia inercial: assimetrias entre economia e cultura política na América Latina*. 2018. Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.

68 A conceitualização universal de cultura política proposta por Almond e Verba, no seu estudo seminal, “[...] refere-se ao conjunto de atitudes, crenças e sentimentos que dão ordem e significado a um processo político, pondo em evidência as regras e pressupostos nos quais baseia-se o comportamento de seus atores”. Nesse sentido uma cultura política mais participativa seria positiva para efetivação da democracia uma vez que possibilita uma maior accountability horizontal dos processos políticos.

ALMOND, Gabriel; VERBA, Sidney. *The Civic Culture*. Princeton: Princeton University Press, 1963. p. 14-15.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direitoo-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BELLO, Enzo. *A cidadania na luta política dos movimentos sociais urbanos*. 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2013.

BERNARDI, Ana Julia Bonzanini. *Competência Cívica em uma Democracia Desigual: analisando o impacto dos investimentos educacionais na cultura política juvenil porto-alegrense entre 2002 e 2015*. 2017. 128 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Saúde pública no Brasil ainda sofre com recursos insuficientes*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/480185-SAUDE-PUBLICA-NO-BRASIL-AINDA-SOFRE-COM-RECURSOS-INSUFICIENTES.html>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. *Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011*. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências. Brasília, DF, 2011a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7646.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

_____. *Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011*. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília, DF, 2011b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

CARLINI, Angélica. Judicialização da saúde pública no Brasil. In: CARNEIRO, L. A. F (Org.). *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, DF, ano 2, n. 8, p. 151-161, jul./set. 2003.

COASE, Ronald. The problem os social cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724810?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 31 maio 2017.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Análise econômica do Direito: uma análise exclusiva ou complementar? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 193-202.

_____. *Fundamentos da Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto e do Serviço*: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582009000100007&script=sci_abstract&tlng=ES>. Acesso em: 31 maio 2017.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, jul./set. 2005. Disponível em: <<https://app.vlex.com/#BR/sources/11164>>. Acesso em: 30 maio 2017.

GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LATINOBARÓMETRO: opinión pública latinoamericana. 2016. Banco de dados. Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>>. Acesso em: 7 setembros 2018.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Sthéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NÚCLEO DE PESQUISA SOBRE A AMÉRICA LATINA. *Dados da pesquisa Democracia, mídias e capital social*: um estudo comparativo de socialização política dos jovens no Sul do Brasil. Porto Alegre, 2015 Florianópolis e Curitiba, 2016.

PAULA, Daniel Giotti de. Direito à saúde e finanças públicas: uma questão “trágica”. In: ASENSI, F.; PINHEIRO, R. (Org.). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise econômica do Direito e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/266/260>>. Acesso em: 31 maio 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1). *Conjur*, 27 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

STRECK, Lênio Luis. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo In: FERRAJOLI, L.; STECK, L.; TRINDADE, A. (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (Org.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, I.; TIMM, L. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2014: Results*. 2013. Disponível em: <<https://www.transparency.org/cpi2014/results>>. Acesso em: 2 maio 2018.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2017*. 2017. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em: 19 mar. 2018.

UNIVERSIDADE DO RIO GRANDE DO SUL. Centro de Estudos Internacionais sobre Governo. *Relatório Final do Observatório de Políticas Sociais do Estado do RS*. Porto Alegre, 2013.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções Causadas pelas Ações Judiciais à Política de Medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

A BATALHA CONTRA A CORRUPÇÃO NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA PSICOLÓGICA

THE WAR ON CORRUPTION IN BRAZIL: A PSYCHOLOGICAL PERSPECTIVE

Camila Souza Novaes *

RESUMO

O fenômeno da corrupção é um tema de atualidade indiscutível, entretanto poucos psicólogos escreveram de maneira aprofundada sobre o assunto. A análise subjetiva da corrupção parece quase ignorada, de modo que relevantes questões psicológicas subjacentes ao fenômeno permanecem sem resposta. Além de um problema político, jurídico e socioeconômico, o que seria a corrupção sob o ponto de vista do inconsciente? Distintas características da constituição psicocultural histórica dos brasileiros podem estar influenciando o fenômeno da corrupção. A falta de confiança na própria população brasileira e nas suas instituições desestimula a luta por um bem comum e dificulta o processo coletivo de desenvolvimento de conscientização política. Através da Operação Lava Jato, está sendo travada uma batalha de processos judiciais entre “heróis da justiça” e “vilões corruptos”, porém o cidadão comum ainda parece alheio à sua responsabilidade. Fundamentado na perspectiva da psicologia analítica, este artigo tem como objetivo descrever o comportamento do indivíduo corrupto e as causas da corrupção no Brasil. Mais especificamente, analisa-se a Operação Lava Jato, seus atores e o papel da mídia em relação ao arquétipo do herói e o desenvolvimento da consciência política dos brasileiros.

Palavras-chave: Corrupção. Psicologia analítica. Comportamento corrupto. Operação Lava Jato. Heróis.

ABSTRACT

The corruption phenomenon is a subject of indisputable topicality; however, few psychologists have written in depth about this subject. The subjective analysis of corruption seems to be almost ignored, so that relevant psychological issues underlying the phenomenon remain unanswered. Besides a political, legal and socioeconomic problem, what would corruption be from the point of view of the unconscious? Distinct characteristics of the historical psycho-cultural constitution of

* Psicóloga Clínica. Doutoranda pela Universidade de Essex na Inglaterra (Departamento de Estudos Psicossociais e Psicanalíticos). Mestre em Psicologia Clínica pela PUC-SP (Núcleo de Estudos Junguianos). O tema deste artigo faz parte da tese de doutoramento da autora (em andamento), sob a supervisão de Andrew Samuels, terapeuta e consultor político internacional.

Brazilians may be influencing the corruption phenomenon. The lack of confidence in the Brazilian population itself and in its institutions discourages the strive for a common good and hinders the collective process of developing political awareness. Through the Car Wash Operation, a battle of legal proceedings is being fought between “heroes of justice” and “corrupt villains”, but the ordinary citizen still seems oblivious to his/her responsibility. Based on the perspective of analytical psychology, the objective of this paper is to describe the corrupt individual’s behaviour and the causes of corruption in Brazil. More specifically, this work analyses the Car Wash Operation (*Operação Lava Jato*), its actors and the role of the media in relation to the hero archetype and the development of Brazilians’ political consciousness.

Keywords: Corruption. Analytical psychology. Corrupt behavior. Car Wash Operation. Heroes.

1 INTRODUÇÃO

A cena política em muitos países está em crise. Novas ideias e abordagens são necessárias e a psicoterapia pode contribuir para uma transformação geral na política. Os fundadores da psicoterapia, como Freud, Jung, Maslow, Rogers e Perls perceberam o potencial social e político da psicoterapia. Eles entenderam que tinham em suas mãos não apenas uma ferramenta de transformação pessoal, mas também “um instrumento de crítica social e um possível agente de mudança social para melhor”². Freud, por exemplo, aplicou o ponto de vista psicanalítico, com suas hipóteses e descobertas, a instituições como religião, moralidade, justiça e filosofia. Para ele, a psicanálise poderia estabelecer uma conexão íntima entre indivíduos e sociedade, “postulando uma mesma fonte dinâmica para ambos”³. No entanto, a aplicação de valores psicoterapêuticos individuais às sociedades deve ser feita com cuidado.⁴

C. G. Jung,⁵ fundador da *psicologia analítica*, também aplicou ideias psicoterapêuticas a problemas sociais e políticos. Ele estava mais interessado em “o que estava acontecendo abaixo da superfície da vida política cotidiana do que em seus aspectos superficiais”⁶. Jung estava preocupado com a situação do indivíduo em relação à sociedade, especialmente sobre os perigos da conformação à coletividade. Seu propósito era então adicionar uma dimensão psicológica à compreensão da política.⁷ A partir da fundamentação teórica desenvolvida por Jung, a psicologia analítica tem oferecido uma compreensão mais profunda dos conflitos individuais e coletivos no cenário sociopolítico atual, através da análise de mitos, história e

2 SAMUELS, A. *Politics on the Couch*. London: Profile Books, 2001. p. 6.

3 FREUD, S. *Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. 13.

4 LU, K. Can individual psychology explain social phenomena? An appraisal of the theory of cultural complexes. *Psychoanalysis, Culture & Society*, v. 14, n. 4, p. 386-404, 2013.

5 Cf. JUNG, C. G. *Obras Completas de C. G. Jung*: 20 volumes. Petrópolis: Vozes, 2011.

6 VON FRANZ, M.-L. Foreword by Marie-Louise von Franz. In: ODAJNYK, V. W. *Jung and politics: the political and social ideas of C. G. Jung*. Lincoln: Authors Choice Press, 2007. p. ix.

7 ODAJNYK, V. W. *Jung and politics: the political and social ideas of C. G. Jung*. Lincoln: Authors Choice Press, 2007. p. 44.

características psicológicas nacionais.⁸ A psicologia analítica oferece uma estrutura sistemática que diz respeito à relação entre processos psicológicos conscientes e inconscientes. Seguindo os ensinamentos junguianos, Andrew Samuels, terapeuta reconhecido internacionalmente como um dos principais comentaristas sobre problemas políticos e sociais a partir de uma perspectiva psicoterapêutica, defende o valor dessa abordagem. Para ele, o uso de valores e práticas psicoterapêuticas com objetivos políticos poderia ajudar tanto os psicoterapeutas quanto o cidadão comum, abrindo uma via de mão dupla entre as “realidades internas” e o “mundo da política”⁹. Adotando essa abordagem, este trabalho apresenta, portanto, um olhar mais atento à relação entre a realidade interna do povo brasileiro e o mundo da política no Brasil, sem, no entanto, reduzir todos os fenômenos sociais a fragmentos psíquicos.

As ideias psicoterapêuticas podem nos ajudar a desenvolver novas abordagens para o fenômeno da corrupção, oferecendo uma interpretação psicológica como contraponto à ênfase jurídica, política e econômica no estudo da corrupção no Brasil. Este artigo está fundamentado na perspectiva da psicologia analítica e tem como objetivo descrever o comportamento do indivíduo corrupto e as causas da corrupção no Brasil. Mais especificamente, analisa-se a Operação Lava Jato, seus atores e o papel da mídia em relação ao arquétipo do herói e o desenvolvimento da consciência política dos brasileiros.

1.1 DEFINIÇÃO DE CORRUPÇÃO¹⁰

As definições de corrupção mais utilizadas na literatura especializada atualmente se referem a esta como “abuso de cargo público para fins privados”¹¹ e, sua variante, “abuso do poder confiado para fins privados”¹². O Código Penal Brasileiro (Lei n. 2.848/1940) subdivide a corrupção em dois tipos: ativa e passiva. Corrupção ativa (art. 333) é definida como “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”. Corrupção passiva (art. 317) é definida como: “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”. Em ambos os crimes, a pena é de prisão de dois a doze anos e multa.

8 Vale a pena conferir algumas obras escritas nesse sentido, descrevendo a *alma brasileira* a partir de uma perspectiva junguiana. Cf.: BOECHAT, W. *A alma brasileira: luzes e sombra*. Petrópolis: Vozes, 2014; BRIZA, D. H. R. *A Mutilação da Alma Brasileira: um Estudo Arquetípico*. São Paulo: Vetor, 2006; BYINGTON, C. A. B. A identidade brasileira e o complexo de vira-lata: uma interpretação da psicologia simbólica junguiana. *Junguiana*, 31, n. 1, jan-jun 2013. p. 71-80; GAMBINI, R.; DIAS, L. *Outros 500: uma conversa sobre a Alma Brasileira*. São Paulo: Senac, 1999.

9 SAMUELS, A. *Politics on the Couch*. London: Profile Books, 2001. p. 7.

10 Para uma discussão mais aprofundada acerca da definição de corrupção a partir de uma visão psicológica, cf. NOVAES, C. S. Towards a definition of corruption from the perspective of analytical psychology. In: CARTA, S.; ADORISIO, A.; MERCURIO, R. *The Analyst in the Polis*. Rome: Streetlib, 2017.

11 WORLD BANK. Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank. *The World Bank Group*, September 1997. Disponível em: <<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/corruptn.pdf>>. Acesso em: 9 Apr. 2015.

12 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. The Anti-Corruption Plain Language Guide. *Transparency International: the Global Coalition against Corruption*, Jul. 2009, p. 14. Disponível em: <https://www.transparency.org/whatwedo/publication/the_anti_corruption_plain_language_guide>. Acesso em: 9 Apr. 2015.

As definições de corrupção em geral excluem a corrupção do setor privado e mesmo a corrupção do dia a dia, focando no ato individual e egoísta de um funcionário público. Entretanto, a corrupção é muito mais do que isso. O prefixo *co* de origem latina significa “junto”, “a ação de dois”, como na palavra *cooperação*. *Rumpere* significa ruptura, quebra ou decomposição. A ideia por trás da palavra corrupção é de putrefação, muitas vezes representada pela imagem de uma maçã podre. A corrupção é um processo, uma deterioração que aponta para a morte, em geral orquestrada por dois participantes: um que corrompe e oferece a propina e um outro que é corrompido, que aceita a propina. É uma *parceria degenerativa*.¹³ Existe, entretanto, um terceiro elemento nessa relação. É a sociedade, que sempre sairia perdendo com a corrupção.¹⁴ Normalmente associamos a corrupção a um desperdício de esforços da sociedade. Nós desperdiçamos nosso tempo, dinheiro e energia. Todo esse esforço social (ou mesmo energia psíquica) parece estar sendo dissipado. A sensação daqueles que tanto reclamam da situação do Brasil é de que tudo que está relacionado à política é sujo e podre. No entanto, crises exprimem uma necessidade de mudança, uma oportunidade de saída de uma estagnação psíquica. Como veremos, a corrupção parece estar ainda desempenhando uma função estruturante do ponto de vista psicológico.

1.2 CORRUPÇÃO ENQUANTO CONSTRUTO PSICOLÓGICO

A corrupção é um fenômeno complexo, seja pela dificuldade em identificá-la e quantificá-la, seja por causa de suas nuances. A corrupção assume muitas formas diferentes, não podendo ser vista *apenas* como um ato que viola a moralidade e a lei, pois isso limitaria uma compreensão mais aprofundada do fenômeno. Corrupção é, além dos conceitos apresentados anteriormente, um construto psicológico cujos conteúdos emocionais não são facilmente acessados pela razão, pela consciência. Ao analisar as motivações para a corrupção enquanto comportamento humano, podemos compreender não só o efeito devastador que ela causa, mas também que função desempenha para a sociedade.

Muitas pesquisas têm sido feitas sobre a corrupção em diversas áreas do conhecimento, oferecendo definições e explicações sobre o fenômeno e examinando as suas diversas causas e consequências. Entretanto, os debates sobre o tema a partir da perspectiva da psicologia são relativamente escassos¹⁵, por isso o leitor encontrará neste texto referências a conceitos e ideias de autores de diferentes áreas, como: sociologia, antropologia, ciências políticas, direito, filosofia, administração pública, economia e psiquiatria, além de textos jornalísticos atuais. Uma abordagem interdisciplinar é indispensável, uma vez que a corrupção é um fenômeno com múltiplas facetas.

13 BARROS FILHO, C. D.; PRAÇA, S. *Corrupção: parceria degenerativa*. Campinas: Papyrus 7 Mares, 2014.

14 PHILIP, M. The Definition of Political Corruption. In: HEYWOOD, P. M. *Routledge Handbook of Political Corruption*. London and New York: Routledge, 2015. p. 22.

15 Para uma compreensão junguiana do tema, cf.: RAMOS, D. G. Corruption: Symptom of a Cultural Complex in Brazil? In: SINGER, T.; KIMBLES, S. L. *The Cultural Complex: Contemporary Jungian Perspectives on Psyche and Society*. Hove and New York: Brunner-Routledge, 2004. p. 102-123.

Poucas pesquisas examinam o indivíduo corrupto para entender o porquê do seu comportamento.¹⁶ A grande dificuldade está em acessar os sujeitos a serem pesquisados, pois (quase) ninguém assume que é corrupto. A maioria dos indivíduos corruptos tem muito a esconder e/ou está passando por uma investigação criminal. A corrupção é conhecida como um crime que ocorre em segredo e a Operação Lava Jato, como veremos adiante, deixou todos ainda mais desconfiados. Aqueles que assumiram o crime publicamente apenas o fizeram em benefício próprio por conta de delações premiadas, reforçando a ideia estereotipada de que a corrupção é apenas um ato de pessoas egoístas e individualistas.

Os conceitos de individualismo e corrupção têm em comum a superestimação do valor e dos direitos do indivíduo em detrimento da sociedade. No entanto, o dano a terceiros ou ao sistema e o descumprimento das normas sociais não está necessariamente implícito no conceito de individualismo. A corrupção engloba o individualismo, mas vai além disso, pois implica um processo de degradação moral.

Diferentemente do individualismo, a *individuação* é o objetivo máximo da personalidade na psicologia analítica. Considerada um pilar da teoria junguiana, a individuação pode ser essencialmente concebida como: “[...] o processo pelo qual uma pessoa se torna um ‘individuum’ psicológico, ou seja, uma unidade indivisível, um todo”¹⁷. A individuação, como processo de desenvolvimento psicológico do indivíduo, é um “imperativo psicológico inato que [...] busca aumentar a consciência”¹⁸. Na obra de Jung, a individuação não pode ser concebida sem ética, pois viver uma vida ética é parte integrante de seu modelo psicológico.¹⁹ Jung deriva suas ideias de Kant, Nietzsche, Aristóteles e da abordagem ética cristã. A ética e a psicologia de Jung convergem para o mesmo objetivo: “o sujeito individuado é o sujeito ético”²⁰. O sujeito individuado tem o “dever de ser consciente”, uma ideia originada da “consciência do dever” de Kant.²¹

Ampliando o conceito de corrupção do ato criminoso de subornar ou receber propina para comportamentos corruptos em geral, percebe-se que a corrupção se revela semelhante a todo comportamento contrário ao desenvolvimento consciente e ético – especialmente aqueles que tornam o indivíduo cada vez mais individualista, indiferenciado e separado do todo. Sem respeito pelos deveres e somente a favor do reconhecimento de direitos, a corrupção é uma recusa diante da vida ética e da individuação.

16 RABL, T. *Private Corruption and its Actors: Insights into the Subjective Decision Making Process*. Lengerisch: Pabst Science Publishers, 2008.

17 JUNG, C. G. *Os arquétipos do inconsciente coletivo*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2011b. v. 9/1, § 490.

18 STEIN, M. *The Principle of Individuation: Toward the Development of Human Consciousness*. Wilmete: Chiron Publications, 2006. p. 5.

19 COLACICCHI, G. *Jung and Ethics: a conceptual exploration* (Unpublished doctoral thesis). Colchester: University of Essex, 2015. p. 10.

20 Ibidem, p. 2.

21 Ibidem, p. 43.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O INDIVÍDUO CORRUPTO

A corrupção pode ser descrita como um “comportamento desviante” das normas e valores morais, “que se manifesta sob a forma de um abuso de função na política, sociedade ou economia em favor de outra pessoa ou instituição”²². Refere-se a processos de decisão em situações de dilemas éticos e também a estratégias de justificativa que os indivíduos corruptos utilizam.

Em geral, as características da personalidade dos indivíduos corruptos são: narcisismo patológico, *locus* externo de controle (as consequências do seu próprio comportamento são atribuídas a outras pessoas ou circunstâncias externas), maquiavelismo (tendência a manipular ou enganar os outros para obter vantagens), extroversão e preparação para riscos elevados. Entre os valores e atitudes apresentados pelos corruptos estão: pensamento moral primitivo, orientação de valores relativista e teleológica, atitude pró-corrupção e negação de responsabilidade. Os principais motivos apresentados por eles para justificar a corrupção são não só os benefícios materiais e imateriais já conhecidos, como dinheiro e poder, mas também ambição profissional, frustração no emprego, busca por emoção, demandas excessivas (por desempenho), insatisfação, obter vantagens sobre competidores e (até mesmo) vitória.²³

Alguns autores²⁴ chegam a associar o comportamento de indivíduos corruptos ao de *psicopatas*. Um alto grau de psicopatia em uma pessoa pode expressar-se em um comportamento cruel e intencionado para a própria vantagem, inclusive na área da corrupção. Quanto mais alto o escore para psicopatia, maior a tolerância para atividades corruptas. Tanto o indivíduo corrupto, quanto o psicopata – ou portador do transtorno da personalidade antissocial²⁵ –, têm como característica a falta de emoções e sentimentos (principalmente a empatia para com o sofrimento alheio) e a capacidade de manipular e explorar outras pessoas para o seu próprio fim.²⁶ Vale assinalar que diferentemente dos crimes cometidos por indivíduos com

22 RABL, T. *Private Corruption and its Actors: Insights into the Subjective Decision Making Process*. Lengerisch: Pabst Science Publishers, 2008. p. 25.

23 RABL, T. *Private Corruption and its Actors: Insights into the Subjective Decision Making Process*. Lengerisch: Pabst Science Publishers, 2008.

24 LITZCKE, S. et al. *Korruption: Risikofaktor Mensch: Wahrnehmung – Rechtfertigung – Meldeverhalten*. Wiesbaden: Springer VS, 2012.

25 Alguns autores fazem distinção entre a *psicopatia* e o *transtorno de personalidade antissocial*. Optou-se aqui por seguir a classificação do DSM-V (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION) e do CID-11 (WORLD HEALTH ORGANIZATION), que reúnem ambos sob uma mesma categoria, com a denominação “*antisocial personality disorder*” e “*dissociality in personality disorder or personality difficulty*” respectivamente. A nova classificação, o CID-11, que categoriza a psicopatia em leve, moderada ou grave, de acordo com o grau dos sintomas apresentados, foi lançada em 18/06/2018 e entrará em vigor em 01/01/2022. Para avaliação e diagnóstico da psicopatia, utiliza-se em geral a Escala de Hare (PCL-R); AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM-V*. 5. ed. Arlington: American Psychiatric Association, 2013; HARE, R. D.; NEUMANN, C. S. Psychopathy and its measurement. In: CORR, P. J.; MATTHEWS, G. *The Cambridge Handbook of Personality Psychology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 660-686; WORLD HEALTH ORGANIZATION. 6D11.2 Dissociality in personality disorder or personality difficulty. *ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics*, 18 jun. 2018. Disponível em: < <https://icd.who.int/browse11/1-m/en>>. Acesso em: 16 set. 2018.

26 LITZCKE, S. et al. *Korruption: Risikofaktor Mensch: Wahrnehmung – Rechtfertigung – Meldeverhalten*. Wiesbaden: Sprin-

personalidade antissocial, os crimes de colarinho branco são caracterizados por ausência de violência física. Entretanto, se pensarmos que suas atitudes, mesmo que indiretamente, têm potencial para ferir muitas pessoas, a falta de empatia do indivíduo corrupto fica evidente. Mesmo que o diagnóstico de psicopatia não se aplique a todos os indivíduos corruptos, nada impede que existam psicopatas que sejam corruptos.

A Controladoria Geral da União (CGU), instituição do governo responsável pela proteção do patrimônio público, transparência e combate à corrupção, lançou a campanha “Corrupção Mata”, que diz: “Propina mata. Nepotismo mata. Superfaturamento mata”²⁷. Não apenas simbolicamente, mas a corrupção realmente mata, especialmente quando alguém morre por falta de tratamento médico adequado, porque um político corrupto desviou dinheiro de um hospital público para sustentar seus luxos. O setor da saúde é, na verdade, o mais vulnerável a práticas corruptas.²⁸ Um dos maiores escândalos de corrupção no setor de saúde brasileiro foi a chamada “máfia dos sanguessugas”, na qual 72 congressistas foram acusados de receber propinas para redigir emendas orçamentárias para a compra de ambulâncias superfaturadas.²⁹ Na ausência deste equipamento, houve um aumento no número de mortes nas vias públicas e nas residências locais.³⁰

Outro diagnóstico psicológico mencionado por estudiosos da corrupção é o de *narcisismo*.³¹ O *transtorno da personalidade narcisista* se refere a “um padrão generalizado de grandiosidade, necessidade de admiração e falta de empatia”,³² cujas características são: sensação grandiosa de autoimportância; fantasias de sucesso ilimitado, poder, brilho ou beleza; crença de ser especial e único; necessidade excessiva de admiração; crença de que possui direitos especiais; exploração interpessoal (maquiavelismo); falta de empatia; inveja excessiva; comportamento orgulhoso e arrogante. Da maneira como são descritos pela mídia, a maioria dessas características pode ser encontrada nos indivíduos corruptos. Isso não significa que todos eles sejam narcisistas, uma vez que o transtorno da personalidade narcisista continua a ser uma grave doença razoavelmente rara de ser diagnosticada clinicamente.³³ No entanto, o narcisismo subclínico - aquele cujos sintomas não se apresentam em um nível patológico - parece ter atingido proporções epidêmicas e as consequências são mostradas todos os dias na televisão sob forma de corrupção.

O principal objetivo dos indivíduos narcisistas corruptos parece ser extrair de outros a admiração necessária para proteger um senso frágil de si mesmo e possuir coisas que venham a estabelecer o valor único de seu possuidor. É uma tentativa

ger VS, 2012.

27 BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Redes Sociais*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/redes>>. Acesso em: 5 mar. 2016.

28 AVELINO, G.; BARBERIA, L. G.; BIDERMAN, C. Governance in managing public health resources in Brazilian municipalities. *Health Policy and Planning*, v. 29, p. 694-702, 2014.

29 POWER, T. J.; TAYLOR, M. M. *Corruption and Democracy in Brazil: The Struggle for Accountability*. Notre Dame: University of Notre Dame, 2011. p. 3.

30 AVELINO, G.; BARBERIA, L. G.; BIDERMAN, C., op. cit.

31 LEVINE, D. P. The Corrupt Organization. *Human Relations*, v. 6, n. 58, p. 725, jun. 2005.

32 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM-V*. 5. ed. Arlington: American Psychiatric Association, 2013.

33 MACDONALD, P. Narcissism in the modern world. *Psychodynamic Practice*, v. 20, n. 20, p. 144-153, 2014.

de agregar valor a si mesmo através de dinheiro, objetos materiais e poder. Eles são tomados por uma forma específica de ganância, cujo objetivo é a “suprema satisfação narcisista”³⁴. *Fraude* e *corrupção* são dois crimes que muitas vezes acontecem juntos e se assemelham principalmente pela sua finalidade - o benefício pessoal. Para investigar o narcisismo como uma possível causa de fraude, foi realizada uma pesquisa, na qual foram medidas as tendências do narcisismo em uma amostra de 500 presidentes de empresas com base em 15 indicadores objetivos (relacionados à compensação, exposição, poder e comportamento de aquisição) e as compararam com as fraudes cometidas por eles. Os resultados mostraram uma relação estatisticamente significativa entre o narcisismo e a ocorrência de fraude,³⁵ o que corroboraria com a afirmação de que “pessoas de sucesso em posições de liderança são mais inclinadas à corrupção”³⁶. No mundo financeiro, a ganância e ambição “levaram a uma corrupção e encobrimentos de grande escala, nos deixando vulneráveis e incapazes de confiar em muitas organizações”³⁷. O mesmo ocorre no Brasil. A corrupção generalizada tem levado a uma falta de confiança nas instituições nacionais e até mesmo no próprio povo brasileiro.

A corrupção é ainda considerada por muitos como o óleo que fazem as engrenagens girarem, uma parte chave de muitas negociações. Alguns indivíduos justificam que se não pagarem propina acabam ficando fora do negócio. Outros negam que cometem corrupção, mas admitem fazer caixa dois, por exemplo, *porque todos fazem*. Corrupção, contudo, não deve fazer parte das regras do jogo. Ela só demonstra que o indivíduo não foi capaz de jogar de acordo com as regras e trapaceou. Por trás de um ato de corrupção há primeiramente uma incompetência, travestida de esperteza. O comportamento corrupto encobre um *complexo de inferioridade*³⁸, que, em um movimento compensatório, manifesta-se na consciência na forma de sensação de superioridade.

Nas primeiras vezes, esse sujeito pode até se questionar se o que está fazendo é errado. Mas com o tempo a coisa se torna normal. O indivíduo passa a cometer crimes rotineiramente no ambiente de trabalho, porém é considerado pela família e amigos um sujeito do bem, bom pai e que até frequenta a igreja. A corrupção provoca um tipo de *dissociação moral* na personalidade,³⁹ fazendo com que o indivíduo viva “duas vidas”, cada uma com uma moral diferente.⁴⁰ Por isso, apesar de cometer pequenas e grandes imoralidades, acha que criminoso é aquele

34 LEVINE, D. P. The Corrupt Organization. *Human Relations*, v. 6, n. 58, p. 725, jun. 2005.

35 RIJSENBILT, A.; COMMANDEUR, H. Narcissus Enters the Courtroom: CEO Narcissism and Fraud. *Journal of Business and Ethics*, n. 117, p. 413-429, 2013.

36 LITZCKE, S. et al. *Korruption: Risikofaktor Mensch: Wahrnehmung – Rechtfertigung – Meldeverhalten*. Wiesbaden: Springer VS, 2012. p. 20.

37 MACDONALD, P. op. cit., p. 144.

38 NOVAES, C. S. Corrupção no Brasil: uma visão da psicologia analítica. *Revista Junguiana*, v. 34, n. 2, p. 5-17, dez. 2016.

39 Ibidem.

40 O empresário Marcelo Odebrecht, por exemplo, é apresentado pelos jornalistas Cabral e Oliveira como tendo duas faces, uma brilhante e outra sombria. Marcelo seria então, ao mesmo tempo, um homem de bem e um homem corrupto. “Para parte da sociedade brasileira, o empresário é uma espécie de representação do mal, o corrupto que turbinou a expansão de sua empresa com base na compra de poder político e de desfalques em licitações públicas. Outro segmento, no entanto, que inclui muitos funcionários do grupo [de empresas da Odebrecht], vê Marcelo como um empresário genial, que acabou tragado por um sistema político corrompido e foi obrigado a seguir as regras de um jogo viciado para defender a empresa e a família”. CABRAL, M.; OLIVEIRA, R. *O Príncipe: uma biografia não autorizada de Marcelo Odebrecht*. Bauru: Astral Cultural, 2017. p. 20.

corrupto que aparece na televisão. Esse é um *mecanismo psicológico de defesa* que faz com que não se precise parar para pensar sobre o tipo de pessoa que se é, tornando o comportamento corrupto cada vez mais inconsciente. Ao se encontrar diante de um conflito moral, o indivíduo opta pelo caminho mais preguiçoso de resolução, que é a corrupção.

Para entender melhor o comportamento corrupto, é necessário pegar emprestado alguns conceitos utilizados em políticas anticorrupção na administração pública, como *compliance e accountability*⁴¹. *Compliance* pode ser traduzida como “conformidade com leis e regulamentos” e “refere-se aos procedimentos, sistemas ou departamentos de órgãos públicos ou empresas que garantem que todas as atividades legais, operacionais e financeiras estejam em conformidade com as leis, regras, normas, regulamentos e padrões”⁴². Em uma análise psicológica, podemos dizer que a busca por cada vez mais *compliance* funciona para a sociedade como um *superego*, uma instância moralista do psiquismo humano que controla o comportamento individual, mas que não necessariamente produz indivíduos mais éticos.

Accountability, cuja tradução em português pode ser algo como “responsabilização” ou “prestação de contas”, é definida “como a responsabilização de funcionários públicos pela natureza pública e a probidade de suas ações”⁴³. Refere-se ainda ao “conceito de que indivíduos, agências e organizações (públicas, privadas e da sociedade civil) são responsáveis por executar seus poderes adequadamente”⁴⁴. Uma “*accountability* psicológica” deveria estar relacionada à retirada das projeções: “para a sociedade, nada é mais alienante e devastador do que esse comodismo e essa irresponsabilidade moral e, por outro lado, nada é mais provocante para a compreensão e a aproximação do que o abandono das projeções”⁴⁵. Em geral, as propostas de maior responsabilidade apenas sugerem controles mais rígidos e punições mais severas para os infratores, sob a forma de *compliance e accountability*. O desenvolvimento da capacidade de reflexão crítica e da conscientização do poder político individual não é estimulado pelo Estado, tornando a noção de responsabilidade algo atrofiado e primitivo.

Ao contrário do que muitas pessoas parecem pensar, a corrupção não é um problema que acontece apenas nos parlamentos ou nos congressos em todo o mundo. Nós perpetramos e nos engajamos diariamente em pequenos atos de corrupção. No entanto, nós varreremos nossos segredos sujos para debaixo do tapete: nós projetamos nossas *sombras* sobre os políticos e nos esquecemos que escolhemos não olhar para o que percebemos em nós mesmos como muito vergonhoso.

41 Ambos os termos não possuem tradução perfeita para o português ou mesmo o espanhol. A dificuldade na tradução e importação de conceitos de outros idiomas sugere que as ideias subjacentes a essas expressões são ainda insipientes na cultura da língua-alvo, o que se verifica no Brasil. Cf.: MORAIS, L. D. S.; TEIXEIRA, M. G. C. Interfaces da accountability na administração pública brasileira: análise de uma experiência da Auditoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. *Revista Eletrônica de Administração*, Porto Alegre, v. 83, n. 1, p. 77-105, Janeiro/Abril 2016 2016.

42 TRANSPARENCY INTERNATIONAL, op. cit., 2009, p. 10.

43 POWER; TAYLOR, op. cit. p. 2.

44 TRANSPARENCY INTERNATIONAL, op. cit., 2009, p. 2.

45 JUNG, C. G. *Presente e Futuro*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, v. 10/1, 2011a, § 577.

O conceito junguiano de *sombra* se refere, de maneira simplificada, a tudo aquilo que reprimimos ao longo do nosso desenvolvimento por não se adequar ao que é esperado de nós pelos nossos pais, família, sociedade, etc. Conteúdos psíquicos fora da luz da consciência, portanto obscuros e inconscientes, pertencem à sombra. O conceito de sombra representa uma personificação de certos aspectos da personalidade inconsciente.⁴⁶ Tornar-se *consciente* (no mesmo sentido do aforismo grego “conhece-te a ti mesmo”) perpassa pelo esforço hercúleo de *reconhecer* e *assimilar* conteúdos da própria sombra, mas sem necessariamente extingui-los, pois isso não seria possível. Pela dificuldade de aceitar nossos conteúdos indesejados, nós *projetamos*, isto é, atribuímos os conteúdos que não reconhecemos em nós mesmos a outras pessoas, personificando-os.

Os principais conteúdos psíquicos da sombra coletiva referentes à corrupção seriam então as mesmas características de personalidade apresentadas anteriormente para indivíduos corruptos: narcisismo, irresponsabilidade, maquiavelismo, ambição, ganância, falta de empatia, individualismo, entre outros. *As características individualistas e narcisistas vistas no indivíduo corrupto coincidem com a projeção da sociedade de seus próprios conteúdos indesejados. A sociedade utiliza seus políticos para reafirmar sua própria (suposta) integridade e honestidade, disfarçando a sua não conformidade com a norma social. Há uma enorme recusa dos cidadãos em reconhecer que o lado desprezível que eles veem nos políticos corruptos também é parte de si mesmos. Nosso próprio egoísmo, narcisismo e vaidade nos incomodam. Falta nos perguntar: quão alta é a nossa ambição para mantermos nossos luxos? Mesmo que não haja exatamente um pagamento de propina, o comportamento corrupto tende a acontecer quando o sujeito se coloca acima de outros indivíduos e transgredir regras da sociedade em benefício próprio. Por detrás dessa atitude está a sensação absurda de onipotência, quando o indivíduo acha que as regras não se aplicam a ele ou que ele não será punido. Afinal, é preciso ser muito arrogante para acreditar que você merece algo *mais que todo mundo*. Há, de maneira ambígua, uma insatisfação consigo mesmo, com a sua própria incompetência e inferioridade.*

A afirmação de que projetamos nossos conteúdos pessoais indesejados sobre os políticos não os inocenta, claro. Porém ao menos aponta para a direção em que devemos mudar. Se há uma falta de empatia nos indivíduos corruptos para com a energia que a população desperdiça ou para com a fome e falta de recursos da população carente, devemos compensar *empatizando* com o outro e não nos achando superiores a ninguém. Afinal, é a nossa convivência com a desigualdade social que mantém o sistema como está, mas é mais fácil pensar que a podridão da política não tem nada a ver conosco.

46 VON FRANZ, M. L. *Shadow and Evil in Fairy Tales*. Boulder: Shambhala Publications, 1995. p. 11.

2.2 CORRUPÇÃO NO BRASIL

A corrupção parece se manifestar de maneira diferente em cada país, pois há padrões distintos e inúmeras influências que moldam a corrupção – tornando-a particular a cada região. No caso do Brasil, a identidade e a cultura nacionais parecem ser tão importantes quanto a história, a economia e a organização política na formação da corrupção. Algumas características da sociedade brasileira contribuem diretamente com a corrupção sistêmica, cujas principais causas são o *patrimonialismo* e a *estratificação social*.⁴⁷

O *patrimonialismo*, conceito descrito pelo sociólogo alemão Max Weber, é uma forma de dominação política, derivada do patriarcalismo. Nesse tipo de governança, o poder flui de um líder, que seria o principal beneficiário das práticas corruptas. O patrimonialismo é caracterizado como uma prática política e administrativa na qual há uma indistinção entre o público e o privado.⁴⁸ A ideia subjetiva por trás do patrimonialismo é a mistura de patrimônios, uma confusão entre bens que os indivíduos que estão no poder consideram como seus e o que é de propriedade de todos. Isso pode ser representado no pensamento de que “o que é de todos é meu, mas o que é meu não é de todos”. No século XIX, essa prática já era percebida como prejudicial aos estados alemães. O patrimonialismo esteve presente no Brasil desde que era uma colônia de Portugal e continua até os dias de hoje, mesmo que com características diferentes. O patrimonialismo weberiano ganhou uma descrição com características brasileiras com o conceito de “homem cordial” de Sérgio Buarque de Holanda. O “homem cordial” é uma forma social, na qual relações de simpatia originadas na vida familiar e contrárias à impessoalidade são transpostas para o Estado, dando um caráter de informalidade e emotividade para relações sociais como as dos negócios e da política. A cordialidade do brasileiro seria “justamente ao contrário da polidez”⁴⁹. Holanda apresenta a cordialidade do brasileiro, na verdade, como uma máscara, a qual permite que o sujeito mantenha sua supremacia ante o social, ao mesmo tempo em que o liberta “do pavor que ele sente em viver consigo mesmo”⁵⁰.

A ideia por trás da *hierarquização social* como uma das raízes da corrupção é que a desigualdade da sociedade brasileira – advinda principalmente da escravidão⁵¹ – faz com que as pessoas se vejam como diferentes umas das outras e, portanto, com diferentes direitos e obrigações (em oposição ao que acontece em uma sociedade igualitária). Na sociedade hierárquica, sempre há alguém que sempre se vê como superior aos outros, sobressaindo-se então o pensamento “eu

47 HUNTINGTON, S. P. *Political Order in Changing Societies*. New Haven and London: Yale University Press, 1973. p. 60;

HOLANDA, S. B. D. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 145; DAMATTA, R. *Carnivals, Rogues, and Heroes: an Interpretation of Brazilian Dilemma*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1991; FERREIRA FILHO, M. G. A Corrupção como Fenômeno Social e Político. *Revista de Direito Administrativo*, v. 185, n. 1, p. 14, 1991.

48 WEBER, M. *Economy and Society: an Outline of Interpretative Sociology*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1978. p. 1028.

49 HOLANDA, S. B. D. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 147.

50 Ibidem.

51 SOUZA, J. *A Elite do Atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

sou melhor do que você”. A origem e a posição social do indivíduo têm grande influência no que ele pode ou não fazer e se a lei é ou não aplicada, sobressaindo-se o pensamento “eu sou maior do que a lei”. Infelizmente, “como não há uma cultura de que todos são iguais e deve haver direitos para todos, cria-se um universo paralelo de privilégios: imunidades tributárias, foro privilegiado, juros subsidiados, auxílio moradia, carro oficial, prisão especial”⁵². Essa hierarquia na sociedade brasileira foi representada na famosa frase “você sabe com quem está falando?”, analisada pelo antropólogo Roberto DaMatta⁵³, que demonstra arrogância extrema e sensação de superioridade em relação a alguém considerado em posição inferior. A referida frase é típica de situações em que “o tratamento igual torna-se intolerável”⁵⁴.

Além do patrimonialismo e da desigualdade social como fortes influências no surgimento da corrupção, vemos que os brasileiros parecem ter desenvolvido *uma maneira peculiar de lidar com a lei e a ordem*, herdada da relação simbólica com o “pai” português. Obediência não é necessariamente a primeira reação a uma regra; em muitos casos, a reação instintiva é obter vantagem. A lei tem diferentes significados e valores específicos para cada brasileiro, mas ela parece ser frequentemente desacreditada e subvertida. Os brasileiros sabem que uma transgressão pode não dar em nada, especialmente se o ofensor é rico e poderoso. A transgressão também é feita de maneira especial: com simpatia e com um sorriso. Quando o indivíduo se encontra emocionalmente envolvido em uma situação em que a corrupção é a alternativa mais fácil, ele parece minimizar o significado do ato de transgredir. Como afirma Heidenheimer⁵⁵, renomado cientista social no estudo da corrupção, os contextos culturais e sociais afetam as percepções sobre se e quanto o comportamento corrupto é moralmente ou legalmente condenado. Essa relação desigual com a lei parece permanecer na atitude dos brasileiros de muitas maneiras. Considerado um povo amistoso, os brasileiros parecem ter aprendido a não lutar, mas a encontrar maneiras amigáveis de se rebelar contra a lei, o que é no mínimo paradoxal. Ao longo da história, a maneira brasileira de lidar com a opressão foi frequentemente driblar a lei, como por exemplo durante a ditadura militar (1964-1984), quando o exército assumiu o governo do país e estabeleceu leis muito mais rigorosas do que as pessoas estavam acostumadas. Uma das formas de lutar encontradas pelos brasileiros foi se esquivar da censura moral e criar novas maneiras de se expressar, como as canções de protesto, que escondiam mensagens insurgentes.

É possível apontar ainda uma outra causa para a corrupção no Brasil - a *falta de consciência política*. Por conta da pouca leitura e reflexão, muitos brasileiros agem como se a política fosse algo exclusivo dos políticos, sem ter qualquer consciência de que eles mesmos são *animais políticos por natureza*.⁵⁶ A falta de

52 BARROSO, L. R. *Ética e jeito brasileiro*: por que a gente é assim? Brazil Conference. Boston: [s.n.], 2017. p. 1-11.

53 DAMATTA, R. *Carnivals, Rogues, and Heroes: an Interpretation of Brazilian Dilemma*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1991. p. 137.

54 ALMEIDA, A. C. D. *A Cabeça do Brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2014. p. 16.

55 HEIDENHEIMER, A. J. Perspectives on the Perception of Corruption. In: HEIDENHEIMER, A. J.; JOHNSTON, M. *Political Corruption: Concepts and Contexts*. 3. ed. [S.l.]: Transaction Publishers, 2009. p. 141.

56 ARISTÓTELES. *Politics*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998. p. 4.

consciência política coincide com uma separação existente no Brasil entre o mundo político e social, que tende a aumentar a desconfiança da população em relação à política, afinal tememos aquilo que não conhecemos. A política tem sido entendida por muitos apenas como função e prática de políticos profissionais e não como responsabilidade pessoal de todos os cidadãos. A população parece perceber esse domínio como um “mal necessário” que deve existir, mas que não deve interferir em suas vidas privadas.

Vivemos em uma eterna crise política, o que pode indicar que precisamos de alternativas para revitalizar os sistemas políticos, a fim de possibilitar mudanças. Para mudar o que acontece no nosso Congresso, devemos nos conscientizar enquanto seres políticos. Samuels⁵⁷ propõe a existência de um “político interior” em cada indivíduo, uma dimensão que estaria relacionada à autoconsciência política. Quais seriam as características do político interior de cada brasileiro?

Questionado sobre a decisão dos governos militares de suspender eleições diretas para cargos do Executivo na década de 70, Pelé foi massacrado ao responder que “o brasileiro não sabe votar”⁵⁸. Hoje já é lugar-comum dizer que o brasileiro é alienado, mas isso é um pequeno indício da falta de consciência que em geral se tem (não só os brasileiros!) do próprio poder político individual. Entretanto, o que aconteceria com o sistema político se os cidadãos brasileiros trabalhassem a favor da sua própria autoconsciência política? Os brasileiros parecem ter tido um vislumbre desse poder político em 2013, quando a população estava finalmente protestando em massa contra a provisão inadequada de serviços públicos. Uma das frases que se repetia exaustivamente, nos cartazes de protesto na época, era “o gigante acordou”. Essa expressão é uma referência aos versos do hino nacional brasileiro, que contraditoriamente e inconscientemente, referem-se ao país como um “gigante adormecido” (“gigante pela própria natureza”; “deitado eternamente em berço esplêndido”). Essa expressão é popularmente associada aos cidadãos brasileiros que permanecem “adormecidos”, alheios a questões políticas por tanto tempo e que só então haviam começado a reconhecer seu próprio poder. Esses protestos em todo o país mostraram a necessidade de se discutir o bem-estar da população, que não mais almejava apenas “carnaval e futebol”, como popularmente se criticava. Entretanto, “grande responsabilidade segue inseparavelmente de grande poder”⁵⁹ e não estamos necessariamente preparados para essa responsabilidade. A partir de um entendimento psicológico, compreende-se que essa energia política deveria ser liberada e explorada, mas de maneira consciente, pois toda energia reprimida (portanto *sombria*) tem efeito avassalador sobre a consciência se não trabalhada da maneira devida.

Os brasileiros têm essa imensa energia política inexplorada, representada pelo gigante adormecido. Na mitologia e nos contos de fadas, os gigantes são

57 SAMUELS, A. *Politics on the Couch*. London: Profile Books, 2001. p. 7. p. 23.

58 SINDICATO DOS ADVOGADOS DO ESTADO DE SP. Para Mídia e Justiça Eleitoral, Brasileiro não sabe votar. *Sindicato dos Advogados do Estado de São Paulo*, 2013. Disponível em: <<http://www.sasp.org.br/convenios/100-para-midia-e-justica-eleitoral-brasileiro-nao-sabe-votar.html>>. Acesso em: jun. 2018.

59 FRANCE CONVENTION NATIONALE. Collection Générale des Décrets Rendus par la Convention Nationale. Paris: Chez Baudouin, v. 9, 1793. p. 72.

conhecidos por sua enorme força e estupidez, mas também representam emoções inconscientes poderosas.⁶⁰ As histórias com gigantes em geral os colocam como monstros que precisam ser vencidos. Eles são facilmente enganados por seres humanos pequenos e frágeis, porque o seu físico cresceu demais, mas o seu cérebro cresceu de menos. Veremos a seguir como a dinâmica entre heróis e monstros gigantes pode estar representada no combate à corrupção graças ao aparato legal que avançou no campo jurídico, estabelecendo leis que instrumentalizaram os heróis modernos.

2.3 OPERAÇÃO LAVA JATO: O COMBATE AO MONSTRO DA CORRUPÇÃO

O instinto bélico do homem foi em parte domesticado ao longo da história. O instinto, que era antes manifestado em guerras, foi canalizado para esportes sangrentos e letais, como os espetáculos dos gladiadores e os duelos entre cavaleiros de armadura na idade média.⁶¹ No mundo moderno, o instinto de guerra não desapareceu completamente, mas continuou se modificando: “o processo judicial é a forma civilizada que o homem encontrou para fazer a guerra”⁶². Houve uma mudança do paradigma do domínio da força para o paradigma da competição moldada pelas leis. As legislações permitiram o reconhecimento do direito de cada indivíduo, usando a justiça como baliza para solução de conflitos e impedindo a “prevalência da força na defesa dos próprios interesses”⁶³.

Encontra-se essa atualização do instinto bélico também no Brasil. Há, aliás, uma intensa “guerra” acontecendo no país, sob a forma de combate à corrupção. Essa guerra está sendo liderada por um pequeno grupo de heróis populares e idealistas, composto por procuradores, juízes e a polícia federal em nome dos (supostos) interesses da sociedade. Do lado oposto, estão políticos e empresários acusados de corrupção - a elite do poder. No meio dessa luta, está um sujeito relativamente impotente, o cidadão comum. Nesta guerra, há ainda um outro participante, cujo lado não é claramente definido: a mídia, com sua (boa e má) influência sobre os dois lados e sua notória persuasão sobre a democracia. No Brasil, a guerra contra a corrupção ganhou o nome “Operação Lava Jato”.

A Lava Jato revelou o que já se sabia: a existência de um terrível quadro de corrupção sistêmica no Brasil, envolvendo grandes empreiteiras do país e poderosos políticos. Ficou, entretanto, cada vez mais claro para os cidadãos brasileiros que a democracia do Brasil estava sendo fortemente abalada pela corrupção. A Operação Lava Jato expôs “o maior pagamento de propina da história mundial”⁶⁴

60 VON FRANZ, M. L. *Shadow and Evil in Fairy Tales*. Boulder: Shambhala Publications, 1995. p. 95.

61 MARTINS FILHO, I. G. D. S. O Bélico e o Lúdico no Direito e no Processo. *Revista TST*, v. 70, n. 2, p. 28-41, 2004.

62 BECKER, D.; FERRARI, I. A prática jurídica em tempos exponenciais: a tecnologia chegou no Direito para ficar. *JOTA*, 4 out. 2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/a-pratica-juridica-em-tempos-exponenciais-04102017#_ftn21>. Acesso em: 5 out. 2017.

63 MARTINS FILHO, op. cit.

64 THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Odebrecht And Braskem Plead Guilty And Agree To Pay At Least \$3.5 Billion In Global Criminal Penalties To Resolve Largest Foreign Bribery Case In History. *U.S. Attorney's Office*, 21 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.justice.gov/usao-edny/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-criminal>>. Acesso em: 19 set. 2018.

e “tornou-se a maior investigação até hoje a revelar casos de captura de Estado e corrupção no Brasil”⁶⁵.

O nome “Operação Lava-Jato” vem do início da investigação, sobre o uso de postos de gasolina e lava-jatos para lavagem de dinheiro.⁶⁶ A operação se expandiu, entretanto, para cobrir alegações de corrupção na estatal Petrobrás, onde executivos supostamente aceitaram subornos em troca de contratos com construtoras a preços inflacionados. O dinheiro estava sendo canalizado também para fundos de campanha dos principais partidos políticos. A Operação Lava Jato quebrou alguns tabus ao prender líderes políticos, lobistas e empresários antes considerados intocáveis. Eles foram acusados de suborno, evasão fiscal e uso indevido de fundos públicos em um poderoso contra-ataque à impunidade que sempre reinou no Brasil. A operação até mesmo “desempenhou um papel na queda de um presidente em exercício”, Dilma Rousseff.⁶⁷

As consequências desta guerra parecem ser ambíguas e dividem opiniões: parte da população acredita que começar a prender indivíduos corruptos foi a melhor coisa que já aconteceu ao Brasil e a outra parte conjectura que a operação causou uma das piores recessões da história do país, além de uma grave crise de liderança política. Talvez ambos os lados concordem: a Operação Lava Jato expôs uma crise ética subjacente, criminalizando a política.

Inúmeras denúncias de corrupção já haviam sido feitas no Brasil antes da Lava Jato, mas prisões por corrupção nunca foram comuns. Era de conhecimento público que as construtoras eram as grandes patrocinadoras de campanhas políticas, no entanto “as elites sempre encontraram uma maneira de se reorganizar e se proteger”⁶⁸. Desta vez foi diferente. A operação se desdobrou e ganhou diversas fases, sendo uma delas chamada pela expressão em latim *erga omnes*, frequentemente usada no contexto legal para se referir a uma norma que se aplica a todos os indivíduos. É informalmente usada para expressar que “ninguém está acima da lei”. A fase *Erga omnes* prendeu executivos das duas maiores construtoras do país.

Essas são as pessoas que nunca tiveram medo da lei no Brasil. Esse foi o momento em que essas pessoas começaram a perceber que também estavam sendo alvos da Operação Lava Jato. Logo, os promotores estavam recebendo ofertas de executivos e políticos assustados, dispostos a cooperar e devolver dinheiro para evitar a prisão.⁶⁹

65 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Anti-Corruption Award Winner: Operation Car Wash Task Force: Prosecutors – Brazil. *Transparency International*, 02 dez. 2016. Disponível em: <http://www.transparency.org/getinvolved/awardwinner/operation_car_wash_task_force>. Acesso em: 30 abr. 2017.

66 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Car Wash Operation. *Caso Lava Jato*, 30 abr. 2017. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br>>. Acesso em: 3 mar. 2018.

67 COOPER, A. Brazil’s “Operation Car Wash” involves billions in bribes, scores of politicians. *CBSNEWS*, 21 maio 2017. Disponível em: <<https://www.cbsnews.com/news/brazil-operation-car-wash-involves-billions-in-bribes-scores-of-politicians/>>. Acesso em: 2 out. 2017.

68 DALLAGNOL, D. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017. p. 198.

69 COOPER, A. Brazil’s “Operation Car Wash” involves billions in bribes, scores of politicians. *CBSNEWS*, 21 maio 2017. Disponível em: <<https://www.cbsnews.com/news/brazil-operation-car-wash-involves-billions-in-bribes-scores-of-politicians/>>. Acesso em: 2 out. 2017.

Os promotores responsáveis pela Operação Lava Jato obtiveram grande sucesso com a investigação devido a *acordos de leniência*. Aos réus que concordaram em aderir à delação premiada “foram prometidas penas reduzidas em troca da entrega de propinas e do testemunho contra outros envolvidos no caso”⁷⁰. O acordo de leniência foi chamado jocosamente pelo público de “arma de destruição em massa” ou “metralhadora da justiça” contra a corrupção. Bilhões de dólares foram recuperados através de multas e repatriamento do dinheiro que havia sido enviado para paraísos fiscais. Os brasileiros estavam perdendo a batalha contra a corrupção, quando finalmente começaram a ver corruptos indo para a cadeia. A Operação Lava Jato deu-lhes uma nova esperança. Como consequência, muitos brasileiros agora idolatram esses novos “heróis”.

Em 2016, os promotores da Lava Jato receberam um prêmio da organização Transparência Internacional, reconhecendo “a coragem e a determinação de muitos indivíduos e organizações que lutam contra a corrupção em todo o mundo”⁷¹. Por causa de sua determinação e bravura, a organização denomina os vencedores do prêmio de “heróis anticorrupção”. Os trabalhadores da Transparência Internacional, que se autoproclamam “combatentes da corrupção”, listaram o que é preciso para ser um herói anticorrupção: paixão, coragem, paciência, compromisso, integridade, resiliência, perseverança e resistência. Sintetizando as opiniões apresentadas, eles declararam, em geral, que os heróis anticorrupção deveriam personificar a mudança que desejam; que deveriam “dar tudo” (suas almas, seus corações, seu tempo e seus esforços); que eles deveriam “estar preparados para mergulhar com os tubarões”; que eles não deveriam achar que a corrupção está ganhando a batalha; e que os heróis devem ter um coração.⁷²

A operação se tornou uma força de mudança em contraste com a impunidade que antes reinava. Um dos promotores da operação afirmou que a percepção de que crimes de colarinho branco ficam impunes começava a mudar:

A Lava Jato democratizou a Justiça Criminal, demonstrou como deve ser uma Justiça Criminal eficiente, uma coisa que o brasileiro não está acostumado. O povo está acostumado ao setor público ineficiente em todas as esferas, desde o Judiciário, Legislativo, Ministério Público. A Lava Jato é a única coisa que deu certo no sistema de Justiça Criminal no Brasil.⁷³

Por conta das ações da Polícia Federal e do Ministério Público, até mesmo o comportamento das empresas brasileiras finalmente pareceu mudar.⁷⁴ A corrupção

70 WATTS, J. Brazil's anti-corruption prosecutor: graft is 'endemic. It has spread like cancer'. *The Guardian*, 30 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2015/dec/30/brazil-anti-corruption-prosecutor-deltan-dallagnol-lava-jato-investigation>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

71 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Anti-Corruption Award Winner: Operation Car Wash Task Force: Prosecutors – Brazil. *Transparency International*, 2 dez. 2016. Disponível em: <http://www.transparency.org/getinvolved/awardwinner/operation_car_wash_task_force>. Acesso em: 30 abr. 2017.

72 Ibidem.

73 AGÊNCIA BRASIL. Lava Jato completa três anos de investigações com 260 acusados criminalmente. *Agência Brasil*, 17 mar. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-03/lava-jato-completa-tres-anos-de-investigacoes-com-260-acusados>>. Acesso em: maio 2018.

74 PINHEIRO, L. B. Ficou caro ser corrupto? Como operações da PF e do MP estão mudando comportamento de empresas brasileiras. *BBC Brasil*, 7 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38208556>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

parecia ser um bom negócio no Brasil, mas os riscos passaram a ser muito caros. Os promotores encontraram um aliado no juiz Sérgio Moro, encarregado do julgamento dos crimes identificados na Operação Lava Jato. Moro tornou-se manchete no Brasil e no mundo por condenar à prisão alguns dos mais poderosos políticos e empresários acusados de corrupção. “Um juiz federal relativamente comum”⁷⁵, mas que foi estampado nas camisetas de muitos manifestantes nos protestos de 2015, com o slogan “Somos todos Sérgio Moro”. Alguns o admiram por sua tenacidade e esperam que ele concorra para um cargo político, uma possibilidade descartada por Moro.⁷⁶

A revista americana *Fortune* classificou-o como o 13º “Maior Líder Mundial” em uma lista com 50 nomes.⁷⁷ Já a revista *Time*, chamou-o de “SuperMoro” e considerou-o uma das “100 pessoas mais influentes do mundo” de 2016.⁷⁸ Em ambas as listas, Moro foi o único brasileiro a ser indicado. Ele acredita que sua nova fama foi boa para a investigação: “Era importante para que esses casos, que envolviam pessoas poderosas, não fossem obstruídos de alguma forma”⁷⁹. Ao receber o *Notre Dame Award*, homenagem também concedida anteriormente à madre Teresa de Calcutá, Moro afirmou categoricamente: “Nós nunca nos renderemos à corrupção. A era dos nossos barões da corrupção está chegando ao fim e o império da lei está se tornando uma possibilidade real no Brasil. O objetivo é democracia com integridade”⁸⁰.

Em entrevista ao jornal inglês *The Guardian*, o promotor da Operação Lava Jato, Deltan Dallagnol, “sabia há muito tempo que estava fazendo história”, mas só entendeu o impacto da operação na sociedade quando um estranho o parou na rua para agradecer: “Ele disse que chorou quando viu o príncipe de uma grande empresa sendo preso porque o fez perceber que a lei está sendo aplicada igualmente. Ele nunca imaginou algo assim acontecendo no Brasil”⁸¹. Apesar das referências, Dallagnol recusa-se a ser chamado de herói,⁸² o que coincide com a compreensão usual de que um herói deve ser humilde, um exercício que ele parece praticar com frequência: “Sabemos que muitas pessoas depositam suas esperanças em nós. Sabemos que não podemos entregar todas as alterações que eles querem, por isso propomos mudanças na lei”, disse ele. “Este caso não vai

75 LONDOÑO, E. A Judge’s Bid to Clean Up Brazil From the Bench. *The New York Times*, 25 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/08/25/world/americas/judge-sergio-moro-brazil-anti-corruption.html>>. Acesso em: 2 out. 2017.

76 *Ibidem*.

77 NAÏM, M. 13 Sergio Moro. *World’s Greatest Leaders*, 24 mar. 2016. Disponível em: <<http://fortune.com/worlds-greatest-leaders/2016/sergio-moro-13/>>. Acesso em: 6 out. 2017.

78 WALSH, B. Sergio Moro: cleaning up corruption. *The 100 Most Influential People*, 21 abr. 2016. Disponível em: <<http://time.com/collection-post/4302096/sergio-moro-2016-time-100/>>. Acesso em: 6 out. 2017.

79 LONDOÑO, op. cit.

80 REDAÇÃO ESTADÃO. ‘A era dos nossos barões da corrupção está chegando ao fim’. *Estadão*, 3 out. 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-era-dos-nossos-baroes-da-corrupcao-esta-chegando-ao-fim/>>. Acesso em: maio 2018.

81 WATTS, J. Brazil’s anti-corruption prosecutor: graft is ‘endemic. It has spread like cancer’. *The Guardian*, 30 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2015/dec/30/brazil-anti-corruption-prosecutor-deltan-dallagnol-lava-jato-investigation>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

82 Comunicação pessoal em Cambridge, USA, abril/2017. No mesmo dia, em uma palestra realizada na Harvard Law School sobre a Operação Lava Jato, uma participante da plateia disse à Dallagnol: “Estou muito feliz por você não ter desistido. Você é realmente meu ídolo!”, reforçando a imagem de herói que ele simboliza.

mudar o Brasil, mas pode ser uma alavanca para a sociedade. A sociedade é o ator principal, não nós”.⁸³ Dallagnol escreveu um livro que leva seu rosto na capa, intitulado *A Luta Contra a Corrupção*, uma mistura de autobiografia e narrativa épica do que aconteceu durante a operação. Em seu livro, Dallagnol descreve seu cargo de promotor quase como o de um herói:

O procurador da República é um servidor público, um servo do povo que recebeu da sociedade grandes e importantes desafios a enfrentar. Ele defende a democracia, os direitos fundamentais, promove saúde, a educação, a cidadania, o meio ambiente e a segurança pública, protege direitos de consumidores, crianças, adolescentes, idosos e pessoas com necessidades especiais, bem como zela para que criminosos paguem por seus crimes e, assim, sejamos uma sociedade com menos vítimas.⁸⁴

Servir tem uma conotação especial para os heróis-servidores do povo. Eles servem não só à sociedade, como à própria democracia, a qual defendem com toda força e garra. A descrição de Dallagnol coincide com a análise do mitólogo Junito Brandão da palavra *herói*, que representa “o guardião, o defensor, aquele que nasceu para servir”.⁸⁵ Segundo o dicionário Michaelis, herói é o “homem elevado a semideus após a morte, por seus serviços relevantes à humanidade. Homem que se distingue por coragem extraordinária na guerra ou diante de outro qualquer perigo. Homem que suporta exemplarmente um destino incomum, como, por exemplo, um extremo infortúnio ou sofrimento, ou que arrisca sua vida abnegadamente pelo seu dever ou pelo próximo”.⁸⁶

Em seu livro, Dallagnol⁸⁷ compara seu trabalho ao castigo de Sísifo, forçado a rolar eternamente uma pedra até o topo de uma montanha, e vê-la voltar e atingi-lo repetidamente. Para ele, tentar pegar criminosos de colarinho branco costumava ser trabalhoso e inútil. Ele trabalhava duro, mas, no final, os criminosos não iam para a cadeia. Além da tarefa sísifca, Dallagnol também comparou seu trabalho à luta entre Davi e Golias, descrevendo cidadãos e profissionais que combatem o crime enfrentando um oponente muito mais forte - *a gigante corrupção*. Dallagnol parece ter assumido pra si a tarefa de lutar contra a corrupção sistêmica ou mesmo contra o próprio sistema.

2.4 O ARQUÉTIPO DO HERÓI

A caracterização estereotipada entre mocinhos e bandidos é típica do *arquetipo do herói*. Simplificadamente, *arquetipos* são tendências de comportamento que

83 WATTS, J. Brazil's anti-corruption prosecutor: graft is 'endemic. It has spread like cancer'. *The Guardian*, 30 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2015/dec/30/brazil-anti-corruption-prosecutor-deltan-dallagnol-lava-jato-investigation>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

84 DALLAGNOL, D. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017. p. 19.

85 BRANDÃO, J. D. S. *Mitologia Grega*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. v. 3

86 DICIONÁRIO MICHAELIS. *Michaelis*: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

87 DALLAGNOL, op. cit.

se aglomeram em torno de experiências básicas e universais da vida, tais como nascimento, casamento, maternidade e separação.⁸⁸ O *herói* representa um tema arquetípico baseado na superação de obstáculos e no alcance de certas metas.⁸⁹

Em mitos, sonhos, contos de fadas, religiões, literatura, história, política ou cinema, há sempre a figura do herói que tem a coragem de superar todas as adversidades, perigos, medos e riscos para enfrentar o desconhecido, representando a esperança e a vontade de todos. A tarefa do herói é encontrar o tesouro, a princesa, o castelo, matar o dragão, acabar com o mal, ajudar os necessitados... Mesmo que para isso ele tenha que viajar de barco, ser engolido por uma baleia ou ser mortalmente ferido pelo dragão. Os heróis estão preparados para fazer sacrifícios pessoais para cumprir seu dever. Eles sempre colocam as necessidades do coletivo acima de seus interesses pessoais. Essas são características exatamente opostas as do indivíduo corrupto, que é conhecido por usar fundos públicos para a satisfação de seus interesses privados. Promotores e juízes envolvidos na Operação Lava Jato parecem ter incorporado o arquétipo do herói para combater seus arqui-inimigos, os vilões corruptos que estão sempre dispostos a usar seu poder para fazer coisas desonestas ou ilegais em troca de dinheiro ou para obter uma vantagem. A carreira que escolheram mostra que esse motivo já estava enraizado em suas personalidades, mas parece ter ganhado força com a exposição da mídia que eles tiveram.

O herói é o agente do processo de desenvolvimento do ego (individação): “O ato principal do herói é vencer o monstro da escuridão: a vitória esperada da consciência sobre o inconsciente”.⁹⁰ Já os vilões são representações da própria sombra do herói. Por esse motivo, a tarefa moral inevitável do herói é “tomar consciência do reino das trevas sombrias”,⁹¹ ou seja, libertar-se da dominação de sua própria sombra. Usada como uma metáfora em relação a uma cultura, a sombra inclui aqueles que estão fora do sistema social (criminosos, psicóticos, desajustados, bodes expiatórios), bem como inimigos nacionais. Esses indivíduos são pessoas que não se encaixam na tendência predominante de uma cultura que, por sua vez, pode ser vista como se não conseguisse assimilar sua sombra. Se essa falha persistir, a sombra da sociedade pode irromper, como no fascismo, no ódio racial ou numa guerra sem sentido e destrutiva.⁹² No caso brasileiro, a sombra coletiva irrompeu sob forma de corrupção.⁹³

2.5 - O PAPEL DA MÍDIA NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Ao mesmo tempo em que alguns jornais e revistas são neutros, apresentando os fatos de maneira equilibrada e não tendenciosa, outros apoiam ou criticam a

88 JUNG, C. G. *Os arquétipos do inconsciente coletivo*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2011b. v. 9/1.

89 SHARP, D. C. G. *Jung Lexicon: A Primer of Terms & Concepts*. Toronto: Inner City Books, 1991.

90 JUNG, C. G. *Os arquétipos do inconsciente coletivo*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2011b. v. 9/1, § 284.

91 HOPCKE, R. H. *A Guided Tour of the Collected Works of C.G. Jung*. Boston: Shambhala, 1999.

92 SAMUELS, A. *Jung and the Post-Jungians*. London: Taylor & Francis, 2005. p. 53.

93 Tal comparação pode ser feita também em outras culturas e seus respectivos inimigos. Os americanos, por exemplo, dão grande ênfase à liberdade de expressão e ao direito de possuírem armas, ao mesmo tempo em que projetam sobre os muçulmanos todo o mal, considerando-os essencialmente terroristas antiamericanos e fundamentalistas. Assim também os supremacistas alemães projetaram sobre os judeus todo o mal e impureza que sentiam em si mesmos.

Operação Lava Lato incondicionalmente, obedecendo uma agenda própria. Instalou-se no Brasil um clima de limpeza ética, mas sem muita mudança. “Por vezes o que se vê é que os meios de comunicação criam e matam o monstro de acordo com o interesse de seus proprietários”.⁹⁴ Além disso, a mídia elege seus heróis e vilões com matérias muitas vezes sensacionalistas. A “guerra” que se encontra instalada é também de notícias do jornalismo: “a instabilidade decorrente dos boatos e guerra de notícias plantadas gera o caos de informação e o uso político em momento histórico de lutas políticas”.⁹⁵ A opinião pública tem um papel importante na restrição da força política e midiática, quando esses se empenham no impedimento da responsabilização dos indivíduos corruptos. O julgamento não deve ser feito *pela* mídia e sim *com* ela.

Devemos apostar no Direito e nas Instituições, as quais devem confirmar ou rever as decisões, sem que a mídia possa tomar o lugar do julgamento conforme o Direito. [...] Direito de informação não transfere o lugar da Jurisdição para o Jornal Nacional. O que não podemos fazer é tornar os magistrados em mocinhos ou bandidos. [...] A história recente das operações da polícia federal demonstra que muitas vezes a volúpia em condenar se transforma em nulidade. E, de uma hora para outra, quem posava de mocinho, transforma-se em vilão. Pela mesma mídia, já que a corrupção virou produto a ser vendido na grade da programação.⁹⁶

A maneira como a mídia apresenta os corruptos reflete diretamente na forma como o conceito de “corrupto” é absorvido pela população e como ela se distancia dele. Na guerra das informações, o público é bombardeado com notícias sobre como políticos e empresários gananciosos estão roubando de maneira inescrupulosa o dinheiro que ele tanto luta para conseguir, deixando a sua vida cada vez mais difícil. A corrupção, ao ser vendida como produto televisivo da mesma maneira como a violência das cidades, está adentrando os lares da população brasileira sem pedir licença. A corrupção vai se tornando *uma experiência traumática coletiva*, mediada pelos meios de comunicação, devido à ação e à decisão de profissionais que julgam o que é significativo e como deve ser apresentado ao público em geral, identificando quem é a vítima, qual a sua dor e quem é o responsável.

O bombardeamento de informações parece ter a função de despertar a consciência política dos brasileiros, só que a notícia, por si só, muitas vezes apenas assusta e revolta, sem ensinar como fazer diferente. As notícias sobre corrupção retraumatizam um povo já sofrido e abusado. O povo reage, querendo “acabar com a corrupção” (vide a campanha “O Brasil que eu quero” da Rede Globo), mas sem saber como fazê-lo. É uma “indignação justa, mas relativamente inútil”.⁹⁷

94 CHEMIM, R. *Mãos Limpas e Lava Jato: a corrupção se olha no espelho*. Porto Alegre: CDG, 2017. p. 75.

95 ROSA, A. M. D. Para entender a lógica do juiz Moro na Lava Jato. *Empório do Direito*, 7 mar. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/para-entender-a-logica-do-juiz-moro-na-lava-jato>>. Acesso em: set. 2018.

96 Ibidem.

97 BARROS FILHO, C. D.; PRAÇA, S. *Corrupção: parceria degenerativa*. Campinas: Papirus 7 Mares, 2014. p. 8.

Do ponto de vista psicológico, a mídia tem papel importante na perigosa, entretanto natural, ratificação de estereótipos arquetípicos, neste caso, o de mocinhos e bandidos. A mesma mídia que (re)traumatiza é também a que veicula a possibilidade de mudança. O herói deve estar sempre pronto para responder ao chamado ético de integrar a sombra enquanto problema moral. Mas, acima de tudo, os heróis dessa guerra estão tentando fornecer modelos de imitação baseados em regras morais promulgadas, uma das etapas do desenvolvimento psicomorral da humanidade.⁹⁸ Assistir repetidamente na televisão sobre a prisão dos criminosos corruptos tem uma função importante para a população em geral a longíssimo prazo. De maneira semelhante às crianças que pedem para que contemos as mesmas histórias de bruxas e princesas toda noite antes de dormir, ainda estamos aprendendo noções básicas sobre conceitos inefáveis como o bem e o mal, certo e errado, através da luta entre nossos modernos heróis e vilões.

2.6 A POLÍTICA DO PODER E A CORRUPÇÃO DO SERVIR

Em conversa pessoal,⁹⁹ o presidente de um partido político brasileiro afirmou espontaneamente: “o que está por trás do pensamento do político corrupto é o seguinte: ‘já que eu ajudo tantas pessoas, eu posso me ajudar também’”, dando a entender que o que está por trás da corrupção é o fato de que os políticos acreditam que são heróis e que merecem recompensas. Esse mesmo presidente de partido afirmou também que a corrupção em geral não chega ao político, já que eles não lidam com o dinheiro e nem são responsáveis pelos cálculos financeiros. Isso seria resolvido, na verdade, pelos operadores e pelos financiadores de campanhas. Apesar de ser compatível com uma possível compartimentalização do crime, essa hipótese parece um tanto inocente, como se tentasse livrar os políticos da pecha da corrupção.

Quando a corrupção é praticada por *agentes públicos*, como juízes, policiais e políticos,¹⁰⁰ o efeito é especialmente pernicioso para a democracia. Ao praticar a corrupção, esses indivíduos estão renunciando simbolicamente aos papéis sociais de suas profissões. Deixam de defender, através de seus atos cotidianos, os valores da instituição. Em vez disso, eles colocam interesses pessoais acima dos interesses da população: “se um juiz aceita suborno, é porque ele já não *acredita* na Justiça de forma quase-transcendente. O sistema todo se corrompe, levando a um descrédito crescente na instituição, num movimento dialético em que novos juízes aceitarão suborno, e assim por diante”.¹⁰¹

98 ODAJNYK, V. W. *Jung and politics: the political and social ideas of C. G. Jung*. Lincoln: Authors Choice Press, 2007.

99 Comunicação pessoal em Cambridge, USA, abril/2017. O nome foi omitido para evitar exposição.

100 Agentes políticos e servidores públicos se enquadram em uma mesma categoria, a dos *agentes públicos* (Lei n. 8.429/ 1992, art. 2), uma denominação ampla que engloba todos aqueles que servem ao poder público. (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Agentes Públicos e Agentes Políticos. *Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União*, 9 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/atividade-disciplinar/agentes-publicos-e-agentes-politicos#2>>. Acesso em: 10 ago. 2018).

101 MINERBO, M. A lógica da corrupção: um olhar psicanalítico. *Novos Estudos*, n. 79, p. 139-149, nov. 2007, p. 148.

Na sentença judicial em que Moro condenou o ex-deputado federal Eduardo Cunha por corrupção, a violação do dever inerente ao seu cargo foi considerada como um agravamento do crime:

A culpabilidade é elevada. O condenado recebeu vantagem indevida no exercício do mandato de Deputado Federal, em 2011. A responsabilidade de um parlamentar federal é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes. Não pode haver ofensa mais grave do que a daquele que trai o mandato parlamentar e a sagrada confiança que o povo nele deposita para obter ganho próprio. Agiu, portanto, com culpabilidade extremada, o que também deve ser valorado negativamente.¹⁰²

Podemos dizer que, quando esses indivíduos se resignam simbolicamente de suas posições, há uma *morte simbólica*.¹⁰³ Eles morrem simbolicamente também dentro do cidadão comum, que se sente autorizado a cometer pequenas corrupções. O símbolo “justiça” torna-se vazio de significado, mas recebe um novo sentido quando é igualado à “impunidade”. Outra moralidade é instituída, ou melhor, “uma nova sensibilidade aos mesmos fatos”,¹⁰⁴ permitindo e perpetuando assim a dissociação moral entre valores do cargo público e da vida privada.

No meio de todo o processo da Operação Lava Jato, algo controverso aconteceu do lado dos “mocinhos”. Uma conversa entre o ex-Presidente Lula da Silva e a então Presidente Dilma Rousseff foi grampeada e divulgada ao público pelo juiz Moro, o que foi considerado ilegal. Esse fato deu espaço a críticas das mais diversas por parte daqueles que apoiavam o partido dos envolvidos. Para eles, ao levantar o sigilo, houve um abuso de autoridade por parte de Moro, que teria pensado estar acima da própria lei. Muitos acusaram os promotores e juízes de deixar a fama subir às suas cabeças. Não apenas isso, mas alguns especialistas jurídicos afirmaram que a polícia, promotores e juízes estavam violando direitos para garantir os acordos de cooperação dos acusados,¹⁰⁵ realizando prisões apenas com base em acusações de outros suspeitos e mantendo altos executivos de grandes empresas sem fiança por meses.¹⁰⁶ A acusação é de que os “mocinhos” estariam dispostos a usar táticas controversas para combater o crime e até mesmo *transgredir para punir transgressores*. Moro afirmou, no entanto, não se arrepender: “Eu acho que a democracia ganha quando, digamos, as pessoas aprendem o que seus líderes fazem nas sombras. Especialmente quando o que eles estão fazendo é ilícito”.¹⁰⁷

102BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª região). 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. *Processo n. 5051606-23.2016.4.04.7000*. Sentença prolatada por Sérgio F. Moro. Curitiba, 2017. p. 99.

103 MINERBO, M. A lógica da corrupção: um olhar psicanalítico. *Novos Estudos*, n. 79, p. 139-149, nov. 2007.

104 Ibidem, p. 145.

105WATTS, J. Brazil’s anti-corruption prosecutor: graft is ‘endemic. It has spread like cancer’. *The Guardian*, 30 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2015/dec/30/brazil-anti-corruption-prosecutor-deltan-dallagnol-lava-jato-investigation>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

106COOPER, A. Brazil’s “Operation Car Wash” involves billions in bribes, scores of politicians. *CBSNEWS*, 21 maio 2017. Disponível em: <<https://www.cbsnews.com/news/brazil-operation-car-wash-involves-billions-in-bribes-scores-of-politicians/>>. Acesso em: 02 out. 2017.

107LONDOÑO, E. A Judge’s Bid to Clean Up Brazil From the Bench. *The New York Times*, 25 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/08/25/world/americas/judge-sergio-moro-brazil-anti-corruption.html>>. Acesso em: 2 out. 2017.

As colocações do magistrado reforçam a visão dualista e cindida entre heróis conscientes e vilões sombrios. Entretanto, algumas atitudes dos juízes são no mínimo controvertidas. O magistrado foi investigado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por ter despachado durante as férias contra a decisão do desembargador plantonista de libertar Lula. Moro afirmou que os juízes são sempre criticados pela imprensa pelas longas férias, mas que, quando trabalham durante o período de recesso, também são criticados. Moro declarou ainda: “podem me acusar de muita coisa, mas sempre agi com transparência”.¹⁰⁸

As longas férias dos magistrados ainda são sentidas pela população como algo imoral por se tratar de privilégio dado a poucos sem a devida justificativa social. Os argumentos utilizados pela categoria como a *grande relevância e responsabilidade do cargo*¹⁰⁹ são infelizes e simplesmente não convencem nem o público leigo nem o especializado. No entanto, ao defender a própria categoria, o Juiz do Trabalho Mauro Paroski¹¹⁰, afirma que a mídia e os profissionais de outras áreas estariam sendo “*preconceituosos*” e “*movidos pela inveja*” ao discriminar o privilégio dos juízes, confundindo-os com políticos, “*colocando na mesma cesta as maçãs podres e as maçãs sadias*, demonstrando desinformação e pregando extinção ou redução de direitos, sem considerar as restrições e os deveres em cotejo com as demais pessoas”. Segundo o autor, um dos problemas estaria na (suposta) dificuldade geral de distinguir direitos e privilégios. Porém Paroski segue afirmando:

“as atividades profissionais são distintas, *as repercussões sociais, políticas, econômicas e culturais derivadas do trabalho dos juízes são muito maiores e mais graves, para o bem ou para o mal, que aquelas de outro trabalhador qualquer, ou do servidor público comum (que trabalha subordinado às autoridades dos três poderes da República)*”¹¹¹ (grifo nosso).

Não é possível generalizar, contudo a opinião de Paroski não parece ser rara de ser encontrada entre outros da categoria. Como afirmado anteriormente, uma das causas da corrupção no Brasil é a hierarquização da sociedade. Perceber-se como mais importante que outras pessoas, com direitos e obrigações distintos, apenas reforça a desigualdade social.

Não diminuindo o esforço e a coragem que foram necessárias para levar a Lava Jato adiante, é preciso lembrar que promotores e juízes ganharam status de celebridade simplesmente fazendo o que deveriam fazer, isto é, o trabalho pelo qual já estavam sendo pagos com excelentes salários e longas férias. No entanto, o que os brasileiros projetam sobre eles é o heroísmo e a salvação dos seus problemas. Falta a nós a percepção de que devemos trazer consciência aos nossos

108 STOCHERO, T. *Moro diz que juiz é criticado por ter férias longas, mas também por trabalhar durante as férias*, 25 jul. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/07/25/moro-diz-que-juiz-e-criticado-por-ter-ferias-longas-mas-tambem-por-trabalhar-no-recesso.ghtml>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

109 PAROSKI, V. Justificativas para os direitos dos magistrados: as férias anuais de 60 dias. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 15, n. 2498, 4 maio 2010.

110 Ibidem.

111 Ibidem.

conteúdos sombrios, à nossa própria corrupção. Nada disso será possível se a responsabilidade sobre a resolução do problema for atribuída a heróis externos. Como teria dito Bertold Brecht, “infeliz a nação que precisa de heróis”. Ou seja, precisamos de mais transparência, *accountability* e *compliance* sim, mas deve haver a percepção de que a responsabilidade é de todos.

Por diversos motivos, parte da população brasileira não concorda com os caminhos tomados pela Operação Lava Jato. Entre eles estão alguns indivíduos que entendem que a crise econômica de 2016/2017 – a pior em décadas – está diretamente relacionada à operação. O cientista político Jessé Souza, por exemplo, acredita que Sérgio Moro é o responsável pela criação de milhões de desempregados. Souza também chama Dallagnol de ingênuo por achar que está “limpando o Brasil”. Para Souza, a Operação Lava Jato se vangloria de ter recuperado uma quantia ridícula de um bilhão de reais depois de ter devastado a economia brasileira. Para ele, a desindustrialização fez o Brasil voltar 50 anos no tempo, ao arruinar a inteligência de vanguarda dos brasileiros.¹¹²

Da mesma forma, o economista Luiz Gonzaga Belluzzo¹¹³ acusa a Operação Lava de ter causado perdas financeiras diretas ao Brasil por ter paralisado obras em todo o país ao suspender contratos da Petrobrás, causando desemprego e contribuindo para a desindustrialização do país. A razão: “os indivíduos, especializados em suas funções, não são capazes de compreender os efeitos ou as consequências de seus atos”. Para Belluzzo, juízes e promotores estão envolvidos em uma luta entre o bem e o mal: “eles imaginam que podem, através de uma truculência moral, melhorar o mundo”.¹¹⁴ Apesar de terem as melhores intenções, os responsáveis pela Lava Jato poderiam estar causando graves danos à sociedade. Mais uma vez, parece mais fácil culpar os outros do que assumir a própria responsabilidade. Outro efeito da Operação para o economista é concentrar toda a atenção da sociedade na questão da corrupção, o que de fato pode ser problemático, pois impede a população de se concentrar em outros assuntos igualmente importantes.

Enquanto promotores e juízes paladinos estão lutando contra os vilões corruptos, “quem vigia os vigilantes?” Esta questão é baseada na expressão em latim “*quis custodiet ipsos custodes?*” atribuída ao poeta romano Juvenal¹¹⁵ e usada para se referir ao problema de controlar as ações de pessoas em posições de poder. Será que poderíamos confiar em qualquer ser humano para ter autoridade moral sobre outro? O método dos “mocinhos” ainda levanta dúvidas. Críticos teriam dito que a investigação havia ido longe demais e que um grupo de funcionários da justiça populista estaria minando a autoridade dos políticos.¹¹⁶ Como referido anteriormente, uma das maiores críticas à Operação Lava Jato é a de que seus

112 SOUZA, J. Op. cit.

113 GIOVANAZ, D. Belluzzo: “Lava Jato e Carne Fraca produziram 5 a 7 milhões de desempregados”. *Brasil de Fato*, 19 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/07/19/belluzzo-lava-jato-e-carne-fraca-produziram-5-a-7-milhoes-de-desempregados/>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

114 Ibidem.

115 WHITE, M. D. (Ed.). *Watchmen and philosophy: a Rorschach test*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2009.

116 WATTS, J. Brazil’s anti-corruption prosecutor: graft is ‘endemic. It has spread like cancer’. *The Guardian*, 30 dez. 2015.

Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2015/dec/30/brazil-anti-corruption-prosecutor-deltan-dallagnol-lava-jato-investigation>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

agentes propiciaram uma criminalização da classe política. Porém, alguns legisladores, mesmo sob investigação, teriam tentado usar seus poderes para lutar contra a investigação da Operação Lava Jato e a favor de si próprios¹¹⁷. Moro chegou a ser comparado por jornalistas à Marcelo Odebrecht, empresário preso na Lava Jato. Para Cabral e Oliveira, como Super-Homem e Lex Luthor, tanto Moro quanto Marcelo teriam sobre si uma visão maniqueísta, como se fossem representantes absolutos do bem e do mal. Entretanto, “ambos se guiam por conjuntos de valores que devem ser vitoriosos não importa o custo”.¹¹⁸

Teriam, então, os mocinhos abusado de seus poderes de vigilância? Poderia ser a obtenção de fama considerada um abuso do poder confiado por estar sendo utilizada para fins privados? Deveríamos dar atenção à infame tautologia de que o combate à corrupção talvez tenha sofrido uma corrupção? A única saída disponível aos “mocinhos” para abordar os oponentes talvez fosse usar suas próprias armas. Entretanto, como afirmado anteriormente, a individuação implica a coexistência (e não o isolamento do individualismo), através do estabelecimento de princípios éticos acordados entre o indivíduo e a sociedade. É preciso estar atento aos bons princípios sim, mas sem perder o foco sobre a própria responsabilidade.

A Operação Lava Jato abalou as bases da economia do país e criou um caos político, mas ainda não é possível saber se esse é o começo de uma nova era ou se é apenas mais um exemplo de vaidade e cobiça. Os promotores e juizes, que ficaram famosos com casos de corrupção, tiveram uma trajetória de sucesso, mas talvez corram o risco de serem dominados pelo narcisismo. Eles não deveriam ser ofuscados por seu próprio prestígio, cometendo erros e exageros. O abuso de poder pode ser a desculpa que seus oponentes estão procurando para terminar a batalha de maneira favorável para o seu lado.

2.7 CONSCIÊNCIA MORAL E INTEGRIDADE: O BOM USO DO PODER CONFIADO PARA FINS COLETIVOS

Apesar do seu grande potencial curativo, a Lava Jato não extinguirá a corrupção no Brasil. Esse é um processo que levará séculos, como aconteceu na Dinamarca, um exemplo na luta contra a corrupção. O combate à corrupção está na agenda política da Dinamarca há mais de 350 anos.¹¹⁹ No ano de 1660, o rei da Dinamarca na época começou a combater a corrupção, *eliminando os privilégios* da nobreza e introduzindo *punições severas por corrupção e peculato*. O rei queria privar a aristocracia de seu antigo poder político, mas acabou estabelecendo uma *meritocracia* no recrutamento de funcionários públicos.¹²⁰ Um decreto real foi

117 COOPER, A. Brazil's “Operation Car Wash” involves billions in bribes, scores of politicians. *CBSNEWS*, 21 maio 2017. Disponível em: <<https://www.cbsnews.com/news/brazil-operation-car-wash-involves-billions-in-bribes-scores-of-politicians/>>. Acesso em: 2 out. 2017.

118 CABRAL, M.; OLIVEIRA, R. *O Príncipe: uma biografia não autorizada de Marcelo Odebrecht*. Bauru: Astral Cultural, 2017. p. 152.

119 JENSEN, M. F. The Question of how Denmark got to be Denmark: Establishing Rule of Law and Fighting Corruption in the State of Denmark 1660-1900. *QoG Working Paper Series*, n. 6, p. 1-26, 2014.

120 Ibidem.

decisivo no processo para reduzir a corrupção. Contudo, os cidadãos dinamarqueses também tiveram um papel extremamente ativo. *Uma das razões para o baixo nível de percepção da corrupção na Dinamarca é o alto nível de confiança entre os dinamarqueses.*¹²¹ Corrupção e confiança estão conectadas, mas em proporção inversa, o que significa que a percepção da corrupção é maior quando o nível de confiança social é menor. Em 2012, a avaliação da Transparência Internacional¹²² do Sistema Nacional de Integridade da Dinamarca considerou que ele era “saudável”, devido a uma sólida cultura de administração pública e forte prática de integridade. Apesar disso, a “limpeza” da Dinamarca ainda não é completamente compreendida.

Entre as possíveis contribuições da Operação Lava Jato talvez esteja o aprendizado de que o esforço individual em prol do coletivo tem suas benesses. Se a corrupção é o “abuso do poder confiado para fins privados”,¹²³ então o significado de seus antônimos, a *integridade* e a *consciência moral*¹²⁴ perpassa pelo “bom uso do poder confiado para fins coletivos”. Pensar de maneira coletiva naturalmente demanda responsabilidade, entretanto permite o fortalecimento da confiança entre os cidadãos.

Ao mesmo tempo em que a corrupção é um problema coletivo, é também um problema individual: “a compreensão das obrigações éticas de cada cidadão requer um processo consciente de desenvolvimento moral”.¹²⁵ Se a Operação Lava Jato conseguir influenciar positivamente a sociedade brasileira para que seus indivíduos pensem de maneira coletiva, desenvolvendo a alteridade e a responsabilidade, então os brasileiros se tornarão heróis protagonistas da própria história. Aí, então, a grande batalha contra a corrupção será interna.

3 CONCLUSÃO

Entender o conceito de corrupção como um construto psicológico pode ajudar a evitar consequências (ainda mais) devastadoras para o indivíduo e para a sociedade. O combate à corrupção deve ser feito de maneira consciente, estimulando que todos assumam sua parcela de contribuição para o problema e colaborando para o desenvolvimento da alteridade na sociedade. Enquanto a alteridade se destaca como uma forte ligação entre o individual e o coletivo, a corrupção é definitivamente uma ruptura dessa ligação.

Há uma grande crise moral acontecendo no Brasil e ela precisa ser superada. O discurso de ódio que se vê nas mídias sociais reflete um estado no mínimo conturbado e que vai na direção oposta ao diálogo. O ideal é que todos busquem, pelo mesmo objetivo, o bem-estar comum. Por mais que todos não sejam iguais e tenham objetivos e aspirações diferentes, deve haver um senso de união. Deve

121 GRAEFF, P.; SVENDSEN, G. T. Trust and corruption: The influence of positive and negative social capital on the economic development in the European Union. *Quality & Quantity*, v. 47, n. 5, p. 2829-2846, 2012.

122 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *National Integrity System Assessment Denmark*. Copenhagen. 2012.

123 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. The Anti-Corruption Plain Language Guide. *Transparency International: The Global Coalition against Corruption*, Jul. 2009. Disponível em: <https://www.transparency.org/whatwedo/publication/the_anti_corruption_plain_language_guide>. Acesso em: 9 abr. 2015 p. 14.

124 NOVAES, C. S. Corrupção no Brasil: uma visão da psicologia analítica. *Revista Junguiana*, v. 34, n. 2, p. 5-17, dez. 2016.

125 *Ibidem*, p. 15.

haver também a compreensão de que se o indivíduo busca obter vantagem ou benefício indevido, a sociedade inteira perde e eu também. Isso significa que é dever do cidadão, para o seu bem e o de todos, apresentar a melhor versão de si mesmo para a sociedade, o que certamente não é fácil. Entretanto, se a erupção desse grande conflito que é a corrupção trouxer essa profunda mudança para melhor na sociedade, o fenômeno da corrupção terá sido um mal que veio para o bem de todos.

A corrupção, assim como outros conflitos éticos, é um chamado. Muitos indivíduos são chamados pelo inconsciente para viver suas vidas ao máximo, para aceitar o encontro com a própria sombra, a essência da consciência ética. Porém muitos são chamados, poucos são escolhidos. Para alguns, o fenômeno da corrupção tem sido uma voz convincente, forçando-os a olhar para dentro de si mesmos. Para a maioria, a corrupção apenas fez aumentar a projeção do bem e do mal sobre heróis e vilões modernos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Lava Jato completa três anos de investigações com 260 acusados criminalmente. *Agência Brasil*, 17 mar. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-03/lava-jato-completa-tres-anos-de-investigacoes-com-260-acusados>>. Acesso em: maio 2018.

ALMEIDA, A. C. D. *A Cabeça do Brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2014.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders: DSM-V*. 5. ed. Arlington: American Psychiatric Association, 2013.

ARISTOTLE. *Politics*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998.

AVELINO, G.; BARBERIA, L. G.; BIDERMAN, C. Governance in managing public health resources in Brazilian municipalities. *Health Policy and Planning*, v. 29, p. 694-702, 2014.

BARROS FILHO, C. D.; PRAÇA, S. *Corrupção: parceria degenerativa*. Campinas: Papirus 7 Mares, 2014.

BARROSO, L. R. *Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim?* Brazil Conference. Boston: [s.n.]. 2017.

BECKER, D.; FERRARI, I. A prática jurídica em tempos exponenciais: a tecnologia chegou no Direito para ficar. *JOTA*, 4 out. 2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/a-pratica-juridica-em-tempos-exponenciais-04102017#_ftn21>. Acesso em: 5 out. 2017.

- BOECHAT, W. *A alma brasileira: luzes e sombra*. Petrópolis: Vozes, 2014.
- BRANDÃO, J. D. S. *Mitologia Grega*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. v. 3
- BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Redes Sociais*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/redes>>. Acesso em: 5 mar. 2016.
- _____. Ministério Público Federal. Car Wash Operation. *Caso Lava Jato*, 30 abr. 2017. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br>>. Acesso em: 3 mar. 2018.
- _____. Tribunal Regional Federal (4ª região). 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. *Processo n. 5051606-23.2016.4.04.7000*. Sentença prolatada por Sérgio F. Moro. Curitiba, 2017, p. 1-109.
- _____. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Agentes Públicos e Agentes Políticos*, 9 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/atividade-disciplinar/agentes-publicos-e-agentes-politicos#2>>. Acesso em: 10 ago. 2018.
- BRIZA, D. H. R. *A Mutilação da Alma Brasileira: um estudo arquetípico*. São Paulo: Vetor, 2006.
- BYINGTON, C. A. B. A identidade brasileira e o complexo de vira-lata: uma interpretação da psicologia simbólica junguiana. *Junguiana*, 31, n. 1, p. 71-80, jan-jun 2013.
- CABRAL, M.; OLIVEIRA, R. *O Príncipe: uma biografia não autorizada de Marcelo Odebrecht*. Bauru: Astral Cultural, 2017.
- CHEMIM, R. *Mãos Limpas e Lava Jato: a corrupção se olha no espelho*. Porto Alegre: CDG, 2017.
- COLACICCHI, G. *Jung and Ethics: a conceptual exploration* (Unpublished doctoral dissertation). Colchester: University of Essex, 2015.
- COOPER, A. Brazil's "Operation Car Wash" involves billions in bribes, scores of politicians. *CBSNEWS*, 21 maio 2017. Disponível em: <<https://www.cbsnews.com/news/brazil-operation-car-wash-involves-billions-in-bribes-scores-of-politicians/>>. Acesso em: 2 out. 2017.
- DALLAGNOL, D. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.
- DAMATTA, R. *Carnivals, Rogues, and Heroes: an Interpretation of Brazilian Dilemma*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1991.
- DICIONÁRIO MICHAELIS. *Michaelis: moderno dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

FERREIRA FILHO, M. G. A Corrupção como fenômeno social e político. *Revista de Direito Administrativo*, v. 185, n. 1, p. 1-18, 1991.

FRANCE. France Convention Nationale. *Collection Générale des Décrets Rendus par la Convention Nationale*. Paris: Chez Baudouin, 1793. v. 9.

FREUD, S. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. 13.

GAMBINI, R.; DIAS, L. *Outros 500: uma conversa sobre a alma brasileira*. São Paulo: Senac, 1999.

GRAEFF, P.; SVENDSEN, G. T. Trust and corruption: the influence of positive and negative social capital on the economic development in the European Union. *Quality & Quantity*, v. 47, n. 5, p. 2829-2846, 2012.

HARE, R. D.; NEUMANN, C. S. Psychopathy and its measurement. In: CORR, P. J.; MATTHEWS, G. *The Cambridge Handbook of Personality Psychology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

HEIDENHEIMER, A. J. Perspectives on the perception of corruption. In: HEIDENHEIMER, A. J.; JOHNSTON, M. *Political Corruption: concepts and contexts*. 3. ed. [S.l.]: Transaction Publishers, 2009.

HOLANDA, S. B. D. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

HOPCKE, R. H. *A Guided Tour of the Collected Works of C.G. Jung*. Boston: Shambhala, 1999.

HUNTINGTON, S. P. Modernization and Corruption. In: HUNTINGTON, S. P. *Political Order in Changing Societies*. New Haven and London: Yale University Press, 1973.

JENSEN, M. F. The Question of how Denmark got to be Denmark: Establishing Rule of Law and Fighting Corruption in the State of Denmark 1660-1900. *QoG Working Paper Series*, n. 6, p. 1-26, 2014.

JUNG, C. G. *Presente e Futuro*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011a. v. 10/1.

_____. *Os arquétipos do inconsciente coletivo*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2011b. v. 9/1.

LEVINE, D. P. The Corrupt Organization. *Human Relations*, v. 6, n. 58, p. 723-740, Jun. 2005.

LITZCKE, S. et al. *Korruption: Risikofaktor Mensch: Wahrnehmung – Rechtfertigung – Meldeverhalten*. Wiesbaden: Springer VS, 2012.

LONDOÑO, E. A Judge's Bid to Clean Up Brazil From the Bench. *The New York Times*, 25 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/08/25/world/americas/judge-sergio-moro-brazil-anti-corruption.html>>. Acesso em: 2 out. 2017.

LOPEZ, F. G. Práticas corruptas, estratégias de combate e normas sociais. In: Ética Pública e Controle da Corrupção. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, v. XII, n. 3, p. 35-56, nov. 2011.

LU, K. Can individual psychology explain social phenomena? An appraisal of the theory of cultural complexes. *Psychoanalysis, Culture & Society*, v. 14, n. 4, p. 386-404, 2013.

MACDONALD, P. Narcissism in the modern world. *Psychodynamic Practice*, v. 20, n. 20, p. 144–153, 2014.

MARTINS FILHO, I. G. D. S. O bélico e o lúdico no Direito e no Processo. *Revista TST*, v. 70, n. 2, p. 28-41, 2004.

MINERBO, M. A lógica da corrupção: um olhar psicanalítico. *Novos Estudos*, n. 79, p. 139-149, nov. 2007.

MORAIS, L. D. S.; TEIXEIRA, M. G. C. Interfaces da accountability na administração pública brasileira: análise de uma experiência da Auditoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. *Revista Eletrônica de Administração*, Porto Alegre, v. 83, n. 1, p. 77-105, jan./abr. 2016.

NAÍM, M. 13 Sergio Moro. *World's Greatest Leaders*, 24 mar. 2016. Disponível em: <<http://fortune.com/worlds-greatest-leaders/2016/sergio-moro-13/>>. Acesso em: 6 out. 2017.

NOVAES, C. S. Corrupção no Brasil: uma visão da psicologia analítica. *Revista Janguiana*, v. 34, n. 2, p. 5-17, dez. 2016.

_____. Towards a definition of corruption from the perspective of analytical psychology. In: CARTA, S.; ADORISIO, A.; MERCURIO, R. *The Analyst in the Polis*. Rome: Streetlib, 2017.

ODAJNYK, V. W. *Jung and politics: the political and social ideas of C. G. Jung*. Lincoln: Authors Choice Press, 2007.

PAROSKI, V. Justificativas para os direitos dos magistrados: as férias anuais de 60 dias. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, v. 15, n. 2498, 4 maio 2010.

PHILP, M. The Definition of Political Corruption. In: HEYWOOD, P. M. *Routledge Handbook of Political Corruption*. London and New York: Routledge, 2015.

PINHEIRO, L. B. Ficou caro ser corrupto? Como operações da PF e do MP estão mudando comportamento de empresas brasileiras. *BBC Brasil*, 7 dez. 2016.

Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38208556>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

POWER, T. J.; TAYLOR, M. M. *Corruption and Democracy in Brazil: The Struggle for Accountability*. Notre Dame: University of Notre Dame, 2011.

RABL, T. *Private Corruption and its Actors: Insights into the Subjective Decision Making Process*. Lengerisch: Pabst Science Publishers, 2008.

RAMOS, D. G. Corruption: Symptom of a Cultural Complex in Brazil? In: SINGER, T.; KIMBLES, S. L. *The Cultural Complex: Contemporary Jungian Perspectives on Psyche and Society*. Hove and New York: Brunner-Routledge, 2004.

REDAÇÃO ESTADÃO. 'A era dos nossos barões da corrupção está chegando ao fim'. Estadão, 3 out. 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-era-dos-nossos-baroes-da-corrupcao-esta-chegando-ao-fim/>>. Acesso em: maio 2018.

RIJSENBILT, A.; COMMANDEUR, H. Narcissus Enters the Courtroom: CEO Narcissism and Fraud. *Journal of Business and Ethics*, n. 117, p. 413-429, 2013.

ROSA, A. M. D. Para entender a lógica do juiz Moro na Lava Jato. *Empório do Direito*, 7 mar. 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/para-entender-a-logica-do-juiz-moro-na-lava-jato>>. Acesso em: set. 2018.

SAMUELS, A. *A New Therapy for Politics?* London: Karnac, 2015.

_____. *Jung and the Post-Jungians*. London: Taylor & Francis, 2005a.

_____. *Politics on the Couch*. London: Profile Books, 2001.

SHARP, D. C. G. *Jung Lexicon: A Primer of Terms & Concepts*. Toronto: Inner City Books, 1991.

SINDICATO DOS ADVOGADOS DO ESTADO DE SP. Para Mídia e Justiça Eleitoral, Brasileiro não sabe votar. *Sindicato dos Advogados do Estado de São Paulo*, 2013. Disponível em: <<http://www.sasp.org.br/convenios/100-para-midia-e-justica-eleitoral-brasileiro-nao-sabe-votar.html>>. Acesso em: jun. 2018.

SOUZA, J. A Elite do Atraso: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

STEIN, M. *The Principle of Individuation: Toward the Development of Human Consciousness*. Wilmete: Chiron Publications, 2006.

STOCHERO, T. Moro diz que juiz é criticado por ter férias longas, mas também por trabalhar durante as férias, 25 jul. 2018. *G1*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/07/25/moro-diz-que-juiz-e-criticado-por-ter-ferias>>

-longas-mas-tambem-por-trabalhar-no-recesso.ghml>. Acesso em: 10 ago. 2018.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Anti-Corruption Award Winner: Operation Car Wash Task Force: Prosecutors - Brazil. *Transparency International*, 2 dez. 2016. Disponível em: <http://www.transparency.org/getinvolved/awardwinner/operation_car_wash_task_force>. Acesso em: 30 abr. 2017.

_____. *National Integrity System Assessment Denmark*. Copenhagen, 2012.

_____. The Anti-Corruption Plain Language Guide. *Transparency International: The Global Coalition against Corruption*, Jul. 2009. Disponível em: <https://www.transparency.org/whatwedo/publication/the_anti_corruption_plain_language_guide>. Acesso em: 9 abr. 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Criminal division of the U.S. department of justice and the enforcement division of the U.S. securities and exchange commission. A Resource Guide to the U.S. *Foreign Corrupt Practices Act*. The United States Department of Justice, 14 Nov. 2012. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Acesso em: 5 maio 2018.

VON FRANZ, M. L. *Shadow and Evil in Fairy Tales*. Boulder: Shambhala Publications, 1995.

_____. Foreword by Marie-Louise von Franz. In: ODAJNYK, V. W. *Jung and politics: the political and social ideas of C. G. Jung*. Lincoln: Authors Choice Press, 2007.

WALSH, B. Sergio Moro: cleaning up corruption. *The 100 Most Influential People*, 21 abr. 2016. Disponível em: <<http://time.com/collection-post/4302096/sergio-moro-2016-time-100/>>. Acesso em: 6 out. 2017.

WATTS, J. Brazil's anti-corruption prosecutor: graft is 'endemic. It has spread like cancer'. *The Guardian*, 30 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2015/dec/30/brazil-anti-corruption-prosecutor-deltan-dallagnol-lava-jato-investigation>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

WEBER, M. *Economy and Society: an Outline of Interpretative Sociology*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1978.

_____. *From Max Weber: Essays in Sociology*. New York: Oxford University Press, 1946.

WHITE, M. D. (Ed.). *Watchmen and philosophy: a Rorschach test*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2009.

WORLD BANK. Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank. *The World Bank Group*, Sept. 1997. Disponível em: <<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/corrptn.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. 6D11.2 Dissociality in personality disorder or personality difficulty. *ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics*, 18 jun. 2018. Disponível em: <<https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fid%2fentity%2f1913158855>>. Acesso em: 16 set. 2018.



LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UM DIÁLOGO ENTRE AS CORRENTES SUBSTANCIALISTA E PROCEDIMENTALISTA

DEMOCRATIC LEGITIMACY OF CONSTITUCIONAL JURISDICTION: A DIALOGUE BETWEEN THE SUBSTANTIAL AND PROCEDURALIST CHAINS

Cristian Patric de Sousa Santos *

RESUMO

O presente artigo tem como objeto a investigação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, partindo da análise de duas correntes da filosofia constitucional contemporânea: o procedimentalismo, através da análise do discurso de John Hart Ely, e o substancialismo, sob a ótica de Mauro Cappelletti. Superando a dicotomia dos discursos de legitimidade democrática, será apresentada a relação harmoniosa entre as duas correntes, defendendo-se, ao fim, que o alcance da ideia procedimentalista pressupõe uma atuação substancialista da jurisdição constitucional, em busca de um objetivo comum: defesa de direitos fundamentais. Como método de abordagem, serão utilizados os métodos dedutivo e indutivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Legitimidade Democrática. Substancialismo. Procedimentalismo.

ABSTRACT

The present article has as its object the investigation of the democratic legitimacy of the constitutional jurisdiction, starting from the analysis of two currents of the contemporary constitutional philosophy: proceduralism, through the analysis of the discourse of John Hart Ely, and the substantialism, from the perspective of Mauro Cappelletti. Overcoming the dichotomy of the discourses of democratic legitimacy, the harmonious relationship between the two currents will be presented, defending, in the end, that the reach of the proceduralist idea presupposes a substantialist action of the constitutional jurisdiction, in search of a common objective: defense of rights Fundamental principles. As a method of approach, the deductive and inductive methods will be used, based on a bibliographical research.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Democratic Legitimacy. Substantialism. Procedimentalism.

* Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Professor de Direito Constitucional da Faculdade Salvador (FACSAL) e do Centro Universitário Salvador (UNICEUSA). Servidor Público Federal do TRE-BA.

1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo é apresentar um diálogo entre duas correntes da filosofia constitucional contemporânea no que concerne à legitimidade democrática da jurisdição constitucional: o substancialismo e o procedimentalismo.

Pretende-se demonstrar que a teoria da separação dos poderes, antes calçada em dogmas rígidos oriundos do contexto revolucionário francês, atualmente se articula em um sistema de freios e contrapesos, através do qual um poder limita a atuação de outro.

Neste contexto, a jurisdição constitucional exerce papel fundamental nas democracias modernas, atribuindo-se a um órgão específico – o Tribunal Constitucional – a função de controlar a constitucionalidade de leis e atos emanados pelo Poder Público. Os comportamentos estatais eivados de inconstitucionalidade serão, após o mecanismo de controle, rechaçados do ordenamento jurídico a fim de garantir a incolumidade das normas constitucionais, as quais são dotadas de superioridade e imperatividade.

É nesse ponto, de convivência harmônica entre os poderes, que se percebe que a atuação do Poder Judiciário sobre questões eminentemente afetas ao âmbito de atuação política dos Poderes Legislativo e Executivo encontra-se em consonância com o regime democrático.

O presente artigo objetiva tratar do papel da jurisdição constitucional contemporânea, buscando avaliar argumentos doutrinários para fins de demonstração de compatibilidade entre a *judicial review* e o Estado Democrático de Direito. Para tanto, o próximo tópico analisará os ideais do constitucionalismo e da democracia, contornando, posteriormente e sem pretensão de exaurimento do tema ante a sua extensa complexidade, o argumento de risco democrático do exercício do controle judicial sobre as atividades dos poderes eleitos.

Serão analisadas, ainda, as linhas de argumentação desenvolvidas acerca do procedimentalismo, com base em John Hart Ely, e do substancialismo, com base em Mauro Cappelletti, como teorias de atributo de legitimação democrática ao exercício da jurisdição constitucional. Por fim, superando eventual dicotomia entre as correntes substancialista e procedimentalista, será trabalhada a hipótese de confluência das ideais nelas permeadas, buscando a complementaridade (e não contrariedade) entre os discursos apresentados. Será defendida, então, a conciliação das duas correntes de pensamento para compatibilizar o exercício da jurisdição constitucional com a democracia.

2 A CONSTITUIÇÃO E A RELAÇÃO DIALÓGICA ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Compreender o conceito de Constituição implica, necessariamente, explorar a sua semântica a partir de uma perspectiva histórico-evolutiva, uma vez que as

definições demandam uma extensa análise por parte de quem pretenda realizar uma investigação científica. Assim, a doutrina constitucional que investe na compreensão da Constituição retrocede na linha do tempo para identificar normas de natureza constitucional desde a Antiguidade Clássica, muito antes, portanto, da primeira Constituição moderna², fruto da revolução americana que culminou na independência das treze colônias dos Estados Unidos, datada de 1787.

O conceito de Constituição não é unívoco, apresentando-se diversas acepções na doutrina constitucional, uma vez que depende da própria formação – histórica, política, social – de quem a analisa. Isso porque, deve-se reconhecer que o enfrentamento do tema demanda digressão que parte de pré-compreensões do estudioso acerca do objeto estudado, a qual, não necessariamente, adere ao quanto adotado pelo leitor³.

Decantando-se, contudo, as distintas concepções fruto do termo multifacetado, bem como todo o percurso histórico de movimentos constitucionais diversos até a formatação da doutrina contemporânea, não se pode deixar de apresentar uma definição minimamente estruturante da Constituição, utilizando-se, para tanto, do conceito ideal apresentado por J. J. Gomes Canotilho, entendendo-a como uma norma jurídica fundamental consubstanciada em um documento escrito, que abarque um conjunto de direitos e garantias fundamentais e que sirva como instrumento de organização e disciplina do poder político.

A Constituição compreende, portanto, um sistema de proteção de direitos e garantias fundamentais, além de normas estruturantes do poder político. Aqui reside a essência de um documento político-normativo que se proponha a estabelecer as bases de convivência de uma sociedade.

Nessa perspectiva, observa-se um entrelaçamento entre o constitucionalismo – como teoria que realça a ideia de limitação do poder político – e outro tema de extrema relevância para a Ciência Política, cuja semântica extrapola os limites de uma mera verificação de significado de termo: democracia.

A Constituição Federal de 1988 enaltece o princípio do Estado Democrático de Direito como orientação do modelo instaurado na República Federativa do Brasil, o qual, nas lições dos Professores Luís Roberto Barroso⁴ e Gustavo Binbenojm⁵,

2 A ideia de Constituição Moderna advém da inauguração da fase do constitucionalismo moderno. Segundo Dirley da Cunha Jr., o constitucionalismo moderno “surge vinculado à ideia de Constituição escrita, chegando a seu ápice político com as constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, revestindo-se de duas características marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 32.

3 “Conceitos, definições, classificações não surgem do nada! O cientista do direito, como qualquer outro cientista, seja de qual ciência for, não é, como se pensava outrora (iluministicamente), um ser neutro e indiferente ao seu contexto (descontextualizado) e ao seu tempo (a-histórico), que produz com o fruto de sua neutralidade e distanciamento, de suas digressões puras, inquestionáveis e absolutas. Pois bem, o século passado (século XX) nos ensinou que as verdades produzidas na ciência só são realmente científicas se passíveis de refutação (falibilismo) e que, portanto, são verdades datadas, históricas e eminentemente contingenciais. Ou seja, apreendemos com H. G. Gadamer (entre outros autores pós-giro hermenêutico e linguístico) que o nosso olhar é sempre socialmente condicionado, pois nunca temos acesso direto a um objeto (seja ele qual for, incluindo as normas jurídicas), que é sempre mediado por nossas vivências e tradições (pré-compreensões), às quais, querendo ou não, estamos imersos”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 28.

4 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112.

5 BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47.

representa a síntese histórica de dois conceitos que, apesar de próximos, são distintos: o constitucionalismo e a democracia. A compatibilização desses dois princípios, certamente, tem sede na harmonização das funções estatais veiculadas no próprio texto constitucional.

A democracia, em primeira análise, corresponderia a um governo da maioria, ocupando-se da participação de cidadãos no processo de tomada de decisões políticas de um determinado Estado. Ao se estabelecer os critérios definidores de um regime democrático⁶, menciona-se justamente a participação efetiva, que estabelece que todos os membros devem ter iguais e efetivas oportunidades para fazer com que outros membros conheçam suas opiniões na adoção de determinadas políticas⁷.

A concepção da democracia como governo da maioria remonta ao teórico político Jean Jacques Rousseau, que concebeu o Estado fundado na vontade geral (*volonté générale*)⁸, gerando o deslocamento do poder das mãos de um soberano, como antes defendido por teóricos da linha de Thomas Hobbes, em sua obra “O Leviatã”, para as mãos do povo, consagrando-se a soberania popular. Para Rousseau, só se torna legítimo falar em soberania popular se esta tiver como base a vontade geral, e a concreta participação do povo seria mecanismo garantidor do bem comum e dos direitos de cada cidadão. É essa superação da ideia do poder residente na figura de um único soberano aliada ao seu deslocamento para o povo que consagra a noção de soberania popular, inaugurando-se as bases da democracia moderna.

Sabe-se que o processo de afirmação histórica da democracia conheceu momentos significativos, remetendo-se, muito antes das inspirações revolucionárias liberais do século XVIII, à Antiguidade Clássica Grega, onde se observava, mais precisamente em Atenas, a participação direta dos cidadãos. Atualmente, tem-se a democracia representativa, na qual a vontade da maioria é manifestada através de um corpo de representantes eleitos pelo povo, e a democracia semidireta, como aquela veiculada no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que reúne a democracia direta e a representativa em um só modelo.

Não se pretende, contudo, recorrer ao processo de afirmação e reconhecimento da democracia, nem analisar eventuais retrocessos em seu percurso por governos autoritários firmados em épocas e locais específicos, nem mesmo inves-

6 Robert Dahl, em sua obra “Sobre a Democracia”, estabelece cinco critérios para o processo democrático: participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento e inclusão dos adultos. (DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília, DF: Ed. UnB, 2016. p. 49). Tais critérios serão posteriormente mencionados, como embasamento teórico para justificativa de conciliação entre o substancialismo e o procedimentalismo, tendo com base o princípio da igualdade política.

7 Ibidem.

8 O filósofo Jean-Jacques Rousseau, em sua obra “Do Contrato Social”, em seu capítulo I, Livro II, assim discorre: “[...] só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o bem comum, pois, se a discordância dos interesses particulares tornou necessária a fundação das sociedades, a harmonia desses interesses a possibilitou. Eis o que há de comum nos diversos interesses que formam o laço social, e não existiria sociedade alguma a não haver ponto em que os interesses concordem. Ora, é somente nesse comum interesse que deve ser governada a sociedade”. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 39.

tigar pormenorizadamente os modelos atualmente consagrados⁹. O que se busca, no momento, é estabelecer uma relação de diálogo entre o constitucionalismo e a democracia, para fins de construção teórica dos argumentos de legitimação democrática da jurisdição constitucional.

O constitucionalismo surge como técnica de limitação do poder com fins garantísticos¹⁰, a qual é atribuída ampla historicidade em seu movimento. Isso porque, assim como a democracia¹¹, o constitucionalismo também é um conceito histórico, debruçando-se a doutrina constitucional acerca dos movimentos constitucionais ao longo dos séculos – desde o constitucionalismo antigo até o constitucionalismo contemporâneo – podendo-se condensar tais etapas em duas grandes fases, de acordo com o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, o constitucionalismo antigo, quando se realça a existência de princípios escritos ou consuetudinários que enaltecem direitos estamentais perante o poder absoluto da monarquia, que se estende desde os fins da Idade Média até o século XVIII; e o constitucionalismo moderno, movimento que questionou, nos planos políticos, filosófico e jurídico, a dominação política a partir de meados do século XVIII, sugerindo a invenção de uma forma de ordenação e fundação de tal poder¹².

O constitucionalismo apresenta como traço fundamental, portanto, a limitação do poder político, bem como o seu controle, e a consagração de um amplo rol de direitos fundamentais oponíveis aos governantes, com o intuito de evitar arbitrariedades no exercício da função estatal.

O ideal constitucional que antes permeava as sociedades passou a ser condensado em um texto normativo único, como técnica de proteção de liberdades fundamentais, através da previsão, não apenas de um rol de direitos e garantias, mas também da separação dos poderes. Aqui reside, aliás, a consagração de dois pontos fundamentais para se considerar a existência da Constituição em uma determinada sociedade, sobre os quais também irá se desenhar a justificativa teórica da legitimação democrática do exercício da jurisdição constitucional. E é nessa lógica de garantia das liberdades fundamentais através da teoria da separação dos poderes que surge a tensão dialética entre o exercício da jurisdição constitucional e a democracia.

Pode-se afirmar, com base na doutrina constitucional e na teoria política contemporânea, que o conflito entre constitucionalismo e democracia é um problema de natureza aporética¹³, por alguns representada na expressão de “paradoxo da

9 Tal intento merece, por si só, uma produção acadêmica a parte, haja vista a importância e extensão da temática.

10 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 47.

11 “*Democracia* é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do Homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva também na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa de evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que *ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo*. SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*: (Estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2007. p. 43.

12 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 48.

13 Transcreve-se o trecho da obra de Jânio Nunes Vidal: “[...] inegável a natureza aporética da questão da atuação da jurisdição constitucional em face do princípio democrático. E aporias, por definição, não podem ser solucionadas, permanecendo em aberto. Tal constatação, todavia, não impede que se busque uma maneira de resolvê-las, apresentando de forma consistente os fundamentos das opções escolhida”. VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea*: Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 99.

democracia”, expresso, por exemplo, na passagem registrada por Miguel Gualano de Godoy¹⁴:

Se a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, isso inclui os conteúdos da Constituição de um país, isto é, as normas que organizam as instituições do governo e estabelecem limites aos respectivos poderes governamentais. Entretanto, se o constitucionalismo significa limites à soberania popular, então, alguns conteúdos da Constituição – *Law of lawmaking* – devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária e das deliberações democráticas.

Quando se transporta o problema para a investigação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, questiona-se: o Poder Judiciário, quando do exercício do controle jurisdicional dos atos estatais emanados pelos Poderes Executivo e Legislativo (*judicial review*), carece de legitimidade democrática? O que autorizaria o exercício do controle judicial de atos oriundos de Poderes eleitos popularmente e, portanto, legitimados à condução da vida política estatal?

O argumento da falta de legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional se baseia no fato de que os juízes não são eleitos pelo voto popular, bem como na inexistência de mecanismos que submetam suas atuações às avaliações periódicas de legitimidade, como ocorre, em regra, com os membros dos Poderes Legislativo e Executivo.

O discurso da legitimidade democrática da jurisdição constitucional será demonstrado no tópico a seguir, recorrendo-se às correntes substancialista e procedimentalista como teorias constitucionais contemporâneas que corroboram a linha de entendimento defendida no presente artigo, distinguindo-se as diversas perspectivas existentes em torno da Constituição, em relação ao seu conteúdo e aos agentes que devem efetivá-las¹⁵.

3 LINHAS ARGUMENTATIVAS EM PROL DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Exposto o “paradoxo da democracia” como problema da teoria constitucional contemporânea, ressalte-se o reconhecimento, por parte da doutrina, dos riscos de atuação de juízes e tribunais quando do exercício da jurisdição constitucional, sendo tal reflexão sinteticamente reproduzida por Gilmar Mendes, quando menciona que “as decisões das cortes constitucionais estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático”¹⁶.

Todavia, deve-se assumir uma postura de reavaliação do funcionamento do sistema de separação dos poderes, antes rigidamente estabelecido por conta

14 GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia*: uma Leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24.

15 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 177.

16 MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 503.

de herança histórica da Revolução Francesa, época em que predominava o ideal liberal de necessidade premente de frenagem do poder absoluto do monarca, hoje encarada sob a ótica da convivência harmônica pautada no mecanismo de freios e contrapesos, no qual um poder constituído exerce o controle sobre outro poder igualmente constituído.

Assim, com base em John Hart Ely (procedimentalista) e Mauro Cappelletti (substancialista), cada qual com uma determinada linha discursiva, serão apresentadas as ideias da compatibilidade entre jurisdição constitucional e democracia.

3.1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MÉTODO DE GARANTIA DO PROCEDIMENTO DEMOCRÁTICO: O PROCEDIMENTALISMO EM JOHN HART ELY

O discurso acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional ganha assento, sob a ótica da corrente procedimentalista, a partir da sua compreensão como instrumento de defesa do procedimento democrático, encarando-se a Constituição como “um processo deliberativo que possibilite, segundo pautas formais e discursivas ou pelo uso da razão pública, a obtenção de consensos materiais notadamente sobre vida boa ou o bem”¹⁷.

O procedimentalismo é verificado no estudo de John Hart Ely¹⁸, um dos autores de representatividade da mencionada corrente, para quem a função precípua do Poder Judiciário seria garantir o correto funcionamento do processo político, sob a tese de que o juiz constitucional, ao invés de fixar respostas dotadas de valores substantivos ante os casos concretos a ele apresentados, deve, tão-somente, observar a lisura do processo político deliberativo¹⁹.

O autor, tratando do debate constitucional contemporâneo e com o intuito de superação do embate, inicialmente apresenta distintas concepções sobre o papel do juiz constitucional: o interpretacionismo (interpretativistas), que “afirma que os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita”²⁰, remanescendo para o Poder Judiciário, assim, o preenchimento de eventuais lacunas normativas deixadas pelo texto constitucional, através da extração de significados claros; e, em sentido diametralmente oposto, o não interpretacionismo (não interpretativistas), afirmando que “os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do do-

17 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 177.

18 ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

19 Ely, na parte inicial de sua obra, já antecipa a problemática, nos seguintes termos: “[...] eis a função central, que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam. Isso pode ser desejável ou não, dependendo dos princípios em que tal controle se baseia. Seria interessante saber se existe uma alternativa melhor, mas a corrente mais comum do não interpretacionismo, que faz apelo a noções que não podem ser encontradas nem na Constituição nem, obviamente, nas decisões dos poderes políticos, parece particularmente vulnerável à pecha de incompatibilidade com a teoria democrática” (Ibidem, p. 8). Esse trecho acaba por antecipar a apresentação da corrente não-interpretacionista em contraponto à corrente interpretacionista, que será tratada no parágrafo seguinte.

20 ELY, op. cit., p. 3.

cumento”²¹, cabendo aos juízes, assim, recorrer a outros valores não localizáveis no texto constitucional, tais como valores da tradição, da razão comum ou a carga axiológica empregada pessoalmente pelo magistrado. Segundo o autor²²:

O adepto do não interpretacionismo entrega aos juízes, que não respondem por suas atitudes políticas, a tarefa de definir quais valores devem ser colocados fora do alcance do controle majoritário, mas o interpretacionista toma seus valores diretamente da Constituição – e isso significa que, já que a própria Constituição foi avaliada e ratificada pelo povo, esses valores vêm, em última instância, do povo. Nessa hipótese, quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade, o povo controla a si mesmo.

Para Ely, e aqui reside a proposta de superação da dicotomia²³, ambas as concepções carecem de compatibilidade com o regime democrático, apresentando as seguintes críticas: os interpretativistas subordinariam todas as gerações futuras aos ideais e valores do constituinte²⁴, provocando um verdadeiro engessamento no processo de atualização constitucional de acordo com releituras de preceitos fundamentais exigidos pela evolução dos fatos sociais; já os não interpretativistas pregam o preenchimento de normas constitucionais abertas por um corpo de juízes que não são dotados de legitimidade popular²⁵, atribuindo-se a tal corpo de juízes uma função prioritária do Poder Legislativo no processo de elaboração das leis.

Apoiado nas críticas formuladas às duas correntes, Ely desconfia da atividade atribuída ao Poder Judiciário de preencher eventuais lacunas normativas deixadas pelo texto constitucional, independentemente de tal atividade assentar-se na extração de significados implícitos do próprio texto constitucional (como propõe a corrente interpretativista) ou na integração normativa da lacuna do texto constitucional através dos valores do próprio juiz ou da chamada razão comum (ideia propalada pela corrente não interpretativista).

O autor defende que o controle judicial de constitucionalidade deve ter como função principal a eliminação de obstruções ao correto funcionamento do processo democrático. Segundo Ely, a Suprema Corte – e, ampliando-se a análise, os

21 ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 3.

22 *Ibidem*, p. 13.

23 Ao se falar em proposta de superação da dicotomia, não se está afirmando a compatibilidade expressa entre as duas abordagens tratadas, mas sim na afirmação de uma terceira via para o tratamento do controle judicial de constitucionalidade, expressado na seguinte passagem da obra: “Tudo isso parece nos deixar num impasse. Uma abordagem interpretacionista – pelo menos uma abordagem interpretacionista que aborde as disposições da Constituição como unidades contidas em si mesmas – mostra-se, quando submetida à análise, incapaz de manter-se fiel ao espírito evidente de certas disposições. Entretanto, quando buscamos uma fonte externa de valores para preencher a textura aberta da Constituição – uma fonte que não transforme a Corte num simples conselho de controle legislativo –, nada encontramos. Apesar da suposição comum de que essas são as únicas opções, elas não são, pois a imposição de valores não é a única resposta possível à nossa consciência de que a Constituição precisa ser preenchida”. ELY, *op. cit.*, p. 97.

24 Deve-se frisar que a obra do referido autor, “*Democracia e Desconfiança: Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*”, realiza a abordagem acerca da Constituição Norte-Americana, debruçando-se, inclusive, sobre as emendas constitucionais produzidas.

25 Acerca de eventual ausência de legitimidade popular aos juízes, será tratado, quando da análise da corrente substancialista, o posicionamento de Mauro Cappelletti e argumentos contrários a tal objeção.

tribunais constitucionais – não deve se utilizar de carga valorativa própria para o preenchimento de lacunas constitucionais, sob pena de substituição da vontade popular manifestada através dos Parlamentos por um governo de juízes, mas sim a desobstrução de canais de mudança política e a correção de certos tipos de discriminação contra minorias, sugerindo ser esse o processo de controle dos processos de representação²⁶.

Para o controle do processo democrático, sugere-se uma “linha de decisão judicial” interventiva quando se identificasse as falhas do mercado político, tendo Ely apresentado a ideia trabalhando analogicamente com o papel do “antitruste” no mercado econômico ou com a intervenção do árbitro de futebol, legítima apenas quando um time obtivesse uma injusta vantagem. A identificação de falhas no mercado político e a correção do mau funcionamento seria, então, o papel primordial da jurisdição constitucional. Para o autor, verifica-se o mau funcionamento quando há uma obstrução dos canais da mudança política ou quando representantes de uma pretensa maioria põem em situação de desvantagem alguma minoria²⁷.

As críticas e análises apresentadas por Ely são, sem dúvida, sedutoras, chegando-se à afirmação formulada por Oscar Vilhena Vieira²⁸ de que “apenas uma teoria que enxergue o controle de constitucionalidade, atribuído aos tribunais, como um reforço da democracia, e não como um guardião superior que arbitra quais resultados devem ser admitidos, será compatível com a própria democracia”.

Gustavo Binenbojm²⁹, em excelente síntese acerca do posicionamento de Ely na afirmação da natureza procedimental da Constituição, expõe:

Na visão de Ely, a Constituição é um documento cuja finalidade precípua é de natureza *procedimental*, destinada a viabilizar que cada geração se autogoverne, consoante as decisões da maioria. Não contém ela, assim, um quadro de valores a ser *descoberto*; ao contrário, estabelece apenas os meios de chegar a tais valores. A essência da Constituição seria, portanto, a disciplina do procedimento democrático. O regime democrático, no entanto, pressupõe que todo cidadão deva ser tratado com igual respeito e que as minorias tenham assegurada a sua subsistência. No pensamento do autor norte-americano, a missão da jurisdição constitucional consistiria em velar por tais pressupostos procedimentais da democracia.

26 Em passagem específica da obra, Ely, analisando o papel das Cortes em processos deliberativos componentes do processo legislativo, faz menção à Corte de Warren como a primeira a identificar questões referentes ao funcionamento correto do processo democrático e seu vínculo com atividade política: “[...] a Corte de Warren foi a primeira a agir seriamente de acordo com essa percepção. Foi a primeira a tocar no assunto da qualificação dos eleitores e da má distribuição proporcional do número de representantes (e, uma vez tocando nesse assunto, tratou-o com seriedade). É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores substantivos que ela considerara importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é o contexto em que tais valores *de fato podem ser* corretamente identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade”. ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 98.

27 *Ibidem*, p. 137.

28 VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 215.

29 BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 102-103, grifo do autor.

Deve-se frisar, então, que a legitimação democrática da jurisdição constitucional na teoria desenvolvida por Ely defende a abertura dos canais de participação política (liberdade de associação e de expressão, por exemplo), assegurando-se, inclusive, direitos e garantias contra a atuação de eventuais maiorias ocasionais, reforçando-se o princípio democrático, e quaisquer bloqueios nos canais de participação política representa prejuízo ao bom funcionamento do jogo da democracia.

3.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SUBSTANCIAIS: O SUBSTANCIALISMO EM MAURO CAPPELLETTI

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional ganha reforço argumentativo com as ideias apresentadas pela teoria substancialista, corrente que manifesta explícita adesão a valores como justiça, liberdade e igualdade, admitindo controle de resultado das deliberações políticas que supostamente os contravenham³⁰.

Ao estabelecer a distinção entre o procedimentalismo e o substancialismo, Sampaio³¹ adverte:

Os substancialistas, por sua vez, advogam a existência implícita ou declarada de valores substanciais nas Constituições que impõem ao legislador ordinário e ao juiz deveres e tarefas de realização. Significativamente, não veem a Constituição como mero fórum de discussão que leve a decisões cujos conteúdos se validam pelo devido processo deliberativo por ele regrado, mas como núcleo de sentido que, além de disciplinar os meios e formas de tomadas de decisões, servem de parâmetro substancial para avaliar a correção da decisão tomada. As teses fortes e fracas de Constituição dirigente estão bem catalogadas entre eles.

Assim, verifica-se que o Poder Judiciário, sob a ótica substancialista, exerce papel essencial na efetivação dos direitos fundamentais, através de uma pauta valorativa que legitima o exercício do controle de atos emanados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Pode-se até mesmo questionar, como feito anteriormente, a legitimidade democrática do viés substancialista da jurisdição constitucional, contudo, diversos argumentos são apresentados para demonstrar a compatibilidade entre a democracia e o exercício do *judicial review*, sendo tratados, nesse artigo, os argumentos trabalhados pelo doutrinador italiano Mauro Cappelletti.

A leitura da obra de Cappelletti³² deve ser realizada em um contexto de crescimento do papel do Poder Judiciário e de valorização da figura do juiz como ator social de integração do Direito, sob a ótica do funcionamento do sistema de *checks*

30 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 117.

31 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 178.

32 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 19.

and balances da doutrina norte-americana, como preconizado pelo próprio autor. Ou seja, para além de mero intérprete-aplicador, o juiz participa da própria criação do Direito, ideia cunhada na expressão “criatividade da função jurisdicional”³³. Tal processo de criação decorre, justamente, da necessidade do preenchimento das lacunas normativas oriundas do processo legislativo, garantido pelo processo de interpretação judicial. Deve-se perquirir, contudo, o processo de depuração adequado para a criatividade judicial.

A atividade judicial de aplicação do Direito deve, necessariamente, suportar algum grau de vinculação, uma vez que a atuação do Poder Judiciário – ou de qualquer outro Poder Constituído – sem quaisquer limites poderá incorrer no cometimento de excessos indesejáveis. E o grau de vinculação da atividade judicial irá aparar a aresta da decisão. O juiz poderá estar vinculado a uma lei editada pelo Estado, a um precedente judicial anteriormente firmado, a valores de conteúdos semânticos abertos (tais como noções de justiça, bom senso e equidade) e, certamente, à própria Constituição. Por certo, a criatividade judicial será tão maior quanto maior for a abertura semântica do objeto que o vincula. Explica-se: diante de uma lei estritamente fechada, o juiz possui certo grau de liberdade na atividade de interpretação em seu processo decisório menor do que quando diante de cláusulas abertas, a exemplo da equidade e bom senso. Independente do grau de abertura ou fechamento do objeto vinculante, tal vinculação jamais poderá se operar de forma absoluta, remanescendo sempre a possibilidade de criatividade judicial³⁴.

O autor fala na “função supletiva dos juizes”³⁵, na medida em que complementa a atividade dos legisladores integrando as lacunas normativas, bem como utiliza a expressão do filósofo Morton G. White, “a revolta contra o formalismo”³⁶, formalismo esse que imperava nos Estados Liberais. Tal revolta, ensina Cappelletti, visou alvos diversos em diferentes partes do mundo: nos Estados Unidos e em outros ordenamentos do *Common Law*, cuidou-se da revolta contra o formalismo do *case method*; na França e nas áreas de influência francesa dirigiu-se contra o positivismo jurídico; na Alemanha e nas áreas de influência alemã insurgiu-se contra o formalismo “científico” e conceitual³⁷.

Uma das razões da revolta seria a transformação do papel do Direito e do Estado na sociedade do bem-estar social. Os problemas oriundos das áreas sociais e econômicas exigiram um perfil mais participativo dos juizes. Para Cappelletti, “o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção dos direitos como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua

33 O autor, ao apresentar os temas desenvolvidos no trabalho, expõe: “O primeiro, que será o objeto específico deste trabalho, concerne ao problema da ‘criatividade’ da função jurisdicional, ou seja, da produção do direito por obra dos juizes. Com terminologia um pouco envelhecida, trata-se de verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito”. *Ibidem*, p. 13.

34 Aliás, no direito brasileiro, inclusive, não obstante a expansividade da Constituição Federal de 1988 (uma vez que veicula diversas matérias que extrapolam as decisões políticas fundamentais do Estado), o juiz possui liberdade interpretativa, diante da diversidade de cláusulas de abertura material presentes no Texto Magno.

35 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 13.

36 *Ibidem*, p. 31.

37 *Ibidem*, p. 31-32.

decisão de forma ‘neutra’³⁸. Os juízes atribuiriam às suas decisões/declarações a sua valoração pessoal, de modo que as decisões tornaram-se mais humanas, com a utilização de um arcabouço principiológico então incipiente, com a utilização de princípios como o da razoabilidade e proporcionalidade.

A crítica mais grave à ideia de criação judicial do Direito volta-se justamente para a ausência de legitimidade democrática. Retoma-se, assim, um questionamento: a atuação do Poder Judiciário sobre questões eminentemente afetas ao âmbito de atuação política dos Poderes Legislativo e Executivo encontra-se em consonância com o regime democrático?

O enfrentamento da questão central deve perpassar pela análise da crise de representatividade em todo o mundo, especialmente no Brasil. Conforme notícia Cappelletti, “mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada ‘diretamente responsável perante o povo’, nunca constituiu, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa”³⁹. A democracia representativa encontra-se prejudicada na medida em que o interesse da maioria não representa o centro dos debates políticos, esquecendo-se a vontade popular.

Ainda que decantado eventual ideia salvacionista de correção democrática por via judicial⁴⁰, a crise de representatividade⁴¹ consiste, de fato, em importante aspecto de legitimação democrática do exercício da jurisdição constitucional. É possível afirmar que o sistema representativo apresenta suas falhas, uma vez que o núcleo de decisões políticas encontra-se, muitas vezes, além do conhecimento e participações populares. Assim, os juízes recebem, como figuras integrantes do Terceiro Poder, a responsabilidade de fazer valer a democracia, concretizando direitos fundamentais através de modelos de decisões garantidoras, por exemplo, de implementação de políticas públicas.

Outro argumento que serve de embasamento para atribuir legitimidade democrática à jurisdição constitucional é a que afirma que o Poder Judiciário não é inteiramente privado de representatividade. Cappelletti, ao discorrer sobre o argumento apresentado pelo Professor Robert Dahl – aplicável ao sistema dos Estados Unidos, onde os juízes são eleitos e/ou nomeador – informou que o mesmo se aplica em países do “Civil Law”, sistema no qual se verifica que os juízes dos tribunais constitucionais são, em grande parte, nomeados politicamente⁴². No sistema jurídico brasileiro, maturando a ideia representada pelo sistema de freios e contrapesos,

38 Ibidem, p. 33.

39 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 94.

40 A crítica aqui formulada se faz necessário tão-somente pelo fato de atribuir ao Poder Judiciário a qualidade de perfeito paradigma de democracia representativa, uma vez que tal sistema, acredita-se, também incorre em erros. Mas reconhece-se, sem dúvida, que o Poder Judiciário é importante via de resguardo de direitos fundamentais.

41 O Professor Dirlley da Cunha Jr., ao discorrer sobre a crise de representatividade, afirma: “A crise de representação política e, conseqüentemente, da democracia representativa calcada na ideia da representação popular sintetiza a compreensão de que a lei, outrora expressão da vontade geral, tem se tornado um veículo de opressão e manifesto meio de violação dos direitos fundamentais e da Constituição”. CUNHA JÚNIOR, Dirlley da. *Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 40.

42 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 96-97.

os ministros do Supremo Tribunal Federal, instância máxima do Poder Judiciário, são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, de acordo com regra expressa no artigo 101, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988. Sendo nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, cuja investidura no cargo pressupõe aprovação popular, e aprovados pelo Senado Federal, cujos membros são democraticamente eleitos, a investidura dos juizes da Corte Constitucional ganha fundamentação democrática.

A figura do juiz contemporâneo não está adstrita ao modelo clássico-positivista de decisionismo judicial, especialmente quando o Poder Judiciário é instado a agir em prol da concretização dos direitos fundamentais e da observância da força normativa da Constituição.

4 PROPOSTA DE SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA SUBSTANCIALISMO VERSUS PROCEDIMENTALISMO⁴³

A proliferação de correntes e ideias antagônicas sobre os mais variados assuntos, especialmente no campo das ciências sociais, é fenômeno comum. Afinal, diante da vasta produção científica, em locais e tempos distintos e de formações culturais, sociais e econômicas diversas, o dissenso integra a própria natureza humana.

Comumente, a Ciência Jurídica, também como ciência social aplicada, costuma apresentar posições antagônicas sobre distintos temas, percebendo-se, no próprio Direito, uma envolvente dialética dos fenômenos, através do qual, como todo processo dialético, desenvolve-se uma tese e uma antítese, culminando em uma síntese.

No presente artigo, assume-se uma posição de conciliação dos argumentos trabalhados anteriormente.

A argumentação sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, como se verificou, apresenta duas concepções dominantes na filosofia constitucional contemporânea – substancialismo e procedimentalismo –, como ideias aparentemente contrapostas, mas que são, em verdade, complementares.

Ao se verificar os argumentos apresentados pelo procedimentalismo de John Hart Ely, nega-se a tomada de decisões valorativas fundamentais pelo Poder Judiciário, devendo tais decisões, em uma sociedade democrática, ser encampadas pelo Poder Legislativo, como órgão representante do povo. Aos juizes não seria legítimo a realização de escolhas substantivas, mas apenas a garantia do funcionamento

⁴³ A dicotomia entre as correntes substancialista e procedimentalista foi bem sintetizada por Luís Roberto Barroso, que ora se transcreve pela clareza na explanação: “Substancialistas e procedimentalistas tem visões diferentes acerca do papel da Constituição e da jurisdição constitucional. No ambiente da democracia deliberativa, a Constituição deve conter – e juizes e tribunais devem implementar – direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade. Os substancialistas manifestam sua adesão explícita a esses valores e admitem o controle de resultado das deliberações políticas que supostamente os contravenham. Já os procedimentalistas não concebem o papel do intérprete constitucional como o de um aplicador de princípios de justiça, mas como um fiscal do funcionamento adequado do processo político deliberativo”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 117.

e da lisura do procedimento democrático, devendo a jurisdição constitucional preocupar-se, fundamentalmente, com a preservação das liberdades através da desobstrução dos canais de participação política (liberdade de expressão, de consciência, de associação, de voto, etc.).

Ocorre que, para a defesa dos procedimentos democráticos, surge como pressuposto a realização da justiça substantiva. Para a melhor compreensão do que aqui se expõe, torna-se necessário uma breve digressão.

Robert Dahl⁴⁴, ao tratar dos critérios de um processo democrático, inicia sua explanação com um pertinente questionamento, ao qual o próprio autor trata de responder:

No espaço matagal das ideias sobre a democracia, às vezes impenetrável, é possível identificar alguns critérios a que um processo para o governo de uma associação teria de corresponder, para satisfazer a exigência de que todos os membros estejam igualmente capacitados a participar nas decisões da associação sobre sua política?

Acredito que existam pelo menos cinco critérios: *participação efetiva* – antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser essa política; *igualdade de voto* – quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais; *entendimento esclarecido* – dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências [...].

Os outros critérios formulados pelo autor são: controle do programa de planejamento, através do qual os membros devem ter oportunidade exclusiva para decidir como e quais as questões devem permear o planejamento; e inclusão dos adultos, defendendo a ampliação da cidadania⁴⁵.

Dahl esclarece que todos os critérios são valiosos para considerar os membros da associação como politicamente iguais, e é pressuposto do princípio da igualdade política a ideia de que “os membros estejam todos igualmente qualificados para participar das decisões, desde que tenham iguais oportunidades de aprender sobre as questões da associação pela investigação, pela discussão e pela deliberação”⁴⁶.

Ocorre que, a garantia do princípio da igualdade política propalada por Dahl, para ser garantido em seus termos finais, pressupõe uma atuação do Poder Judiciário no resguardo de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, tais como

44 DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília, DF: Ed. UnB, 2016. p. 49.

45 Ibidem, p. 49-50.

46 DAHL, op. cit., p. 51.

direito à saúde e à educação, apenas para mencionar dois exemplos. Não há que se falar em igualdade política sem acesso à educação à totalidade dos membros de uma comunidade, pois sua ausência implicará, muito possivelmente, falha na participação efetiva de tais membros nas decisões acerca das políticas estatais. O direito à saúde também deve ser totalizado, pois a sua ausência certamente acarreta mazelas ao desenvolvimento da cidadania ativa.

Assim, para a efetividade dos direitos sociais, por exemplo, torna-se necessária a participação ativa do Poder Judiciário, uma vez que ajuda a promover a igualdade política, elemento essencial para a lisura do processo democrático, diante dos critérios formulados por Dahl. E a efetividade de direitos fundamentais pela participação ativa do Poder Judiciário é medida defendida pelo substancialismo.

A jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais, pelo substancialismo, seria pressuposto fundamental para que fosse atingida a ideia de defesa do processo democrático.

Nesse sentido, em defesa da superação da dicotomia entre as correntes procedimentalista e substancialista do discurso de legitimação democrática da jurisdição constitucional, pode-se mencionar o constitucionalista Manoel Jorge e Silva Neto⁴⁷:

O Procedimentalismo se propõe a assegurar a manutenção das regras do jogo democrático, deixando o cidadão livre para, dentro do espaço da política, realizar os valores substanciais da coletividade. O Substancialismo não repugna a possibilidade de ditos valores serem efetivados no plano judicial. Logo, um dado comum a procedimentalistas e substancialistas é a preocupação com a efetividade dos direitos, e também que a solução se dará obrigatoriamente no plano institucional (respectivamente, pelo Poder Judiciário e pelo processo político). *De nossa parte, parece-nos que a visão substancialista de condução ao Poder Judiciário de interesses sociais relevantes, outorgando-lhe legitimidade para a decisão, representa muito mais uma etapa para alcançar a ideia procedimentalista de cidadania ativa e destinada a realizar, no plano da política, os valores substanciais da coletividade.*

Toda e qualquer medida de defesa dos direitos fundamentais será, certamente, pauta de discussão no âmbito do exercício da jurisdição constitucional, seja através da fixação de valores substanciais por parte dos juízes (primeira etapa), seja através da desobstrução dos canais de participação política e defesa dos procedimentos democráticos (segunda etapa).

A defesa do discurso de conciliação entre as correntes substancialista e procedimentalista também foi realizada por Ana Paula de Barcellos⁴⁸:

47 SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 296, grifo nosso.

48 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 92, abr./jun. 2005. grifo nosso. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

É bem de ver que o conflito substancialismo *versus* procedimentalismo não opõe realmente duas ideias antagônicas ou totalmente inconciliáveis. O procedimentalismo, em suas diferentes vertentes, reconhece que o funcionamento do sistema de deliberação democrática exige a observância de determinadas condições, que podem ser descritas como opções materiais e se reconduzem a opções valorativas ou políticas. Com efeito, não haverá deliberação majoritária minimamente consciente e consistente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo, o que inclui a garantia das liberdades individuais e de determinadas condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania. Em outras palavras, *o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar de forma minimamente adequada se as pessoas não tiverem condições de dignidade ou se seus direitos, ao menos em patamares mínimos, não forem respeitados.*

Não se está a defender, contudo, que a fixação de valores substanciais deva partir de meros subjetivismos por parte do magistrado, de valores pessoais desarticulados com aqueles estabelecidos na Constituição Federal. O papel que a Constituição exerce na vida política de uma determinada nação, frise-se, escapa ao mero estabelecimento de regras para que o Poder Judiciário seja o árbitro do jogo democrático, como propugnava Ely em seu discurso procedimentalista. Deve, certamente, ir além, para estabelecer um rol de pautas substanciais vinculativas dos Poderes Públicos, cabendo à jurisdição constitucional, conforme estabelecido pelo legislador constituinte, exercer a guarda da Constituição, leia-se, a guarda dos valores nela pautados.

Os atores sociais dos Poderes Legislativos e Executivo, sem dúvida, são dotados de legitimidade popular a partir do momento em que passam por um processo de escolha da sociedade, através do voto livre, universal, secreto e periódico. Deve-se trabalhar com a ideia, contudo, de que tais poderes se encontram em constante processo de legitimação, devendo editar e executar atos normativos em consonância com os ditames constitucionais, sob pena de encontrar-se em processo de perda de legitimidade. E nesses casos – quando os outros dois Poderes iniciam o processo de perda de legitimidade por atos contrários à Constituição – cabe ao Poder Judiciário, conforme competência haurida do próprio Poder Constituinte Originário, agir para manter a incolumidade das normas constitucionais.

A defesa da Constituição e a observância de sua força normativa⁴⁹, por ter sido tarefa conferida ao Poder Judiciário pelo próprio povo – afinal, é este o titular do Poder Constituinte Originário – já começa a derruir o argumento de ausência de legitimidade democrática da jurisdição constitucional. E mais: já impõe a necessidade de reflexão e superação da sua concepção meramente procedimental.

Todas as normas constitucionais, e isso é ponto passivo no Direito Constitucional, merecem proteção dos Poderes Públicos e tais normas são dotadas de

49 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

eficácia jurídica, mesmo aquelas de carga axiológica menor. Se até mesmo as normas formalmente constitucionais são dotadas de proteção no ordenamento jurídico, mais ainda quando se depara com as normas de elevada carga axiológica, como aquelas que fixam o princípio republicano, democrático, da cidadania, e, norma vetor de todos os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana.

Assim, os direitos fundamentais possuem dimensão objetiva, irradiando seus valores para todos os poderes constituídos. Sempre que os Poderes Executivo e Legislativo atuarem em inobservância dos direitos fundamentais, caberá ao Poder Judiciário exercer o controle, seja fazendo valer os valores substantivos da Constituição, seja assegurando o bom funcionamento do processo democrático.

O que se defende, portanto, é que o alcance da ideia procedimentalista tal como proposta por John Hart Ely pressupõe uma atuação substancialista da jurisdição constitucional, haja vista que os valores elencados na defesa do procedimento democrático (liberdade de expressão, de consciência, de associação, de voto, etc.), tomando-se por base os critérios de democracia propostos por Robert Dahl, necessitam de uma postura ativa do Poder Judiciário na defesa do amplo rol de direitos fundamentais assegurados na Constituição.

5 CONCLUSÃO

A análise do argumento favorável à legitimidade democrática da jurisdição constitucional perpassa, necessariamente, pela avaliação da compatibilidade entre o constitucionalismo e a democracia.

Na democracia, costuma-se realizar sua estrita identificação com a soberania popular, observando-se que o povo decide as questões politicamente relevantes da sua comunidade, decisões políticas fundamentais que são condensadas, ao fim, na Constituição. E tal documento exerce, dentre outros papéis, a limitação aos poderes públicos, limitando, inclusive, a própria soberania popular. Alguns conteúdos alçados à categoria de norma constitucional estão, assim, afastados da ingerência das decisões majoritárias e das próprias deliberações democráticas. E aqui reside o chamado “paradoxo da democracia”.

Mas as linhas de argumentação da teoria constitucional contemporânea avaliam a legitimidade democrática sob os discursos procedimentalista e substancialista, correntes que apresentam distintas visões acerca do papel desempenhado pela Constituição e, conseqüentemente, da jurisdição constitucional.

Para os procedimentalistas, a jurisdição constitucional deve estar adstrita à verificação do correto funcionamento do processo político deliberativo, não cabendo ao Poder Judiciário realizar avaliações substantivas acerca dos valores prestigiados pela Constituição. A tutela dos direitos de livre participação política e a proteção das minorias seria a tarefa permitida à jurisdição constitucional.

Os substancialistas, contudo, defendem uma postura ativa do Poder Judiciário, cabendo aos juízes, como verdadeiros intérpretes constitucionais, valer-se

de princípios de justiça e de valores substanciais hauridos da própria Constituição, além de valores gerais de bom senso, equidade e justiça, para o preenchimento de lacunas normativas, sempre em prol da preservação máxima dos direitos fundamentais.

As linhas de argumentação do procedimentalismo e do substancialismo, contudo, não são contraditórias, mas sim complementares. Isso porque o correto funcionamento do processo político deliberativo, fim almejado pelos procedimentalistas, pressupõe o resguardo do princípio da igualdade política. Mas para atingir tal igualdade política, torna-se necessária a adoção de valores substanciais pela jurisdição constitucional, quando da chamada criação judicial do direito, por exemplo.

A completude das normas constitucionais e dos valores máximos do ordenamento jurídico exige atuação efetiva do Poder Judiciário, assegurando direitos fundamentais como núcleo de apoio ao alcance da igualdade política, tendo os cidadãos de uma determinada sociedade igual chance de exercer sua participação ativa na tomada de decisões fundamentais na condução da vida estatal. Participação efetiva e entendimento esclarecido, como dois dos critérios essenciais da democracia, implicam prévio acesso à informação, educação, cultura, etc. Caso tal acesso seja impossibilitado por inoperância do Estado – inércia legislativa ou insucesso do Poder Executivo, por exemplo –, cabe ao Poder Judiciário corrigir tal falha através de um controle. A jurisdição constitucional seria, assim, o meio hábil para o resguardo dos fins constitucionais, atuando sempre em casos de omissão do Poder Público ou corrigindo ações mal direcionadas.

O alcance da ideia procedimentalista, portanto, pressupõe uma atuação da jurisdição constitucional pautada em valores substanciais para a efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, ou seja, deve o Poder Judiciário assumir uma postura substancialista como primeira etapa para a consecução dos fins almejados pelo procedimentalismo.

Assim, a conjugação da teoria procedimentalista com a teoria substancialista é o caminho mais adequado para fins de comprovação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Não há que se falar em dicotomia ou embate entre as correntes de pensamento tratados, mas sim em complementaridade das ideias esposadas. Superam-se eventuais embates. Adota-se o caminho da conciliação!

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*: Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília, DF: Ed. UnB, 2016.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*: uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2017.

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia*: uma Leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. (Estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea: Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ELEGIBILIDADE NO BRASIL, COMBATE À CORRUPÇÃO E FINANCIAMENTO DE CAMPANHA

ELEGIBILITY IN BRAZIL, FIGHT AGAINST CORRUPTION AND CAMPAIGN FINANCING.

Djalma Pinto *

RESUMO

O presente artigo trata do combate à corrupção no Brasil a partir da ótica do Direito Eleitoral, enfatizando a questão da inelegibilidade e tecendo críticas aos problemas gerados no financiamento de campanhas. O modelo de financiamento de campanhas é potencial instrumento gerador de corrupção eleitoral, revelando-se o tema do financiamento como de alta relevância para o desenvolvimento de estudos acerca da elegibilidade e da própria legitimidade democrática, fato que justifica este artigo. Compreender o modelo vigente de financiamento político é um importante requisito para a busca de meios eficientes de combate à corrupção eleitoral.

Palavras-chave: Corrupção. Elegibilidade. Financiamento político. *Governance*. Eleições.

ABSTRACT

This article deals with the fight against corruption in Brazil from the point of view of electoral law, emphasizing the issue of ineligibility and criticizing the problems generated in the financing of campaigns. The campaign financing model is a potential instrument for electoral corruption, revealing the issue of financing as a highly relevant issue for the development of studies on eligibility and democratic legitimacy, a fact that justifies this article. Understanding the current model of political financing is an important requirement for the search for efficient means to combat electoral corruption.

Keywords: Corruption. Eligibility. Political financing. Governance. Elections

1 QUAL A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO ELEITORAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO?

Em um congresso comemorativo do 15º aniversário da promulgação da Constituição Brasileira, no Hotel Vila Galé, em Fortaleza, no ano de 2003, indaguei ao Professor J. J. Gomes Canotilho qual a contribuição do Direito Constitucional no combate à corrupção? Ele respondeu de pronto: – Nenhuma. Lembrou, naquela ocasião, de uma pergunta análoga que lhe fizera um aluno do Curso de Direito de Coimbra.

* Ex-Procurador Geral do Estado do Ceará, Mestre em Ciência Política pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas – Universidade de Lisboa. Autor, entre outros, dos seguintes livros: *Infratores no Poder*, *Ética na Política*, *Inovações na Lei Eleitoral* e *a Ilusão da Ficha Limpa*, *Direito Eleitoral Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal* etc.

No ano de 2011, na apresentação do livro “O Espectro da Corrupção”, de José Mouraz Lopes, reportou-se aquele festejado constitucionalista ao questionamento que o marcou como Professor de Direito Constitucional. Escreveu ele:

Há uns bons pares de anos, abeirou-se de nós um aluno do 1º ano da licenciatura em direito. O lugar era uma sala da Faculdade de Direito de Coimbra. A razão da conversa residia no fato de termos dado a última aula, desejando o maior êxito pessoal e acadêmico aos meus alunos. Este aluno que nos procurou no fim da aula nunca mais saiu da minha memória. Confessou ter apreciado o nosso curso, mas era seu dever aproveitar a ocasião para fazer uma crítica. Na sua opinião, eu teria esgotado a dogmática das inconstitucionalidades, das ilegalidades, das jusfundamentalidades e das normatividades, mas havia cometido alguns pecados por omissão. Nunca me referi, por exemplo, ao problema da corrupção. Registre a omissão.²

Os juristas, nos diferentes países, começam, enfim, a dimensionar os danos que a corrupção causa à humanidade. Passam a considerá-la uma “patologia global”. O abuso da função pública em benefício privado incomoda a sociedade planetária por tornar as nações menos competitivas, sem capacidade de consumo, mais desiguais e violentas. Como se sabe, o Estado tem estas três atribuições básicas: produzir as leis, dirimir os conflitos e realizar o bem comum.

Modernamente, a atividade do Estado por meio da qual este atua em prol do bem comum denomina-se governança. Para Daniel Kaufman, a governança se manifesta em três dimensões, assim distribuídas: política, econômica e institucional. Para esse autor, na primeira dimensão, que ele qualifica como política, sua incidência ocorre “no processo de eleição, na supervisão e na mudança daqueles que exercem a autoridade política”. Na segunda dimensão, de matriz essencialmente econômica, “trata-se de perceber a capacidade do governo de gerir eficazmente os recursos e pôr em prática políticas acertadas nesse domínio”. Finalmente, “numa dimensão institucional, enquadra-se o respeito dos cidadãos e do Estado pelas instituições do país”.³ Por sua vez, o Banco Mundial, em 1992, qualificou como governança “a maneira como o poder é exercido na gestão dos recursos econômicos e sociais de um país”.

É no aspecto político da governança que opera o Direito Eleitoral. Disciplinando este o processo de investidura dos agentes que atuarão em nome do Estado. Do registro da candidatura à exclusão do cidadão do certame por comprometimento de sua normalidade, os aplicadores do Direito Eleitoral detêm competência outorgada pela Constituição para um controle preventivo da corrupção. Aliás, é nesse controle preventivo que reside a possibilidade de um combate mais eficaz contra os ilícitos na gestão pública. Afinal, é mais fácil impedir o delinquente de ter acesso à governança para atuar em nome do Estado do que reparar os prejuízos que ele causa à comunidade, após ser investido no poder político. Esses prejuízos são absolutamente previsíveis em face das ações delituosas por ele anteriormente

CANOTILHO, J. J. Gomes. Pequena nótula de apresentação. In: LOPES, José Mouraz. *O Espectro da Corrupção*. Lisboa: Almedina, 2011. p. 7.

3 KAUFMAN apud LOPES, José Mouraz. *O Espectro da Corrupção*. Lisboa: Almedina, 2011. p. 18.

já praticadas.

Se temos corrupção em excesso, na atuação dos agentes políticos no Brasil, os operadores do Direito Eleitoral precisam, também, fazer uma reflexão urgente para enfrentamento eficaz dessa patologia. Os estudiosos do tema corrupção, em todo o mundo, já concluíram que não se pode deixar apenas ao âmbito do Direito Penal o seu enfrentamento.⁴ Incide o Direito Penal no pós-delito, sancionando as infrações praticadas que se encontram descritas, nas suas normas, e provocam danos irreparáveis para todo o grupo social. O espantoso volume de verbas desviadas dos cofres do Estado atesta a deficiência da reação do Direito Penal para desestimular os infratores de suas normas, como reconhece o Ministro Luiz Roberto Barroso.⁵ Por isso, a atuação preventiva, com ênfase na restrição dos direitos políticos dos delinquentes, afigura-se de grande relevância para o combate dessa praga silenciosa que tanto infelicitiza a sociedade, aniquilando a sua força produtiva e comprometendo a qualidade dos serviços públicos.

Não é difícil constatar que, ao garantir-se elegibilidade a infratores contumazes do Código Penal, a consequência é uma significativa propagação da epidemia de corrupção na República. Uma retrospectiva se impõe para melhor constatação do agravamento dessa anomalia.

Em 2009, julgando a ADPF nº 144, a Suprema Corte autorizou o registro da candidatura de toda e qualquer pessoa condenada pela prática de crime, em qualquer instância judicial, desde que sua condenação não tivesse transitado em julgado.⁶

4 Informa José Mouraz Lopes: “Variadíssimos documentos internacionais tratam hoje a questão da corrupção, não tanto como um conceito jurídico-penal mas como um conceito que ultrapassa largamente a sua dimensão criminal. [...] Mais do que a adoção de um conjunto de tipos criminais precisos e uniformes, estabelece-se um leque de comportamentos e boas práticas que dificultem o desvio a padrões de comportamentos adequados e suportáveis no exercício da condução do serviço público ou com este relacionado. Assim e nesse sentido, a exigência de boas práticas, a afirmação de compromissos públicos sobre o exercício da atividade política concreta, a configuração de políticas preventivas, a disponibilidade à transparência da actuação ou a prestação de contas por parte de quem exerce o poder, independentemente dos ciclos legislativos onde é exercido, são alguns exemplos que se evidenciam”. LOPES, José Mouraz. *O Espectro da Corrupção*. Lisboa: Almedina, 2011. p. 33-34.

5 Vide entrevista concedida pelo Ministro Luiz Roberto Barroso ao jornalista Luiz Maklouf Carvalho: “O que mais o impressionou na Operação Lava Jato? Nós termos construído um país em que um Direito Penal absolutamente ineficiente não funcionou, durante anos, como mínima prevenção geral para evitar um amplo espectro de criminalidade”. CARVALHO, Luiz Maklouf. “Nós criamos uma delinquência generalizada no país”. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 12 out. 2016.

6 A ementa do Acórdão, que julgou a ADPF 144, bem reflete a posição então dominante do STF: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – POSSIBILIDADE DE MINISTROS DO STF, COM ASSENTO NO TSE, PARTICIPAREM DO JULGAMENTO DA ADPF – INOCORRÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE PROCESSUAL, AINDA QUE O PRESIDENTE DO TSE HAJA PRESTADO INFORMAÇÕES NA CAUSA – RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – EXISTÊNCIA, QUANTO A ELA, DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA – ADMISSIBILIDADE DO AJUIZAMENTO DE ADPF CONTRA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DE QUE POSSA RESULTAR LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL – EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA RELEVANTE NA ESPÉCIE, AINDA QUE NECESSÁRIA SUA DEMONSTRAÇÃO APENAS NAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE CARÁTER INCIDENTAL – OBSERVÂNCIA, AINDA, NO CASO, DO POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE – MÉRITO: RELAÇÃO ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS, SEM QUE NELES HAJA CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL, E O EXERCÍCIO, PELO CIDADÃO, DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA – REGISTRO DE CANDIDATO CONTRA QUEM FORAM INSTAURADOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE NATUREZA CRIMINAL, EM CUJO ÂMBITO AINDA NÃO EXISTA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO – IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE DEFINIR-SE, COMO CAUSA DE INLEGIBILIDADE, A MERA INSTAURAÇÃO, CONTRA O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, QUANDO INOCORRENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO – PROIBIDA ADMINISTRATIVA, MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO, “VITA ANTEACTA” E PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA – SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS E IMPRESCINDIBILIDADE, PARA ESSE EFEITO, DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 15, III). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144*. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06.08.2018.

Percebendo as graves consequências dessa liberação, a sociedade se mobilizou e apresentou, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei de Iniciativa Popular nº 518/2009, tornando inelegível o cidadão que tivesse contra si “denúncia recebida por órgão judicial colegiado” ou condenação em única ou última instância transitada em julgado. O Parlamento, porém, mutilou a deliberação popular. Elaborou a Lei Complementar nº 135/2010, estabelecendo que a inelegibilidade se configuraria, não com o recebimento da denúncia, mas após a condenação por órgão judicial colegiado ou com o trânsito em julgado da decisão.

A configuração da inelegibilidade somente após a condenação por órgão judicial colegiado se mostra, porém, incompatível com o princípio da moralidade. Atrita-se, ostensivamente, com a Constituição por afrontar o princípio da exigência de vida pregressa compatível com a representação popular. É que, em se tratando de investidura em mandato eletivo, aqueles dois princípios devem prevalecer sobre o princípio da presunção de inocência. Não se trata, como esclarece a melhor doutrina, de revogação da presunção de não culpabilidade, mas do afastamento de sua incidência para a prevalência de outros princípios que mais atendam à finalidade da inelegibilidade, explicitada na própria Constituição, de “proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato” (art. 14, § 9º)⁷.

Na verdade, ao fixar a presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, a Constituição teve por objetivo básico proteger, não especificamente a elegibilidade do cidadão, mas a sua liberdade contra eventuais ameaças do aparato repressor do Estado responsável pela apuração das infrações penais e aplicação das respectivas sanções. Violações de direitos fundamentais foram frequentes, não na vigência do Estado Democrático de Direito, mas no período ditatorial, que antecedeu a Constituinte de 1988. Em se tratando, porém, de aferição das condições de elegibilidade para investidura no poder político, que detém o monopólio da violência legítima,⁸ é preciso ter em mente que não é o Estado que ameaça o candidato comprovadamente envolvido com a prática de delitos. É este que, de forma ostensiva, ameaça a integridade do patrimônio público ao pretender gerenciá-lo, mesmo exibindo no seu currículo um rosário de crimes que deslustram o seu histórico de vida. Nesse passo, assim como o nosso ordenamento jurídico consagra medidas protetivas de urgência para impedir que um homem, *apenas indiciado por agressão*, se aproxime da mulher ofendida, também autoriza – ao exigir avaliação da vida pregressa do candidato –, a adoção de medida protetiva para impedir a aproximação dos cofres públicos de pessoas denunciadas por corrupção. Somente Estados condenados ao fracasso consentem em entregar o comando de suas finanças e a gestão dos seus negócios a delinquentes, quaisquer que sejam as justificativas para essa aberração. Já no século XVI, Jean Bodin exigia bons exemplos dos governantes para a necessária confiança no governo. De fato, em

7 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

8 Explica Max Weber “o Estado é aquela associação que reivindica para si o monopólio da violência legítima – não há outro modo de defini-lo”. WEBER, Max. *Ética econômica das relações mundiais: ensaios comparados da sociologia da religião*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 375.

1576, como lembra Alberto Ribeiro G. de Barros, chamava aquele consagrado jurisconsulto a atenção para a diferença entre uma República e um bando de ladrões:

‘República é o reto governo de várias famílias, do que lhes é comum, com poder soberano’. O primeiro elemento – reto governo – traz a noção de justiça. O justo governo diferencia para Bodin a República de um bando de ladrões e piratas com os quais não se pode manter relações de comércio nem estabelecer tratados de amizade, já que estes não respeitam os acordos realizados. O eco da tese agostiniana de que sem a presença da justiça todo reino não passa de uma grande pirataria é mais do que evidente.⁹

No século XXI, para impedir que “uns bandos de ladrões” devastem as finanças públicas, a Constituição exige avaliação da vida pregressa de quem pretende investidura no poder político. Cabe, assim, à Justiça Eleitoral dar efetividade a essa exigência da Lei Maior, atuando de forma preventiva para impedir o acesso de cidadãos denunciados nos tribunais pela prática de diversos crimes. A incompatibilidade, entre a denúncia recebida e o exercício do mandato, é atestada pela própria Constituição ao *determinar* o afastamento do Presidente da República após o recebimento da denúncia contra ele pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁰

Se a maior autoridade do País não pode exercer o seu cargo, após o recebimento da denúncia pela Suprema Corte, como admitir-se que pessoas com denúncias recebidas por órgão judicial colegiado possam participar do processo eleitoral e, uma vez eleitas, serem investidas no poder para continuar cometendo novos crimes?

2 O PARLAMENTO NÃO DEVE ABRIGAR INFRATORES DO CÓDIGO PENAL

É ofensiva ao princípio da exigência de vida pregressa compatível com a relevância da representação popular, expressamente consagrado no art. 14, § 9º da Constituição, a garantia de elegibilidade a cidadãos que cometem crimes geradores de inelegibilidade, com denúncia recebida por órgão judicial colegiado. A negativa de vigência desse princípio resulta na transformação do parlamento em abrigo de delinquentes. A Revista Congresso em Foco, em 2013, noticiou em sua primeira página: “Congressistas pendurados no Supremo atingem número recorde”.¹¹

As imagens degradantes de parlamentares, indiciados e denunciados pela prática de crimes contra a Administração, se agredindo, no Plenário da Câmara dos Deputados, na sessão do dia 02 de agosto de 2017, em que negada a autorização para o STF prosseguir na primeira denúncia criminal oferecida pelo Ministério Público contra o Presidente Michel Temer, chocaram a população. Deputados indi-

9 BARROS, Alberto Ribeiro G de. *10 Lições sobre Bodin*. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 43.

10 Art. 86, § 1º, da Constituição: “O Presidente ficará suspenso de suas funções: I – nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

11 “Um Congresso na mira do Supremo – Com 224 integrantes, bancada dos enrolados na Justiça vira a maior do Parlamento. Acusações vão de simples difamação a homicídio, passando pelas tradicionais denúncias de corrupção”. MILITÃO, Eduardo; TORRES, Rodolfo; SARDINHA, Edson. Congressistas pendurados no Supremo atingem número recorde. *Congresso em Foco*, Brasília, DF, ano 2, n. 7, p. 8, ago./set. 2013.

ciados, denunciados e, inclusive, um condenado, este, aliás, na inusitada condição de presidiário, compuseram o “colegiado” competente para negar autorização ao STF para processar e julgar o Presidente da República. A presença mais patética, naquele círculo dos horrores, foi a do Deputado Celso Jacob, cuja absoluta desqualificação para o exercício das funções de legislador e julgador está assim noticiada no site do Supremo Tribunal Federal:

Notícias STF

Terça-feira, 28 de junho de 2016

Mantida condenação do deputado Celso Jacob (PMDB-RJ) por falsificação de documento público e dispensa indevida de licitação. Por unanimidade, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar recurso de apelação na Ação Penal 971, manteve a condenação do deputado federal Celso Jacob (PMDB-RJ) por falsificação de documento público, crime previsto no artigo 297, parágrafo 1º, do Código Penal (CP), e dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei, crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1990 (Lei das Licitações). Na sessão desta terça-feira (28), foi fixada a pena total de 7 anos e 2 meses de prisão, mais pagamento de 30 dias multa no valor de dois salários mínimos da época, com regime inicial de cumprimento semiaberto.¹²

É imperioso destacar que o Supremo Tribunal Federal, considerado por J.J. Gomes Canotilho como um dos Tribunais com mais poderes no mundo que, inclusive, segundo esse jurista, tem participado, em grande escala, da elaboração de outra constituição no Brasil por meio de suas decisões, aplicando o Direito Constitucional, deve assegurar efetividade às normas do sistema jurídico vigente destinadas a impedir a permanência no parlamento de delinquentes por ele condenados.¹³

Por todos os ângulos, em que analisado o fato deprimente, de um presidiário, condenado pela Suprema Corte, exercer a função de legislador, agraciado com verbas de emenda parlamentar, fiscalizando o Executivo e falando em nome do povo, é forçoso reconhecer uma agressão à Constituição. Esta consagra a moralidade, ordena que seja considerada a vida pregressa de quem se propõe a exercer mandato eletivo e exige o afastamento do Presidente da República pelo simples recebimento de denúncia pelo STF. É importante repetir, infinitas vezes, que a Constituição disponibiliza diversos princípios para impedir que o parlamento se transforme em abrigo de delinquentes.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mantida condenação do deputado Celso Jacob (PMDB-RJ) por falsificação de documento público e dispensa indevida de licitação*. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319904&caixaBusca=N>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

13 Segundo J. J. Canotilho, “O tribunal brasileiro é dos tribunais com mais poderes no mundo. *O senhor compara com quais?* Primeiro, é mais poderoso que o dos Estados Unidos. Tem um conjunto de fiscalizações que não existe nos EUA. Depois, articula as dimensões de tribunal de revisão com as funções constitucionais. E daí vai criando o direito constitucional e, ao mesmo tempo, julgando casos. Tenho dito: o Brasil tem uma outra Constituição feita pela jurisprudência sobretudo do STF. Os tribunais constitucionais [de outros países] não têm essas funções, de serem tribunais penais. E por isso é que eu digo que [o STF] é o tribunal com mais força. *E em relação aos da Europa?* É muito mais poderoso, muito mais. Não há nenhum tribunal por lá parecido com o STF. Acumula competências e poderes que a maior parte dos tribunais não tem, pois só são constitucionais. Ou, por outro lado, são só supremos tribunais que não têm as funções que tem o tribunal constitucional”. J. J. CANOTILHO diz que Brasil tem uma outra Constituição feita por jurisprudência do STF. *O Jornal de Todos os Brasis*, [S.l.], 24 nov. 2013. Disponível em: <<https://jornalgn.com.br/noticia/jj-canotilho-diz-que-brasil-tem-uma-outra-constituicao-feita-por-jurisprudencia-do-stf>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

O tempo de duração do processo penal, por outro lado, não pode continuar a ser utilizado em favor daqueles cujos atos delituosos motivaram o recebimento de denúncia no respectivo Tribunal em que são processados. O réu não deve transformar-se em autoridade, simplesmente porque não foi possível a conclusão dos processos, em que vários crimes lhe são imputados. Sem a efetividade daquela exigência constitucional, infratores de todos os quilates são transformados em legisladores, que produzem leis, inclusive, “vendidas” a destinatários abastados, criando dificuldades para apuração de seus ilícitos. A reação à epidemia de corrupção, que se dissemina no País, é uma exigência planetária, como ressalta José Mouraz Lopes:

A expansão extraterritorial dos fenômenos da corrupção e a globalização dos comportamentos corruptos levou à internacionalização do tipo criminal ‘corrupção’, nas suas variadas tipificações, no sentido de se procurar encontrar uma matriz comum que permitisse o funcionamento mínimo dos sistemas formais de controle nos vários países.¹⁴

É fato incontroverso ser o Brasil um dos países com elevadíssimo nível de corrupção. Somos uma nação marcada pela desigualdade, pobreza e pela violência porque não asseguramos, na gestão dos negócios públicos, efetividade aos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, tão enfaticamente ressaltados na Constituição. Nada menos do que cinco dispositivos do texto constitucional exigem observância da moralidade administrativa para obstar a presença de infratores no exercício do poder político: art. 5º, LXXIII, art. 14, § 9º, art. 37, art. 85, V e parágrafo 4º, do art. 37; já o art. 73, § 1º, II, exige “idoneidade moral e reputação ilibada” do cidadão para ser nomeado Ministro do TCU. Se para ingresso no órgão, que atua como auxiliar do Congresso Nacional na fiscalização das contas da União, se exige idoneidade moral, como liberar a exigência desse requisito aos congressistas que exercem o controle externo, fiscalizando a aplicação dos recursos pelo Poder Executivo?

Uma análise crítica, sobre as causas que nos tem levado a esse preocupante estado de pobreza e desigualdade, permite constatar que uma parcela significativa da motivação para a ilicitude reside na tolerância para com aqueles que se utilizam da função pública para satisfação dos seus interesses pessoais. De fato, cometem os agentes políticos crimes descritos no Código Penal e não são julgados, em tempo razoável, mantendo-se sempre elegíveis para praticar novos delitos contra a Administração. No voto, que proferiu nas ADcs nº 29 e 30, o Ministro Fux foi enfático:

Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país. A este tempo em que ora vivemos deve corresponder a leitura da Constituição e, em particular, a exegese da presunção de inocência, ao menos no âmbito eleitoral, seguindo-se o sempre valioso escólio de Konrad Hesse [...] em texto atual:

14 LOPES, José Mouraz. *O Espectro da Corrupção*. Lisboa: Almedina, 2011. p. 40.

[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Em outras palavras, ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição.¹⁵

É patente, à luz da realidade, que a elegibilidade de agentes políticos denunciados pela prática de diferentes crimes contribui para a sedimentação de uma cultura patológica de corrupção, que destrói os valores necessários para consolidação da igualdade, da solidariedade e inviabiliza a prosperidade na República. Constata Maria da Conceição Pequito:

As atitudes políticas constituem ainda orientações e predisposições que não são inatas, sendo antes adquiridas socialmente, já que resultam de processos de socialização política – tanto primários como secundários – através dos quais são transmitidas e adquiridas as normas, os conhecimentos, os sentimentos, os valores e as crenças que predominam num dado sistema político, e através dos quais se forma e estrutura a personalidade política dos indivíduos.¹⁶

Para uma mudança na cultura patrimonialista, consistente na busca do poder para extração de proveito pessoal, duas providências são essenciais. A primeira se resume na efetiva aplicação da lei aos seus infratores, com a celeridade necessária para dissuadi-los de novos assaltos ao dinheiro público. A segunda, consiste na propagação de valores, a partir da infância. Entre esses valores, destacam-se a justiça como virtude, que se resume na máxima: “não faças com o outro aquilo que não desejas que façam contigo”, a solidariedade e o respeito ao dinheiro público. A educação não pode, assim, restringir-se à transmissão de saber, mas deve, igualmente, transmitir valores de uma geração para a outra.

As distorções começam com as doações para campanha eleitoral, que se transformaram em “investimento”, com consequências trágicas para a população. A propósito, noticiou a revista *Época*:

Aquele 1º de setembro de 2014 era mais um dia intenso na maior *compra* já promovida no Brasil, segundo as evidências disponíveis, *de uma eleição* – de centenas de eleições. A JBS dos irmãos Joesley e Wesley Batista, maior empresa do país, viria a gastar, ou *investir*, quase R\$ 600 milhões naquela campanha. R\$ 433 milhões em doações oficiais, R\$ 145 milhões entre pagamentos a empresas indicadas por políticos e dinheiro vivo – tudo isso já com a Lava Jato na rua. [...] Havia uma relação de troca entre o dinheiro que saía da empresa e o que o político fazia por ela – mesmo que essa troca, em alguns momentos, não fosse verbalizada, por tão corriqueira e natural num quadro de corrupção sistêmica. Havia, em muitos casos, uma relação de troca *criminoso*, que se tipifica como corrupção.¹⁷

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 29*. Relator: Min. Luiz Fux, julgada em 16.02.2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 30*. Relator: Min. Luiz Fux, julgada em 16.02.2012.

16 PEQUITO, Maria da Conceição. *O Povo Semi-soberano, Partidos e Recrutamento Parlamentar em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 409.

17 REVISTA ÉPOCA. Rio de Janeiro: Ed. Globo, 31 jul. 2017. p. 30.

3 FINANCIAMENTO DE CAMPANHA

A Lei nº 13.487/2017 criou o Fundo Especial de Financiamento de Campanha no valor de aproximadamente um bilhão e setecentos milhões de reais para custeio das eleições de 2018.

Muitos indagam: qual o tipo de financiamento de campanha ideal para o Brasil? A resposta é simples e de fácil constatação. Com a participação no processo eleitoral de pessoas indiciadas, denunciadas por diversos crimes ou condenadas, na primeira instância, nenhum tipo de financiamento será capaz de conter os impulsos para a captação ilícita de sufrágio, para a prática do abuso do poder político, arrecadação ilegal, gastos irregulares e abuso do poder econômico. É, por isso, justificado o repúdio dos contribuintes à retirada de dinheiro do orçamento para financiar partidos e candidatos, sabendo-se, de antemão, da participação no processo de pessoas cujo cartão de apresentação é o volume de denúncias no STF.

Quem está envolvido com a prática de crime, seja um integrante da elite política, seja o cidadão com atuação criminal restrita ao seu bairro, não reluta em utilizar-se de todos os mecanismos ilegais para conquistar o mandato. Compra de voto no atacado, por meio de “contratação de lideranças” ou, no varejo, com emprego de dinheiro ou bens doados aos eleitores, todos os expedientes são utilizados para a conquista do mandato.

Não foi o financiamento privado de empresas que fez o nível de corrupção explodir no Brasil. Foi a histórica certeza da impunidade, que prevaleceu na sociedade, até o desencadeamento da Operação Lava Jato, no início do século XXI.

É significativo registrar que a corrupção está fazendo os brasileiros perderem a crença na democracia. A permanente elegibilidade de agentes, que se notabilizam pelo excessivo volume de denúncias criminais recebidas contra eles nos tribunais, está na raiz desse descrédito. Cabe, assim, aos aplicadores do Direito Eleitoral um papel fundamental, nesse grande desafio, para aprimoramento da classe política por meio das ações preventivas autorizadas na Constituição. Essa prevenção consiste em impedir a participação, no processo eleitoral, de pessoas cujo histórico de vida é marcado pela prática de sucessivos delitos, e pela persistente falta de julgamento dos respectivos processos em que figuram como réus.

A propósito, o legislador brasileiro percebeu que o réu não pode beneficiar-se com a duração excessiva da relação processual, em que é flagrante a ausência do seu direito. A não conclusão célere dos processos é, muitas vezes, consequência da necessidade da garantia de observância dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Não pode, porém, a excessiva demora proteger o réu, que tem contra si prova documental incontroversa, ou que atua com flagrante abuso de direito. Por isso, o Novo Código de Processo Civil introduziu, na nossa ordem jurídica, a tutela de evidência, assim disciplinada no seu art. 311:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

- I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
 - II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmen- te e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
 - III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
 - IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
- Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir limi- narmente.¹⁸

Sabedor o legislador do ganho excessivo do réu com a duração do processo, buscou neutralizar essa condição privilegiada, assegurando ao autor da ação o direito de exigir o deferimento de tutela de evidência, nos casos enumerados na lei. No âmbito do Direito Eleitoral, o fato de uma pessoa ter contra si várias denúncias, recebidas por um órgão judicial colegiado pela prática de diversos crimes contra o patrimônio público, independentemente do tempo de tramitação do processo, em face da exigência do exame da vida pregressa, no Brasil, como em qualquer país civilizado, deveria ser motivo suficiente para que fosse ela impedida de participar do certame eleitoral para escolha dos governantes. O volume de denúncias jamais pode transparecer requisito de elegibilidade, inclusive, por deixar no eleitor sem instrução a percepção de uma suposta supremacia do candidato infrator ao visualizar neste uma “superioridade”, em relação aos demais cidadãos, que o coloca fora do alcance da sanção.

A corrupção é crime de matriz continental com previsão na Convenção das Nações Unidas, de 31 de outubro de 2003, cujo art. 15º dispõe:

Art. 15º Cada Estado parte deverá adotar as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para *classificar como infrações penais*, quando praticadas intencionalmente: a) a promessa, a oferta ou a entrega, direta ou indireta, de vantagens indevidas feitas a um agente público, para ele ou para outra ou entidade, a fim de que tal agente pratique ou se abstenha de praticar um ato no exercício de suas funções; b) ao pedido ou recebimento, direto ou indireto, por parte de um agente público de vantagens indevidas, para ele ou para outra pessoa ou entidade, a fim de que tal agente pratique ou se abstenha de praticar um ato no exercício de suas funções.¹⁹

Por sua vez, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152/2002, promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, também confirma, a obrigação assu- mida pelo Brasil, enquanto País signatário, de enfrentar a corrupção com adoção de *medidas preventivas* contra a ação perdulária daqueles que atuam em nome do

18 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

19 CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. [Nova Iorque], 31 out. 2003.

Estado.²⁰ Entre essas ações preventivas, seguramente, a efetividade da exigência constitucional de avaliação da vida pregressa de quem se propõe a gerir os recursos públicos afigura-se de grande utilidade.

Sob todos os ângulos, não foi feliz o Acórdão que julgou a ADPF nº 144/2009, ao invocar as Declarações de Direito para fundamentar a exigência de trânsito em julgado da condenação penal para a configuração da inelegibilidade. Na verdade, a única alusão à necessidade de decisão definitiva, nessas Declarações, encontra-se na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica, em 1969, que exige coisa julgada apenas nos casos da aplicação da pena de morte, a ser observada pelos países signatários, que ainda adotam essa forma de sanção.²¹

Mais precisa e mais efetiva, a Constituição do Uruguai substituiu a expressão vida pregressa por “bom comportamento”, para fins de reconhecimento da elegibilidade. Lê-se no seu art. 80:

La ciudadanía se suspende: 2º) Por la condición de legalmente procesado en causa criminal de que pueda resultar pena penitenciaria [...] 5). Por el ejercicio habitual de actividades moralmente deshonrosas, que determinará la ley sancionada de acuerdo con el numeral 7º del artículo 77. [...] 7º). Por la falta superveniente de *buena conducta* exigida en el artículo 75.²²

Naquele País, a pessoa processada em ação criminal que possa resultar na perda da liberdade, portanto, quem não exhibe boa conduta, não tem vida pregressa compatível com o mandato eletivo.

20 Lê-se no Artigo III, da referida Convenção contra a corrupção: Medidas preventivas. Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer:

1. Normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas. Estas normas deverão ter por finalidade prevenir conflitos de interesses, assegurar a guarda e uso adequado dos recursos confiados aos funcionários públicos no desempenho de suas funções e estabelecer medidas e sistemas para exigir dos funcionários públicos que informem as autoridades competentes dos atos de corrupção nas funções públicas de que tenham conhecimento. Tais medidas ajudarão a preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública.
2. Mecanismos para tornar efetivo o cumprimento dessas normas de conduta.
3. Instruções ao pessoal dos órgãos públicos a fim de garantir o adequado entendimento de suas responsabilidades e das normas éticas que regem as suas atividades. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. [Nova Iorque], 31 out. 2003.

21 Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 8. Garantias judiciais. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência *enquanto não se comprove legalmente sua culpa*. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juízo ou tribunal superior.

No artigo 4, 2 dessa Convenção, a menção expressa à exigência de sentença final: 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de *sentença final* de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. San José, 22 nov. 1969.

22 URUGUAI. *Constitución de la República*. Constitución 1967 com las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004. [Montevideo], 1967.

Após a permanente inclusão do Brasil, na relação dos países mais corruptos do mundo, com base em diferentes critérios de avaliação; depois de o próprio Presidente do TSE, Ministro Gilmar Mendes, em 2017,²³ reportar-se à existência de uma cleptocracia na nossa República e a Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, propor a criação de uma Ação de Cidadania contra a Corrupção²⁴ é imperioso reconhecer a necessidade de uma reformulação em alguns dos entendimentos sufragados na jurisprudência dos nossos tribunais.

Por exemplo, a Súmula nº 13, do TSE proíbe a avaliação da vida pregressa de quem pretende disputar mandato eletivo, fragilizando a exigência constitucional de seu exame com a finalidade, expressamente destacada na Constituição, de proteger a probidade administrativa e a moralidade durante o exercício do mandato. Lembra Kelsen: a fórmula “quem quer o fim tem de querer o meio” é a resposta à pergunta “que tenho de fazer para realizar um determinado fim?”²⁵ Se a Constituição exige o exame da vida pregressa a fim de proteger a probidade administrativa, no exercício do mandato, autoriza, ipso facto, a exclusão de participação no processo eleitoral de pessoa com denúncia recebida em órgão judicial colegiado. Essa conclusão é irrefutável. Afinal, permitir-se a investidura na representação popular de delinquentes, com várias denúncias recebidas nos tribunais, é atentar contra a finalidade do exame da vida pregressa de proteção da probidade administrativa, expressamente enfatizada na Lei Maior.

É forçoso reconhecer, noutra enfoque, o paradoxo, no Brasil, entre a proteção dos bens públicos e aquela dispensada aos bens particulares. Nenhum empresário ou cidadão humilde tem coragem de colocar como vigia de sua casa uma pessoa indiciada pela prática de assalto à mão armada. O zelo pela defesa do seu patrimônio os leva a avaliar a vida pregressa daquela pessoa para evitar danos ao seu respectivo patrimônio. Entretanto, em se tratando de proteção ao dinheiro público, mesmo exigindo a Constituição o exame da vida pregressa com a finalidade, expressamente declarada, de “proteger a probidade administrativa”, consente-se que um cidadão com 200 condenações em primeira instância, dezenas de denúncias por crime contra a Administração Pública, tráfico de entorpecentes, contra o patrimônio público etc, seja registrado como candidato e, se eleito, seja investido no mandato sob o fundamento de não existir contra ele “condenação por órgão judicial colegiado”. A realidade pontilhada de escândalos e desperdício de dinheiro público exige retificação na interpretação dos princípios que regulam as inelegibilidades para a preservação da credibilidade nas instituições. A simples possibilidade de uma condenação penal de primeira instância não ser ratificada pelo tribunal, competente para apreciação do respectivo recurso, ou de uma denúncia recebida por órgão

23 GILMAR Mendes acusa PT de cleptocracia. *Estadão*, São Paulo, 18 set. 2015. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/gilmar-mendes-acusa-pt-de-cleptocracia/>>. Acesso em: 9 out. 2016.

24 O jornal Diário do Nordeste, edição de 16 de agosto de 2017, noticiou: “A Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministra Cármen Lúcia, propôs, ontem, que a sociedade se inspire na iniciativa de mobilização contra a fome proposta nos anos 1990 pelo militante Hebert de Souza, o Betinho, e promova uma ‘Ação de Cidadania contra a Corrupção’. [...] Tratando a corrupção como algo que corrói as instituições, deteriora a política e descontrola a economia, além de fator de destruição institucional [...] a honestidade seria um dever de todos nós ... É preciso plantar e colher um Brasil ético e solidário”. CÁRMEN propõe ‘ação da cidadania contra a corrupção’. *Diário do Nordeste*, [Fortaleza], 16 ago. 2017. p. 10.

25 KELSEN, Hans. *Teoria das Normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 13.

judicial colegiado não resultar em condenação, não pode servir de fundamento para garantir elegibilidade a delinquentes com ostensiva opção pela prática de delitos e com exuberante prova da autoria e materialidade dos seus crimes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: PRESIDÁRIO NO COMANDO DO PARLAMENTO

Chamou a atenção, nas eleições de 2016, a notícia de que, em Catolé do Rocha, na Paraíba, um cidadão suspeito de pistolagem e tráfico de drogas votou algemado e foi eleito vereador.²⁶ Essa situação, em que o exercício da soberania popular prestigia o violador da lei penal, foi analisada por Stuart Mill:

Um povo deve ser considerado desqualificado para uma liberdade que não seja limitada e qualificada se ele não cooperar ativamente com a lei e com as autoridades públicas na repressão de malfeteiros. Um povo que está mais disposto a proteger um criminoso do que puni-lo; que, como os Hindus, juram falso testemunho para proteger um homem que os roubou, ao invés de assumir o problema ou vingar-se apresentando provas contra ele [...] um povo que se revolta com uma execução, mas não fica chocado com um assassinato – requer que as autoridades públicas estejam armadas com poderes muito mais severos de repressão do que em qualquer outro lugar, uma vez que os requisitos indispensáveis da vida civilizada não têm mais como base. Estes deploráveis estados de sentimentos, em qualquer povo que tenha saído da vida selvagem são, sem dúvida, consequência de um governo anterior ruim, que os ensinou a respeitar a lei como se ela fosse feita para outros fins que não sejam para o seu bem e seus administradores são inimigos piores do que aqueles que abertamente violam a lei.²⁷

A liberação, para registro da candidatura, diplomação e investidura no mandato político, de uma pessoa envolvida com a prática de diversos crimes, condenada por latrocínio, na primeira instância, cujos “direitos políticos” não podem ser cerceados, contrasta com a vedação a candidatos que, mesmo sem cometerem crime algum, têm o seu registro indeferido pela Justiça Eleitoral por haverem apresentado a prestação de contas de sua candidatura anterior fora do prazo.²⁸

A propósito, a mídia provocou espanto nas democracias civilizadas, ao noticiar: “Durante o dia, Jaiser Renier é presidente da Assembleia Legislativa de Roraima. À noite, ele é presidiário, condenado a 6 anos e 8 meses por desvio de dinheiro público”.²⁹

26 Bira Rocha (PPS), suspeito de pistolagem e tráfico foi eleito vereador com 948 votos. “Curiosamente, ele se encontra preso preventivamente e, para ser diplomado, vai precisar ser novamente escoltado pela polícia”. SOUTO MAIOR, Suetoni. Suspeito de pistolagem e tráfico vota algemado e é eleito em Catolé do Rocha. *Jornal da Paraíba*, [João Pessoa], 3 out. 2016. Disponível em: <<http://blogs.jornaldaparaiba.com.br/suetoni/2016/10/03/suspeito-de-pistolagem-e-trafico-vota-algemado-e-e-eleito-em-catole-do-rocha/>>. Acesso em: 6 out. 2016.

27 Conclui Stuart Mill: “As instituições representativas são de pouco valor e podem ser um simples instrumento de tirania e intriga, quando a maioria dos eleitores não estão suficientemente interessados em seu próprio governo para dar seu voto [...] mas vendem seu voto por dinheiro, ou votam obedecendo alguém que os controla ou em quem eles desejam favorecer por razões particulares. A prática de eleição popular, ao invés de proporcionar segurança contra um mal governo é uma força motriz adicional na máquina política”. MILL, Stuart. *O Governo Representativo*. São Paulo: Escala, 2006. p. 19-20.

28 CEARÁ. Tribunal Regional Eleitoral. Processo nº 000083-38.2016.6.06.012. *Mural Eletrônico*, Fortaleza, 6 set. 2016.

29 PRESIDENTE da Assembleia Legislativa de Roraima passa noites na cadeia. *Fantástico*, Rio de Janeiro, 13 nov. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/11/presidente-da-asmbleia-legislativa-de-roraima-passa-noites-na>>

Para evitar essa situação de profundo constrangimento na nação, é necessário que a Suprema Corte reveja sua posição, efetivando uma inadiável mutação constitucional para adequar a interpretação da Constituição à exigência social de moralidade na representação popular. No RE nº 179.502-6/SP, o Ministro Moreira Alves explicou a posição da Corte para justificar a preservação do mandato de parlamentares infratores com condenação transitada em julgado:

Assim sendo, tem-se que, por esse critério de especificidade sem retirar a eficácia de qualquer das normas em choque – o que só se faz em último caso, pelo princípio dominante no direito moderno, de que se deve dar a máxima eficácia possível às normas constitucionais –, o problema se resolve excepcionando-se da abrangência da generalidade do art. 15, III, os parlamentares referidos no art. 55, para os quais, enquanto no exercício do mandato, a condenação criminal por si só, e ainda quando transitada em julgado, não implica a suspensão dos direitos políticos, só ocorrendo tal se a perda do mandato vier a ser decretada pela Casa a que ele pertencer.³⁰

No mesmo sentido, o voto do Min. Nelson Jobim no RE nº 225.019/GO:

[...] a perda do mandato por condenação criminal, não é automática: depende de um juízo político do plenário da casa parlamentar. A Constituição outorga ao Parlamento a possibilidade de emissão de um juízo político de conveniência sobre a perda do mandato. Desta forma, a rigor, a condenação criminal, transitada em julgado, não causará a suspensão dos direitos políticos, tudo porque a perda do mandato depende de uma decisão da Casa parlamentar respectiva e não da condenação criminal. [Decisão de 8 de agosto de 1999].³¹

A quantidade excessiva de parlamentares indiciados e denunciados pela prática de crime impede, porém, que seja o condenado afastado do cargo. A nação estarecida constata, então, que após vários anos de tramitação dos processos, enfim, quando são julgados e condenados, transitando em julgado a condenação, o cidadão continua legislando como se preenchesse os requisitos legais para o exercício dessa função. O mandato é sempre preservado por força do corporativismo dominante nas casas legislativas. A presença desses infratores, por outro lado, legislando em nome do povo, choca a sociedade e exige um ajuste na interpretação da Constituição para atender à exigência de probidade administrativa consagrada nos seus diversos dispositivos (art. 5º, LXXIII, art. 14, § 9º, art. 37, § 4º e art. 85, V). É necessário, portanto, modificar o entendimento diante de mutações sociais que estão a exigir um combate preventivo e eficaz contra a corrupção, como explicitado na doutrina acolhida pelo Ministro Luiz Fux, no voto que proferiu no julgamento da ADC 29³²/30³³/ADI 4878³⁴:

cadeia.html>. Acesso em: 13 nov. 2016.

30 Trecho do voto do Min. Moreira Alves. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 179.502-6*. Relator: Min. Moreira Alves, julgado em 31.05.1995.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 162*. Brasília, DF, 1999.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29*. Relator: Min. Luiz Fux, julgada em 16.02.2012.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30*. Relator: Min. Luiz Fux, julgada em 16.02.2012.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4878*. Relator: Min. Gilmar Mendes, conclusa ao relator em 16.07.2018.

De acordo com as lições de Patrícia Perrone Campos Mello (Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233 e seguintes), o abandono de precedentes jurisprudenciais nos sistemas de common law se dá, basicamente, em virtude de incongruência sistêmica ou social. Nesta última hipótese, a possibilidade de overruling pode advir de obsolescência decorrente de mudanças sociais. In verbis:

[...] *A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos.* Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum.

Este será surpreendido sempre que não houver uma convergência plausível entre determinada solução e aquilo que seu bom senso e seus padrões morais indicam como justo, correto, ou, ao menos, aceitável, à luz de determinados argumentos, porque são tais elementos que ele utiliza, de boa-fé, na decisão sobre suas condutas. Para o leigo, a certeza e a previsibilidade do direito dependem de uma correspondência razoável entre as normas jurídicas e as normas da vida real. Em virtude disso, embora para os operadores do Direito, justiça e segurança jurídica possam constituir valores em tensão, para os jurisdicionados em geral, devem ser minimamente convergentes.

A mesma lógica é aplicável à ordem jurídica brasileira e, com ainda maior razão, ao presente caso. Permissa vênia, impõe-se considerar que o acórdão prolatado no julgamento da ADPF 144 reproduziu jurisprudência que, se adequada aos albos da redemocratização, tornou-se um excesso nesse momento histórico de instituições politicamente amadurecidas, notadamente no âmbito eleitoral.

Conforme o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), não havendo reincidência, as condenações entre quatro e oito anos devem ser cumpridas no regime semiaberto. O condenado, nesse caso, tem o direito de trabalhar e fazer cursos, durante o dia, fora da prisão, devendo retornar à penitenciária durante a noite. O detento pode, ainda, reduzir o tempo da pena pelo trabalho; cada três dias de trabalho reduz um dia de pena.

Obviamente, o direito do condenado no regime semiaberto de trabalhar durante o dia não pode afrontar a Constituição, que exige vida pregressa compatível com a representação popular. Um representante do povo exerce uma função relevantíssima na sociedade. Enquanto autoridade, no exercício do cargo, é distinguido e colocado num patamar institucional de superioridade em relação aos demais administrados obrigados a cumprir as deliberações das quais participa. Tem prerrogativas, por exemplo, imunidade parlamentar não assegurada aos demais cidadãos. Por isso, ser incompatível com a condição de condenado, no regime semiaberto, o exercício de função eletiva. Quem representa o povo não pode ser delinquente. Isso é uma exigência moral de todas as épocas, nas nações em que a civilização suplantou a barbárie.

O art. 92 do Código Penal, por sua vez, exige a perda do mandato do condenado por crime contra a Administração Pública.³⁵ Na verdade, nenhuma democracia pode ter vida longa, sendo os seus cargos eletivos ocupados por infratores da lei. É que onde a delinquência é agraciada com a elegibilidade, o próprio mandato torna-se, quase sempre, fruto de ilicitudes praticadas pelos eleitos, com renovada motivação para a criminalidade, estimulados pela certeza da impunidade.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alberto Ribeiro G de. *10 Lições sobre Bodin*. Petrópolis: Vozes, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29*. Relator: Min. Luiz Fux, julgada em 16.02.2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30*. Relator: Min. Luiz Fux, julgada em 16.02.2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4878*. Relator: Min. Gilmar Mendes, concluída ao relator em 16.07.2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144*. Relator: Min. Celso de Mello, julgada em 06.08.2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 162*. Brasília, DF, 1999.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Mantida condenação do deputado Celso Jacob (PMDB-RJ) por falsificação de documento público e dispensa indevida de licitação*. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319904&caixaBusca=N>>. Acesso em: 7 ago. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 179.502-6*. Relator: Min. Moreira Alves, julgado em 31.05.1995.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Pequena nótula de apresentação. In: LOPES, José Mouraz. *O Espectro da Corrupção*. Lisboa: Almedina, 2011.

³⁵ Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

CÁRMEN propõe 'ação da cidadania contra a corrupção'. *Diário do Nordeste*, [Fortaleza], 16 ago. 2017.

CARVALHO, Luiz Maklouf. 'Nós criamos uma delinquência generalizada no país'. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 12 out. 2016.

CEARÁ. Tribunal Regional Eleitoral. Processo nº 000083-38.2016.6.06.012. *Mural Eletrônico*, Fortaleza, 6 set. 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. San José, 22 nov. 1969.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. [Nova Iorque], 31 out. 2003.

GILMAR Mendes acusa PT de cleptocracia. *Estadão*, São Paulo, 18 set. 2015. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/gilmar-mendes-acusa-pt-de-cleptocracia/>>. Acesso em: 9 out. 2016.

J. J. CANOTILHO diz que Brasil tem uma outra Constituição feita por jurisprudência do STF. *O Jornal de Todos os Brasis*, [S.l.], 24 nov. 2013. Disponível em: <<https://jornalggm.com.br/noticia/jj-canotilho-diz-que-brasil-tem-uma-outra-constituicao-feita-por-jurisprudencia-do-stf>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria das Normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

LOPES, José Mouraz. *O Espectro da Corrupção*. Lisboa: Almedina, 2011.

MILITÃO, Eduardo; TORRES, Rodolfo; SARDINHA, Edson. Congressistas penurados no Supremo atingem número recorde. *Congresso em Foco*, Brasília, DF, ano 2, n. 7, p. 8, ago./set. 2013.

MILL, Stuart. *O Governo Representativo*. São Paulo: Escala, 2006.

PEQUITO, Maria da Conceição. *O Povo Semi-soberano, Partidos e Recrutamento Parlamentar em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2009.

PRESIDENTE da Assembleia Legislativa de Roraima passa noites na cadeia. *Fantástico*, Rio de Janeiro, 13 nov. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/11/presidente-da-assembleia-legislativa-de-roraima-passa-noites-na-cadeia.html>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

REVISTA ÉPOCA. Rio de Janeiro: Ed. Globo, 31 jul. 2017.

SOUTO MAIOR, Suetoni. Suspeito de pistolagem e tráfico vota algemado e é eleito em Catolé do Rocha. *Jornal da Paraíba*, [João Pessoa], 3 out. 2016. Disponível em: <<http://blogs.jornaldaparaiba.com.br/suetoni/2016/10/03/suspeito-de-pistola>>.

gem-e-trafico-vota-algemado-e-e-eleito-em-catole-do-rocha/>. Acesso em: 6 out. 2016.

URUGUAI. *Constitución de la República*. Constitución 1967 com las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004. [Montevideú], 1967.

WEBER, Max. *Ética econômica das relações mundiais: ensaios comparados da sociologia da religião*. Petrópolis: Vozes, 2016.

**EL DERECHO A LA CIUDAD COMO DERECHO
FUNDAMENTAL: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA PARA EL CASO
COLOMBIANO ***

**O DIREITO DA CIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL:
FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA PARA O CASO COLOMBIANO**

**THE RIGHT TO THE CITY AS FUNDAMENTAL RIGHTS:
THEORETICAL FOUNDATION FOR THE COLOMBIAN CASE**

John Fernando Restrepo **

Juan Esteban Aguilar ***

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto mostrar las condiciones jurídicas que dan lugar a la declaratoria del derecho a la ciudad como *Derecho fundamental*. Si bien es cierto que la legislación mexicana y brasileña ha dado avances significativos, el caso colombiano ha mostrado un rezago considerable y constitucionalmente injustificado. Simultáneo a la fundamentación normativa será necesario explicar su origen, sus características y las condiciones sociopolíticas que están en juego alrededor de los presupuestos sociales de la vida urbana.

Palabras clave: Derecho a la ciudad. Derecho fundamental. Sociedad. Participación. Cultura.

RESUMO

O artigo tem por objeto mostrar as condições jurídicas que dão lugar à afirmação do direito da cidade como *Direito fundamental*. Se bem que a legislação mexicana e a brasileira têm tido avanços significativos, o caso colombiano tem mostrado uma rejeição considerável e constitucionalmente injustificada. Simultaneamente à fundamentação normativa será necessário explicar sua origem, suas características e as condições sociopolíticas que estão em jogo ao redor dos pressupostos sociais da vida urbana.

Palavras chave: Direito da cidade Direito fundamental. Sociedade. Participação. Cultura.

* Este artículo es resultado del trabajo académico que se adelanta en la Línea de *Estado, Democracia y Constitución* del Grupo de Investigación en Conflicto y Paz de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín.

** Abogado (Universidad de Antioquia). Politólogo (Universidad Nacional). Magister en Filosofía (Universidad de Antioquia). Doctor en Derecho (Universidad de Medellín). Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín. jfrestrepo@udem.edu.co

*** Abogado (Universidad de Medellín), Catedrático y estudiante de la Especialización en Estudios Políticos y Constitucionales de la Universidad de Medellín. juaguilar@udem.edu.co

ABSTRACT

This article aims to show the legal conditions that allow to state the Right to the City as a fundamental right. It is well known that the Mexican and Brazilian legal systems have made significant progress, the Colombian case has shown a considerable lag, but constitutionally, unjustified. Simultaneous to the regulatory rationale, it becomes necessary to know the origin, characteristics and social political conditions that are at stake around the social budgets of urban life.

Keywords: Right to the City. Fundamental right. Society. Culture.

1 INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por objeto retomar la definición de “derecho a la ciudad” dada por el sociólogo y filósofo francés Henry Lefebvre⁴ en 1968, a través de un texto titulado *Derecho a la ciudad*. Este interés surge porque entiende que pasadas cinco décadas, las rutas analíticas propuestas a través de la explicación sobre lo urbano, el urbanismo, las formas urbanas y la ideologización urbanística han cobrado cada vez más vigencia en la lectura política que se haga del sistema de producción, de las relaciones sociales y de la redefinición de ciudad como un espacio facilitador de encuentros, demandas, reivindicaciones y exigencias de una ciudadanía que se toma en serio la soberanía popular y que quiere hacer explícito su sentir de denuncia y de rechazo a múltiples políticas públicas que acarrearán condiciones de exclusión y de inequidad.

Es precisamente en ese escenario de democracia, de pluralismo y de construcción de sociedad civil donde la ciudad se reinventa y se redefine. Es ahí donde resulta imperioso volver a las fuentes y se hace posible abrir de nuevo el texto de Lefebvre y encontrar que supera la barrera del tiempo con la cual se hace añicos cualquier ideología de turno para convertirse en un horizonte de pensamiento y de reflexión.

Este artículo pretende mostrar, además, el complemento que se le ha dado a la ciudad como derecho en concesiones normativas determinantes de Brasil⁵ y de México⁶, para luego analizar si debe ser considerado un derecho fundamental de conformidad con las condiciones básicas que a juicio de la jurisprudencia y de

4 Filósofo y sociólogo francés, (1901-1991). Destacado pensador social de influencia marxista que direccionó su análisis a las formas de exclusión, en el acceso a la ciudad, generadas por el sistema de producción capitalista.

5 El 10 de julio de 2001 se promulgó en Brasil un nuevo marco regulador nacional para la política urbana: la Ley 10.257, denominada “Estatuto de la Ciudad”, reglamentando el capítulo de política urbana que había sido introducido en la Constitución de 1988. El Estatuto de la Ciudad brinda soporte jurídico, instrumental y conceptual a los gobiernos municipales abocados al enfrentamiento de las graves cuestiones urbanas, sociales, ambientales que afectan la vida del 82% de brasileños que viven en las ciudades. En Brasil, de acuerdo con la Constitución, le cabe a los Municipios la responsabilidad por la planificación e implementación de la política urbana. INSTITUTO POLIS. *El estatuto de la ciudad: nuevas herramientas para garantizar el derecho a la ciudad en Brasil*. 2002. p. 11.

6 La Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad, (2010). Sienta un precedente decisivo para entender el derecho a la ciudad como derecho fundamental en tanto concesión normativa de naturaleza convencional a través de la cual se desarrolla y se concibe el Bloque de constitucionalidad. CARTA de la Ciudad de México por el derecho a la ciudad. México, 2010.

la doctrina han sostenido la estructura dogmática de los derechos fundamentales.

Objeto que resulta de vital importancia para poder entender todas las transiciones sociales y políticas que han dado lugar a comprender la ciudad como escenario de encuentro, de socialización de denuncias sociales y espacio físico y simbólico de expresión de todas las variables políticas y económicas de lugares agrícolas y rurales que han migrado hacia la ciudad en busca de oportunidades laborales o de dejar atrás factores sociales vinculados a todas las expresiones de violencia que hay en Colombia.

Colombia es un país de casi cincuenta millones de habitantes⁷. Su economía es agrícola, representada en la fuerte dependencia que se tiene de renglones de producción y empleo, adscritos a la producción de café, arroz, maíz, banano, caña de azúcar y flores. Sin embargo en las tres ciudades más grandes: Bogotá, Medellín y Cali, con sus respectivas áreas metropolitanas, la población alcanza casi con 40% del total del País. Esto pone en evidencia un notable espectro de centralización de poder político y económico que marca unos horizontes de análisis necesarios para entender relaciones de poder entre centro y periferia; entre local y urbano y a partir de esas tensiones se posibilitan análisis directos con el acceso a un buen sistema educativo; el acceso a la salud; la prestación efectiva de servicios públicos domiciliarios; representación política y debida interacción entre comunidad, gobierno local y gobierno central.

Esta noción de derecho a la ciudad como categoría de derecho fundamental resulta necesaria en escenarios normativos tan decisivos para asegurar la exigibilidad institucional de una pretensión. La concesión del acceso a la ciudad como derecho fundamental representa una oportunidad de dinamización de estrategias y actuaciones que en el ejercicio de la democracia permiten movilizar a los asociados y colectivos sociales que reclaman mejores condiciones formales y materiales. Y que de paso, abre la puerta, a manera de proyección institucional para que las concesiones que se dan en unas ciudades, pueda dinamizar o mejorar el límite de acción y representación de ciudades periféricas donde la exigencia por los derechos, puede resultar más compleja pero es más necesaria, equitativa y vital

Poner sobre la mesa la pertinencia de declarar el derecho a la ciudad como derecho fundamental es de vital importancia en el *actual momento de posacuerdo que vive Colombia*⁸, el de *Transición*⁹. Pues solo ahora que se acallan los fusiles empezamos a advertir que hemos reducido la discusión de la agenda pública a

7 La entidad oficial de Colombia que se ocupa de definir el total de la población es el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), entidad que ofrece un registro para el mes de julio del año 2018 correspondiente a una población de 49.939.934 habitantes.

8 Como consecuencia del proceso de negociación entre el Gobierno de Colombia y las Farc adelantado entre los años 2012 y 2016, se ha logrado instalar una transición hacia la vida política y la institucionalización de los rebeldes. El ordenamiento jurídico que pone fin a la confrontación armada ha significado la imperiosa necesidad de replantear el funcionamiento de las instituciones públicas, sus normas y su direccionamiento económico. Al respecto se recomienda: RESTREPO, J. F. Las condiciones de la guerra y el precio de la paz. *Pensamiento y poder*, v. 2, n. 2, p. 101-114, jul./dic. 2014.

9 En el contexto del conflicto armado colombiano, el posconflicto supone el cese del conflicto armado con las FARC-EP, que implica la reconciliación, cesación de combates y garantía de no repetición. Esto supone una nueva etapa que consiste en el esclarecimiento de los hechos ocurridos por razón de la guerra, la reinserción de los excombatientes y el comienzo de una nueva etapa donde se pueden tratar asuntos para los que antes no había agenda debido a la guerra. BERNAL, J. et al. *Reflexiones jurídicas sobre el proceso de paz*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

seguridad, guerra y narcotráfico. Y que precisamente en ese contexto de transición la pregunta por la relación tierra-desarrollo y por la transición de lo rural a lo urbano abre y dispone de una agenda no solo de carácter económico sino social, normativo, ambiental y cultural en el que la reflexión académica debe recordar definiciones básicas y reflexiones sobre la ciudad como escenario de representación social y como derecho fundamental.

2 QUÉ ES EL DERECHO A LA CIUDAD

Para hablar del concepto de *Derecho a la ciudad*¹⁰, es inevitable remitirse al libro homónimo de Henri Lefebvre que planteó dicho concepto a fines de los años sesenta, y en el que el autor criticaba el urbanismo funcionalista de la época, basado en las teorías de *Le Corbusier*. Este derecho y sus reivindicaciones conexas cada vez toman más relevancia debido al ascenso de reconocimiento de los *derechos individuales*¹¹ los cuales están en estrecha conexión con la reivindicación de preceptos normativos, sociales y políticos que aseguren los espacios físicos sobre los cuales la expresión, la dignidad, la supervivencia, la autodeterminación, la cultura y el libre desarrollo de la personalidad tengan lugar y cabida.

El derecho a la ciudad es entonces la concesión normativa que exige asegurarle a todos los asociados el espacio físico y material sobre tiene ejecución todo el conjunto de todas las políticas públicas urbanas en temas decisivos como energía, espacio público, seguridad, saneamiento, movilidad, vivienda, género, derechos humanos y participación ciudadana. (ONU-Hábitat¹²)

La *Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad*¹³ describe el derecho a la ciudad como

El usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado. El derecho a la ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos

10 A partir de Lefebvre, desde diferentes ámbitos, como el académico, el de los organismos internacionales y el asociativo, en años recientes han crecido la visibilidad y el interés por esta noción, a pesar de que dicho autor haya formulado su teoría hace ya 50 años. UGALDE, V. Derecho a la ciudad, derechos en la ciudad. *Estudios Demográficos y Urbanos*, v. 30, n. 3, p. 567-595, 2015.

11 La teoría política ha dividido la estructura y la naturaleza de los derechos en dos grandes grupos. Unos de naturaleza individual, reivindicada por los liberales-burgueses. Son derechos negativos o de no intromisión. Y la existencia de otro tipo de derechos, de naturaleza colectiva o positiva. Son derechos que exigen para su perfeccionamiento una decidida intervención estatal. BOBBIO, N. *Liberalismo y democracia*. México: FCE, 2010.

12 ONU HÁBITAT se crea en 2002 por la *Declaración de Estambul*, recibiendo el legado de la Comisión de Naciones Unidas sobre *Asentamientos humanos*, creada en 1977 por la *Declaración de Vancouver*. Se encuentra actualmente en su plan estratégico 2014-2019 que tiene como pilares: legislación, suelo y gobernanza urbana, planificación y diseño urbano, economía urbana, servicios urbanos básicos, vivienda y mejora de tugurios, reducción de riesgos y rehabilitación, e investigación y desarrollo de capacidades.

13 CARTA Mundial por el derecho a la ciudad. [S.l.], 2003.

integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos.

Para Vicente Ugalde¹⁴:

El derecho a la ciudad es, en consecuencia, beneficiarse de un alojamiento conveniente, tener un trabajo bien remunerado, instalarse familiarmente, vivir a salvo de los abusos policíacos, e incluso [...] habitar una ciudad cómoda, bella, sana y respetuosa del medio ambiente.

Lucas Correa¹⁵ complementa afirmando que:

El derecho a la ciudad como derecho colectivo se presenta jurídicamente desde tres facetas necesarias: (i) el usufructo equitativo de lo que la ciudad tiene para ofrecer a sus habitantes; (ii) la participativa de los asuntos de ciudad y, (iii) el goce efectivo de los derechos humanos en los contextos urbanos.

Este derecho debe ser descrito como un punto de inflexión entre derechos de naturaleza individual y de naturaleza colectiva. Porque si bien es el espacio de autodeterminación individual, también es el escenario donde los derechos sociales, los servicios públicos, la seguridad social, la asociación sindical y la instrucción pública tienen lugar de una manera significativa. Es un derecho social y colectivo del que dispone cada uno de los asociados con el objeto de materializar el pleno ejercicio libre autodeterminación. No puede entenderse el derecho a la ciudad solo desde una esfera material por su infraestructura física.

Es necesario seguir la ruta reflexiva propuesta por Gasca-Salas¹⁶ en la que pone el acento sobre todas las variables inmateriales que están en juego cuando se habla de derecho a la ciudad. Sobre la ciudad reposa el patrimonio cultural e inmaterial de una civilización y sus prácticas. El suelo es reflejo de los valores sociales de intercambio de bienes y servicios que adopta una determinada sociedad y que puede leerse más allá del tiempo. Desde las cavernas ruprestres hasta la interconexión digital, siempre se debe hacer referencia a un tiempo y a un espacio. La terminal desde donde se conectan los sujetos virtuales, las rutas comerciales, las vías de conexión física, el transporte público, la economía de una pueblo, el desarrollo fabril y cultural de una sociedad puede leerse más allá de los registros

14 UGALDE, V. Derecho a la ciudad, derechos en la ciudad. *Estudios Demográficos y Urbanos*, v. 30, n. 3, p. 567-595, 2015. p. 571.

15 CORREA MONTROYA, L. ¿Qué significa tener derecho a la ciudad? La ciudad como lugar y posibilidad de los derechos humanos. *Territorios: Revista de Estudios Regionales y Urbanos*, n. 22, p. 125-149, 2010. p. 126.

16 “A pesar del dominio capitalista del espacio social, es clave la determinación del derecho a la ciudad puesto que se trata, a la vez, del derecho a la vida urbana pero, primaria y fundamentalmente, del derecho a los bienes materiales y culturales de la civilización, y de que un tipo de modernidad no-capitalista se encuentra, potencialmente, por debajo de la existente”. GASCA-SALAS, J. Henri Lefebvre y el derecho a la ciudad: exégesis desde sus “tesis sobre la ciudad”. *Bitácora Urbano Territorial*, v. 27, n. 2, p. 19-26, 2017.

oficiales, por medio de las voces que denuncian y conservan todas las relaciones de poder que se tejen en el espacio físico sobre el cual resulta posible el encuentro y la diferencia, las tensiones socio-económicas y la repetición cotidiana de unos usos sobre los que se asienta la costumbre, y con ella, una manera particular y exclusiva de ver el mundo y de verse a sí mismos, como sujetos individualizados y como pueblo, en dicho mundo.

3 LOS CUESTIONAMIENTOS DE LEFEBVRE A LA CIUDAD CAPITALISTA

Uno de los factores esenciales a considerar sobre el derecho a la ciudad es que el individuo retribuya lo que esa ciudad humanizada y humanizable tiene para darle, haciendo buen uso de sus derechos y participando activamente en la construcción de ésta, mediante los ya consabidos *mecanismos de participación ciudadana*¹⁷, un individuo que goza de los derechos de la ciudad debe ser un individuo democráticamente activo, consciente de su papel en la construcción de una ciudad horizontal plural y democrática.

Afirma Lefebvre¹⁸ que el urbanismo se divide en *Urbanismo de los hombres de buena voluntad*. Allí tenemos a los arquitectos y los escritores. Sus reflexiones y proyectos implican cierta filosofía social. Están vinculados al humanismo y quieren construir a escala humana para los hombres como creadores de relaciones sociales nuevas, más que ideología tienen idealismo. Luego tiene lugar el *Urbanismo de los administradores vinculados al sector estatal*. Operan bajo las máximas de lo positivista-racional. Es un urbanismo técnico, calculador, regido por las máximas de la regulación del mercado y el utilitarismo de las cosas. Su eficiencia capitalista se debe a que privilegian la rentabilidad sobre el factor humano.

Por último se tiene el *Urbanismo de los promotores*. Es el capitalismo llevado a su máxima expresión. Actúan con o sin ideología pero solo por dinero, venden urbanismo. Estas tres *categorías*¹⁹ en las que puede describirse el urbanismo convergen y plantean políticamente el problema de la sociedad humana. De cada urbanismo resultan nuevas contradicciones, hasta el punto de llegar a encontrarnos ante lo irreparable, urbanísticamente hablando.

El derecho a la ciudad se plantea como un reclamo, una denuncia, y el deseo de gozar la ciudad, tener acceso a ella, tener el derecho a ella. Este derecho no puede concebirse como un simple derecho de visita. Debe concebirse como un

17 En el orden jurídico colombiano los mecanismos de participación ciudadana son una institución novedosa. Se insertaron en el espectro dogmático de la Constitución vigente de 1991. A través de estos mecanismos (plebiscito, referendo, cabildo abierto, revocatoria del mandato, consulta popular, iniciativa legislativa y voto) se ha procurado conferirle a los asociados una serie de medios legales e institucionales a través de los cuales sea posible direccionar la agenda pública más allá del voto. Con la instalación y puesta en escena de estos mecanismos se ha querido asegurar el tránsito de una democracia estrictamente representativa hacia una democracia participativa. PÉREZ, J. *Derecho constitucional colombiano*. 7. ed. Bogotá: Temis, 2004. p. 99.

18 LEFEBVRE, H. *El derecho a la ciudad*. Barcelona: Península, 1968. p. 45 – 47.

19 *Ibíd.* p. 47.

derecho a la vida urbana, a la ciudad como lugar de vivencias, encuentros y en general del desarrollo de la vida del individuo urbanita. Según Lefebvre esto exige “una teoría integral de la ciudad y de la sociedad urbana para que utilice los recursos de la ciencia y el arte” ya que “únicamente la clase obrera puede convertirse en agente, vehículo o apoyo social de esta realización” puesto que ellos “niegan y cuestionan a través de su mera existencia, la estrategia de la clase dirigida en su contra”.²⁰

Para superar al propio urbanismo como espacio de represión funcional, mercantil y estructural (tal como ocurre en los procesos sociales derivados de la mercantilización de los medios de producción) hay que terminar con la pasividad de quienes habitan la ciudad, superando el bloqueo que frena su pensamiento arquitectónico y urbanístico, que no permite exaltar la fantasía de la utopía que alecciona al pensamiento. Es necesaria la convergencia de ideas, de colores, de voces, de rostros, de denuncias, de banderas, puesto que el pensamiento urbanístico y arquitectónico no puede ser producto de un solo esfuerzo ni una sola teoría. Lefebvre denuncia la posición unilateral y autoritaria de la política pública sobre espacio público que hace la Administración a puerta cerrada. Considera necesario abrir las puertas del establecimiento para ponerse en diálogo con el rostro real y concreto que reclama espacio vital en la ciudad.

4 LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES CONTENIDOS DENTRO DEL DERECHO A LA CIUDAD

Se puede establecer que el derecho a la ciudad es un derecho bastante *sui generis* pues es difícil de clasificar, ya que aunque es considerado un derecho colectivo o de tercera generación, también involucra derechos de segunda generación o económicos, culturales y sociales e incluso algunos fundamentales o de primera generación. Al ser de un carácter tan abstracto y albergar dentro de sí derechos preexistentes se vuelve complejo delimitar con exactitud los límites y alcances reales y materiales del derecho a la ciudad; pero a su vez también se vuelve un ejercicio académico rico en posibilidades de organizar su mayor aplicabilidad como derecho a futuro. En este ámbito encontramos ocho necesidades fundamentales que representan el núcleo de las dimensiones de la vida: (i) bienestar emocional; (ii) relaciones interpersonales; (iii) bienestar material; (iv) desarrollo personal; (v) bienestar físico; (vi) autodeterminación; (vii) inclusión social y, (viii) derechos²¹.

Podríamos, Constitución en mano, aventurarnos a delimitar el alcance del derecho a la ciudad, que comprende el derecho a la *vida*²² como primer derecho fundamental de nuestra Constitución Política, pues no se puede hablar de derecho

²⁰ Ibid. p. 79.

²¹ SCHALOCK, R.; VERDUGO, M. *Calidad de vida: manual para profesionales de la educación, salud y servicios sociales*. Madrid: Alianza Editorial, 2003. Aunque Scharlock y Verdugo no se enfocan específicamente en el derecho a la ciudad, su análisis sobre las necesidades de las personas, y en este caso concreto, de los habitantes de la urbe es completamente pertinente.

²² Artículo 11 Superior.

a la ciudad en una urbe donde no se respete la vida ya que por lo mismo sería una urbe inviable. Este derecho también estaría ligado a la *paz*²³ presente en nuestra Carta magna, debido a que la paz es un requisito *sine qua non* para poder hablar de una urbe donde se respete el derecho a la ciudad. También están contenidos en el derecho a la ciudad la *libertad e igualdad ante la ley*²⁴, pues es precisamente esta la principal queja del autor francés, la falta de acceso equitativo a gozar de los beneficios de la urbe gracias al mercantilismo propio del capitalismo, quien también ha coartado el *libre desarrollo de la personalidad*²⁵ como requisito necesario para el desarrollo integral del individuo urbanita. Otro derecho importante a delimitar es el derecho al *trabajo en condiciones dignas y justas*²⁶, y cuando las cosas no vayan bien, el habitante de la ciudad tiene derecho también a *manifestarse pacíficamente*²⁷. Especial importancia tiene el derecho a *participar en política*²⁸, pues como ya se tratará más adelante, para un efectivo goce del derecho a la ciudad es necesaria la participación activa de la ciudadanía en la planeación y aplicación de las políticas públicas que afecten directa o indirectamente al bienestar de la ciudadanía.

Como derechos de segunda generación²⁹ contenidos dentro del derecho a la ciudad se tienen, y en consonancia con la humanidad que Lefebvre considera que debe recuperar la urbe, los derechos a la protección, atención integral e integración de *disminuidos físicos*³⁰, y personas de la *tercera edad*³¹, la atención global en *salud y el saneamiento ambiental*³², derecho a vivienda digna³³, el derecho a tener espacios adecuados para el ejercicio del *deporte*, manifestaciones recreativas, sociales y culturales³⁴, la educación³⁵ y el acceso a la cultura.

Como derechos colectivos, que es donde doctrinariamente se clasifica al derecho a la ciudad, están contenidos el derecho a un *ambiente sano*³⁶ y la protección del *espacio público*³⁷, además su destinación al uso común, aspecto realmente importante para el autor francés, quien privilegia la construcción y goce equitativos del espacio público como una de las formas en que se debe dar la necesaria *revolución urbana*³⁸.

23 Artículo 22 Superior.

24 Artículo 13 Superior.

25 Artículo 16 Superior.

26 Artículo 25 Superior.

27 Artículo 37 Superior.

28 Artículo 40 Superior.

29 Son derechos generales, específicamente derechos generales positivos de carácter general donde todas las personas son portadoras de dichos derechos sociales fundamentales, pero los obligados son exclusivamente los Estados democráticos modernos.

Son derechos Constitucionales a una situación fáctica que puede ser alcanzada mediante la creación de derechos especiales.

ARANGO, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005. p. 38.

30 Artículo 47 Superior

31 Artículo 46 Superior.

32 Artículo 49 Superior.

33 Artículo 51 Superior.

34 Artículo 52 Superior.

35 Artículo 67 Superior.

36 Artículo 79 Superior.

37 Artículo 82 Superior

38 Para Lefebvre es tan importante la construcción de un espacio público libre de influencias capitalistas y que esté al alcance de todos, que incluso escribió dos obras al respecto, llamadas "*La revolución urbana*" en 1970 y "*La producción del espacio*" en 1974

Mención especial merece el derecho al medio ambiente sano, tema que progresivamente ha cobrado importancia en los últimos años hasta llegar a ser muy pertinente en nuestros días, pues aparentemente puede llegar a chocar con el desarrollo de una metrópoli, creando un dilema que da pie a una ponderación con un claro ganador: el *ecosistema*³⁹, por lo que es necesario crear unas pautas de crecimiento sostenible, de la mano con producción de energías limpias, potenciación de medios de transporte masivo y limitación del uso de los recursos naturales no renovables, lo cual debe ir lógicamente acompañado por la voluntad de la administración, pues hace mucho rato la preocupación por lo ecológico llegó al ámbito jurídico para quedarse y ahora es turno de los gobernantes para lograr una aplicación material de los derechos a un ambiente sano, y el deber de respetar los recursos naturales no solo como compromiso ético y moral sino como una exigencia básica de supervivencia.

Podemos afirmar que en el marco del *Derecho a la ciudad* nos encontramos ante un conjunto bastante amplio de variables y de derechos a analizar, pues el derecho a la ciudad no solo comprende el derecho a usar y beneficiarse de los espacios públicos, sino también a tener bien cubiertas las necesidades básicas, e incluso la participación ciudadana, la cual también debe servir para cuestionar el uso que se le da a los espacios sociales que pueda llevar a una evaluación intersubjetiva del grado de apropiación que se tiene de los espacios, y que luego ésta permita materializar indicadores en cuanto a la *calidad de vida*⁴⁰ que tienen los habitantes de la metrópoli como principal medidor del grado de efectividad de las políticas públicas.

Al estar en constante movimiento deja la puerta abierta para crear nuevos indicadores, a medida que la evolución y el progreso en la teoría vaya permitiendo ahondar hasta tal punto que sea posible fomentar la materialización de nuevos derechos dentro de la urbe, a medida que los cambios y las necesidades vayan fluctuando en el diario devenir de la ciudad, como ente vivo y principal escenario de materialización del derecho a la ciudad conceptualizado desde las disertaciones de Lefebvre.

Se pueden ver entre los factores clave del derecho a la ciudad no solo el derecho a *utilizar*, permanecer en la ciudad y acceder a sus servicios como la salud, la educación, el trabajo y los servicios públicos domiciliarios sino también

39 En defensa del ecosistema la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-622 de 2016 a través de la cual reconoce la titularidad de derechos en favor del río Atrato y sus afluentes. Esto con el fin de preservar la vida marina, evitar la contaminación y limitar los excesos derivados de la explotación de minerales que genera vertederos de mercurio y otros contaminantes que ponen en peligro a toda la población, tanto a la que vive de la pesca como a los beneficiarios del agua y quienes respiran un aire altamente nocivo para la salud. COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-622*. Bogotá, 2016.

40 La tesis central de la obra *Desarrollo desigual*, del economista Samir Amín, consiste precisamente en cuestionar los indicadores econométricos del Banco Mundial, el cual mide el progreso y el desarrollo de una sociedad según el PIB. Para Amín, nada es más equivoco que este medio subjetivo, arbitrario e inequitativo porque conduce a perder el foco sobre lo verdaderamente importante. Amín demuestra de qué manera muchos Estados que según los indicadores oficiales tienen un crecimiento exponencial del PIB como Malasia, Singapur, Corea o Filipinas no se corresponden con una protección efectiva de derechos humanos o con calidad de vida para sus asociados. Por el contrario, tienen un crecimiento económico sin precedentes pero lo hacen precisamente a costa de la instalación de enormes maquilas, con sueldos miserables, condiciones laborales inhumanas y unas jornadas que superan lo razonable y digno para cualquier condición social o laboral. AMÍN, S. *Desarrollo desigual*. Barcelona: Fontanella, 1975. p. 103.

se resalta el papel activo de la ciudadanía a trabajar en la creación y concreción de las políticas públicas de su ciudad; se debe caracterizar también este derecho como un deber si se quiere promover para todos los habitantes los beneficios inherentes a las mejoras que acarrearán las políticas públicas bien diseñadas, para que esto redunde en una mejor satisfacción de las necesidades básicas sociales.

5 LA CARTA DE LA CIUDAD DE MÉXICO⁴¹: UNA DECLARATORIA DE PRINCIPIOS

La Carta de la Ciudad de México es otro punto de referencia dentro de la construcción teórico y conceptual de lo que significa la reivindicación y protección del derecho a la ciudad. Es un pacto político fundacional para establecer las relaciones jurídicas y sociales que se estructuran en la ciudad como espacio físico y como escenario realizador de derechos tanto individuales como sociales y colectivos. Estos principios son:

5.1 UNIVERSALIDAD

Correspondencia de la ciudad como un bien al que todos los asociados, en igualdad de condiciones, y sin importar raza, sexo, estatus, credo u oficio tienen acceso.

5.2 INTERDEPENDENCIA

La ciudad como espacio material y concreto en el que todos los derechos están estrechamente unidos; la satisfacción de uno depende del cumplimiento que se dé a los otros.

5.3 PROGRESIVIDAD

Aplicable a los derechos económicos, sociales y culturales; alude a los esfuerzos necesarios para garantizar una vida digna para todas las personas.

5.4 AUTODETERMINACIÓN

Alude al derecho que tienen todos los pueblos a establecer libremente su condición política y su desarrollo social, económico y cultural. Está consagrado en el primer artículo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Su realización

⁴¹ En marzo de 2010, durante el V Foro Urbano Mundial convocado por Hábitat-Naciones Unidas y el Ministerio de las ciudades de Brasil, se presentó el Proyecto de la Carta de la Ciudad de México por el derecho a la ciudad, para comentar su proceso de construcción colectiva, así como su fundamentación y contenidos conceptuales. La Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad es fruto de este amplio proceso que, con su firma, abrirá una nueva etapa orientada a garantizar el reconocimiento legal y la implementación de este nuevo derecho. (Presentación de la CARTA de la Ciudad de México por el derecho a la ciudad. México, 2010).

es una condición esencial para la garantía efectiva y la observancia o cumplimiento de los derechos humanos y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos.

5.5 NO DISCRIMINACIÓN

Un principio básico que establece el pleno goce de todos los derechos por todas las personas, independientemente de su origen étnico o social, la nacionalidad o el lugar de origen, el color o cualquier otra característica genética, el sexo, la lengua, la religión, la condición social o económica, la edad, la discapacidad, las condiciones de salud, la apariencia física, la orientación o preferencia sexual, la identidad de género, el estado civil, la ocupación o actividad, o cualquier otra.

5.6 IGUALDAD

Constituye uno de los principios básicos que señala que todas las personas tienen los mismos derechos humanos, inherentes a su dignidad. Es un criterio de justicia, no de semejanza; de respeto a la diversidad y pluralidad.

5.7 EQUIDAD DE GÉNERO

Se refiere al principio conforme al cual mujeres y hombres acceden con justicia e igualdad al uso, control y beneficio de los bienes, servicios, recursos y oportunidades de la sociedad, así como a la toma de decisiones en todos los ámbitos de la vida social, económica, política, cultural y familiar.

5.8 EQUIDAD SOCIAL

Implica la superación de toda forma de desigualdad, exclusión o subordinación social basada en los roles de género, edad, situación económica, características físicas, pertenencia étnica, preferencia sexual, origen nacional, práctica religiosa o cualquier otra.

5.9 ATENCIÓN PRIORITARIA A PERSONAS Y COLECTIVOS EN SITUACIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Corresponde al principio de justicia distributiva por el cual se evoca la distribución equitativa y sin discriminación de los bienes, recursos, servicios y oportunidades por parte de la autoridad a grupos que estén en condición de pobreza, exclusión y desigualdad social.

5.10 SOLIDARIDAD Y COOPERACIÓN ENTRE LOS PUEBLOS

Describe una forma de relación activa y positiva entre las personas y las colectividades, a la vez que constituye un principio de convivencia que posibilita compartir herramientas, experiencias, capacidades y medios materiales.

5.11 PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Se relaciona estrechamente con la democracia participativa y directa⁴². Contempla y propone los mecanismos para que la población tenga acceso a las decisiones y a la formulación y seguimiento de políticas públicas de manera autónoma e independiente, sin necesidad de formar parte del gobierno o de un partido político.

5.12 TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS

Se refiere a la obligación de las instituciones públicas, empresas, grupos y organizaciones sociales y civiles que reciban recursos públicos de brindar información real, práctica y de interés público, correspondiendo al derecho de acceso a la información. La rendición de cuentas constituye el deber de los actores públicos de sujetarse al escrutinio de la población.

Esta Carta es supremamente valiosa e inspiradora si en Colombia se quisiese ver hacia el futuro en materia de protección al derecho a la ciudad. La Carta propende por el ejercicio pleno de los derechos humanos de forma colectiva y pluralista, con humanidad y equidad en el goce de derechos y acceso a bienes y servicios, donde todos puedan gozar de la ciudad como ente vivo en el cual transcurre la vida cotidiana, pero muy especialmente de los derechos humanos fundamentales, además de las libertades y derechos de segunda y tercera generación otorgados constitucionalmente para que toda la población pueda vivir en el marco del bienestar colectivo siempre construido desde la igualdad, pero no la igualdad meramente formal, desde el papel como sucede ahora, sino alcanzar esa justicia material que se antoja tan lejana pero que debe atenderse como impronta y condición estructural del *Estado social de derecho*⁴³.

6 PARTICIPACIÓN CIUDADANA ACTIVA COMO SUSTRATO NECESARIO PARA LA MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA CIUDAD

Para el buen desarrollo del derecho a la ciudad es menester contar con la participación de sus habitantes. Son éstos quienes viven de primera mano la ciudad como un espacio vital que cobra vida día tras día. Sin actores activos en la implementación de políticas públicas como medio para expandir el goce del derecho a la ciudad como derecho no excluyente, es inocuo implementar acciones reales para el efectivo goce de la ciudad.

La participación ciudadana es el derecho por el que aboga la tesis de Lefebvre para darle voz a la población que generalmente es una masa imbricada de personas sin capacidad de decisión, por ende, la implementación de los presupuestos

42 David Held considera este tipo de democracia como el esencial fin de la política, debido a que ya no hay que elegir políticos para que representen a la ciudadanía como en el actual modelo representativo, sino que es el pueblo quién se reúne, delibera y decide, además que permite la posibilidad de participar en condiciones de igualdad material por el acceso a la política. HELD, D. *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

43 Artículo 1 Superior. COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-406*. Bogotá, 1992.

necesarios para acercar a los ciudadanos con la administración, fortaleciendo su relación bilateral para intentar transformar la ciudad sería el punto culmen de la participación de los habitantes en busca de una urbe más incluyente, equitativa, garantista y moderna, mediante habitantes educados para ser partícipes de las transformaciones que sufre su urbe, y que éstos puedan redirigir de tal forma el proceso de la mano con la administración local que el único destino posible de esta alianza sea el indefectible progreso de la urbe no solamente en temas de urbanismo, mobiliarios y equipamiento, sino también en el acceso eficiente y eficaz a servicios, cobertura de necesidades básicas y equidad.

La férrea defensa por la promoción de la participación ciudadana tiene ligar porque a través de la utilización dinámica de este tipo de recursos resulta posible: (i) dinamizar el crecimiento participativo de la urbe; (ii) reducir las brechas sociales entre una clase y otra y, (iii) estimular la participación transparente de la administración⁴⁴. Cada una de estas condiciones conduce a la consecución de tres postulados definitivos en la transformación de la urbe y en la consolidación del derecho a la ciudad.

El primero es la **sustitución en cuanto a la cuestión urbana del contrato por la costumbre**, pues esta tiene más influencia que el contrato debido a que el empleo de los objetos urbanos es habitual y no contractual; a menos de que se quiera ver bajo la perspectiva contractual el repartir el uso de dichos objetos, reducir al mínimo la violencia, lo cual no impide perfeccionar el sistema contractual gracias a la costumbre. El segundo postulado es la tendencia hacia la **re-apropiación del espacio y los objetos**, pues estos le fueron expropiados para luego serle devueltos mediante el modelo capitalista del comprar y vender. El tercer postulado reza por la **autogestión**, esto significa la minimización estatal a cambio del empoderamiento social⁴⁵.

Pero la construcción de la urbe en sentido democrático no solo se alimenta de la exigencia y reivindicación de derechos. También es necesario hablar de deberes, que permitan la movilidad de la rueda en la doble dirección de exigir y conceder con el mismo ahínco frente a los compromisos sociales. Estos deberes son: (i) participar activamente en las decisiones que se tomen dentro de la urbe; (ii) fomentar la convivencia ciudadana; (iii) respetar los derechos ajenos; (iv) fomentar la cultura de la legalidad entre los habitantes y su relación con respecto a la sujeción de la actuación institucional y, (v) promover una cultura de lo público⁴⁶.

7 ESTRUCTURA DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Tomamos como punto de partida la definición de *derecho fundamental* como concesión normativa derivada de una declaración convencional, constitucional, legal, judicial o administrativa, a través de la cual se le confiere a un sujeto una

44 LEFEBVRE, H. *La revolución Urbana*. Madrid: Alianza, 1970. p. 183.

45 *Ibidem*, p. 184.

46 VELÁSQUEZ, J. *Comunicación, culturas y ciudad*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2005.

condición material o moral que le asegure dignidad, supervivencia o autodeterminación⁴⁷.

Vamos a desglosar cada uno de los aspectos estructurales de la definición de derecho fundamental:

7.1 ¿EXISTE UNA CONCESIÓN NORMATIVA?

Este es el aspecto clave en toda la exposición académica. Explícitamente no existe tal concesión; ni a nivel constitucional, legal o judicial. Sin embargo, dice al afirmación que sí hay concesión normativa derivada de una declaración convencional. Esto es, derivada de tratados internacionales, pactos políticos de carácter internacional que por vía del bloque de constitucionalidad en sentido lato (Artículo 94 Superior) y por su estrecha vinculación con la salvaguarda de la dignidad sí aparece cobijado dentro del espectro de derechos que han de orientar la actuación administrativa y la esfera de derechos fundamentales como atributos jurídicos tutelables de una calidad superior.

La Carta del derecho a la ciudad que tuvo lugar en México en el año 2010 no aplica en sí misma como un tratado internacional y tampoco ha sido ratificada mediante una ley aprobatoria de tratados internacionales, pero sí es un referente metodológico, descriptivo y estructural sobre lo que representa la urbe como derecho en sí mismo y como plataforma para asegurar al esfera más amplia de protección de derechos tanto de corte individual (expresión, libertad religiosa, libre desarrollo de la personalidad, trabajo, oficio, intimidad y participación política); como de corte social (salud, educación, recreación, cultura, seguridad social y acceso efectivo a los servicios públicos). Nuestra Constitución acepta la existencia de derechos que si bien no aparecen explícitamente consagrados en Tratados Internacionales su inherencia con la supervivencia, dignidad o autodeterminación exige una máxima de no exclusión.

Así pues que resulta posible advertir una tenue luz argumentativa sobre la concesión normativa que habría para el caso colombiano por medio de la declaración mexicana en el interior de nuestro orden jurídico por vía del bloque de constitucionalidad.

7.2 ¿EXISTE UNA CONDICIÓN MATERIAL O MORAL?

Frente al caso del derecho a la ciudad, la concesión normativa actúa en una doble dirección. Por un lado reconoce explícitamente el derecho a la ciudad *desde una esfera material* como aquel espacio físico (Urbe) en el que los asociados despliegan todo el conjunto de facultades, atributos y recursos de participación ciudadana, sus derechos cívicos y sus deberes. Desde el punto de vista material la urbe se describe como metrópolis; se habla de ella en oposición geográfica al mundo campesino, agrario y feudal. Pues no debe pasarse por alto el alto carácter

⁴⁷ RESTREPO, J. F. *Estructura constitucional del estado colombiano*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín, 2018. p. 57.

liberal y burgués que funda el derecho a la ciudad. *Desde una esfera moral* resulta decisivo recordar los términos de Gasca-Salas quien habla de la urbe como base de todas las expresiones antropológicas, culturales e inmateriales a través de la cual se explica la cosmovisión social de un pueblo a lo largo del tiempo; las costumbres, los usos y el *ethos* de un determinado grupo social.

7.3 ¿ESTÁ DEBIDAMENTE DETERMINADO EL SUJETO?

El derecho a la ciudad claramente tiene determinado a los sujetos. En este concepto encontramos a toda la población en general. Pues sus principios rectores caben en la universalidad e igualdad. En términos democráticos, dicho sujeto es la totalidad de los ciudadanos en ejercicio que van a las urnas para trazar la agenda pública, decidir sobre su destino y exigir que la administración actúe y destine recursos y trace políticas públicas según los intereses de los destinatarios. Asegurando así transparencia y publicidad en la acción política del establecimiento.

7.4 ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO DEL DERECHO LA CIUDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL?

El derecho a la ciudad es un derecho fundamental porque la dignidad y la autodeterminación tienen asiento de manera inobjetable y sistemática. Hemos sostenido que el derecho a la ciudad tiene una estructura de transición entre la realización de derechos individuales y a la vez sociales y colectivos.

El derecho a la ciudad como plataforma de realización de derechos individuales enmarca explícitamente la fundamentación de la dignidad. Un sujeto dispone de mayores y mejores recursos de realización con respecto a su identidad y realización personal, en el marco de las exigencias modernas del mercado y de la industria, con mayor facilidad en la ciudad. La urbe representa el acceso a mejores condiciones de educación, tecnología, infraestructura y plataformas de información y conectividad que reclama y exige el mundo digital.

Pero el derecho a la ciudad no se concibe solo como un espacio de la relación de un sujeto consigo mismo sino en función de los demás. Esto es, en favor de los demás o a pesar de los demás. Lo cierto es que la urbe es el espacio en el que se tiene acceso al uso de los medios de información que permiten desarrollar un mejor horizonte democrático, deliberativo, crítico y propositivo frente al uso de los servicios públicos, el direccionamiento del poder o la salvaguarda de derechos que resulten del resorte ciudadano, y allí la autodeterminación como expresión del sujeto democrático se vive en su mayor expresión.

8 CONCLUSIÓN

A manera de colofón se puede describir el derecho a la ciudad como un derecho que hace las veces de intersección entre derechos individuales-sociales-

colectivos. Si bien hablar del tema del derecho a la ciudad y darle la importancia que merece desde la academia y como ejercicio intelectual no va a cambiar mágiicamente el panorama de nuestra ciudad, darle trascendencia puede incidir en un futuro a que dicha disposición alcance la concesión normativa de manera vinculante en el ordenamiento jurídico interno colombiano.

Observamos que el derecho a la ciudad es un derecho cada vez más tangible, y su aplicabilidad es cada vez mayor, a pesar de no ser mencionado explícitamente en la categoría de fundamental. Sin tal declaración jurídica no es dable hablar del derecho a la ciudad como derecho fundamental. Sin embargo, es necesario resaltar que el derecho a la ciudad es un derecho que se juega, se materializa, se vive y se desarrolla cada vez que los asociados se movilizan en favor de asegurar o reivindicar mejores políticas públicas en materia de cobertura de servicios públicos domiciliarios, saneamiento, transporte, recreación, cultura, educación, seguridad personal, seguridad alimentaria, manejo sustentable de los recursos, hábitat, ordenamiento territorial, protección del medio ambiente y espacios de interacción democrática directa, representativa y participativa, en favor de todos, sin excepción.

Gracias a una gran carga doctrinaria queda evidenciado: no se puede tratar el tema del derecho a vivir la ciudad como un concepto meramente urbanístico; es necesario también entender que para desarrollar el pensamiento de Lefebvre respecto a la concepción humanista de la ciudad, permitiendo que el proletariado y la población en general pueda acceder a vivir la ciudad satisfaciendo todas sus necesidades humanas es imperativo que el vanguardista y frío urbanismo se vea acompañado de políticas públicas tendientes a la satisfacción de necesidades básicas tan variopintas como servicios públicos domiciliarios, educación hasta incluso la facilidad de acceso a la cultura o el derecho a la libre asociación. En la parte inicial de este artículo se hace hincapié en el hecho de que al ser el derecho a la ciudad un conglomerado de derechos preexistentes, se volvía difícil de delimitar su alcance, pero que a su vez debido a su riqueza conceptual intrínseca se vuelve un ejercicio académico muy interesante, y es que debido al crisol de derechos que representa la teoría del derecho a la ciudad de Lefebvre, permite iniciar con la debida voluntad municipal, y de doctrinantes sobre el derecho a la ciudad, una teoría que propenda por el desarrollo integral del individuo ciudadano, viendo a la ciudad como el polo de desarrollo desde hace mucho tiempo en el país, permitiendo que el desarrollo y el devenir capitalista no riña con el desarrollo marxista que nos plantea Lefebvre donde paulatinamente, pues como ya se mencionó anteriormente el desarrollo al derecho a la ciudad es costoso debido a la cantidad de necesidades individuales y colectivas que atiende, cada individuo tenga la posibilidad de llevar una vida digna, desarrollando a cabalidad los derechos adquiridos en favor de todos los asociados.

Es imprescindible para los habitantes de una urbe comprender de qué manera quieren que cambie su urbe, siempre y cuando cambien ellos primero y posteriormente exterioricen dicho cambio plasmándolo en su cotidianidad en la gran ciudad, pues como ya fue advertido, sin una ciudadanía con espíritu crítico, conocimiento de sus derechos y deberes, conocimiento de los mecanismos de par-

tipación ciudadana que nos concede todo nuestro sistema normativo, difícilmente se pudiera hablar del derecho a la ciudad, pues una masa acrítica de personas, que no aboga por el buen uso del espacio público, del presupuesto participativo y de las políticas públicas que redunden en una mayor cobertura de necesidades básicas, no puede generar el compromiso que demanda una ciudad que siga los preceptos de la humanización de la ciudad de Lefebvre y los autores que le sucedieron y siguieron desarrollando el concepto.

Lefebvre en su libro *Revolución urbana* hace un llamado a la utopía como combustible primario de la generación de espacios de la urbe a través del pensamiento y la movilización ciudadana. Teniendo en cuenta el horizonte crítico, descriptivo y metodológico trazado por Lefebvre, podemos sostener con notable claridad que cuando nos acercamos al derecho a la ciudad en su dimensión básica y democrática como concesión normativa que asegura el acceso al uso de espacios de autodeterminación, supervivencia y dignidad en favor de los sujetos en la urbe, podemos tener la certeza de estar en frente de un derecho fundamental.

REFERENCIAS

AMÍN, S. *Desarrollo desigual*. Barcelona: Fontanella, 1975.

ARANGO, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INVESTIGACIONES URBANAS REGIONALES. *Territorios: Gobierno de municipios y aglomeraciones urbanas*. Bogotá, 2010.

BARRAGÁN, V.; SANZ, J.; ROMERO, R. Indicadores para análisis de las propuestas ciudadanas en presupuestos participativos. Hacia el derecho a la ciudad. *Chasqui: Revista Latinoamericana de Comunicación*, n. 129, p. 363-380, 2015.

BERNAL, J. et al. *Reflexiones jurídicas sobre el proceso de paz*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

BOBBIO, N. *Liberalismo y democracia*. México: FCE, 2010.

CANOSA, R. *Constitución y medio ambiente*. Madrid: Ciudad Argentina, 2000.

CARTA de la Ciudad de México por el derecho a la ciudad. México, 2010.

CARTA Mundial por el derecho a la ciudad. [S.l.], 2003.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-406*. Bogotá, 1992.

_____. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-622*. Bogotá, 2016.

_____. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-1176*. Bogotá, 2008.

CORREA MONTOYA, L. ¿Qué significa tener derecho a la ciudad? La ciudad como lugar y posibilidad de los derechos humanos. *Territorios: Revista de Estudios Regionales y Urbanos*, n. 22, p. 125-149, 2010.

GASCA-SALAS, J. Henri Lefebvre y el derecho a la ciudad: exégesis desde sus "tesis sobre la ciudad". *Bitácora Urbano Territorial*, v. 27, n. 2, p. 19-26, 2017.

HELD, D. *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

INSTITUTO POLIS. *El estatuto de la ciudad: nuevas herramientas para garantizar el derecho a la ciudad en Brasil*. 2002.

LEFEBVRE, H. *El derecho a la ciudad*. Barcelona: Península, 1968.

_____. *La producción del espacio*. Madrid: Capitán Swing Libros, 1974.

_____. *La revolución Urbana*. Madrid: Alianza, 1970.

MARTÍNEZ, C.; ARENA, E. *Experiencias y buenas prácticas en Presupuesto Participativo*. [S.I.]: UNICEF: Secretaría de Relaciones Parlamentarias de la Nación: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2013.

PÉREZ, J. *Derecho constitucional colombiano*. 7. ed. Bogotá: Temis, 2004.

PICÓN, Y. R. Derecho a la ciudad: derecho a negociar por unas condiciones materiales de vida. *Territorios: Revista de Estudios Regionales y Urbanos*, n. 9, p. 33-49, 2002.

RESTREPO, J. F. Las condiciones de la guerra y el precio de la paz. *Pensamiento y poder*, v. 2, n. 2, p. 101-114, jul./dic. 2014.

_____. *Estructura constitucional del estado colombiano*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín, 2018.

SCHALOCK, R.; VERDUGO, M. *Calidad de vida: manual para profesionales de la educación, salud y servicios sociales*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

UGALDE, V. Derecho a la ciudad, derechos en la ciudad. *Estudios Demográficos y Urbanos*, v. 30, n. 3, p. 567-595, 2015.

VELÁSQUEZ, F. *Ciudad e inclusión: por el derecho a la ciudad*. Bogotá: Fundación Foro Nacional por Colombia: Corporación Región, 2004.

VELÁSQUEZ, J. *Comunicación, culturas y ciudad*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2005.

LIBERTE D'EXPRESSION ET DEMOCRATIE

DANS L'HERMENEUTIQUE DES COURS CONSTITUTIONNELLES DU MERCOSUR: UNE ANALYSE JURISPRUDENTIELLE COMPAREE

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA NA HERMENÊUTICA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DO MERCOSUR: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL COMPARATIVA.

FREEDOM OF EXPRESSION AND DEMOCRACY IN THE HERMENEUTICS OF CONSTITUTIONAL COURTS WITHIN MERCOSUR: A COMPARATIVE JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

Luis Claudio Coni *

RÉSUMÉ

L'ensemble des ordres constitutionnels des États-membres du Mercosur prévoit dans leurs Constitutions nationales le droit à la liberté d'expression. Cela en soi-même relève d'une identité autour du droit à la libre manifestation de la pensée. L'ensemble des interprétations établit un lien entre la liberté d'expression et la démocratie, comme un fondement essentiel de la société démocratique. Cette liberté à caractère architectonique pour le droit est subordonnée à la préservation de la dignité de la personne humaine. Les juridictions constitutionnelles reconnaissent une dimension axiologique de la liberté d'expression représentée par la cohabitation des contraires. Elles établissent aussi une corrélation entre la liberté d'expression et la liberté de presse. La jurisprudence reconnaît une sorte de mitigation des droits de la personnalité en ce qui concerne la liberté d'expression exercée vis-à-vis des agents publics et des agents politiques. Ce fait découle d'un droit de vigilance en permanence conféré aux citoyens face aux fonctionnaires et aux politiciens. Pour sa part, le Parlementaire jouit d'une liberté d'expression en totale ampleur quand elle est liée à l'exercice du mandat. L'identité constitutionnelle mercosulienne relative à la liberté d'expression relève aussi d'une polysémie de la liberté d'expression. Il s'agit du fait que toutes les Cours procèdent à une interprétation constitutionnelle qui met la liberté d'expression en rapport avec d'autres droits et principes. C'est notamment le cas pour la liberté d'association, le droit de réunion, la liberté académique et le droit à la non-discrimination.

* Doutor em direito público pela Université de Montpellier, França (2011) e Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Uniceub, Brasília/DF (2006). Servidor de carreira do Supremo Tribunal Federal já assumiu diversas posições, dentre elas as de Assessor-Chefe de Assuntos Internacionais, Assessor de Ministro, Chefe de Gabinete do Secretário-Geral da Presidência e Assessor-Chefe de Gestão Estratégica. Pesquisador na área de inteseccção entre o direito constitucional e o direito internacional e professor universitário, atualmente é Coordenador da Gestão da Informação no Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. O presente artigo extrai-se de capítulo de tese de doutoramento do autor.

Mots-clés: Liberté d'expression. Démocratie. Jurisprudence. Identité constitutionnelle. Mercosur.

RESUMO

Todas as ordens constitucionais dos Estados membros do Mercosul prevêm em suas Constituições nacionais o direito à liberdade de expressão. Isto por si só revela uma identidade em torno do direito à livre manifestação do pensamento. Todas as interpretações reconhecem a correlação entre a liberdade de expressão e a democracia como fundamento essencial da sociedade democrática. Essa liberdade de caráter arquitetônico subordina-se à preservação da dignidade da pessoa humana. Os tribunais constitucionais reconhecem uma dimensão axiológica da liberdade de expressão representada pela coabitação dos opostos. Eles também estabelecem uma correlação entre liberdade de expressão e liberdade de imprensa. A jurisprudência reconhece um tipo de mitigação dos direitos da personalidade em relação à liberdade de expressão quando exercida em face de funcionários públicos e agentes políticos. Isso decorre de um permanente direito de vigilância conferido aos cidadãos em relação a funcionários públicos e aos políticos em geral. O Parlamento, por outro lado, goza de total liberdade de expressão quando ligada ao exercício do mandato. A identidade constitucional mercosuliana no que diz respeito à liberdade de expressão revela também uma polissemia à própria noção de liberdade de expressão. Isso porque todos os Tribunais têm uma interpretação constitucional que coloca a liberdade de expressão em relação com outros direitos e princípios. Este é particularmente o caso quanto à liberdade de associação, ao direito de reunião, à liberdade acadêmica e ao direito à não-discriminação.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Democracia. Jurisprudência. Identidade constitucional. Mercosul.

ABSTRACT

All the constitutional orders of Mercosur Member States provide in their national Constitutions the right to freedom of expression. This in itself shows an identity around the right to the free manifestation of thought. All interpretations link freedom of expression and democracy as an essential foundation of democratic society. This architectonic character for the right to freedom of expression is subordinated to the preservation of the dignity of the human person. Constitutional courts recognize an axiological dimension of the right to freedom of expression as it represents the cohabitation of opposites. They also establish a correlation between the right to freedom of expression and to the freedom of the press. Case law precedents recognize a sort of mitigation of personality rights with regard to the freedom of expression when this right is exercised vis-à-vis public officials and political agents. This stems from a permanent right of vigilance conferred on citizens against civil servants and

politicians. Parliament, on the other hand, enjoys full freedom of expression when it is linked to the exercise of the mandate. The constitutional mercosulean identity relating to the right to freedom of expression displays a polysemy of the notion of freedom of expression. This is because all Courts have a constitutional interpretation that places freedom of expression in relation to other rights and principles. This is particularly the case for freedom of association, the right to assembly, academic freedom and the right to non-discrimination.

Keywords: Freedom of expression. Democracy. Case law. Constitutional identity. Mercosur.

1 LES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES SUR LA LIBERTE D'EXPRESSION

Dans la Constitution du Brésil, la liberté d'expression est prévue dans l'article 5 du Chapitre Premier (Des Droits et Des Devoirs Individuels et Collectifs) du Titre II (Des Droits et Des Garanties Fondamentaux). Voici son contenu :

Art. 5. Tous sont égaux devant la loi; est garantie à tout Brésilien et à tout étranger résident au Brésil l'inviolabilité du droit à la vie, à la liberté, à l'égalité, à la sûreté et à la propriété, selon les termes suivants:

[...]

IX - l'expression de l'activité intellectuelle, artistique, scientifique et de communication est libre et n'est soumise à aucune censure ou permission.²

Pour sa part, la Constitution argentine prévoit la liberté d'expression dans le Chapitre I (Des Déclarations, Des Droits et Des Garanties) de la Première Partie sous l'article 14. Voici son contenu:

Article 14 - Tous les habitants de la Nation jouissent des droits suivants conformément aux lois reglementant leur exercice, à savoir: [...] le droit de publier ses idées dans la presse sans aucune censure préalable.³

La Constitution du Paraguay l'inscrit dans son article 26 (De la Liberté d'Expression et de la Liberté de Presse) sous le Chapitre II (De la Liberté) faisant partie du Titre II (Des Droits, Des Devoirs et Des Garanties). Voici son contenu :

Article 26 - De la Liberté d'Expression et de Presse.
La libre expression et la liberté de presse sont garanties, autant que la diffusion de la pensée et de l'opinion, sans censure

2 Texte original: "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: [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988)

3 Texte original: «Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: [...] de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa». (ARGENTINA. Constitución. *Constitucion de la Nación Argentina*. Santa Fé, 1 mayo 1853).

préalable, et sans d'autres limitations que celles établies dans la présente Constitution; en conséquence de quoi, aucune norme susceptible de l'empêcher ou de la restreindre ne sera édictée. Il n'y a pas de délit de presse, mais plutôt des délits ayant été commis par le moyen de la presse. [...] Toutes les personnes ont le droit de générer, d'interpréter ou de diffuser de l'information aussi bien que d'utiliser tous les moyens licites susceptibles de faire aboutir à cette fin.⁴

Finalment, la Constitution de l'Uruguay la prévoit dans son article 29 sous la Section II (Des Droits, Des Devoirs, Des Garanties). Voici son contenu:

Article 29. Est libre toute communication de la pensée, par des mots, par des textes écrits ou publiés dans la presse ou par tout autre moyen de diffusion, sans avoir à subir une censure préalable; elle engage la responsabilité de son auteur et, le cas échéant, celle de l'imprimeur ou du diffuseur, selon les dispositions de la loi compte tenu des abus pratiqués.⁵

Indépendamment de l'analyse jurisprudentielle comparée qui suit, il est remarquable de voir qu'au Brésil la liberté d'expression est soumise au principe d'égalité devant la loi.

D'autre part, on constate que la Constitution du Paraguay articule tout de suite la liberté d'expression et la liberté de presse conjointement dans le même article. Ce qui relève d'une position commune aux Cours du Mercosur. Il s'agit ici plus précisément de l'interaction entre ces deux libertés qui sont étroitement liées.

Un autre contenu jurisprudentiel, qui sera par la suite confirmé est déjà présent dans l'énoncé de l'article 29 de la Constitution de l'Uruguay. Il s'agit de la responsabilité qui ne s'engage qu'*a posteriori*. Elle permet une liberté d'expression dans toute son ampleur qui ne peut subir des restrictions que par vertu d'une réglementation par la loi et qui doit rester conforme aux prescriptions constitutionnelles.

Ces interactions, qui seront rendues visibles par la suite dans l'analyse jurisprudentielle comparée à venir, mettent en avant la place qu'occupe l'analyse topique des normes constitutionnelles et l'importance de la réflexivité pour l'herméneutique.

Cependant, il est important de faire mention à la Cour du Brésil, lorsqu'elle affirme que «la liberté d'expression est un des fondements essentiels d'une société démocratique. La démocratie ne peut exister qu'à partir de la consécration de la pluralité d'idées et de pensées, de la tolérance envers les opinions et de l'esprit ouvert au dialogue»⁶.

4 Texte original: «Artículo 26 - De la Libertad de Expresión y de Prensa - Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa. [...] Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines». (PARAGUAY. Constituição. *Constitución de la República de Paraguay*. Assunción, 20 jun. 1992).

5 Texte original: «Artículo 29. - Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieron». (URUGUAY. Constituição. *Constitución de la República Oriental del Uruguay*. Montevideo, 15 feb. 1967).

6 Texte original: "A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e a Demo-

Elle précise que «notre réalité constitutionnelle est subordonnée au principe de la réserve qualifiée, c'est-à-dire, à la préservation de la dignité de la personne humaine comme un axe conducteur de la vie sociale et politique»⁷. Dans ce contexte, le *Supremo Tribunal Federal* s'est prononcé pour reconnaître que

[...] la liberté d'expression relève d'un aspect essentiel du droit assuré à tous, qu'est celui de manifester ses pensées et ses convictions, tout en exprimant ses idées et en faisant véhiculer ses messages doctrinaires. Tout cela sans que pour autant il n'y ait aucune possibilité de conformation de l'étendu de ce droit à partir d'une intervention étatique législative quelconque.⁸

Pour sa part, la Cour argentine soutient que «dans la structure de [l'édifice] constitutionnel, il existe certains principes à caractère architectonique, l'un d'entre eux est bien cet aspect de la liberté d'expression qui permet à la personne de ne pas exprimer ce qu'elle ne veut pas exprimer»⁹.

D'emblée, trois aspects ressortent de la jurisprudence des Cours constitutionnelles du Mercosur: la liberté d'expression est un fondement essentiel de la société démocratique et elle est subordonnée à la préservation de la dignité de la personne humaine. À cela s'ajoute que cette liberté, à caractère architectonique pour le droit, relève aussi d'un droit au silence. En effet, chacun a la possibilité de ne dire que ce qu'il veut dire et cela en tout liberté.

D'autre part, la jurisprudence constitutionnelle autant que les normes constitutionnelles elles-mêmes précisent les restrictions opposables à la liberté d'expression. Dans cette optique, deux aspects initiaux touchent au premier centre de réflexion qu'est la liberté d'expression.

Ces deux aspects font l'objet des sections suivantes: les dimensions jurisprudentielles de la liberté d'expression et les restrictions qu'elles subissent, soit par une construction herméneutique, soit en conséquence des propres normes constitutionnelles.

2 LES DIMENSIONS JURISPRUDENTIELLES DE LA LIBERTE D'EXPRESSION

Afin de bien identifier la tessiture qui ressort des décisions constitutionnelles qui sont concernées par la recherche qui touche à la présente section, l'analyse

cracia somente existe a partir da consagração do pluralismo de idéias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n° 579243*. Brasília, DF, 13 fev. 2006).

7 Texte original: "nossa realidade constitucional está subordinada ao princípio da reserva qualificada, isto é, a preservação da dignidade da pessoa humana como eixo condutor da vida social e política". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 130*. Brasília, DF, 30 abr. 2009).

8 Texte original: "A liberdade de expressão representa [...] uma projeção significativa do direito que a todos assiste de manifestarem, sem qualquer possibilidade de intervenção estatal na conformação legislativa dessa prerrogativa básica, o seu pensamento e as suas convicções, expondo as suas idéias e fazendo veicular as suas mensagens doutrinárias". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 956*. Brasília, DF, 20 abr. 2001).

9 Texte original: «en la estructura constitucional, existen determinados principios de carácter indudablemente arquitectónico. Uno de estos es, a las claras, ese aspecto de la libertad de expresión que autoriza a no expresar lo que no se quiera expresar». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision R. 198, XXXI*. Recurso de Hecho. Rozenblum, Horacio Bernardo c/ Vigil, Constancio Carlos y otros. Buenos Aires, 25 agosto 1998).

comparée doit se faire sous deux angles: celui de la place de la liberté d'expression dans la démocratie et celui de la liberté d'expression des agents et des mandataires publics.

Premièrement, la construction jurisprudentielle explicite le sens plus ou moins élargi ou plus ou moins nuancé de ce qu'est la liberté d'expression dans ces respectifs ordres constitutionnels. Elle met en lumière aussi l'interaction entre le droit à la libre expression et divers autres principes et droits dans leur relation complémentaire ou conflictuelle. Cela permet d'aboutir enfin à l'étude des restrictions applicables à la liberté d'expression et d'observer les modulations jurisprudentielles reconnues par les Cours du Mercosur.

2.1 LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS UNE DÉMOCRATIE

Un noyau central de significations partagées est dès lors identifiable: la Cour argentine fait référence à un débat d'idées entre les individus. Il a pour aboutissement un consensus minimal sur la tolérance envers les différentes opinions. Ceci est le principal instrument de renforcement de la démocratie. La Cour brésilienne fait appel au besoin d'une pluralité d'idées comme fondement de la République et condition de légitimation du régime démocratique. La Cour du Paraguay voit dans la liberté d'expression un droit structurant pour le fonctionnement de la démocratie qui dépend d'un réseau de libre communication publique.

Pour ce qui est de l'analyse comparée, les passages concernés et présentés successivement soulignent le raisonnement qui vient d'être présenté:

La Suprema Corte de Justicia de la Nation argentine:

La Cour a pour fonction de mettre en avant les fondements et les possibilités d'un consensus social minimal tout en permettant à tous d'agir sur la base d'une tolérance envers les différentes opinions. [...] Les débats enflammés et les plus pénétrantes des critiques ne doivent pas faire peur, puisqu'ils sont le principal instrument de renforcement de la démocratie délibérative, en plus de représenter une assurance contre les décisions arbitraires et peu transparentes.¹⁰

Le Supremo Tribunal Federal du Brésil:

Les libertés de la pensée sont des prérogatives constitutionnelles essentielles, dont le respect de la part de l'État et de ses agents publics est une condition nécessaire à la légitimation du régime démocratique. La libre expression et diffusion d'idées ne peut pas être empêchée par l'État, puisque la pluralité d'idées est un fondement de la République et sous-tend la propre conception d'État démocratique de droit¹¹

¹⁰ Texte original: «Es función de esta Corte fundamantar, propiciar y proteger los consensos básicos para el funcionamiento de una sociedad en la que se pueda convivir con tolerancia de opiniones diferentes. [...] Los debates arduos y las críticas penetrantes no deben causar temor, ya que son el principal instrumento para fortalecer una democracia deliberativa, que es principal reaseguro contra las decisiones arbitrarias y poco transparentes. [...]». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision B. 2522, XLI*. Recurso de Hecho. Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge y otros. Buenos Aires, 16 nov. 2009).

¹¹ Texte original: “[...] as liberdades públicas do pensamento são prerrogativas constitucionais essenciais, cujo respeito efetivo, por parte do Estado e de seus agentes, qualifica-se como pressuposto necessário à própria legitimação substancial do regime democrático. A livre expressão e divulgação de idéias não deve ser impedida pelo Estado, especialmente se se considerar que

ou, alors,
La liberté d'expression [...] est la 'medulla' de l'État de droit. Elle assure au citoyen l'activité d'informer et le droit d'être informé¹²

La *Corte Suprema de Justicia* du Paraguay:
le droit à la libre expression et le droit à l'information sont structurants pour le bon fonctionnement de la démocratie, une fois que celle-ci ne peut exister sans un authentique réseau de libre communication publique¹³

Deux idées principales ressortent de la jurisprudence constitutionnelle et relèvent d'une identité mercosulienne sur ce sujet. Elles sont donc analysées en les présentant de la manière suivante: d'un côté, la liberté de presse considérée comme corollaire à la liberté d'expression puisqu'il s'agit du moyen le plus important de diffusion des idées. Et d'un autre côté, on distingue la cohabitation des contraires comme vertu démocratique.

2.1.1 La liberté de presse en tant que corollaire à la liberté d'expression

L'un des contenus jurisprudentiels les plus stables en ce qui concerne la liberté d'expression est celui qui établit une corrélation entre celle-ci et la liberté de presse. Il s'agit, comme l'a bien souligné la Cour argentine, de la «prééminence qu'accorde la Constitution Nationale à la liberté d'expression et d'information dans le but d'un renforcement du débat d'idées entre les individus qui habitent dans un État démocratique»¹⁴. De plus, cette liberté «est basée sur la reconnaissance fondamentale de la faculté attribuée à toutes les personnes de pouvoir publier ses idées dans la presse sans avoir à en subir une censure préalable, c'est-à-dire, sans le contrôle préventif de l'autorité sur ce qu'elle va dire»¹⁵.

Elle continue en affirmant que «parmi toutes les libertés consacrées par la Constitution, la liberté de presse est celle qui possède le plus haut statut, puisque sans elle il n'y aurait qu'une démocratie apparence et insensée»¹⁶.

o pluralismo de idéias, fundamento desta República, revela-se subjacente à própria concepção do Estado democrático de direito". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510*. Brasília, DF, 6 ago. 2008).

12 Texte original: "[...] a medula [...] do Estado Democrático de Direito, que é a norma asseguradora da liberdade de expressão; assegura a atividade de informar e, acima de tudo, o direito do cidadão de ser informado". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741*. Brasília, DF, 6 ago. 2006).

13 Texte original: «[...] los derechos a la libre expresión y a la información tienen un rol estructural en el funcionamiento de la Democracia, ya que ésta no puede existir sin una auténtica comunicación pública libre. Por eso, tales derechos ocupan un lugar privilegiado en la pirámide de Principios Constitucionales». (PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. *Acción de Inconstitucionalidad*: «Radio Ñanduti S.A. c/ Arts. 305 y 329 de la Ley Nº 834/96 (Código Electoral)». Año 2003, n. 1631. Acuerdo y Sentencia Numero: Mil Doscientos Ochenta y Siete. Assunción, 3 dic. 2007).

14 Texte original: «[...] la preeminencia que la Constitución Nacional otorga a la libertad de expresión y de información en aras del fortalecimiento del debate de ideas entre individuos que viven en un Estado democrático, radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir, (doctrina de Fallos: 293:560; 306:1892...)). (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision M. 368, XXXIV*. Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios – sumario. Buenos Aires, 14 jul. 2000).

15 Ibidem.

16 Texte original: «Con respecto a la libertad de expresión, esta Corte ha declarado en forma reiterada el lugar eminente que ella tiene en un régimen republicano. En este sentido ha dicho desde antiguo que "[...] entre las libertades que la Constitución

Par ailleurs, la force de la jurisprudence en ce qu'elle relève quelquefois d'une capacité à dévancer les évènements se montre clair dans la mention que les deux cours -autant la brésilienne que l'argentine- font aux bases matérielles sur lesquelles la diffusion de la pensée et des opinions devient possible. Les développements technologiques ultérieurs ont prouvés qu'elles avaient raison de se mettre dans des états d'esprits précautionnaires.

La Cour Suprême du Brésil a donc reconnu que «les libertés de la pensée, la liberté de création, d'expression et d'information sont protégées [...] indépendamment du moyen technique de diffusion»¹⁷. Celle de l'Argentine a déjà auparavant affirmé que «la garantie constitutionnelle soutient la liberté d'expression dans la presse, elle la protège de la censure préalable et elle couvre également les manifestations diffusées par la radio et par la télévision, puisque ces médias sont [toutes les deux] des moyens de diffusion d'idées»¹⁸.

2.1.1.1 une relation de causalité mutuelle : les médias et la liberté d'expression.

La place qu'occupe la presse n'a pas changé, malgré les développements technologiques actuels. On reconnaît d'ailleurs la presse comme le moyen principal de diffusion de la pensée. Sa relation avec la liberté d'expression est donc présente dans la jurisprudence constitutionnelle aussi bien que dans la Constitution d'un État-membre du Mercosur. C'est le cas de l'article 26 de la Constitution du Paraguay intitulé 'De la Liberté d'Expression et de Presse'.

La cour brésilienne s'en est ainsi prononcée sur ce point:

La pleine liberté de presse équivaut à un patrimoine immatériel des plus éloquents au sujet de l'évolution politico-culturelle d'un peuple. En raison de sa façon de revitaliser plusieurs contenus constitutionnels, la presse, par son action, finit par établir avec la démocratie une relation de causalité mutuelle, qui les renforcent l'une et l'autre.¹⁹

Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal [...] (Fallos: 248:291; 315:1943; 320:1972 y 321:2250)». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision B. 2522, XLI. Recurso de Hecho. Brugo, Jorge Angél c/ Lanata, Jorge y otros.* Buenos Aires, 16 nov. 2009).

17 Texte original: "os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte fático ou tecnológico de sua veiculação". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130.* Brasília, DF, 30 abr. 2009).

18 Texte original: «La garantía constitucional que ampara la libertad de expresarse por la prensa sin censura previa cubre a las manifestaciones vertidas a través de la radio y televisión, en tanto éstas constituyen medios aptos para la difusión de las ideas». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision 'Maria Romilda Servini de Cubria'.* Buenos Aires, 8 sept. 1992).

19 Texte original: "A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais estranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130.* Brasília, DF, 30 abr. 2009).

Par ailleurs, «le journalisme et la liberté d'expression sont imbriqués de par leur propre nature et ne peuvent pas être pensés ni traités séparément»²⁰.

Cette relation de co-dépendance a été reconnue par la Constitution du Paraguay puisqu'elle est clairement explicitée dans le texte de la Constitution. Cependant, l'analyse topique de l'article 26 ci-dessus permet de voir les convergences que l'on peut accorder avec l'interprétation de la Cour brésilienne, de la Cour argentine et la Cour paraguayenne qui va d'ailleurs dans le même sens.

D'un côté le *Supremo Tribunal Federal* affirme que «la liberté de presse est une projection de la liberté de manifestation de la pensée et de la liberté de communication. Ceux-ci sous-tendent le droit d'informer, le droit de chercher des informations, le droit d'opiner et le droit de critiquer»²¹. Cela va de pair avec la décision de la Cour argentine, car elle reconnaît également qu'«il y a une relation étroite entre les médias [...] et la liberté d'expression [puisqu'il] suffit qu'une restriction quelconque soit imposée à l'activité des médias pour que le plein exercice de la liberté d'expression soit en danger [...]. Voilà la raison pour laquelle les médias relèvent d'une activité privée d'intérêt social»²².

La Cour du Paraguay reconnaît également le lien étroit entre ces deux libertés du fait d'un intérêt général: «L'interaction entre la liberté d'expression, le droit à l'information et le droit d'être informé empêche de ne pas prendre en compte ou d'interdire la diffusion d'une opinion publique qui n'est pas contraire au droit et qui relève d'un intérêt général»²³. De plus, la *Corte Suprema de Justicia* affirme qu'il n'est pas possible «de restreindre la connaissance de ce contenu d'intérêt général au point de ne révéler qu'insuffisamment son contenu. Autrement dit, on ne peut pas empêcher l'opinion publique d'accéder à une information d'intérêt public»²⁴. On pourrait d'ailleurs y voir un aspect du «patrimoine immatériel de l'évolution politico-culturelle d'un peuple» comme l'a signalé la Cour du Brésil.

Il convient de montrer à présent un autre aspect de cette relation de causalité mutuelle. Il s'agit de la place qu'occupe la liberté de presse pour la liberté d'expression du parlementaire face aux droits des citoyens dans une démocratie.

20 Texte original: "O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 511961*. Brasília, DF, 11 jun. 2009).

21 Texte original: "Não se pode que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130*. Brasília, DF, 30 abr. 2009).

22 Texte original: «existe una estrecha relación entre los medios de comunicación -el vehículo por el cual se transmiten las ideas o informaciones- y el concreto ejercicio de la libertad de expresión [...]. Bastaría una simple restricción a la actividad de tales medios, para coartar el pleno ejercicio de esta libertad (conf. Fallos: 315:1943, considerando 10). Es por ello que las empresas periodísticas configuran el ejercicio privado de funciones de interés social. [...]». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision A. 215, XXXVII*. Asociación Mutual Carlos Mujica c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional – COMFER) s/ amparo. Buenos Aires, 17 jun. 2009).

23 Texte original: Cuando se regulan la libertad de expresión, el derecho a la información y el derecho de informar, no se puede desconocer ni la difusión de una opinión pública que no es contraria a derecho y sí de interés general, al punto de que la información en sí no se configura por insuficiencia de contenido: es decir, no se puede impedir que a la opinión pública le llegue una información sobre la cual recae un legítimo interés público». (PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. *Excepción de Inconstitucionalidad*: «Opuesta por el Sr. Demetrio Rojas en el Expte: Demetrio Rojas s/ Violación del Artículo 305 de la Ley 834/96». Año 1997, n. 936. Acuerdo y Sentencia Numero: Doscientos Treinta y Dos. Assunción, 10 abr. 2002).

24 Ibidem.

La Cour argentine a bien exprimé ce point précis puisqu'elle considère qu'«il s'agit, en outre, de permettre aux citoyens de prendre connaissance -par le moyen des médias- de l'exercice de la fonction législative du parlementaire»²⁵.

Cette préoccupation dans la jurisprudence argentine fait écho avec ce que dit la Cour du Paraguay:

Notre Constitution établit un paramètre pour la protection de la liberté d'expression et de la liberté de presse: il s'agit du droit qu'ont les citoyens de recevoir l'information. Voici l'article 26 - De la liberté d'expression et de presse. La liberté d'expression et la liberté de presse sont garanties, tout autant que la diffusion des pensées et des opinions, sans aucune censure, et sans d'autres limitations que celles établies par cette Constitution; en conséquence de quoi, aucune loi ne sera édictée pour interdire ou restreindre ces droits. Il n'y a pas de délits de presse. Il n'y a que des délits commis par la presse. Toute personne a le droit de produire, d'analyser et de diffuser l'information, ainsi que d'employer tous les moyens utiles à ces fins²⁶.

On peut résumer les diverses convergences observées en disant que la liberté d'expression et la liberté de presse établissent entre elles un lien étroit qui relève d'un intérêt général. Et cette relation de causalité mutuelle a des repercussions sur la liberté d'expression du parlementaire qui œuvre pour la démocratie.

Finalement, la Constitution Fédérale du Brésil établit une immunité fiscale applicable au papier destiné à l'impression des journaux. La jurisprudence a nuancé la prescription constitutionnelle concernée en reconnaissant que «l'immunité fiscale [applicable au papier pour l'impression des journaux] est extensible aux matières premières nécessaires pour sa fabrication»²⁷.

De plus, elle précise que

[...] le constituant, en reconnaissant cette faveur [fiscale], n'a pas émis de réserve quant au contenu de l'œuvre, à sa valeur artistique, didactique ou à l'importance des informations diffusées et à la qualité culturelle de la publication [...] Il n'y a donc pas lieu pour l'applicateur du droit constitutionnel d'anéantir cette faveur fiscale, qui représente la protection d'un droit aussi important pour la démocratie. Il ne peut le faire, sur la base de

25 Texte original: «Los ciudadanos deben poder acceder -mediante los medios masios de comunicación- al ejercicio irrestricto de esas funciones que corresponden al legislador». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision C. 1526, XXXVI*. Recurso de Hecho. Cossio, Ricardo Juan c/ Viqueira, Horacio. Buenos Aires, 17 feb. 2004).

26 Texte original: «Nuestra Constitución establece el marco de protección, tanto de la libertad de expresión y prensa, como el derecho que tienen los ciudadanos de recibir información, así, Artículo 26.- "De la libertad de expresión y de prensa. Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o restrinja. No habrá delito de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa. Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines». (PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. *Acción de Inconstitucionalidad*: "Radio Nanduti S.A. c/ Arts. 305 y 329 de la Ley N° 834/96 (Código Electoral)". Año 2003, n. 1631. Acuerdo y Sentencia Numero: Mil Doscientos Ochenta y Siete. Assunción, 3 dic. 2007).

27 Texte original: "Extensão da imunidade tributária aos insumos utilizados na confecção de jornais". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 203859*. Brasília, DF, 11 dez. 1996).

considérations qui portent sur un jugement subjectif à propos de la qualité culturelle ou de la valeur pédagogique de l'oeuvre.²⁸

Le *Supremo Tribunal Federal* s'est aussi prononcé sur la distinction qu'établit la Constitution du Brésil entre la réglementation juridique de la presse et celle de la publicité: 'Pour la première, il s'agit de la liberté de manifestation de la pensée dans laquelle s'inscrit la liberté de presse en qualité d'un droit de diffuser des informations et des opinions [...] par le moyen des médias. Il s'agit d'une liberté assurée au niveau constitutionnel et selon une interdiction explicite de toute forme de censure ou d'un contrôle préalable. Ses seules limites sont celles qui découlent de la responsabilité pour les abus commis – mais tout cela doit être vérifiée *in concreto* et *a posteriori*»²⁹.

2.1.1.2 Une vertu démocratique: la cohabitation des contraires

La liberté de presse est considérée comme corollaire à la liberté d'expression. D'une part, elles relèvent d'une relation de causalité mutuelle, et d'autre part, elle confirme la grande valeur de la pluralité pour le maintien de la démocratie. On peut ainsi résumer les convergences jurisprudentielles des Cours du Mercosur sur ce sujet.

Tout d'abord, il semble important de souligner les bienfaits de la co-habitation des contraires. Selon la formule jurisprudentielle de la Cour du Brésil:

[...] la pluralité est la vertu démocratique de la co-habitation des contraires. La presse libre est plurielle puisque la constitution interdit l'oligopolisation et la monopolisation de cette activité. L'interdiction du monopole et de l'oligopole sont des facteurs nouveaux de contention des abus de ce 'pouvoir social' qu'est la presse.³⁰

La Cour brésilienne affirme également que

[...] le prix du silence pour la santé institutionnelle des peuples est beaucoup plus élevé que le prix de la libre circulation des idées. Pour survivre, la démocratie dépend autant de l'information que du vote puisque parfois ce dernier n'est qu'une

28 Texte original: "O constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. [...] Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 221239*. Brasília, DF, 25 maio 2004).

29 Texte original: "sob a égide da Constituição anterior, entre a regulamentação jurídica da imprensa e da publicidade, nos seguintes termos [...]: 'A primeira é a da liberdade de manifestação de pensamento, na qual se insere a liberdade de imprensa, enquanto direito de divulgar informações e opiniões de qualquer natureza, através dos veículos de comunicação social. Trata-se de liberdade constitucionalmente assegurada, em termos que repelem explicitamente toda a forma de censura ou de controle prévio: seus únicos limites derivam da responsabilidade - que há de apurar-se em concreto e *a posteriori* - pelos abusos cometidos". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 956*. Brasília, DF, 20 abr. 2001).

30 Texte original: "[...] um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5° do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado 'poder social' da imprensa". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 130*. Brasília, DF, 30 abr. 2009).

apparence, un objet de manipulation. [...] les régimes totalitaires peuvent bien vivre en compagnie du vote, jamais en compagnie de la liberté d'expression.³¹

La valeur de la pluralité encore soulignée par la Cour Suprême lors du jugement d'un cas concernant la publication d'un livre à caractère raciste. La relation entre la liberté d'expression et l'égalité politique est évoquée par la doctrine juridique en ces termes:

Une société démocratique doit protéger le droit à la liberté d'expression dans la même mesure où elle protège le droit à la non-discrimination. Pour parvenir à l'égalité politique il est nécessaire d'interdire la discrimination et toute sorte d'exclusion [...] Pour parvenir à la liberté d'expression, il est primordial d'éviter à toute allure la censure gouvernementale du discours et de la presse. [...] On voit donc combien la discrimination raciale librement exprimée peut compromettre un des piliers du système démocratique et l'idée même d'égalité.³²

La dimension de la pluralité de la liberté de presse est corollaire à la liberté d'expression dans la jurisprudence constitutionnelle du Brésil. On peut noter trois dimensions: celle de la co-habitation des contraires, celle de l'égalité politique et celle de la non-discrimination. Il convient de ne pas oublier que le «système d'équilibrage entre la liberté de communication et le respect pour les droits de la personnalité s'inspire de l'analyse scientifique proposée par [...] la Cour Constitutionnelle allemande [...] que l'on nomme un 'processus de pondération'»³³.

À ce propos, la Cour Suprême d'Argentine fait plutôt mention au besoin de tolérance envers les différentes opinions. En effet, elle promet «la protection d'un consensus social minimal qu'en même temps permet à tous d'agir sur la base d'une tolérance envers les différentes opinions»³⁴. Elle fait aussi référence à la nécessité «de renforcer le débat d'idées entre les individus qui habitent le même État démocratique»³⁵.

31 Ibidem. Texte original: "O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das idéias. A democracia, para subsistir, depende da informação e não apenas do voto; este, muitas vezes, pode servir de mera chancela, objeto de manipulação. A democracia é valor que abre as portas à participação política, de votar e de ser votado, como garantia de que o voto não é mera homologação do detentor do poder. Dito de outro modo: os regimes totalitários convivem como voto, nunca com a liberdade de expressão".

32 Texte original: Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa» (Boyle, Hate Speech, p. 490). Como se vê, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 82424*. Brasília, DF, 17 set. 2003).

33 Ibidem. Texte original: "Esse sistema próprio de equilíbrio entre a liberdade da comunicação e o respeito aos direitos de personalidade provoca imperativamente uma análise científica daquilo que nosso Presidente, Ministro Gilmar Mendes, examinando decisões da Corte constitucional alemã, particularmente quando do julgamento do chamado 'Caso Lebach', chamou de processo de ponderação".

34 Texte original: «[...] proteger los consensos básicos para el funcionamiento de una sociedad en la que se pueda convivir con tolerancia de opiniones diferentes». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision B. 2522, XLI*. Recurso de Hecho. Brugo, Jorge Angél c/ Lanata, Jorge y otros. Buenos Aires, 16 nov. 2009).

35 Texte original: «[...] en aras del fortalecimiento del debate de ideas entre individuos que viven en un Estado democrático». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision M. 368, XXXIV*. Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios – sumario. Buenos Aires, 14 jul. 2000).

Pour sa part, la cour du Paraguay confirme la notion de démocratie pluraliste, ce qui consiste en somme à confirmer également le concept de respect de la cohabitation des contraires. Elle souligne que

[...] les conflits entre la liberté d'expression et la liberté de presse [...] doivent être interprétés dans un contexte général, cohérent et intégré dans toute son ampleur au système normatif paraguayen. Il reste en accord avec les autres droits et garanties énoncés dans la Constitution sous le respect du préambule où l'on affirme les principes de la démocratie républicaine, représentative, participative et pluraliste, et où l'on reconnaît également la dignité de la personne humaine.³⁶

2.1.2 La polysémie de la liberté d'expression

On peut aussi revendiquer que c'est la propre polysémie de la notion de liberté d'expression qui inspire la pluralité dont elle ne peut se détacher et qui est à l'origine des processus qui la constituent et la rendent visible. D'ailleurs, ce concept de pluralité, qui est à la base de la démocratie participative et dont la liberté d'expression est un élément essentiel, est à retrouver dans la jurisprudence des Cours constitutionnelles du Mercosur sous plusieurs aspects.

Dans le cas de l'examen de la polysémie en question, et par le biais de la présente analyse, il semble nécessaire de dévoiler l'identité constitutionnelle étudiée et d'identifier les opérations d'analyse interprétative entretenues par les juridictions constitutionnelles.

En fait, les interactions qu'elles mettent en avant entre la liberté d'expression et les différents droits et principes sont un point commun de leur démarche. Que ce soit parce que les énoncés jurisprudentiels ne versent pas sur les mêmes questions ou parce que l'interprétation ne se fait que d'après une perspective identique, la démarche herméneutique trouve un point d'appui commun: celui d'une interaction établie par la jurisprudence.

2.1.2.1 Les interactions entre la liberté d'expression et les multiples droits constitutionnels

Il se peut que la décision la plus emblématique au sujet des interactions entre la liberté d'expression et d'autres droits soit celle où la Cour argentine affirme qu'«en matière de liberté d'association, il est clair que celle-ci relève d'une interaction avec la liberté de presse, de même qu'avec le droit de réunion»³⁷.

36 Texte original: «[...] el conflicto surgido con las libertades de expresión y de prensa sustentadas en la Carta Magna en grado superlativo, debe ser interpretado en un contexto general, amplio, coherente e integrado a todo el sistema normativo paraguayo, acorde con los demás derechos y garantías también enunciados en la propia Ley fundamental, desde su propio Prámbulo cuando reafirma los principios de la Democracia republicana representativa, participativa y pluralista, así como el reconocimiento a la dignidad humana». (PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. *Acción de Inconstitucionalidad*: "Radio Ñanduti S.A. c/ Arts. 305 y 329 de la Ley N° 834/96 (Código Electoral)". Año 2003, n. 1631. Acuerdo y Sentencia Numero: Mil Doscientos Ochenta y Siete. Assunción, 3 dic. 2007).

37 Texte original: «[...] en materia de libertad de asociación es patente la interacción existente, al igual de lo que ocurre con el derecho de reunión, con la libertad de expresión o de prensa, ya que, tal como lo señaló esta Corte en «Arjones» (Fallos:

Tout comme la complexité polysémique d'une interprétation constitutionnelle, on remarque que plusieurs aspects constituent l'étendu de ce droit:

Le droit de réunion s'en remet à la liberté de l'individu, à la liberté de parole, à la liberté d'association. On ne pourrait concevoir l'exercice de ces droits ou même la possibilité d'assurer les bénéfices de la liberté et de la prospérité pour nous mêmes et pour tous les habitants du sol argentin [...] sans la liberté de se réunir, de s'associer, d'apprendre et d'enseigner, de diffuser ses idées, de se diriger aux autorités, de participer à l'opinion publique et d'aborder d'autres buts licites.³⁸

L'exercice même de la citoyenneté en dépend.

De plus, La *Corte Suprema de Justicia* d'Argentine établit une interaction entre la liberté de presse et la publicité étatique selon les termes suivants:

Il existe un droit contre l'affectation arbitraire [de la publicité], c'est-à-dire, contre l'atteinte à la liberté de presse par des moyens économiques. L'État peut en tout cas décider de faire ou de ne pas faire de la publicité étatique. Il s'agit d'une décision qui s'inscrit dans la sphère discrétionnaire de l'État. S'il décide de le faire, pourtant, il se voit obligé de respecter deux critères constitutionnels: 1) il ne peut y avoir de manipulation de la publicité, en l'attribuant à certains médias et non pas à d'autres, ou alors de suspendre la diffusion par certains médias en se basant sur des critères discriminatoires; 2) il ne peut y avoir lieu à une utilisation de la distribution de la publicité étatique en tant que moyen indirect de limitation de la liberté d'expression [...] Le point essentiel à considérer par la Cour dans ce cas, ce n'est pas le contenu concret de l'information diffusée, mais plutôt le fait que le Pouvoir Public a décidé de réduire ou de faire cesser la publicité étatique (déjà accordée) dans le but de taire ou de restreindre les opinions dans le débat public.³⁹

Pour sa part, la démarche herméneutique du *Supremo Tribunal Federal* du Brésil va dans le même sens que la considération des interactions entre la liberté d'expression et d'autres droits. Par exemple, pendant le jugement d'un cas con-

191:139)». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision A. 2036, XL*. Recurso de Hecho. Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual c/ Inspección General de Justicia. Buenos Aires, 21 nov. 2006).

38 Ibidem. Texte original: «[...] El derecho de reunión tiene su origen en la libertad individual, en la libertad de asociación. No se concibe cómo podrían ejercerse estos derechos, cómo podrían asegurarse los beneficios de la libertad 'para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino', según los términos consagratorios del Prámbulo, sin la libertad de reunirse o de asociarse, para enseñar o aprender, para propagar sus ideas, peticionar a las autoridades, orientar la opinión pública y tratar otros fines lícitos [...]».

39 Texte original: «Existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos. La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. [...] El punto consiste, más bien, en considerar que, a raíz del contenido concreto de la expresión, el poder administrador ha decidido disminuir o cesar la publicidad oficial como instrumento para silenciar o para restringir las voces en el ámbito del debate público». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision E. 1, XXXIX*. Originario. Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción de amparo. Buenos Aires, 5 sept. 2007).

cernant un débat qui avait eu lieu au sein des Forces Armées, la Cour Suprême s'est ainsi prononcée:

[...] le débat académique sur le droit militaire inspire tout naturellement une vision critique sur des questions controversées, ce qui ne peut pas être confondu avec l'incitation à l'indiscipline et au manque de respect [...], ni avec la diffusion d'informations fausses susceptibles de porter atteinte à la dignité des Forces Armées [...], et cela sous peine de violer le droit constitutionnel à la libre manifestation de la pensée.⁴⁰

De même, lors d'une décision prise par la Cour en 1964 face aux mouvements pour les libertés publiques au Brésil, le rapporteur défend le droit constitutionnel à la manifestation de la pensée dans le contexte de la vie académique. Il affirme aussi que «le problème de la 'liberté académique' ['liberté de chaise'] est plus important et sérieux que celui de la liberté de la pensée en général [puisque] l'idée publiée est plus susceptible de traduire des actes concrets»⁴¹.

À l'égard des interactions concernées, le calibrage entre la liberté d'expression et le 'hate speech' (les discours de haine raciale) effectué par la Cour Suprême en est un exemple. Il s'agissait d'écrire, publier et vendre des livres faisant l'apologie d'idées discriminatoires contre la communauté judaïque. Pendant le jugement de ce cas, la Cour affirme que «le droit à la libre expression n'est pas en mesure de mettre à l'abri les manifestations immorales correspondant à des délits pénaux. Les libertés publiques ne sont pas incondtionnelles. Elles doivent être exercées de manière harmonieuse dans le respect des limites établies dans la Constitution»⁴². En effet, personne ne peut méconnaître que «dans les sociétés contemporaines, il y a une grande préoccupation pour l'exercice de la liberté d'expression notamment dans le cas de l'incitation à la discrimination raciale»⁴³. En somme, la liberté d'expression «est fondamentale à la démocratie [...] cependant on remarque que lorsque la discrimination raciale est servie par la liberté d'expression, elle porte atteinte à un des piliers du système démocratique qu'est la valeur de l'égalité politique»⁴⁴.

D'autre part, la Cour constitutionnelle du Paraguay établit une corrélation entre la liberté d'expression et le droit à une défense pleine et entière. Les fondements

40 Texte original: "o debate acadêmico sobre o Direito Militar é naturalmente sempre próprio à visão crítica de questões controvertidas, o que não pode, em si, ser confundido com incitamento à desobediência ou indisciplina (art. 155), nem com ato de proparar fatos inverídicos capazes de ofender a dignidade ou abalar o crédito das Forças Armadas (art. 219), sob pena de insultar-se o direito constitucional de livre manifestação do pensamento". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 95348*. Brasília, DF, 2 fev. 2010).

41 Texte original: "sinto-me no dever de ponderar que o problema da liberdade de cátedra é muito mais importante, muito mais sério, do que o da liberdade de pensamento em geral. [...] A idéia impressa é mais suscetível de se traduzir em atos concretos". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 40910*. Brasília, DF, 24 ago. 1964).

42 Texte original: "Escrever, editar, divulgar e comercializar livros 'fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias' contra a comunidade judaica [...] O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionadas, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 82424*. Brasília, DF, 17 set. 2003).

43 Texte original: "Não se desconhece, porém, que, nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o exercício de liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do 'hate speech'. Ressalte-se, porém, que o 'hate speech' não tem como objetivo exclusivo a questão racial [...]". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 82424*. Brasília, DF, 17 set. 2003).

44 Ibidem. Texte original: "A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia [...] Como se vê, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade".

d'une de ses décisions affirme que celle-ci a été prise «en raison du respect à la liberté d'expression et d'argumentation dues à la Défense»⁴⁵. Une autre décision énumère entre ses fondements le fait que les décisions appelées «n'ont pas porté atteinte aux normes constitutionnelles qui garantissent la liberté d'expression et de presse, l'emploi des médias pour la communication sociale, le droit à l'information, le libre exercice du journalisme, le droit à l'égalité»⁴⁶.

L'identité des opérations d'analyse herméneutique est claire. La Cour argentine reconnaît une interaction entre la liberté d'expression et le droit de réunion, la liberté de l'individu, la liberté d'association, la liberté d'apprendre, la liberté d'enseigner, la liberté de diffuser ses propres idées, la liberté de s'adresser aux autorités et le droit de participer à l'opinion publique. Elle établit un lien entre la liberté de presse et la distribution de la publicité étatique mais selon certains critères.

La Cour du Brésil établit une interaction entre la liberté d'expression, la liberté académique, le droit à la non-discrimination et l'égalité politique dans une démocratie. La Cour du Paraguay reconnaît un lien entre la liberté d'expression, le droit à l'égalité et le droit à une défense pleine et entière.

Ces démarches herméneutiques relèvent d'une identité constitutionnelle des Cours mercosuliennes en ce qui concerne la possibilité d'établir jurisprudentiellement des interactions entre la liberté d'expression et d'autres droits.

2.2 La liberté d'expression de l'agent politique et de l'agent public

On constate qu'une des dimensions jurisprudentielles de la liberté d'expression est celle de la manière dont cette liberté peut être exercée par les agents politiques et par les agents publics. Les garanties inscrites dans les Constitutions nationales qui concernent les Parlementaires ainsi que l'étendue de la liberté d'expression des fonctionnaires publics, sont des points qui ont été développées par la jurisprudence des Cours du Mercosur. On peut démontrer cela en s'appuyant sur les décisions des différentes Cours constitutionnelles.

D'un côté, on peut identifier l'immunité parlementaire qui est étroitement liée à la délibération publique dans l'exercice des fonctions politiques, et d'un autre côté, il y a le devoir qu'ont les fonctionnaires d'agir en toute transparence dans l'exercice des fonctions administratives. Ces deux aspects sont importants pour la compréhension des convergences jurisprudentielles sur le sujet de la liberté d'expression.

45 Texte original: «Se respeta por el reconocimiento a la libertad de expresión y argumentación que le asiste a la Defensa». (PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. *Expediente*: “Alfredo Ramon Velazquez, D.R.R.R., Alcides Ortellado Baez y Otros s/ Homicidio y Robo en Caazapa”. Acuerdo y Sentencia Número: Mil Ciento Sesenta y Dos. Assunción, 4 oct. 2010).

46 Texte original: «De los argumentos expuestos en los fallos cuestionados se desprende que no ha existido violación de las normas constitucionales que garantizan la libertad de expresión y de prensa, el empleo de los medios masivos de comunicación social, el derecho a la información, el libre ejercicio del periodismo, el derecho a la igualdad [...]». (PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. *Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio*: “Gosi Sociedad Anónima, Industrial, Comercial e Inmobiliaria c/ Club Rubio Ñú y/o Canal Frontera s/ Amparo Constitucional”. Año 1999, n. 698. Acuerdo y Sentencia Número: Quinientos Treinta y Dos. Assunción, 7 sept. 2001).

À ce propos, il est pertinent de citer la décision de la Cour Suprême d'Argentine car elle reprend toutes les perspectives que l'on développe dans la présente analyse comparée:

Face aux expressions constitutionnellement protégées -les jugements de valeur, les opinions sur la gestion de la chose publique, les critiques sur des matières d'intérêt général, les informations et les actualités sur l'administration publique, etc.,- les critères que le juge devra prendre en compte pour décider s'il s'agit d'un délit de droit commun sont particulièrement stricts. Dans la décision [Fallos: 260:200] cette Cour a évoqué les fondements du rapport du Procureur Général de la Nation pour affirmer que 'le commandement de la Loi Fondamentale veut que les critiques diffusées dans la presse envers le fonctionnement des institutions publiques, aussi bien quand elles sont formulées d'une manière agressive, véhémence, excessive, dure, caustique, en faisant appel à des expressions irritantes, amères ou hostiles et si toujours elles respectent les limites de la bonne foi même dans le cas où elles entraînent un manque de prestige et un discrédit pour le fonctionnaire dont on juge ainsi l'exercice des fonctions publiques, ces critiques ne doivent pas être sanctionnées pénalement en qualité d'injures, sauf si cela ressort des propres termes de la publication -ou que l'on puisse prouver autrement- qu'il y a eu, dès le début, l'intention de nuire l'honneur ou de l'endommager, car c'est souvent le cas quand on formule contra la propre personne des qualifications grossières ou dénigrantes, ou quand on envahit la sphère de vie privée de l'offensé.⁴⁷

Voilà donc quelques jalons que l'on retrouve dans la jurisprudence des Cours mercosuliennes en ce qui concerne la liberté d'expression des agents publics.

Pour resumer, il s'agit de critères stricts pour le jugement des expressions constitutionnellement protégées comme l'acceptation d'une critique beaucoup plus dure envers le fonctionnement des institutions publiques; la vérification du respect de la bonne foi de celui qui critique et le respect de la sphère de vie privée des agents publics.

⁴⁷ Texte original: «Que ante las expresiones constitucionalmente protegidas -juicios de valor u opiniones sobre la gestión pública, críticas sobre materias de interés público, informaciones y noticias sobre la administración de la cosa pública, etc.-, los criterios judiciales deben ser particularmente estrictos para decidir si ha existido un delito de derecho común. En Fallos: 260:200 esta Corte hizo suyos los argumentos dados por el Procurador General de la Nación y sostuvo 'que, por imperio de la Ley Fundamental, las críticas efectuadas por medio de la prensa al desempeño de las funciones públicas, aun cuando se encuentren formuladas en tono agresivo, con vehemencia excesiva, con dureza o causticidad, apelando a expresiones irritantes, ásperas u hostiles, y siempre que se mantengan dentro de los límites de la buena fe aunque puedan originar desprestigio y menoscabo para el funcionario de cuyo desempeño se trate, no deben ser sancionadas penalmente como injurias, excepto que resulte de los propios términos de la publicación, o se pruebe de otro modo, la existencia del propósito primario de lesionar el honor o causar daño, como ocurre cuando se utilizan contra la persona epítetos groseros o denigrante, o se invade el ámbito de la vida privada del ofendido'». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision P. 419, XXVIII*. Recurso de Hecho. Pandolfi, Ocas Raúl c/ Rajneri, Julio Raúl. Buenos Aires, 1 jul. 1997).

2.2.1 La liberté d'expression du Parlementaire

Tout d'abord, il faut retenir une sorte de règle d'or qui a été exprimée par la Cour brésilienne: «L'immunité parlementaire sur le plan matériel est une garantie inhérente à l'exercice des fonctions parlementaires (et ne relève donc d'aucun privilège personnel). Elle est garantie et protège la parole et les manifestations du membre de l'Assemblée seulement si elles ont un lien avec l'exercice du mandat législatif»⁴⁸. Il faut donc qu'il y ait absolument une relation entre les manifestations du Parlementaire et l'exercice de ses fonctions législatives.

D'autre part, les citoyens ont un droit de vigilance en permanence sur les fonctionnaires. Ainsi, l'analyse jurisprudentielle suivante va permettre d'apporter plus de précisions sur les deux aspects précédemment évoqués.

2.2.1.1 Une immunité 'propter officium' liée aux manifestations publiques

En faisant mention au texte original des travaux constitutants, la jurisprudence de la Cour argentine spécifie les distinctions qui touchent à la liberté d'expression et qui sont relatives au discours parlementaire et au mandat législatif.

Elle rappelle que «l'article 14 du projet de constitution prévoit [que]: 'L'orateur est inviolable et la tribune est libre. Aucun membre du Parlement ne peut être accusé ni interrogé devant un juge, ni perturbé en raison des opinions et des discours tenus dans l'exercice du mandat de parlementaire'»⁴⁹.

Elle affirme ensuite que «la protection du discours politique est contemplée dans le texte de [la] Constitution. La liberté d'expression n'est pas affectée au discours parlementaire mais plutôt à l'exercice du mandat législatif»⁵⁰. La raison de cela est que «les activités des représentants du peuple souverain restent soumises à une procédure de délibération publique qui est elle-même essentielle à l'exercice de la fonction législative»⁵¹.

48 Texte original: "A prerrogativa indisponível da imunidade material – que constitui garantia inerente ao desempenho da função parlamentar (não traduzindo, por isso mesmo, qualquer privilégio de ordem pessoal) – não se estende a palavras, nem a manifestações do congressista, que se revelem estranhas ao exercício do mandato legislativo". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem no Inquérito nº 1588*. Brasília, DF, 12 dez. 2002).

49 Texte original: «el art. 41 de su proyecto disponía que 'El orador es inviolable, la tribuna es libre; ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador' [...]». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision R. 920, XXXIX*. Recurso de Hecho. Rivas, Jorge s/ calumnias – causa nº 4758. Buenos Aires, 11 mayo 2004).

50 Ibidem. Texte original: «la protección de este discurso político ha sido contemplado en nuestro texto constitucional que ha disociado la libertad de expresión con el discurso parlamentario y que lo ha relacionado con el ejercicio del mandato legislativo».

51 Ibidem. Texte original: «en efecto, la actividad de los representantes de la soberanía popular también queda vinculada a un procedimiento de deliberación pública que resulta esencial para el ejercicio de las funciones legislativas. La inmunidad de opinión sostiene ese sistema deliberativo que permite que los ciudadanos accedan al conocimiento de cuestiones -a través de los medios de prensa- que afectan al sistema todo. [...]».

D'ailleurs, «les mots tenus pour injurieux ne sont pas le résultat d'une critique à caractère personnelle. Celle-ci ne peut être dissociée de l'exercice des fonctions du membre du Parlement [...]. Il s'agit, au contraire, d'un acte qui appartient à une série de 'questionnements' menés au sein du Parlement»⁵².

La mise en relation directe entre la liberté d'expression et l'exercice des fonctions parlementaires est le résultat d'un développement jurisprudentiel qui a tenu compte de l'immunité parlementaire. Tout cela s'effectue pour la préservation de la démocratie et pour que la liberté d'expression la serve au mieux.

La Cour Suprême du Brésil s'est prononcée dans le même sens que la Cour argentine. En effet, elle affirme que

[...] la garantie constitutionnelle d'immunité parlementaire sur le plan matériel [...] représente un instrument vital destiné à viabiliser l'exercice indépendant du mandat représentatif. Elle ne protège le membre du Congrès National, sans se soucier du *locus* où celui-ci exerce sa liberté d'opinion, que dans les hypothèses spécifiques où ces manifestations gardent un lien de connexion avec ses fonctions législatives (immunité *in officio*). Elle ne le couvre également que si elles sont proférées en raison même de l'exercice de ces fonctions (immunité *propter officium*).⁵³

Cela revient à dire en fait que la prérogative d'immunité parlementaire sur le plan matériel est irrévocable. Elle ne relève d'aucun privilège personnel et elle ne protège pas le parlementaire des propos tenus en dehors de l'exercice de ses fonctions législatives. En effet, «pour que la clause constitutionnelle d'inviolabilité puisse protéger le Parlementaire, il faut absolument constater un nexus d'implication réciproque entre, d'un côté, les déclarations moralement offensives et [d'un autre côté], la pratique inhérente aux fonctions congressuelles»⁵⁴.

La Cour du Paraguay est beaucoup plus concise sur ce point: «Aucun membre du Congrès ne peut être accusé devant un juge pour les opinions émises pendant

52 Texte original: «las expresiones que en esta causa se reputan delictivas no son el fruto de una crítica del querellado efectuada a título personal, escindida del contexto de su función como integrante del Congreso de la Nación y del bloque parlamentario correspondiente a una agrupación partidaria perteneciente a la oposición en el momento en que el querellante había sido designado en el cargo, sino, antes bien, se erige como un acto consecuente de los numerosos cuestionamientos que el querellado y el bloque que integrab venían efectuando con énfasis y reiteración en el ámbito parlamentario, con respecto a la gestión pública del titular de un organismo». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision R. 920, XXXIX*. Recurso de Hecho. Rivas, Jorge s/ calumnias – causa n° 4758. Buenos Aires, 11 mayo 2004).

53 Texte original: “A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, ‘caput’) – que representa un instrumento vital destinado a viabilizar o exercício independente do mandato representativo – somente protege o membro do Congresso Nacional, qualquer que seja o âmbito espacial (‘locus’) em que este exerça a liberdade de opinião (ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa), nas hipóteses específicas em que as suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa (prática ‘in officio’) ou tenham sido proferidas em razão dela (prática ‘propter officium’)”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem no Inquérito n° 1588*. Brasília, DF, 12 dez. 2002).

54 Ibidem. Texte original: “A cláusula constitucional da inviolabilidade (CF, art. 53, ‘caput’), para legitimamente proteger o parlamentar, supõe a existência do necessário nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício congressional”.

l'exercice du mandat⁵⁵. D'autant plus que récemment la *Corte Suprema de Justicia* de ce pays a reconnu que le mandat survenu suspend les délais prescriptionnels, même si le Parlementaire ne peut pas être jugé en raison de son immunité⁵⁶. C'est encore une preuve du lien étroit qui relie la liberté d'expression du Parlementaire et l'exercice de ses fonctions en tant que mandataire.

En ce qui concerne l'Uruguay, sa Constitution le dit d'une façon expresse: «Les opinions et les votes des Sénateurs et des Représentants [du peuple] émis pendant l'exercice de leurs mandats n'engagent aucune responsabilité»⁵⁷.

2.2.1.2 L'étendue de la liberté d'expression du Parlementaire : quelques modulations.

Si la présente analyse comparée tient à identifier des points de convergences tout en cherchant l'éventuelle identité constitutionnelle des juridictions mercosulliennes, il n'en est pas moins vrai que tout comme dans le paragraphe précédent cette identité peut relever plutôt d'un mode d'approche ou d'une confluence des opérations d'analyses interprétatives que d'une identité sur des énoncés ou des contenus herméneutiques.

C'est bien le cas des modulations que chaque Cour fait sur la liberté d'expression du Parlementaire. Ces modulations tiennent biensûr compte des spécificités qu'elles y reconnaissent à partir des spécificités qu'elles y reconnaissent. Cependant, l'important est de remarquer qu'elles procèdent toutes à des modulations sur ce sujet.

55 Texte original: «Ningún miembro del congreso puede ser acusado judicialmente por las opiniones que emita en el ejercicio de sus funciones. Ningún Senador o diputado podrá ser detenido desde el día de su elección hasta el cese de sus funciones salvo que fuese hallado en flagrante delito que merezca pena corporal. Cuando se formase causa contra un Senador o un Diputado ante los tribunales ordinarios, el juez lo comunicará, con copia de los antecedentes, a la Cámara respectiva, la cual examinará el mérito del sumario, y por mayoría de dos tercios resolverá si ha lugar o no desafuero, para ser sometido a proceso. En caso afirmativo, le suspenderá en sus fueros (art. 191. CRP)». (UNIVERSIDAD DE SALAMANCA. Observatorio del Poder Legislativo en América Latina. *Inmunidad parlamentaria*. Salamanca, [200-?]. Disponible en: <<http://americo.usal.es/oir/legislativa/Comparada/Inmunidad.pdf>>. Accès à: 24 oct. 2010).

56 Texte original: «Por Acuerdo y sentencia Número 909, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolvió rechazar una serie de recursos planteada por el ex gobernador de Presidente Hayes, Eugenio Escobar Catebecke, condenado a 2 años y 6 meses de prisión por el desvío de 1.322 millones de guaraníes, pertenecientes a las arcas de la Gobernación. Entre los recursos rechazados se mencionan la recusación planteada en contra de la ministra Alicia Pucheta de Correa y la camarista Natividad Meza, el incidente de nulidad procesal deducido, la aclaratoria interpuesta y el incidente innominado, extinción de la Acción Penal por prescripción de la sanción penal. Asimismo, se declaró inadmisibile para su estudio el recurso de reposición interpuesto por el ex gobernador. [...] En tanto, la prescripción de la sanción penal solicitada por el condenado, no corre, considerando que Escobar Catebecke fue procesado en 1999 e imputado por la fiscalía el 24 de octubre del 2002, sin embargo, las diferentes interrupciones que se dieron hicieron que el plazo procesal no corriera. 'No puede declararse la prescripción con la primera imputación fiscal, por el advenimiento de la inmunidad parlamentaria, mucho menos puede prosperar en cuanto a la segunda imputación fiscal presentada el 24 de enero de 2003', indica una parte del argumento de los integrantes de la Sala Penal». (PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. *Sala Penal rechaza todos los incidentes planteados por Escobar Catebecke*. Asunción, 24 dic. 2009. Disponible en: <<http://www.pj.gov.py/noticia.asp?codigo=3357>>. Accès à: 24 oct. 2010).

57 Texte original: «Los Senadores y los Representantes jamás serán responsables por los votos y opiniones que emitan durante el desempeño de sus funciones. Ningún Senador o Representant, desde el día de su elección hasta el de su cese, puee ser arrestado, salvo en el caso de delito flagrante y entonces se dará cuenta inmediata a la Cámara respectiva, con la información sumaria del hecho. Ningún Senador o Representante, desde el día de su elección hasta el de su cese, podrá ser acusado criminalmente, ni aun por delitos comunes que no sean de los detallados en el artículo 93, sino ante su respectiva Cámara, la cual, por dos tercios de votos del total de sus componentes, resolverá si hay lugar a la formación de causa, y, en caso afirmativo, lo declarará suspendido en sus funciones y quedará a disposición del Tribunal competente (art. 112-114, CROU)». (UNIVERSIDAD DE SALAMANCA. Observatorio del Poder Legislativo en América Latina. *Inmunidad parlamentaria*. Salamanca, [200-?]. Disponible en: <<http://americo.usal.es/oir/legislativa/Comparada/Inmunidad.pdf>>. Accès à: 24 oct. 2010).

Pour résumer ce qui concerne l'herméneutique de la Cour d'Argentine, il convient de dire que cette Cour affirme que la liberté d'expression du parlementaire n'est pas un privilège exorbitant. En réalité, son but est de permettre aux citoyens de prendre connaissance des activités parlementaires. Cela constitue une garantie de la démocratie et un pilier structurel de la démocratie représentative. Les critiques que les citoyens formulent peuvent être exprimées de manière véhémement, incisive, dure et irritante dans le cadre d'un débat libre. La Cour argentine reconnaît aussi la protection de la liberté d'opinion des Ministres en qualité d'extension de la liberté d'expression. Cette liberté de parole est liée à l'exercice des fonctions législatives.

À ce sujet, voici les extraits des décisions émises par la jurisprudence de la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentine:

le discours du législateur n'est pas protégé par un privilège exorbitant qui est basé sur la convenance et l'opportunité à la façon d'une extension de sa liberté d'expression individuelle. Au contraire, il doit être structuré autour de la protection du discours politique compte tenu de ses activités à l'Assemblée en tant que représentant de la souveraineté du peuple. L'exercice de ce droit s'avererait menacé et resterait lettre morte pour les sociétés modernes si l'on accepte que la parole du législateur dans l'Assemblée ou en dehors d'elle peut être assaillie par une multiplicité de demandes de la part de toutes les personnes qui se sentent affectées par ces discours⁵⁸

L'immunité constitutionnelle concernant la liberté d'expression du parlementaire cherche, d'une part, à protéger le rôle qu'il joue dans les débats au Parlement et, d'autre part, à permettre à tous les citoyens de connaître le contenu des sujets abordés [...] Il s'agit, en outre, de permettre aux citoyens de prendre connaissance – par le moyen des médias – de l'exercice de la fonction législative par le parlementaire⁵⁹

[pour que] [...] le législateur accomplisse son mandat en gardant son indépendance. Il ne s'agit pourtant pas d'un droit de la personne, mais d'une garantie de la démocratie qui a pour but de permettre à la volonté populaire de s'affirmer en toute indépendance en relation à d'autres facteurs capables d'atteindre

58 Texte original: «el discurso del legislador no está protegido por un privilegio exorbitante basado en motivos de mera oportunidad o conveniencia como extensión del ejercicio de la libertad de expresión individual; se encuentra, en cambio, estructurado e interrelacionado con la protección del discurso político de las asambleas representativas de la soberanía popular. El ejercicio de esta representación popular se convertiría en letra muerta en las sociedades modernas si pudiera admitirse que la expresión del legislador en el recinto o fuera de él se encontrara amenazada por la multiplicidad de hipotéticas demandas por personas afectadas en su honor o dignidad por los dichos de los parlamentarios». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision C. 1526, XXXVI*. Recurso de Hecho. Cossio, Ricardo Juan c/ Viqueira, Horacio. Buenos Aires, 17 feb. 2004).

59 Ibidem. Texte original: «[...] la libre expresión del legislador busca tanto la protección del rol que se desempeña en el debate como la custodia de un bien más amplio cual es la posibilidad de que el resto de la ciudadanía acceda al conocimiento de cuestiones que podrían quedar limitadas a ese debate o al aun más restrictivo marco de las comisiones parlamentarias. Los ciudadanos deben poder acceder -mediante los medios masivos de comunicación- al ejercicio irrestricto de esas funciones que corresponden al legislador. La visión de los constituyentes de 1853 fue premonitrice en cuanto protegió al representante popular para el cumplimiento de esas funciones de información, control, debate y deliberación».

la liberté d'expression du représentant de la souveraineté du peuple⁶⁰

La protection absolue qu'octroie l'article 68 de la Constitution Nationale à la liberté d'expression du Parlementaire est un pilier structurel de la démocratie représentative. C'est sur ce point précis qui repose l'édifice institutionnel de la République Argentine. On parle notamment de protection absolue lors des entretiens avec la presse sur des sujets d'intérêt général⁶¹

En ce qui concerne la liberté d'expression, cette Cour a décidé que les critiques dirigées envers l'exercice même de la fonction publique ne peuvent pas être sanctionnées, et même si elles sont formulées en des termes caustiques, véhéments, incisifs, excessivement durs ou très irritants. Ce critère répond à la valeur constitutionnelle qui cherche à protéger la possibilité d'un débat libre sur toutes les questions qui touchent aux personnalités publiques et aux sujets d'intérêt public. C'est une garantie du système républicain⁶²

D'autre part, on constate que dans certains cas, il existe des raisons convenables en matière institutionnelle permettant d'offrir une protection à la liberté d'opinion des Ministres [...] La protection de la liberté d'opinion des Ministres est un instrument utile pour le développement de la fonction législative⁶³

D'autres modulations sont présentes dans la jurisprudence du *Supremo Tribunal Federal* du Brésil. Il est donné au Parlementaire la possibilité d'utiliser des expressions offensives dans le cas où elles sont utilisées dans l'exercice du mandat parlementaire. Il est cependant impossible de garantir l'immunité du Parlementaire candidat aux élections si ces interventions sont liées aux actes de la campagne électorale. Le contraire serait de lui conférer un avantage face à ses concurrents et de créer une situation de discrimination inégalitaire.

À ce sujet, voici les extraits de la jurisprudence de la Cour brésilienne:

60 Texte original: «el legislador cumpla su mandato de un modo independiente. No se trata entonces de un derecho personal sino de una forma de custodia de la democracia misma para asentar la voluntad popular con independencia de otros factores que puedan intervenir en la libre expresión del representante de la soberanía popular». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision C. 1526, XXXVI*. Recurso de Hecho. Cossio, Ricardo Juan c/ Viqueira, Horacio. Buenos Aires, 17 feb. 2004).

61 Ibidem. Texte original: «La protección absoluta que confiere el art. 68 de la Constitución Nacional a la expresión del legislador sobre un aspecto de interés público en reportajes dados a la prensa se estructura en el sistema de democracia representativa sobre el que se asienta todo el andamiaje institucional de la República Argentina».

62 Texte original: «Que este Tribunal tiene resuelto con relación a la libertad de expresión que las críticas al ejercicio de la función pública no pueden ser sancionadas aun cuando estén concebidas en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros e irritantes (Fallos: 308:789). Dicho criterio responde al prioritario valor constitucional que busca resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público, como garantía esencial del sistema republicano». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision L. 182, XXXVII*. Recurso de Hecho. Lescano, Roberto Jorge c/ Hardy, Marcos Armando. Buenos Aires, 17 feb. 2004).

63 Texte original: «Que, en segundo término, pueden señalarse razones de conveniencia institucional para la protección de las opiniones de los ministros en estos casos. [...] Que la protección de las opiniones de los ministros como instrumento útil para el desarrollo de la función legislativa se revela como necesaria». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision C. 878, XXXVII*. Cavallo, Domingo Felipe s/ recurso de casación. Buenos Aires, 19 oct. 2004).

les expressions tenues pour offensives ont été utilisées dans l'exercice du mandat parlementaire. Puisque l'accusé s'est prononcé en qualité de Député Fédéral et de Président du Congrès National, ses affirmations sont liées à la liberté d'expression totale qui relève elle-même de l'activité du parlementaire. [...] Absence de l'*animus difamandi* ou *injuriandi*⁶⁴

L'immunité parlementaire sur le plan matériel [...] ne touche pas aux parlementaires candidats aux élections, lorsqu'il porte atteinte à l'honneur d'un tiers pour des raisons purement et simplement électorales [...] Le postulat républicain qui rejette tout privilège et ne supporte aucune discrimination empêche au parlementaire-candidat d'avoir des avantages [indues] face à ses concurrents⁶⁵

Un autre exemple mérite d'être mentionné. Il concerne une modulation faite par la jurisprudence au sujet de la liberté d'expression. Il s'agit de l'immunité judiciaire de l'avocat.

La Cour affirme que «Le *Supremo Tribunal Federal* a [déjà] reconnu que l'immunité judiciaire de l'avocat ne le protège pas s'il commet un délit contre l'honneur»⁶⁶. Cela parce que «l'immunité pénale judiciaire n'a pas pour but de masquer les abus. Il n'y aura pas d'exclusion du délit si les expressions offensives utilisées par l'avocat ne sont pas en rapport avec la plaidoirie liée au cas»⁶⁷. Dans ce jugement, la Cour finit par admettre que «l'honneur du Procureur est atteint puisque [les expressions utilisées] n'ont aucun rapport avec le cas»⁶⁸.

64 Texte original: "As afirmações tidas como ofensivas pelo Querelante foram feitas no exercício do mandato parlamentar, por ter o Querelado se manifestado na condição de Deputado Federal e de Presidente da Câmara, não sendo possível desvincular aquelas afirmações do exercício da ampla liberdade de expressão, típica da atividade parlamentar (art. 51 da Constituição da República). [...] Ausência de indicio de animus difamandi ou injuriandi". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n° 2297*. Brasília, DF, 20 set. 2007).

65 Texte original: "A competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, para processar pedido de explicações em juízo [...] somente se concretizará quando o interpelado dispuser, 'ratione muneris', da prerrogativa de foro, perante a Suprema Corte [...]. Pedido de Explicações contra Parlamentar que é candidato: Possibilidade de seu ajuizamento. - A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, 'caput') - destinada a viabilizar a prática independente, pelo membro do Congresso Nacional, do mandato legislativo de que é titular - não se estende ao congressista, quando, na condição de candidato a qualquer cargo eletivo, vem a ofender, moralmente, a honra de terceira pessoa, inclusive a de outros candidatos, em pronunciamento motivado por finalidade exclusivamente eleitoral, que não guarda qualquer conexão com o exercício das funções congressuais. Precedentes. - O postulado republicano - que repele privilégios e não tolera discriminações - impede que o parlamentar-candidato tenha, sobre seus concorrentes, qualquer vantagem de ordem jurídico-penal resultante da garantia da imunidade parlamentar, sob pena de dispensar-se, ao congressista, nos pronunciamentos estranhos à atividade legislativa, tratamento diferenciado e seletivo, capaz de gerar, no contexto do processo eleitoral, inaceitável quebra da essencial igualdade que deve existir entre todos aqueles que, parlamentares ou não, disputam mandatos eletivos". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Petição n° 4444*. Brasília, DF, 26 nov. 2008).

66 Texte original: "A questão posta no recurso extraordinário - imunidade do advogado - foi devidamente examinada e rechaçada na decisão ora recorrida. [...] O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento segundo o qual "[a] imunidade judiciária do advogado não o torna abstratamente indene à perspectiva de cometimento de crime contra a honra". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 554772*. Brasília, DF, 23 out. 2007).

67 Texte original: "A imunidade penal judiciária não se destina a acobertar abusos, não se operando esta excludente de criminalidade quando não satisfeita a condição de que as expressões ofensivas se relacionem com a causa em andamento, tanto que o mencionado dispositivo constitucional impõe a indenidade 'nos limites da lei'. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n° 153311*. Brasília, DF, 29 jun. 1993).

68 Ibidem. Texte original: "No caso presente, os julgadores, analisando as provas carreadas para os autos, concluíram ser inviável o reconhecimento da excludente, eis que atingida a honra da Promotora de Justiça 'sem que tivesse qualquer relação com as teses defendidas'".

Encore une fois c'est le fait de procéder à des modulations qui permet de mettre en évidence les convergences entre les juridictions constitutionnelles du Mercosur.

2.2.2 Les fonctionnaires et les agents de l'administration devant l'opinion des citoyens

L'agent public autant que l'agent politique est soumis à la vigilance de la part des citoyens. Leur liberté d'expression est au service d'un intérêt supérieur qui défend la démocratie et de la société. La contrôlabilité de ses actes par les citoyens découle du bon fonctionnement de la démocratie.

L'analyse comparée de la jurisprudence des deux grandes Cours du Mercosur démontre deux perspectives concernant un même phénomène. La Cour argentine raisonne plutôt sur les causes de l'*accountability*, c'est-à-dire, de la responsabilisation des agents publics pour leurs actes. Cela concerne autant la gestion de chose publique, l'intérêt supérieur de la défense de la société ou le besoin d'un sacrifice plus grand de leur part.

Pour sa part, la Cour du Brésil s'intéresse plutôt aux conséquences de cette *accountability* car elle doit offrir une indemnisation en toute modicité, notamment dans le cas d'une atteinte aux droits de la personnalité. Cela est aussi envisagé au sens d'une contrôlabilité des comportements antijuridiques des agents publics par les citoyens en général.

Néanmoins, on est devant un phénomène identique: celui de la modulation jurisprudentielle de la liberté d'expression de l'agent public et de l'agent politique. Par conséquence, cette modulation s'opère aussi sur les citoyens. De ce fait, les préoccupations des deux Cours mentionnées aboutissent à ce résultat pareil: la responsabilité du mandataire et du fonctionnaire s'élève à un degré plus accru. Dans l'exercice de la fonction publique, les critiques proférées par les citoyens bénéficient d'une tolérance plus élargie.

3 LES RESTRICTIONS A LA LIBERTE D'EXPRESSION

L'intégralité des juridictions constitutionnelles du Mercosur convergent vers la possibilité de restreindre la liberté d'expression dans le but de protéger les droits de la personnalité. D'ailleurs, il s'agit souvent d'une prescription inscrite dans la Constitution nationale.

Deux caractéristiques majeures sont présentes dans la jurisprudence de ces Cours en ce qui concerne la liberté d'expression : d'un côté, l'interdiction de censure préalable et, d'un autre côté, une responsabilité *in concreto* et *a posteriori* qui engage la personne qui a porté atteinte aux droits de la personnalité.

La *Corte Suprema de Justicia* d'Argentine, en ce qu'elle est d'accord avec les autres juridictions mercosuliennes, affirme que «l'exercice du droit à la liberté

d'expression et d'information n'est pas absolu puisqu'il ne peut se faire au détriment du besoin d'harmonisation des autres droits constitutionnels comme le droit à l'intégrité morale et à l'honneur»⁶⁹. Cependant, cela

[...] ne se traduit pas en une impunité de la part de tous ceux qui utilisent les médias pour commettre un délit pénal ou de ceux qui cherchent à discréditer le droit constitutionnel face aux institutions républicaines. Il n'y a pas d'impunités non plus pour ceux qui espèrent atteindre le bien-être général, la paix et la sécurité du pays ou qui espèrent même porter atteinte aux droits et garanties dont jouissent les citoyens.⁷⁰

On constate que la jurisprudence des Cours mercosuliennes a pris grand soin des droits fondamentaux. En effet, il est pertinent de voir une corrélation entre les décisions de la Cour argentine et du Brésil. Celles de la Cour argentine traitent des restrictions de la liberté d'expression au nom de l'interdiction de l'impunité. Celle de la Cour brésilienne affirme que la «réalité constitutionnelle est subordonnée au principe de la réserve qualifiée, c'est-à-dire, à la préservation de la dignité de la personne humaine comme un axe conducteur de la vie sociale et politique»⁷¹.

La Cour du Brésil précise que [...] les restrictions qui sont admissibles et qui peuvent se confronter au droit à l'information sont établies par la Constitution elle-même. Elles relèvent de l'interdiction de l'anonymat, du droit de réponse, du droit à l'indemnisation en cas de préjudice moral ou matériel, du droit à l'intimité, à l'honneur et à l'image de la personne, du droit au libre exercice d'une activité professionnelle ou de n'importe quel travail et, finalement, du droit à la protection des sources d'information, si besoin est.⁷²

Pour s'inspirer des raisons qui entraînent la reconnaissance des causes et des effets du droit à la liberté d'expression, il est pertinent de rappeler la doctrine de la Cour argentine:

69 Texte original: «Que de modo preliminar corresponde recordar la doctrina de esta Corte en el sentido de que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información no es absoluto puesto que no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía que debe guardar con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas (Fallos: 309:789)». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision R. 663, XXXVII*. Roviralta, Huberto c/ Editorial Tres Puntos S.A. s/ daños y perjuicios. Buenos Aires, 30 marzo 2004).

70 Texte original «[...] pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como medio para cometer delitos comunes previsto en el Código Penal, o de quienes se proponen violentar el derecho constitucional respecto a las instituciones de la República o alterar el bienestar general o la paz y seguridad del país, o afectar los derechos y garantías de que gozan todos los habitantes de la Nación [...] (doctrina de Fallos: 293:560; 306:1892...)». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision M. 368, XXXIV*. Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios – sumario. Buenos Aires, 14 jul. 2000).

71 Texte original: “[...] nossa realidade constitucional está subordinada ao princípio da reserva qualificada, isto é, a preservação da dignidade da pessoa humana como eixo condutor da vida social e política”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130*. Brasília, DF, 30 abr. 2009).

72 Texte original: “Cumprir notar que as restrições admissíveis ao direito à informação são estabelecidas na própria Carta Magna, e dizem respeito à proibição do anonimato, ao direito de resposta e à indenização por dano material ou moral, à proteção da intimidade, privacidade, honra e imagem da pessoa, ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e, finalmente, ao resguardo do sigilo da fonte, quando necessário”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito nº 3741*. Brasília, DF, 6 ago. 2006).

Une liberté plus grande exige donc une responsabilité plus grande. Cela dit, il est important d'affirmer la non-pertinence du débat autour de la veracité de l'information diffusée. La vérité relève de l'intérêt quand il s'agit d'atteinte à l'honneur. Elle n'a aucune pertinence quand il s'agit d'atteinte à l'intimité, c'est-à-dire quand le bien protégé est bien celui de la liberté qu'à tout individu de protéger le noyau central de sa propre personne.⁷³

3.1.1 L'applicabilité des restrictions à la liberté d'expression

Le problème des restrictions à la liberté d'expression relève d'une responsabilité plus grande face à une liberté plus grande. Mais le fait est aussi que «la tutelle constitutionnelle de l'opinion ne perd pas son caractère d'expression libre malgré l'animosité, l'amertume ou l'injustice [du discours], sauf si l'insulte n'est pas justifiée. Voilà pourquoi toute précaution doit être prise au moment du jugement concernant ces opinions»⁷⁴.

Cet avertissement de la Cour argentine à propos de la justification de l'insulte est une vraie balise pour le juge constitutionnel au moment de prendre en considération les éléments constitutifs du cas analysé. De plus, il convient de rajouter que l'étendue de la justification peut varier selon la qualité de l'offensé, qu'il soit agent public, politique ou un particulier, par exemple.

Par ailleurs, la présente analyse tient à souligner quelques modulations à propos de la liberté d'expression. Ces points ont été développés dans la jurisprudence de la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* et dans celle du *Supremo Tribunal Federal*.

En Argentine, le besoin d'indiquer qu'il s'agit d'une source anonyme est lié à la crédibilité même de l'information diffusée. Voici comment la Cour s'est exprimée sur ce sujet: «Tel que l'a affirmé le précédent 'Acuña', un reproche ne serait admissible que dans le cas où l'on n'aurait pas clairement indiqué le caractère d'anonymat de la source d'information. En effet, cela peut permettre au grand public de porter un jugement sur la crédibilité de l'information reçue»⁷⁵.

⁷³ Texte original: «Cuanto mayor es la libertad, mayor será también la responsabilidad. Por lo demás, resulta irrelevante en autos el debate en torno a la verdad o falsedad de la información difundida pues si bien ello es de interés cuando el bien que se invoca como lesionado es el honor, no lo es cuando la lesión consiste en la invasión al ámbito reservado de la intimidad, es decir, cuando el bien lesionado en última instancia es la libertad que todo ser humano tiene en el núcleo central de su persona». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision M. 368, XXXIV*. Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios – sumario. Buenos Aires, 14 jul. 2000).

⁷⁴ Texte original: «lo expuesto es suficiente para demostrar la cautela con que es preciso juzgar las opiniones críticas, pues la tutela constitucional de que éstas gozan, en su carácter de expresión libre, no se pierde por su animosidad, acritud o injusticia, sino tan solo por la presencia de un dicitario sin justificativo». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision C. 57, XXXI / C. 68, XXXI*. Recursos de Hecho. Cancela, Omar Jesús c/ Artear S.A.I. y otros. Buenos Aires, 29 sept. 1998).

⁷⁵ Texte original: «De ello se desprende que la Corte admitió que, en casos de fuentes anónimas, la formación de un juicio certero por el público era de todas maneras posible, y no imposible como lo afirmó el tribunal a quo. En tal entendimiento, es correcto que esta Corte revoque el pronunciamiento, puesto que el carácter anónimo de la fuente invocada no justifica por sí sólo la condena del medio o comunicador que reprodujo las expresiones ofensivas. Tal como puede inferirse del precedente 'Acuña', dicha condena sólo sería viable si no se hubiese aclarado suficientemente el carácter anónimo de la fuente de modo tal que el público pudiera formarse un juicio sobre la credibilidad de la información». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision M. 1172, XXXIX*. Recurso de Hecho. Martínez Vergara, Jorde Edgardo y otro s/ querrela por injurias – causa N° 8627. Buenos Aires, 19 feb. 2008).

En outre, dans la décision «Compillay», la Cour reconnaît que «le potentiel de nuisance que porte la diffusion de certaines nouvelles à la réputation de la personne impose un devoir de divulgation de l'information. Il est nécessaire d'indiquer la source du contenu pertinent en utilisant le mode conditionnel pour les verbes et il faut protéger l'identité des personnes impliquées dans les faits tenus pour illicites»⁷⁶.

Cela est d'autant plus justifié que «la fonction de la presse dans une république démocratique est bien celle d'informer ses lecteurs de manière objective et véridique autant que possible. Son rôle est de contribuer à la construction de la volonté populaire, et de servir d'un moyen d'expression de l'opinion publique. Sa mission est celle de servir à la communauté en informant le public sur les faits d'intérêt général et sur les événements quotidiens le plus exactement possible. Les contrôles doivent être les plus sérieux possible face au besoin d'une information rapide»⁷⁷.

Au delà de cette modulation sur l'anonymat de la source d'information, la Cour argentine établit un précédent qui concerne la liberté de presse et la publicité étatique. Elle impose quelques restrictions concernant la distribution de cette publicité qui est payée par l'État:

Il existe un droit contre l'affectation arbitraire [de la publicité], c'est-à-dire, contre l'atteinte à la liberté de presse par des moyens économiques. L'État peut en tout cas décider de faire ou de ne pas faire de la publicité étatique. Il s'agit d'une décision qui s'inscrit dans la sphère discrétionnaire de l'État. S'il décide de le faire, pourtant, il se voit obligé de respecter deux critères constitutionnels: 1) il ne peut y avoir de manipulation de la publicité, en l'attribuant à certains médias et non pas à d'autres, ou alors de suspendre la diffusion par certains médias sur la base de critères discriminatoires; 2) il ne peut y avoir lieu à une utilisation de la distribution de la publicité étatique en tant qu'une façon indirecte de limitation de la liberté d'expression⁷⁸.

Enfin, «en ce qui concerne les limitations à la liberté d'expression quand il s'agit des publications portant atteinte à l'honneur des fonctionnaires publics, il est essentiel de démontrer que le journaliste est au courant du fait qu'il s'agit d'une

76 Texte original: «el caso 'Campillay', en orden a que, la seriedad en la difusión de noticias que puedan rozar la reputación de las personas, impone el deber de proparar la información atribuyendo su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tempo de verbo potencial, o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision B. 439, XXXIV*. Recurso de Hecho. Bruno, Arnaldo Luis c/ Sociedad Anónima La Nación. Buenos Aires, 1 dic. 1999).

77 Texte original: «Que esta Corte ha dicho que la función de la prensa en una república democrática persigue entre otras finalidades, informar tan objetiva y verídicamente al lector como sea posible; contribuir a la elaboración de la voluntad popular y servir de medio de expresión a la opinión pública. En ejercicio de su misión, está al servicio de la comunidad informando al público sobre los hechos de interés general, haciéndole conocer los acontecimientos del día lo más exactamente posible, 'después de un control tan serio como lo permitan las necesidades de una información rápida' (Fallos: 314:1517, considerando 8º)». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision B. 439, XXXIV*. Recurso de Hecho. Bruno, Arnaldo Luis c/ Sociedad Anónima La Nación. Buenos Aires, 1 dic. 1999).

78 Texte original: «Existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos. La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision E. 1, XXXIX*. Originario. Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción de amparo. Buenos Aires, 5 sept. 2007).

information fausse et qu'il a agit dans le but d'injurier ou de calomnier»⁷⁹. Encore une fois, la jurisprudence des Cours du Mercosur bâtit une interprétation qui permet une marge de tolérance plus large envers les critiques dirigées aux fonctionnaires publics.

Dés lors, il faut remarquer la convergence entre cette décision de la Cour argentine et celle de la Cour Suprême du Brésil, selon laquelle «Si les critiques faites par les médias des autorités et des agents publics ne revêt aucun '*animus injuriandi vel diffamandi*', elles ne subiront pas dans leur exercice concret les limitations externes qui normalement découlent des droits de la personnalité. Et cela en dépit de l'amerture, de la dureté ou de la véhémence de ces critiques»⁸⁰. Cela donnera raison à un besoin de vigilance en permanence effectuée par les citoyens sur les activités menées par les agents publics.

La Cour brésilienne reconnaît aussi l'existence d'un noyau dur de la liberté de presse qui n'est pas soumis aux réglementations de la législation. Ce noyau impose une interdiction partielle de légiférer. Elle est partielle puisqu'elle touche une interdiction de légiférer sur la durée, sur le contenu ou sur le moment d'exercice de la liberté d'expression, excepté le cas d'un état de siège dont les restrictions applicables sont prévues dans la Constitution Fédérale.

Par ailleurs, «le Pouvoir Public ne peut réglementer les sujets qui concernent la liberté de presse sauf sous le respect strict de l'idée-force du droit qui donne à toute personne la possibilité de s'exprimer librement»⁸¹.

Les sujets qui touchent à la liberté d'expression et à la liberté de presse et qui sont susceptibles d'une réglementation législative sont ceux indiqués dans la Constitution Fédérale. On peut y noter:

[...] le droit de réponse et d'indemnisation proportionnels à l'endommagement; la protection de l'anonymat de la source d'information (au cas où cet anonymat est essentiel pour l'exercice de la profession); l'engagement de la responsabilité pénale en raison de calomnie, d'injure ou de diffamation; les lois concernant les spectacles et les loisirs publics; l'établissement des moyens légaux susceptibles de garantir aux personnes la possibilité de se défendre des émissions de télé ou de la radio aussi bien que des publicités et des pratiques nuisibles pour la santé et pour l'environnement; l'indépendance et la protection de

79 Texte original: «[...] las limitaciones a la libertad de expresión cuando se trata de publicaciones que afectan el honor de los funcionarios públicos y que, en consecuencia, éstos debe demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y que obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision R. 134, XXXI*. Recurso de Hecho. Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otros. Buenos Aires, 27 dic. 1996).

80 Texte original: “Uma vez dela ausente o '*animus injuriandi vel diffamandi*' [...] a crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, especialmente às autoridades e aos agentes do Estado, por mais acerba, dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos da personalidade”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130*. Brasília, DF, 30 abr. 2009).

81 Ibidem. Texte original: “[...] Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Triante unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o 'estado de sítio' (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a idéia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja”.

la rémunération des professionnels de la presse; la participation de capitaux étrangers aux entreprises de communication sociale [et] les règles qui concernent la composition et le fonctionnement du Conseil de Communication Sociale.⁸²

Ces modulations jurisprudentielles, qui sont aussi fondées sur la littéralité du texte de la Loi Fondamentale mettent en relief la préoccupation de la juridiction constitutionnelle du Brésil et de l'Argentine. Celles-ci s'interrogent sur les précisions nécessaires que l'on doit apporter au bon exercice de la liberté d'expression et de presse. Cette démarche herméneutique révèle une identité des opérations d'analyses interprétatives.

3.1.2 Les effets des restrictions à la liberté d'expression

Il l'a été déjà signalé: deux aspects sont essentiels à la compréhension de l'étendue jurisprudentielle du droit à la manifestation de la pensée: l'interdiction de censure préalable, vu l'idée-force du droit qu'ont toutes les personnes de s'exprimer librement. Puis, on a abordé l'engagement *a posteriori* de la responsabilité.

Maintenant, pour mieux comprendre les effets des restrictions à la liberté d'expression, il faut se rappeler avec le *Supremo Tribunal Federal* du Brésil que «les députés constituants se sont aperçus que la liberté d'information doit être exercée de façon compatible avec le droit à l'image, à l'honneur et à la vie privée [...]. C'est la raison sur laquelle se fonde la légitimité de l'intervention législative qui est susceptible d'harmoniser les valeurs constitutionnelles dans le cas d'un conflit entre elles»⁸³.

3.2.2 La liberté d'expression à l'épreuve des élections libres

Avant d'évoquer la place qu'occupe la liberté d'expression pendant les périodes électorales, il est important de rappeler la jurisprudence de la Cour brésilienne au sujet des critères herméneutiques employés dans sa démarche d'interprétation de la Constitution.

Ce passage est important puisqu'il renforce l'idée de l'interprétation comme un devenir, un processus, une opération: «Pour surmonter les antagonismes entre

82 Texto original: "As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte (quando necessário ao exercício profissional); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos 'meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas e programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio-ambiente' (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição)". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 130*. Brasília, DF, 30 abr. 2009).

83 Ibidem. Texto original: "Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, IX), deixa entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito".

les principes constitutionnels [...] il faut que le Pouvoir Judiciaire emploie des critères qui lui permettent d'évaluer '*hic et nunc*' quel droit doit prévaloir. [Tout cela s'effectue] à partir d'un certain contexte et d'une perspective axiologique concrète»⁸⁴.

Trois critères ressortent de la jurisprudence citée: Premièrement, la reconnaissance de la limitation temporelle de la validité de l'interprétation (l'évaluation interprétative qui se fait '*hic et nunc*'). Deuxièmement, la reconnaissance de l'historicité de toute herméneutique (un certain contexte est à la base de la situation analysée). Et enfin, une perspective axiologique qui permet à l'interprète de relever une valeur de par son interprétation du droit qu'il doit faire appliquer (le droit qui doit prévaloir permet de mettre en évidence le choix d'une valeur).

Les juges constitutionnels doivent faire face à des nombreuses situations. Mais pendant les élections, les critères que l'on vient d'énoncer au sujet de l'étendue de la liberté d'expression se montrent vigoureusement valables.

Dans cette perspective, la Cour du Brésil affirme que le droit à l'antenne ne doit pas être réglementé à outrance par une action étatique *ultra vires* au nom de la protection d'autres droits.

Le *Supremo Tribunal Federal* s'est ainsi exprimé: «Le droit à l'antenne traduit une notion qui est reconnu par l'ordre constitutionnel [...] comme un instrument important pour la diffusion d'idées et l'extériorisation des messages doctrinaires des partis politiques. Le fait est que l'exercice du droit à l'antenne est soumis aux dispositions de la loi, comme l'exige la Constitution. Cela ne confère aucune légitimité juridique au Pouvoir Public de réglementer la publicité électorale de manière à ce qu'elle restreigne les moyens et les techniques de son exercice»⁸⁵, puisqu'«il s'agit d'une liberté fondamentale et d'un instrument qui est d'une importance incontestable pour le processus politique. [Il prend son importance] dans les disputes entre les partis [qu'ont pour objectif] d'accéder au pouvoir étatique»⁸⁶.

Toujours dans le souci de mettre en valeur la démocratie, la Cour affirme qu'«en vertu des valeurs de l'ordre démocratique toute prétention étatique d'anéantir ou d'atténuer l'hégémonie des libertés de la pensée est considéré comme une mise en conflit. Ces valeurs sont indispensables pour la fondation de l'ordre démocratique. Elles sont essentielles dans notre système juridique spécialement quand elles sont exercées dans le but de l'extériorisation des programmes pour l'action des partis politiques. Et elles relèvent également ses fondements doctrinaires»⁸⁷.

84 Texte original: “[...] a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais [...] há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitem ponderar e avaliar, ‘hic et nunc’, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar, no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Brasília, DF, 6 ago. 2008).

85 Texte original: “O direito de antena traduz expressão com que o ordenamento constitucional português designa importante instrumento de difusão das idéias e de exteriorização das mensagens doutrinárias dos partidos políticos. A circunstância de o direito de antena ser suscetível de exercício, consoante prescreve a nossa Constituição, apenas na forma da lei, não confere legitimidade jurídica ao Poder Público para, a pretexto de regulamentar a publicidade eleitoral, restringir os meios e ditar as técnicas de exercício dessa liberdade fundamental, que representa, no contexto do processo político, instrumento de inquestionável importância na disputa das agremiações partidárias pelo acesso ao poder do Estado”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741. Brasília, DF, 6 ago. 2006).

86 Ibidem.

87 Ibidem. Texte original: “Os valores que informam a ordem democrática, dando-lhe o indispensável suporte axiológico, re-

3.2.2.1 La liberté de presse face aux sondages électoraux

La jurisprudence des Cours du Mercosur rencontrent à ce sujet des fortes divergences. La Cour d'Argentine a été confrontée au contrôle de constitutionnalité d'une loi de la province de Buenos Aires qui interdisait la publication d'enquêtes électorales et la diffusion d'actualités. Cela concernant la période de quarante huit heures avant le début des élections et jusqu'à trois heures après la fermeture du scrutin. La Cour commence par un avertissement à propos de la règle générale d'interprétation constitutionnelle qui s'applique pour le respect de la liberté d'expression. Elle emploie alors les termes suivants: «[...] ce Tribunal a maintes fois affirmé que le droit à la liberté d'expression et d'information ne revêt pas un caractère absolu en ce qui concerne les responsabilités et les restrictions qui sont prévues par le législateur [...]»⁸⁸.

Ensuite, elle énumère les possibilités de restrictions à la liberté d'expression:

[...] la protection de la liberté de manifestation dans son état pur [...] est à la base d'un ensemble de limitations et de restrictions dans l'exercice d'autres droits qui relèvent d'un choix [...] On peut citer par exemple la liberté contractuelle ou la liberté de jouir et de disposer de sa propriété. [On peut également spécifier] les restrictions applicables au financement des partis politiques, l'interdiction de mettre en place des jeux de hasard ou de vendre des boissons alcoolisées. Pour la liberté d'expression, on peut aussi noter le fait d'interdire toute forme de prosélytisme de la part des candidats aux élections pendant une certaine période de temps, ou l'interdiction de propagande électorale sous forme de bulletin de suffrage. Pour le droit de réunion, il y a l'interdiction de certains *meetings*, spectacles publics ou événements sportifs.⁸⁹

Finalement, elle conclut qu'il est possible de restreindre la liberté d'expression dans certains cas: «[...] en conclusion, la limitation temporelle pour une période très courte, de la diffusion des sondages électoraux ne porte pas atteinte à la liberté d'expression. L'importance de la presse pour le développement du processus électoral n'est pas atteinte non plus par une telle limitation»⁹⁰.

velam-se conflitantes com toda e qualquer pretensão estatal que vise a nulificar ou a coarctar a hegemonia essencial de que se revestem, em nosso vigente sistema constitucional, as liberdades do pensamento, especialmente quando exercidas para a exteriorização da plataforma de ação partidária e de revelação de seus fundamentos doutrinários».

88 Texte original: «este Tribunal tiene reiteradamente dicho que el derecho a la libre expresión e información no reviste carácter absoluto en cuanto a las responsabilidades y restricciones que el legislador puede determinar (Fallos: 310:508; 315:632; 316:703 y 324:2895)». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision A. 682, XXXVI*. Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo. Buenos Aires, 27 jun. 2002).

89 Ibidem. Texte original : «[...] la preservación de la pureza y libertad de esa expresión ha motivado tanto en nuestro derecho como -puede decirse- en forma generalizada en al ámbito universal, una serie de limitaciones y restricciones al ejercicio de otros derechos vinculados de algún modo al de elegir y ser elegido, no obstante su mismo origen constitucional, no siempre de la misma envergadura [...] Asi, por ejemplo, pueden mencionarse limitaciones a la libertad de contratar y de usar e gozar de la propiedad -restricciones a la financiación de los partidos políticos, a la extensión de la campaña electoral, prohibición de organizar y practicar juegos de azar, de vender bebidas alcohólicas-; a la libertad de expresión -veda de declaraciones proselitistas de los candidatos durante un cierto tiempo, prohibición de entrega de boletas de sufragio-; al derecho de reunión -prohibición de mítines, espectáculos públicos, eventos deportivos, etc.-».

90 Texte original: «Que, en conclusión, no se advierte que la limitación temporal por cierto brevísima a la difusión pública de las encuestas electorales resulte violatoria de la libertad de expresión. La importantísima función que la prensa cumple en el

Pourtant, la jurisprudence de la Cour Suprême du Brésil va dans le sens inverse quand elle est appelée à décider de la constitutionnalité d'une loi qui interdit elle-aussi la publication des sondages électoraux pendant une certaine période de temps avant le scrutin.

Après avoir affirmé que «le droit à l'information libre et plurielle est une valeur indissociable de l'idée de démocratie»⁹¹, la Cour déclare pour le cas analysé, que «la restriction au droit à l'information se montre inadéquate, inutile et disproportionnée si on la met en rapport avec l'objectif de la législation électorale. [En effet], il faut permettre au citoyen de former sa conviction en toute liberté, avant qu'il ne la concrétise par son vote»⁹².

Pour sa part, la Cour du Paraguay qui est confrontée à une situation identique décide que: «compte tenu de la nature de la démocratie participative, la diffusion des sondages électoraux relève d'un sujet d'intérêt général»⁹³. Dans sa décision, elle a signalé que «cette mesure restrictive porte atteinte au droit à l'information et au droit d'être informé, compte tenu du caractère d'intérêt général des données. En outre, elle porte atteinte à la liberté d'expression, car on fait obstacle à l'opinion des entreprises qui ont réalisé les sondages sans [s'appuyer sur] des raisons juridiques capables de justifier une telle interdiction»⁹⁴.

D'une manière encore plus incisive la *Corte Suprema de Justicia* déclare que «l'acte d'interdiction de diffusion des sondages constitue un acte de censure puisque c'est un sujet à caractère public de par sa propre nature». Elle affirme aussi qu'«on ne peut pas empêcher l'opinion publique d'accéder à une information d'un intérêt public»⁹⁵.

desarrollo del proceso electoral no se ve afectada por aquella limitación». (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision A. 682, XXXVI*. Asociación de Teleradiodifusoras Argentina y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo. Buenos Aires, 27 jun. 2002).

91 Texte original: "Direito à informação livre e plural como valor indissociável da idéia de democracia". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741*. Brasília, DF, 6 ago. 2006).

92 Ibidem. Texte original: "O processo eleitoral, com efeito, numa democracia, deriva sua legitimidade de um conjunto de procedimentos, aperfeiçoados de tempos em tempos, que se destinam a evitar, o tanto quanto possível, a ocorrência de deformações e desequilíbrios, conferindo a mais ampla credibilidade ao seu resultado final. A restrição ao direito de informação [...] se mostra inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com o objetivo colimado pela legislação eleitoral, que é, em última análise, permitir que o cidadão forme a sua convicção de modo mais amplo e livre possível, antes de concretizá-la nas urnas por meio do voto".

93 Texte original: «[...] dada la naturaleza de la democracia participativa, la divulgación de encuestas electorales es asunto de interés general. Al ser de interés general el conocimiento de la opinión sobre los hechos que reflejan las encuestas, la información es debida, dada la prevalencia del interés general [...]». (PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. *Excepción de Inconstitucionalidad*: «Opuesta por el Sr. Demetrio Rojas en el Expte: Demetrio Rojas s/ Violación del Artículo 305 de la Ley 834/96». Año 1997, n. 936. Acuerdo y Sentencia Numero: Doscientos Treinta y Dos. Assunción, 10 abr. 2002).

94 Ibidem. Texte original: «Esta medida restrictiva vulnera tanto el derecho a la información como el derecho de información, ya que la difusión de datos que son de interés general; y constituye asimismo un atentado contra la libertad de expresión, por cuanto se impide que la opinión del sector encuestado se exprese, sin razones jurídicas de fondo que sustenten esa posición prohibitiva».

95 Texte original: «El acto de prohibir la difusión de encuestas, sobre asuntos que – se repite – son públicos por naturaleza, por un término de treinta días anteriores a una elección, constituye un acto de censura. [...] Cuando se regulan la libertad de expresión, el derecho a la información y el derecho de informar, no se puede desconocer ni la difusión de una opinión pública que no es contraria a derecho y sí de interés general, ni restringir de tal modo el conocimiento que es de interés general, al punto de que la información en sí no se configura por insuficiencia de contenido: es decir, no se puede impedir que a la opinión pública le llegue una información sobre la cual recae un legítimo interés público». (PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. *Excepción de Inconstitucionalidad*: «Opuesta por el Sr. Demetrio Rojas en el Expte: Demetrio Rojas s/ Violación del Artículo 305 de la Ley 834/96». Año 1997, n. 936. Acuerdo y Sentencia Numero: Doscientos Treinta y Dos. Assunción, 10 abr. 2002).

4 CONCLUSION

D'après l'analyse qui vient d'être achevée, on peut souligner que *l'ensemble des ordres constitutionnels des États-membres du Mercosur prévoit dans leurs Constitutions nationales le droit à la liberté d'expression*. Cela en soi-même relève d'une identité autour du droit à la libre manifestation de la pensée. D'autre part, *les restrictions applicables à la liberté d'expression face aux droits de la personnalité y sont aussi prévues*. La Constitution Fédérale du Brésil en fait même une énumération détaillée.

D'ailleurs, *la convergence des normes constitutionnelles reflète la convergence des énoncés herméneutiques qui sont issus de l'activité interprétative des Cours constitutionnelles du Mercosur*.

Premièrement, l'ensemble des interprétations établit un *lien entre la liberté d'expression et la démocratie*. Elle est considérée comme un fondement essentiel de la société démocratique. Néanmoins, cette liberté à caractère architectonique pour le droit est subordonnée à la préservation de la dignité de la personne humaine. *Les restrictions subies par la liberté d'expression face aux droits de la personnalité ne relèvent en aucun cas d'une censure préalable*.

Deuxièmement, les juridictions constitutionnelles reconnaissent une *dimension axiologique de la liberté d'expression*. En effet, celle-ci permet le débat d'idées entre les individus et crée de la tolérance envers les opinions différentes. La pluralité d'idées étant une condition de légitimation démocratique, c'est la cohabitation des contraires qui relève d'une vraie vertu démocratique.

Ensuite, l'herméneutique constitutionnelle mercosulienne établit une *corrélation entre la liberté d'expression et la liberté de presse*. Le lien étroit qui existe entre la liberté de presse et la liberté d'expression relève d'un intérêt général. On constate que cette relation de causalité mutuelle a des repercussions pour la liberté d'expression du parlementaire dans l'intérêt de la démocratie.

Ensuite, la jurisprudence reconnaît une sorte de *mitigation des droits de la personnalité en ce qui concerne la liberté d'expression exercée vis-à-vis des agents publics et des agents politiques*. Ce fait découle d'un droit de vigilance en permanence conféré aux citoyens face aux fonctionnaires et aux politiciens. Dès lors les critiques, véhémentes soient-elles, se dirigent vers leur exercice de la fonction publique. Pour sa part, *le Parlementaire jouit d'une liberté d'expression en totale ampleur quand elle est liée à l'exercice du mandat*.

Selon la présente analyse comparée, l'identité constitutionnelle relative à la liberté d'expression relève aussi d'une *polysémie de la liberté d'expression qui est issue des opérations d'analyses interprétatives*. Ce point concerne les modulations de cette liberté appliquées par l'herméneutique. Par exemple, Il s'agit du fait *que toutes les Cours procèdent à une interprétation constitutionnelle qui met la liberté d'expression en rapport avec d'autres droits et principes*. C'est notamment le cas pour la liberté d'association, le droit de réunion, la liberté académique et le droit à la non-discrimination.

Pour la plus grande partie de ses énoncés, l'herméneutique des Cours constitutionnelles mercosuliennes convergent sur la compréhension du droit à la liberté d'expression. Elles sont également en accord au sujet de la place qu'occupe ce droit dans la démocratie. Elles se rejoignent aussi à propos des conditions particulières que l'on peut appliquer lorsqu'il est nécessaire de restreindre cette liberté.

RÉFÉRENCES

ARGENTINA. Constituição. *Constitucion de la Nación Argentina*. Santa Fé, 1 mayo 1853.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision A. 215, XXXVII*. Asociación Mutual Carlos Mujica c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional – COMFER) s/ amparo. Buenos Aires, 17 jun. 2009.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision A. 418, XXXI*. Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario en autos: «Gorvein, Diego Rodolfo s/ querrela p/ calumnias e injurias c/ Amarilla, Juan H.» - expte. Nº 797/93. Buenos Aires, 29 sept. 1998.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision A. 682, XXXVI*. Asociación de Teleradiodifusoras Argentina y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo. Buenos Aires, 27 jun. 2002.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision A. 2036, XL*. Recurso de Hecho. Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual c/ Inspección General de Justicia. Buenos Aires, 21 nov. 2006.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision B. 439, XXXIV*. Recurso de Hecho. Bruno, Arnaldo Luis c/ Sociedad Anónima La Nación. Buenos Aires, 1 dic. 1999.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision B. 1336, XXX-VIII*. Recurso de Hecho. Baquero Lazcano, Silvia c/ Editorial Rio Negro S.A. y/u otros. Buenos Aires, 2 dic. 2002.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision B. 2522, XLI*. Recurso de Hecho. Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge y otros. Buenos Aires, 16 nov. 2009.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision C. 57, XXXI / C. 68, XXXI*. Recursos de Hecho. Cancela, Omar Jesús c/ Artear S.A.I. y otros. Buenos Aires, 29 sept. 1998.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision C. 878, XXXVII*. Cavallo, Domingo Felipe s/ recurso de casación. Buenos Aires, 19 oct. 2004.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision C. 1526, XXXVI*. Recurso de Hecho. Cossio, Ricardo Juan c/ Viqueira, Horacio. Buenos Aires, 17 feb. 2004.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision E. 1, XXXIX*. Originario. Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción de amparo. Buenos Aires, 5 sept. 2007.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision D. 276, XXXIII*. Recurso de Hecho. Diaz, Daniel Dario c/ Editorial La Razón y otros. Buenos Aires, 24 nov. 1998.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision F. 1295, XL*. Franco, Julio César c/ Diario 'La Mañana' y/u otros s/ daños y perjuicios. Buenos Aires, 30 oct. 2007.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision L. 182, XXXVII*. Recurso de Hecho. Lescano, Roberto Jorge c/ Hardy, Marcos Armando. Buenos Aires, 17 feb. 2004.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision M. 368, XXXIV*. Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios – sumario. Buenos Aires, 14 jul. 2000.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision M. 1172, XXXIX*. Recurso de Hecho. Martínez Vergara, Jorde Edgardo y otro s/ querrela por injurias – causa N° 8627. Buenos Aires, 19 feb. 2008.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision 'Maria Romilda Servini de Cubria'*. Buenos Aires, 8 sept. 1992.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision P. 419, XXVIII*. Recurso de Hecho. Pandolfi, Ocas Raúl c/ Rajneri, Julio Raúl. Buenos Aires, 1 jul. 1997.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision P. 534, XXXI*. Recurso de Hecho. Petric, Domagoj Antonio c/ diario Página 12. Buenos Aires, 16 abr. 1998.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision P. 2297, XL*. Recurso de Hecho. Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros. Buenos Aires, 24 jun. 2008.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision R. 134, XXXI*. Recurso de Hecho. Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otros. Buenos Aires, 27 dic. 1996.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision R. 139, XXXVII*. Recurso de Hecho. R., S. J. c/ Arte Gráfico Editorial Argentino S.A y otra. Buenos Aires, 14 oct. 2003.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision R. 198, XXXI*. Recurso de Hecho. Rozenblum, Horacio Bernardo c/ Vigil, Constancio Carlos y otros. Buenos Aires, 25 agosto 1998.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision R. 663, XXXVII*. Roviralta, Huberto c/ Editorial Tres Puntos S.A. s/ daños y perjuicios. Buenos Aires, 30 marzo 2004.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision R. 920, XXXIX*. Recurso de Hecho. Rivas, Jorge s/ calumnias – causa n° 4758. Buenos Aires, 11 mayo 2004.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision S. 622, XXXIII*. S., V. c/ M., D.A. s/ medidas precautorias. Buenos Aires, 3 abr. 2001.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Décision V. 852, XXXII*. Recurso de Hecho. Vázquez, Enrique s/ comisión de delito de injurias previsto y penado en el art. 110 del Código Penal – causa N° 45.503. Buenos Aires, 13 agosto 1998.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 956*. Brasília, DF, 20 abr. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3510*. Brasília, DF, 6 ago. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3741*. Brasília, DF, 6 ago. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n° 153311*. Brasília, DF, 29 jun. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n° 579243*. Brasília, DF, 13 fev. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n° 705630*. Brasília, DF, 22 mar. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Petição n° 4444*. Brasília, DF, 26 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 554772*. Brasília, DF, 23 out. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 130*. Brasília, DF, 30 abr. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 40910*. Brasília, DF, 24 ago. 1964.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 82424*. Brasília, DF, 17 set. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 83125*. Brasília, DF, 16 set. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 83996*. Brasília, DF, 17 ago. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 95348*. Brasília, DF, 2 fev. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n° 2154*. Brasília, 17 dez. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n° 2297*. Brasília, DF, 20 set. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança n° 24369*. Brasília, 23 set. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem no Inquérito n° 1588*. Brasília, DF, 12 dez. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n° 6064*. Brasília, DF, 19 jan. 1969.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 203859*. Brasília, DF, 11 dez. 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 221239*. Brasília, DF, 25 maio 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 511961*. Brasília, DF, 11 jun. 2009.

PARAGUAY. Constituição. *Constitución de la República de Paraguay*. Asunción, 20 jun. 1992.

_____. Corte Suprema de Justicia. *Acción de Inconstitucionalidad: «Radio Ñanduti S.A. c/ Arts. 305 y 329 de la Ley N° 834/96 (Código Electoral)»*. Año 2003, n. 1631. Acuerdo y Sentencia Numero: Mil Doscientos Ochenta y Siete. Assunción, 3 dic. 2007.

_____. Corte Suprema de Justicia. *Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: «Gosi Sociedad Anónima, Industrial, Comercial e Inmobiliaria c/ Club Rubio Nú y/o Canal Frontera s/ Amparo Constitucional»*. Año 1999, n. 698. Acuerdo y Sentencia Número: Quinientos Treinta y Dos. Assunción, 7 sept. 2001.

_____. Corte Suprema de Justicia. *Excepción de Inconstitucionalidad: «Opuesta por el Sr. Demetrio Rojas en el Expte: Demetrio Rojas s/ Violación del Artículo 305 de la Ley 834/96»*. Año 1997, n. 936. Acuerdo y Sentencia Numero: Doscientos Treinta y Dos. Assunción, 10 abr. 2002.

_____. Corte Suprema de Justicia. *Expediente: «Alfredo Ramon Velazquez, D.R.R.R., Alcides Ortellado Baez y Otros s/ Homicidio y Robo en Caazapa»*. Acuerdo y Sentencia Número: Mil Ciento Sesenta y Dos. Assunción, 4 oct. 2010.

_____. Corte Suprema de Justicia. *Juicio: «Tribunal Superior de Justicia Electoral s/ Elecciones Generales para el Poder Ejecutivo»*. Acuerdo y Sentencia: Ciento Noventa y Uno. Assunción, 27 abr. 1999.

_____. Corte Suprema de Justicia. *Sala Penal rechaza todos los incidentes planteados por Escobar Catebecke*. Asunción, 24 dic. 2009. Disponible en: <<http://www.pj.gov.py/noticia.asp?codigo=3357>>. Accès à: 24 oct. 2010.

URUGUAY. Constituição. *Constitución de la República Oriental del Uruguay*. Montevideo, 15 feb. 1967.

**DIÁLOGOS INTERJURISDICIONALES Y CORTES DIALÓGICAS COM
A COMUNIDADE: LA REPARACIÓN INTEGRAL ENTRE LOS JUECES
LOCALES E INTERAMERICANOS COM LA COOPERACIÓN
DE LOS PODERES POLÍTICOS.**

**DIÁLOGOS INTERJURISDICIONAIS E CORTES DIALÓGICAS COM A
COMUNIDADE: A REPARAÇÃO INTEGRAL ENTRE OS JUÍZES
LOCAIS E INTERAMERICANOS COM A COOPERAÇÃO
DOS PODERES POLÍTICOS.**

**INTERJURISDICIONALES DIALOGUES AND DIALOGIC COURTS
WITH THE COMMUNITY: THE INTEGRAL REPARATION BETWEEN
THE LOCAL AND INTER-AMERICAN JUDGES WITH THE
COOPERATION OF THE POLITICAL POWERS**

Paúl Córdova Vinueza *

RESUMEN

El trabajo es un esfuerzo descriptivo por discutir cuáles serían los componentes de una hoja de ruta hacia la implementación de un esquema de justicia dialógica para la reparación integral de derechos con la intervención de las Cortes locales y la Corte IDH, más la cooperación del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, y todos estos actores participarían en un diálogo democrático permanente con la ciudadanía para la formulación de las políticas de reparación. La tesis central consiste en afirmar que los derechos, sus formas de ejercicio y protección, necesitan de una deliberación colectiva y extendida entre las autoridades, los jueces estatales e interamericanos y la comunidad para que sus alcances no dependan de monólogos proferidos por minorías selectas como los jueces, ni de los vaticinios de las autoridades políticas de turno que representarían a las grandes mayorías. Así, los desafíos deberán centrarse en los aportes de cada una de estas instancias mencionadas para un intercambio dialógico constitucional que garantice la ejecución de políticas de reparación integral.

Palabras clave: Diálogo multidimensional. Derechos humanos. Jueces locales e interamericanos. Protección y reparación.

* Es Docente de la Universidad Central de Ecuador en Instituto de Posgrados en la Escuela de Derecho. Doctor en Jurisprudencia y Abogado (UCE), Mgs. Internacional de Investigación en Derecho, con mención en Derecho Constitucional (UASB-E), Mgs. en Gestión y Desarrollo Social (UTPL), Especialista Superior en Ciencias Internacionales y Superior en Derechos Humanos (ISP-UCE).

RESUMO

O trabalho é um esforço descritivo para discutir quais seriam os componentes de um caminho para a implementação de um esquema de justiça dialógica para a reparação integral de direitos com a intervenção das Cortes locais e a Corte IDH, mais a cooperação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, e todos estes atores participariam em um diálogo democrático permanente com a cidadania para a formulação das políticas de reparação. A tese central consiste em afirmar que os direitos, suas formas de execução e proteção, necessitam de uma deliberação coletiva e estendida entre as autoridades, os juizes estatais e interamericanos e a comunidade para que seus alcances não dependam de monólogos proferidos por minorias seletas como os juizes, nem das previsões das autoridades políticas de turno que representariam as grandes maiorias. Assim, os desafios deverão centrar-se nos aportes de cada uma de estas instâncias mencionadas para um intercâmbio dialógico constitucional que garantisse a execução de políticas de reparação integral.

ABSTRACT

The work is a descriptive effort to discuss what would be the components of a roadmap towards the implementation of a dialogical justice scheme for the integral repair of rights with the intervention of the local courts and the Inter-American Court, plus the cooperation of the Executive Branch And the Legislative Power, and all these actors would participate in a permanent democratic dialogue with the citizens for the formulation of reparation policies. The central thesis is to affirm that the rights, their forms of exercise and protection, need a collective and extended deliberation between the authorities, the state and inter-American judges and the community so that their scope does not depend on monologues pronounced by select minorities like Judges, nor of the predictions of the political authorities of turn that would represent the great majorities. Thus, the challenges should focus on the contributions of each of these instances mentioned for a constitutional dialogical exchange that guarantees the execution of integral reparation policies.

Keywords: Multidimensional dialogue. Human rights. Local and Interamerican judges. Protection and repair.

1. INTRODUCCIÓN:

Los sistemas jurisdiccionales latinoamericanos contienen escasos instrumentos dialógicos para la formulación de políticas de reparación. El trabajo propone un marco institucional para plantear esquemas deliberativos que promuevan nuevas prácticas constitucionales; y, en esa perspectiva, dimensionar los alcances de un

activismo dialógico en los ámbitos jurisdiccional y litigante hacia la construcción de un control democrático de constitucionalidad y la reparación de los derechos humanos. Para pensar otro tipo de constitucionalismo y sus desafíos, propone una agenda básica de políticas e innovaciones institucionales para los Estados constitucionales de la región.

Varios tribunales en Colombia, la India, Sudáfrica, Canadá y otros países desarrollan procesos de activismo judicial dialógico y suscitan aportes relevantes para tutelar y restaurar derechos. Uno de los grandes legados de estas jurisdicciones para el mundo constitucional es la búsqueda de decisiones deliberativas para superar los procesos monológicos y que contribuyan a redefinir su rol. Este trabajo apunta a señalar que los diseños constitucionales latinoamericanos deben revisar sus modelos institucionales para avanzar hacia esquemas de constitucionalismos dialógicos, donde los problemas sobre los derechos y garantías involucren a las distintas ramas del poder, a los jueces locales e interamericanos y a la ciudadanía para la toma de decisiones en las políticas y medidas de reparación.

Este trabajo discute las tensiones del constitucionalismo democrático, desde sus conflictos y articulaciones conversacionales, para demostrar que la justicia local e interamericana no puede ser un proyecto institucional encerrado en el monopolio excluyente de operadores de justicia, abogados y juristas, sino que es una construcción amplia de la sociedad y desde todos los ámbitos. Esa reflexión es argumentada y desarrollada desde las distintas posiciones del paradigma democrático y jurídico que ha sido objeto del estudio con el fin de recoger sus aportes más relevantes para los sistemas constitucionales contemporáneos.

El objetivo principal del trabajo es examinar las contribuciones sustanciales que propone este movimiento popular de la justicia dialógica para tratar de entender mejor los problemas y retos que enfrentan los jueces locales e interamericanos en su quehacer interpretativo y, también, para destilar desde allí las complejidades en torno a los derechos que permitan dimensionar las condiciones que democratizan su accionar. Para ello, la metodología empleada es descriptiva y normativa. En términos descriptivos, se propone revisar las principales líneas de pensamiento del constitucionalismo dialógico desarrolladas por sus autores. En perspectiva normativa, el trabajo pretende pensar críticamente las tareas jurisdiccionales y el rol de los operadores de justicia para la justicia local e interamericana.

La estructura del artículo será organizada a partir de cuatro momentos argumentativos. El primero aborda los alcances de la relación entre jueces locales e interamericanos. El segundo se refiere a pensar críticamente sus postulados para identificar la viabilidad institucional de las decisiones judiciales y las políticas de reparación. El tercero será el espacio para problematizar la tarea de los jueces y sus transformaciones democráticas. El cuarto estará orientado a identificar las premisas concluyentes provisionales que provoquen mayores debates sobre el tema. Al revisar los temas expuestos, es posible identificar los factores propositivos del quehacer jurisdiccional local e interamericano para repensar el Estado Constitucional en América Latina y sus conflictos presentes.

2 LA INTERACCIÓN DIALÓGICA DE LOS JUECES LOCALES E INTERAMERICANOS CON LA CIUDADANÍA PARA LA REPARACIÓN INTEGRAL

Para interpretar el sentido o el alcance de los derechos, siempre existen diferencias. De ahí que, para resolver estas cuestiones, el paradigma de la justicia dialógica propone innovar las metodologías y los saberes de los operadores de justicia con miras a desarrollar mecanismos conversacionales con las partes en conflicto para concebir la revisión judicial en términos de inclusión y deliberación con la ciudadanía. Entendida así, los alcances y límites de la justicia dialógica pueden explicarse desde el propósito de democratizar los soliloquios de los jueces para superar el excesivo formalismo legal y la tecnocracia judicial por un desempeño deliberativo del juzgador con las personas que puedan sentirse perjudicadas en sus derechos y garantías.

Ciertamente, la argumentación del juez debe partir del derecho de las personas a participar en la discusión sobre los problemas y límites de los derechos iusfundamentales y los operadores deben desarrollar su argumentación mediante la prestación de condiciones que aseguren esa reflexión democrática y un diálogo colectivo y abierto con la ciudadanía.

Lo que pretendería la justicia dialógica es que las cuestiones resolutorias sobre los derechos y sus interpretaciones requieren siempre de discusiones inclusivas y plurales que garanticen respuestas democráticas y, que los jueces sean los encargados de promover, mediar y preparar esas discusiones para que las decisiones jurisdiccionales no se conviertan en órdenes supremas o superiores fulminantes, sino en construcciones dialógicas que surgen de la voluntad conversacional de los juzgadores con los oprimidos o los excluidos en sus derechos. Siendo así, la argumentación deja de ser un diálogo entre élites que realiza el juez con otras voces² que no son los directamente involucrados o los posibles perjudicados por la forma de interpretación jurisdiccional de los derechos, sino que se extiende con otros protagonistas para buscar las mayores argumentaciones con distintos participantes en la provisión de las normas constitucionales y convencionales interamericanas.

3 ACTIVISMOS DIALÓGICOS JURISDICCIONALES Y LITIGANTES PARA CONECTAR LAS DECISIONES JUDICIALES A LAS POLÍTICAS DE REPARACIÓN

El estudio del fenómeno de la litigación vinculada con los derechos supone atender factores protagónicos como las fuerzas que lo impulsan, el impacto que ejerce sobre las políticas de reparación y protección de derechos y la asignación de recursos, todo lo cual supone que los procesos jurisdiccionales en las distintas materias requieren enfoques multidisciplinarios y comparativos que combinen el conocimiento del Derecho y los procesos jurídicos con las políticas públicas del

2 Como la doctrina, la jurisprudencia, el derecho comparado, entre otros. Todos estos son elementos relevantes, pero no pueden ser sus voces las únicas protagonistas en la decisión judicial.

ámbito en estudio y los sistemas que las integran³. La orientación propuesta por Siri Gloppen es relevante para atender la realidad de los procesos contenciosos en materia de salud en la región como un ejemplo.

La discusión sobre los litigios en derechos y sus impactos suscita un debate de fondo acerca de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales que según varios estudios contemporáneos “desplazó su eje de las sentencias – con la victoria en los tribunales de justicia como criterio de éxito – a considerar, además, su implementación, incluidas las relaciones entre litigación y movilización social en general”⁴.

La vinculación entre políticas públicas y litigios judiciales se activa para enfrentar distintos obstáculos históricos para la justiciabilidad de derechos sociales como el uso de garantías jurisdiccionales en defensa de aquellos derechos. Christian Courtis señala un primer obstáculo de tipo ideológico por cuanto se ha concebido estos como programáticos y dirigidos a motivar la acción de los poderes políticos y no a ser aplicados por los jueces. Al respecto, afirma que el Derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han contribuido con respuestas para enfrentar esos prejuicios como la previsión de parte del Estado de recursos suficientes, dentro de los que destacan aquellos de carácter judicial o equivalente en los casos de incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor “-que habitualmente, es el Estado, aunque los deudores de derechos sociales también pueden ser sujetos de carácter privado, como en los casos de privatización de ciertos servicios públicos, tales como los de salud, educación o seguridad social”⁵.

Otro obstáculo señalado por Courtis se refiere a la falta de mecanismos judiciales o mecanismos procesales adecuados para tutelar los derechos sociales. Para este autor, la vía jurisdiccional permitiría atender los reclamos extraordinarios de quienes tienen mayor acceso a los estrados judiciales, que no son necesariamente quienes más necesidades tienen. Este obstáculo remite a pensar que la satisfacción de derechos sociales requiere remedios y medidas de alcance colectivo y propone algunas medidas:

El primero, que ya he abordado, es la preferencia por la especificación del contenido de los derechos sociales por medio de la ley, entendida ésta en sentido formal, como norma general emanada del órgano representativo. Desde el punto de vista procedimental, además de la legitimidad electoral, se trata del instrumento jurídico que requiere mayor consenso político y el que supone mayor publicidad y transparencia. Desde el punto de vista del contenido, la generalidad de la ley, la definición de

3 GLOPPEN, Siri. La lucha por los derechos de la salud: marco de análisis. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Coord.). *La lucha por los derechos a la salud: ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo veintiuno Editores, 2013. p. 31.

4 GLOPPEN, Siri; ROSEMAN, Mindy Jane. Introducción: ¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud? In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Coord.). *La lucha por los derechos a la salud: ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo veintiuno Editores, 2013. p. 20.

5 COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 206-207.

los titulares y el alcance de los derechos sociales en términos universales permiten identificar más claramente en qué consisten el derecho y sus correlativas obligaciones, y qué previsión presupuestaria debe hacer el Estado para satisfacerlo. De este modo, hay menos espacio para la asignación discrecional, a partir de criterios meramente partidarios u orientados a clientelas políticas del gasto en materia social. Queda más claro así quién puede reclamar un derecho ante los tribunales, qué puede reclamar y de qué recursos se dispone para satisfacer los derechos previstos legalmente.⁶

Los litigios estructurales sobre derechos deben ser pensados a partir de sus implicaciones en las políticas públicas porque son cuestiones de interés público y de justicia social. En cuanto a la primera, porque las complicaciones que se desprenden como resultado de una prestación deficiente o excluyente en servicios relacionados con derechos puede incrementar los riesgos del derecho a la vida y su falta de protección; y, en cuanto a la segunda, porque los sectores más vulnerables de la sociedad son quienes sufren las consecuencias negativas de las decisiones judiciales restrictivas de derechos o las políticas públicas con escasa cobertura de destinatarios, todo lo cual puede desembocar en la vigencia de ciclos vitales inseguros y con altos índices conflictuales en las garantías a las personas.

Por lo expuesto, es imperativo que los temas relativos a los derechos, en cuanto a su tutela y reparación, se construyan como problemas que conciernen a las ramas del poder público y a la ciudadanía en la definición de la agenda pública para lograr mayores niveles de presión hacia los actores políticos e institucionales que intervienen en los ámbitos judiciales y en los ámbitos tecnocráticos. De igual manera, es indispensable que las preocupaciones relativas a los derechos involucren a la mayor cantidad de actores sociales para su reivindicación porque la diversificación de actores con voz en el debate y de legitimidad para impulsar instrumentos de acción judicial pueden ser estrategias clave en las iniciativas públicas de defensa por los derechos.

¿Por qué es necesaria la intervención de las organizaciones de la sociedad civil en el desarrollo de iniciativas deliberativas por profundizar los derechos en el Poder Judicial y en las políticas públicas? La conclusión que sugiere Charles R. Epp en su estudio al respecto es la siguiente:

La lección básica de este estudio es que los derechos no son un don: se ganan a través de la acción colectiva concertada que surge tanto de una sociedad civil decidida como de la subvención pública. Las revoluciones de derechos se originaron en la presión ejercida desde abajo por la sociedad civil y no desde arriba, por el liderazgo de un grupo. Pero, como hemos argumentado a lo largo de este libro, sólo cierta clase de presión desde abajo, particularmente el sostén organizado

⁶ COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 209.

para litigar por los derechos, tiene probabilidades de incentivar la atención judicial sostenida a las libertades y a los derechos civiles; por otro lado, el respaldo de las elites judiciales no es en modo alguno irrelevante. En última instancia, la revolución de los derechos siempre se ha desarrollado y ha alcanzado su máxima cima y fuerza mediante una interacción entre jueces inclinados a apoyarla y la estructura de sostén necesaria para litigar a lo largo de todo el proceso judicial.⁷

4 DECISIONES JUDICIALES Y POLÍTICAS REPARATORIAS DESDE UN CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO

¿Qué ocurre cuando el resultado final de un litigio es favorable a las pretensiones de un grupo social sobre el acceso a un derecho, pero la comunidad encuentra que las entidades públicas encargadas de asegurar las políticas o las decisiones para la protección o reparación de ese derecho no cumplen sus responsabilidades?

La respuesta que puede ofrecer el constitucionalismo contemporáneo es una alternativa de diálogo judicial que vincule las decisiones de los jueces con las formulaciones de políticas de los operadores administrativos. La construcción de mecanismos dialógicos en el diseño procesal puede permitir mayores condiciones de transparencia e información sobre los presupuestos públicos y los cambios que estos pueden acoger de acuerdo a las disposiciones reparatorias que se emitan en los litigios. Asimismo, las carteras que implementan programas y proyectos en materia de derechos deben ser más receptivas e impulsoras de discusiones deliberativas con la Legislatura y los jueces para preparar las reformas legales e institucionales que acojan las problemáticas tratadas en otras ramas del poder público.

Las respuestas para atender las demandas sobre derechos debe involucrar a la institucionalidad hacia la búsqueda de prácticas dialógicas y no pueden ser pensadas únicamente desde los operadores administrativos de la cartera sectorial de Estado, sino que los conflictos en torno a derechos insatisfechos deben involucrar a diferentes roles de responsabilidad por parte de las ramas del poder público. Así, el Poder Judicial puede adoptar medidas cautelares constitucionales para proteger el derecho de esas personas, disponiendo a la agencia estatal encargada la programación de acciones de contingencia para atender la afectación de esas personas, lo cual significa hacer cumplir expresos mandatos constitucionales a favor de este derecho.

Asimismo, el poder legislativo debe fiscalizar y ejercer el control político a la agencia estatal correspondiente y precisar mayores controles a la ejecución del presupuesto del sector mediante el seguimiento respectivo, así como en las cautelares necesarias para revisar la normativa legal que puede profundizar el acceso a estos derechos.

⁷ EPP, Charles R. *La revolución de los derechos: abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 293.

La correlación de intervenciones expresan una corresponsabilidad de distintos órganos del poder público para avanzar hacia dinámicas deliberativas más amplias que activen responsabilidades concurrentes para la protección de los derechos sociales. La justicia dialógica o conversacional es un modelo complementario de la democracia deliberativa que contribuye a fomentar otras respuestas y compromisos en medio de prácticas y respuestas deliberativas de varios actores que aportan para concertar las múltiples soluciones que requieren los derechos hacia su defensa y reparación integral. Aquel modelo da luces para que las sentencias puedan ser desarrolladas de un modo participativo para asegurar seguimientos a su aplicación. Y es que los problemas de los derechos merecen remedios —entendidos como acciones de política pública— diversos que los atiendan y un monitoreo de su ejecución, de lo contrario las repercusiones y sus efectos están llenos de dificultades.

La concepción del constitucionalismo dialógico es reposicionar a los tribunales en el papel de mediadores autorizados para intercambiar puntos de vista que coadyuven a la solución de problemas, para lo cual pueden implementar diversos mecanismos, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco sugieren i) la conformación de salas de seguimiento especializadas a las decisiones jurisdiccionales o ii) el nombramiento de expertos independientes que supervisen el cumplimiento de las sentencias, otros autores sugieren iii) la realización de audiencias públicas o iv) la promoción de los *amicus curiae* como dispositivos que facilitan el diálogo judicial con la comunidad.

El esquema deliberativo jurisdiccional enfatiza en que las intervenciones judiciales dialógicas tienen un mayor impacto en el cumplimiento de los DESC en relación a las monológicas de los operadores de justicia. Las sentencias dialógicas son definidas por estos autores como:

Aquellas que combinan derechos fuertes (es decir, la protección judicial de niveles básicos de bienestar), remedios moderados (es decir, órdenes abiertas que dejan los detalles de la política pública al gobierno, pero especifican plazos y procedimientos que este debe cumplir) y seguimiento fuerte (es decir, decisiones de seguimiento que valoren el progreso, presionen a los funcionarios recalcitrantes a cumplir e involucren a diversos grupos de interesados en un proceso de deliberación pública y de solución colaborativa de problemas sobre las causas subyacentes a las violaciones de los DESC).⁸

La propuesta del constitucionalismo dialógico tiene por objetivo reconceptualizar las relaciones entre los poderes del Estado hacia dimensiones cooperativas y promover mayores resonancias públicas sobre los efectos de las decisiones judiciales. La generación de reformas legales o institucionales son formas de instar al poder legislativo y ejecutivo como consecuencia de un pronunciamiento jurisdiccional, lo cual no supone definir los contenidos de esas reformas, pero sí

⁸ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. p. 240.

los puntos de partida para su generación. De igual manera, la presión ciudadana debe encontrar apertura y receptividad en los jueces para tratar sus reclamos en consideración de las respuestas sobre aquéllos y sus necesidades tendrán efectos y afectaciones colectivas. El diálogo judicial resalta la responsabilidad democrática de los tribunales bajo el siguiente correlato:

[...] los tribunales pueden profundizar, en vez de erosionar, la gobernanza democrática al actuar como fuentes de rendición de cuentas horizontal, es decir, mediante la liberación de los bloqueos entre y dentro de organismos públicos que están casi exentos de rendir cuentas a los ciudadanos y presionando a los funcionarios públicos para que se ocupen de las deficiencias sistémicas de la política pública que llevan a violaciones masivas de los DESC. [...] la capacidad y el potencial institucional de los tribunales para fomentar la deliberación democrática puede desarrollarse mejor mediante su participación continuada tras el pronunciamiento de la sentencia, por medio de procesos de seguimiento que proporcionan oportunidades para la participación de los actores interesados y para la deliberación pública sobre la solución de los problemas de justicia distributiva.⁹

El desarrollo de derechos requiere de una capacidad para movilizar el Derecho constitucional a su favor según Charles R. Epp. Este fenómeno sucede porque el diseño de la política judicial puede ser antidemocrático y esto se debe a que la interpretación judicial puede sólo impulsar los derechos que interesen a los grupos que cuenten con condiciones organizativas y financieras para litigar hasta el final de un proceso, mientras que para aquellos sectores o grupos que no cuenten con esas condiciones los derechos se convierten en “barreras de pergamino”. El presente y el futuro de los derechos está también condicionado por los esfuerzos colectivos y la estructura de sostén asentada en la sociedad civil, lo cual hay que tener presente para no pensar que los derechos son “simplemente limosnas que el sistema judicial les da a individuos aislados suplicantes”. De acuerdo a lo que sugiere Charles R. Epp:

Ni una Constitución escrita ni una cultura defensora de los derechos ni la actitud liberal de los jueces son suficientes para lograr que el sistema judicial preste una atención sostenida a los derechos y los respalde. La protección de los derechos y las libertades civiles depende, además, de una estructura de sostén enraizada en la sociedad. Sin ella, hasta las más claras garantías constitucionales de los derechos pueden perder toda su significación en los estrados. Por el contrario, una estructura de sostén sólida y vital puede extender y expandir la más débil de las legislaciones sobre derechos. Quienes participan de las decisiones en una democracia constitucional harían bien en concentrar sus esfuerzos no sólo en redactar o revisar las cláusulas constitucionales ni únicamente en la designación de los jueces que habrán de interpretarlas, sino también en formar

⁹ *Ibidem*, p. 241.

la estructura de sostén que defienda y desarrolle esos derechos en la práctica.¹⁰

Por otra parte, todos los jueces deben observar y ejecutar el control de convencionalidad de tipo difuso para dar forma a su margen nacional de apreciación mediante una adecuada tutela de los derechos humanos a nivel nacional, teniendo presente, según la Constitución de cada Estado, el *ius commune* interamericano, esto es, los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados suscritos por el Estado. La Constitución y la normativa interna no son los únicos referentes para la tutela de los derechos constitucionales porque también los derechos reconocidos en instrumentos internacionales son referentes jurídicos, siempre que se avale un mayor ámbito de favorabilidad en su tutela respecto a la normativa nacional.

Asimismo, los administradores de las políticas públicas también intervienen en repertorios monológicos cuando actúan en nombre de las mayorías que no son escuchadas, pero que se las usa para legitimar las políticas que no necesariamente contienen debates democráticos robustos para su formulación y ejecución, así como cuando ejecutan las políticas relativas a derechos sin mediaciones dialógicas con la rama judicial y la ciudadanía.

5 ¿POR QUÉ EL DIÁLOGO JUDICIAL INTERCOMUNITARIO E INTERJURISDICCIONAL PUEDE PROFUNDIZAR LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS Y SU REPARACIÓN?

La realización del diálogo judicial tiene distintas variables y utilidades. Por una parte, puede ser formulado como un mecanismo previo y alternativo a la pena; por otra, puede ser el empleo de mecanismos de judicialización cooperativa para combinar los procedimientos tradicionales con la perspectiva de buscar deliberativamente soluciones y respuestas con los sectores involucrados en los procesos.

La intervención de un tribunal puede suponer un abordaje que articule más participación y transparencia con flexibilidad en la adopción de decisiones provisionales donde las partes tienen mayor injerencia y colaboran en un proceso educativo y de reconstrucción.

El diálogo judicial implica impulsar mayores instancias de articulación para la inducción y estimulación entre diversos mecanismos de *accountability* horizontal y vertical con la generación de oportunidades para la movilización y deliberación en los procesos jurisdiccionales, donde la comunidad o los sujetos de derechos son actores centrales en el análisis y la decisión judicial que se encuentra pendiente.

La proposición central de este ensayo académico es que el pueblo tiene los derechos constitucionales para ejercer un poder interpretativo o una posición divergente frente a las interpretaciones judiciales. En consecuencia, es el soberano quien puede aportar en la definición del derecho existente y sus formas de tutela y

¹⁰ EPP, Charles R. *La revolución de los derechos: abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 302-303.

reparación porque el sistema normativo debe permitir la intervención popular porque quien tiene que definir los alcances, límites y formas de resolver los derechos es la ciudadanía; ella es el intérprete mayor de la Norma Fundamental, no necesariamente el único, pero sí el definitivo. Si la democracia es la expresión del pueblo soberano, y el Derecho constitucional fija las condiciones para que esa democracia y el pueblo puedan equilibrar sus poderes, entonces la sociedad activa su poder interpretativo para discutir y ser escuchada sobre las condiciones en que necesita hacer uso de un derecho y cómo debe ser reintegrado cuando aquél es afectado.

A pesar de las variaciones en que pueden definirse esas condiciones, el presente estudio se afirma en el enunciado de que los aportes que ofrece la justicia deliberativa para la participación del pueblo en la toma de decisiones para el uso y ejercicio de un derecho son una garantía para canalizar jurídicamente la regla democrática y hacer un intercambio conversacional con relación a las tensiones que puedan desprenderse sobre otros elementos como las dimensiones verticales y horizontales de un derecho.

Otra variación del diálogo judicial puede ser entendida a partir del activismo dialógico y el impacto de los derechos sociales con las siguientes consideraciones:

Al otorgar poder a una variedad más amplia de interesados en participar en el seguimiento, los tribunales generan efectos directos e indirectos que pueden ayudar a superar la resistencia política. El principal es la participación activa de los actores políticos, como las ONG de derechos humanos, los organismos administrativos orientados a la reforma y las organizaciones de base que es probable que adopten, como parte de programa de acción, impulsar el cumplimiento de la sentencia, con lo que se convierten así en una fuente de poder compensatorio contra el *statu quo*. [...] En segundo lugar, los mecanismos del activismo dialógico pueden ayudar a los tribunales a ocuparse de las deficiencias institucionales para solucionar problemas socioeconómicos complejos. No hay que ser un formalista jurídico para ver que los tribunales carecen del conocimiento técnico, el personal y los recursos (por no hablar de la legitimidad) para elaborar y ejecutar las soluciones a asuntos tan complicados como el desplazamiento forzado o la falta de acceso a medicamentos esenciales. Sin embargo, eso no significa que no puedan provocar y moderar un diálogo entre las autoridades públicas y los actores de la sociedad sobre estas cuestiones, frente a los fracasos extendidos de las políticas públicas y las violaciones masivas de los DESC.¹¹

El Estado constitucional precisamente constituye un intento por recomponer la gran factura entre democracia y constitucionalismo. La implementación de mecanismos propios de la democracia deliberativa para asegurar la participación popular en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción constitucional permitirían la

11 RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 14, dic. 2013. p. 237.

interacción mediada por acciones comunicativas y la interacción regida por normas donde los participantes coordinan e intercambian diferentes posiciones hacia una comunidad de lenguaje interpretativo iusfundamental caracterizada por la *interacción simbólicamente mediada*. El pensamiento de Habermas es propicio para adaptarlo en este análisis y proponer que la base de validez de un proceso jurisdiccional puede depender de que sus normas procedimentales adopten consensos mediados comunicativamente por razones expresadas mediante la participación social para la interpretación de la Norma Suprema. Cuando este autor explica la estructura racional de la *lingüística de lo sagrado* en la evolución del Derecho y la búsqueda de un *habla gramatical*, sugiere enunciados que los utilizo para explicar cómo constituir un proceso deliberativo en los tipos de jurisdicción a continuación:

La *aplicación comunicativamente mediada* de las normas de acción requiere que los implicados lleguen a definiciones comunes de la situación que comprendan a la vez los aspectos objetivos, los aspectos normativos y los aspectos subjetivos de la situación de acción de que se trate. Son los *proprios* participantes en la interacción los que tienen que relacionar las normas dadas con la situación del caso y adaptarlas a las tareas especiales que esa situación plantea.¹²

Considero que la ejecución de los procesos jurisdiccionales mediante procesos de conversación pública contribuye a que quienes integran el cuerpo social se hagan cargo de la aplicación de las normas mediante una actuación comunicativa, donde los problemas de justificación e implementación de esas normas responden a procesos dialógicos para la formación razonada de consensos y disensos – lo cual debe abordarse sin dejar de destacar que hay distinciones entre las teorías de Habermas y Bohman¹³. Lo interesante de sugerir la opción de la deliberación pública es que la facultad de decidir las cuestiones controvertibles para ejercer cualquier derecho se fundamentan en debates que se abren hacia el pueblo para que los participantes no se reduzcan a los representantes de los poderes constituidos, ni se agoten en las instituciones de la justicia ordinaria o constitucional.

Los derechos son creaciones sociales y su significado depende de la conversación extendida entre jueces, comunidad y autoridades para su interpretación iusfundamental.

¹² HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*: crítica de la razón funcionalista. Madrid: Trotta, 2010. p. 562.

¹³ Al utilizar la explicación de Yebrail Haddad Linero, se infiere que “a diferencia de Habermas, la deliberación para Bohman se vuelve pública a través del diálogo y no del discurso. El diálogo se centra en como la interacción pública produce los efectos prácticos en los participantes que elaboran razones convincentes, en tanto que el discurso, se interesa en los argumentos y en los tipos de justificación que puedan ser públicamente convincentes. En ese sentido, la teoría habermasiana pretende reconstruir los ideales de convergencia, unanimidad e imparcialidad en términos políticos, ideales que para Bohman no constituyen necesariamente los presupuestos de la argumentación pública”; en LINERO, Yebrail Haddad. *La democracia deliberativa*: perspectiva crítica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006. p. 32.

6 LOS PUENTES CONVERSACIONALES ENTRE LAS AUTORIDADES, LA CIUDADANÍA Y LOS JUECES LOCALES E INTERAMERICANOS PARA PROMOVER LA REPARACIÓN INTEGRAL DE DERECHOS. CONCLUSIONES

El sistema interamericano de protección de derechos humanos ha contribuido en la tutela de los derechos y su desarrollo normativo ha sido acogido por los Estados parte. No obstante, la población de la región no recibe las dimensiones completas de la reparación integral al momento de ser atendida en sus derechos vulnerados y las medidas de reparación expresan niveles insuficientes de ejecución y seguimiento.

Las dinámicas cambiantes de las sociedades reclaman mayores demandas en las políticas de reparación para asegurar mayor coherencia entre las condiciones de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Acaso, una alternativa puede ser la adopción de un modelo de activismo jurisdiccional dialógico que aporte con mecanismos cooperativos y deliberativos entre los jueces, la comunidad y las ramas del poder público para intercambiar soluciones concertadas a los problemas estructurales en torno a la reparación de derechos.

7 RECOMENDACIONES

El activismo jurisdiccional dialógico para el desarrollo de los derechos requeriría de los siguientes aspectos para su concreción: i) la conformación y sostenimiento de organizaciones sociales para la defensa de los derechos; ii) la visibilidad permanente de sus agendas en los medios de comunicación; iii) las intervenciones públicas de profesionales y usuarios de los derechos en conflicto como voces legitimadas para discutir sobre el tema en un intercambio con los operadores de justicia y los administradores de las políticas públicas; iv) la promoción de debates en la opinión pública sobre los temas propuestos en las agendas; v) el impulso de la judicialización de los temas presentes en la agenda; vi) la deliberación pública antes de la emisión de los fallos en las instancias judiciales con las organizaciones sociales en situaciones relacionadas con estos derechos en cuestión; vii) los compromisos de las agencias estatales para adoptar reformas institucionales; viii) los proyectos de reformas e iniciativas legales impulsados por las autoridades correspondientes; ix) las acciones de seguimiento a las decisiones en litigios judiciales; y, x) la interrelación permanente de los jueces nacionales e interamericanos para la protección de derechos y el establecimiento de políticas de reparación.

Los conflictos que se suscitan para el desarrollo de los derechos y las formas de protección requieren de puentes dialógicos sostenidos en el tiempo y con robustos debates democráticos. La adopción de medios conversacionales para el intercambio de razones que permitan la participación social en las políticas públicas, las decisiones judiciales y el intercambio con las voces de la comunidad son estrategias de protección multinivel que coadyuvan a enfrentar las tensiones existentes.

Así, los prolegómenos requieren respuestas institucionales, legislativas y jurisprudenciales que expresen un constitucionalismo conversacional, donde los sujetos de derechos puedan ser los protagonistas en las decisiones judiciales y las políticas públicas. Para decir lo mismo de un modo más claro: las autoridades y los jueces deben provocar una deliberación permanente con la sociedad para alcanzar definiciones colectivas sobre la protección y reparación de derechos y que éstas surjan de oportunidades conversacionales inclusivas que permitan a la comunidad ser el último intérprete de la Constitución.

REFERENCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

BERGALLO, Paola. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Cevallos, 2010.

CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. ¿Cómo deciden los jueces? (Des)encuentros de la interpretación y argumentación jurisdiccional frente a la democracia constitucional. *Justicia Electoral y Democracia*, año 2, n. 3, p. 21-30, nov. 2015.

_____. La Constitución de los comunes: constitucionalismos dialógicos para desafiar las biopolíticas. In: SLAVIN, Pablo Eduardo; ROGERS, Támara; ORUNESU, Claudina (Comp.). *Nuevos debates en filosofía y ciencia política*. Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata: Facultad de Derecho, 2015.

_____. La Constitución desconstitucionalizada: líneas jurisprudenciales del sistema de administración de justicia constitucional ecuatoriano. In: TORRES, Luis Fernando (Ed.). *Debate constitucional*. Quito: Cevallos, 2016.

_____. *La crisis del control de constitucionalidad*. Presentado en una Conferencia en la Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015.

_____. *Derecho procesal constitucional: Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

_____. *Derechos sin poder popular*. Quito: Centro Andino de Estudios Estratégicos: Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia de la Universidad Central del Ecuador, 2013.

_____. Interpretación constitucional intercultural y constitucionalismo popular. In: JORNADAS DE CIENCIA, FILOSOFÍA Y DERECHO, 15., 2015, Mar del Plata. *Anales...* Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata, 2015.

_____. *Justicia dialógica para la última palabra*: Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

_____. Más poder al poder: nuevos constitucionalismos autoritarios. In: CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 12., 2015, Bogotá. *Anales...* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

_____. Resistencia y deliberación pública: derechos de participación para transformar las relaciones socio-estatales. *Anales*: Revista de la Universidad Central del Ecuador, n. 371, p. 257-288, marzo 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela*: Sentencia. 2008. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf>. Acceso en: 12 mayo 2017.

_____. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*: Sentencia. 2013. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf>. Acceso en: 20 jun. 2017.

_____. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*: Sentencia. 2013. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf>. Acceso en: 12 mayo 2017.

_____. *Caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*: Sentencia. 2008. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf>. Acceso en: 20 jun. 2017.

_____. *Caso Pueblo Indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*: Sentencia. 2012. Fondo y Reparaciones. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>. Acceso en: 20 mayo 2017.

_____. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*: Sentencia. 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf>. Acceso en: 18 mayo 2017.

_____. *Caso Yatama vs. Nicaragua*: Sentencia. 2005. Excepciones preliminares,

Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf>. Acceso en: 20 jun. 2017.

COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

EPP, Charles R. *La revolución de los derechos: abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

FERREYRA, Raúl Gustavo. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2013.

FURFARO, Lautaro. El derecho a la salud en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. In: AIZENBERG, Marisa (Dir.). *Estudios acerca del derecho a la salud*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: La Ley, 2014.

GLOPPEN, Siri. La lucha por los derechos de la salud: marco de análisis. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Coord.). *La lucha por los derechos a la salud: ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo veintiuno Editores, 2013.

_____; ROSEMAN, Mindy Jane. Introducción: ¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud? In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Coord.). *La lucha por los derechos a la salud: ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo veintiuno Editores, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Trotta, 2010.

_____. *La inclusión del otro: estudios de Teoría Política*. Madrid: Paidós, 1999.

LINERO, Yebrail Haddad. *La democracia deliberativa: perspectiva crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.

PÉREZ, Miguel A. Aparicio; BARCELÒ I SERRAMALERA, Mercè (Coord.). *Manual de Derecho Constitucional*. Barcelona: Atelier, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Protección de los derechos sociales en el ámbito internacional. In: CAPALDO, Griselda; Sieckmann, Jan; Clérico, Laura (Dir.). *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires: Eudeba: Universidad de Buenos Aires, 2012.

PORRAS NADALES, Antonio. Los principios rectores de la política social y económica. In: AGUDO ZAMORA et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 2010.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 14, dic. 2013.

_____; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión*: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

STORINI, Claudia. Epílogo: La interpretación dialógica. In: CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. *Justicia dialógica para la última palabra*: por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.



DEMOCRACIA E INCLUSÃO: DESAFIOS DO SÉCULO XXI

Raquel Cavalcanti Ramos Machado *

Jéssica Teles de Almeida **

Laura Natalie ***

RESUMO

Os desafios da inclusão na democracia, que pareciam diminuídos com o apoio das novas mídias e da globalização dos direitos fundamentais, ganham, na verdade, novos contornos. A inclusão é aqui considerada em diversos aspectos, abarcando tanto a inserção de mais pessoas no diálogo democrático, como a inclusão dos já inseridos politicamente nas técnicas e tecnologias que permitem a dinâmica e a clareza do debate. É de se procurar, na contemporaneidade, a efetiva inclusão de adultos que merecem participar do processo democrático diante de sua dignidade humana, tendo mais voz na política, como as pessoas com deficiência, na conquista de direitos políticos, e as mulheres no exercício de mandatos. Além disso, o próprio uso adequado das novas mídias no debate democrático é um desafio, diante da exclusão digital, da força ameaçadora de *fakenews*, e da disseminação de ódio na rede, com possível e comprometedor influência nas eleições. Importa também considerar que a inclusão de novas mídias no diálogo democrático requer o enfrentamento de reflexões sobre a propaganda eleitoral. Como conclusão percebe-se que, ao lado de pontuais disciplinamentos normativos, e da atuação do Poder Judiciário assegurando sua força normativa, a educação para a cidadania é a forma mais eficiente na promoção da inclusão, conciliando, a um só tempo, intervenção na conduta cidadã e respeito pela liberdade.

Palavras-chave: inclusão de adultos, inclusão discursiva, inclusão digital, diálogo democrático.

ABSTRACT

The challenges of inclusion in democracy, which seemed diminished with the help of the emerging media and the globalization of fundamental rights, actually

* Professora de Direito Eleitoral da Universidade Federal do Ceará. Advogada. Graduada pela Universidade Federal do Ceará. Mestre pela Universidade Federal do Ceará. Doutora pela USP. Visiting Research Scholar da Wirtschaftsuniversität Wien (2015 e 2016). Professora pesquisadora convidada da Faculdade de Direito da Universidade Paris Descartes (2017). Coordenadora do Grupo de Pesquisa e Extensão em Direito Eleitoral “Ágora: Educação para a cidadania: denúncia e esperança.” (UFC). Coordenadora-geral do projeto “Observatório Eleitoral do Ceará” (www.observatorioeleitoralce.com).

** Professora da Universidade Federal do Piauí. Advogada e consultora jurídica. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pesquisadora do grupo de pesquisa e extensão em Direito Eleitoral “Ágora: Educação para a cidadania: denúncia e esperança” (UFC) e do grupo “Direito Humanos e das Minorias” (UFC). Coordenadora-geral do projeto “Observatório Eleitoral do Ceará” (www.observatorioeleitoralce.com).

*** Advogada e consultora jurídica em Políticas Públicas, Direitos Humanos e Tecnologias. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Direito, Propriedade Intelectual e Tecnologias pela Universidade de Santa Clara, Estados Unidos (SCU). Diretora do Grupo de Pesquisa em Tecnologias, Direito e Inclusão do nordeste do Brasil (TEDIREI).

gains new contours. Inclusion is considered in several aspects, such as the inclusion of more people in a democratic dialogue, as well as the inclusion of those already inserted politically in the techniques and technologies that allow the dynamics and clarity of the debate. Nowadays, it is to pursuit an effective inclusion of adults, such as people with disabilities and women in the exercise of mandates, who deserve to participate in the democratic process, by reason of their human dignity, having a greater voice in politics in the conquest of political rights. In addition, the proper use of emerging media in the democratic debate is a challenge, confronted with digital exclusion, the threatening force of fake news, and the spread of hatred in the network with possible and compromising influence in the elections. It should also be considered that the inclusion of emerging media in democratic dialogue requires reflections on electoral propaganda. As a conclusion, it is noticed that, alongside specific regulation and the judiciary's role in ensuring its normative force, citizenship education is the most efficient

1 INTRODUÇÃO

Ao custo de constantes lutas, a democracia, durante o século XX, parece ter se expandido, geograficamente e na amplitude dos direitos que assegura, tanto quanto a quem deles usufrui, quanto em qualidade e intensidade.

Considerando os critérios apontados por Robert Dahl para se aferir se um regime é democrático, como inclusão de adultos, igualdade de voto, entendimento esclarecido, participação efetiva e controle de programa de planejamento⁴, em todos ocorreram aparentes avanços. Mulheres e negros tiveram direitos consagrados, pessoas com deficiência igualmente tiveram expressamente assegurados seus direitos de participação política, movimentos fomentados pelas mídias sociais incrementaram manifestações populares, a própria expansão dos meios de comunicação viabilizou um aumento dos ambientes em que o debate democrático pode ser realizado.

Essa expansão, porém, já revela seus desgastes, insuficiências, dúvidas e novos desafios se descortinam para os regimes democráticos. Apenas para que se perceba desde logo esse cenário, apesar da consagração do direito de participação da mulher na política, efetivamente, ela continua sub-representada. As novas mídias, por sua vez, ao mesmo tempo em que são um lugar a mais de debate, incrementaram o ódio no discurso e trazem perplexidades ao controle da propaganda eleitoral, como com a possibilidade do uso de algoritmos para interferir nas eleições, com a dúvida sobre a licitude de certas ações e programas, como o é caso dos influenciadores pagos e de *games* para impulsionamento de propaganda.

Com a finalidade de refletir sobre esses temas, desenvolve-se o presente trabalho que analisará a inclusão democrática em variados aspectos, na ordem aqui anunciada: a) a inclusão das pessoas na política e seus desafios, b) a inclu-

⁴ DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília, DF: Ed. UnB, 2001. p. 49.

são digital e o entendimento esclarecido, c) a inclusão de novas mídias no debate político e a propaganda eleitoral.

Para tanto, utiliza-se do método falibilista apresentado por Karl Popper, em que, a partir da identificação de um problema, serão apresentadas hipóteses destinadas a explicá-lo ou solucioná-lo de forma clara e objetiva, passíveis de teste e, eventualmente, falseamento; na formulação de tais hipóteses, outrossim, considerar-se-ão ideias antagônicas e possivelmente incompatíveis com as ora apresentadas, sendo o contraste já uma forma de testá-las reciprocamente e optar pelas que melhor expliquem e resolvam os referidos problemas, franqueando-se um debate de caráter científico, plural e crítico.

2 INCLUSÃO DE PESSOAS NA POLÍTICA E SEUS DESAFIOS

Já desde o pós-guerra, tem-se refletido sobre a importância da inclusão de minorias na política como forma de viabilizar que através de sua própria voz possam reclamar e declarar direitos que os protejam. Tal percepção ocorreu, por exemplo, dentre outros motivos históricos, com a reflexão sobre as atrocidades do nazismo e sua relação com a política.

Como relata Hannah Arendt, os judeus, apesar de ricos, foram perdendo seu poder político, e ante esse fato, tiveram subtraída também a capacidade de influenciar na tomada de decisões da sociedade a que pertenciam. Tentando explicar as causas históricas do desenvolvimento do anti-semitismo, Hannah Arendt aponta, como sendo uma delas, a ausência de participação na vida política. Em suas palavras, o “anti-semitismo alcançou seu clímax quando os judeus haviam, de modo análogo, perdido as funções públicas e a influência, e quando nada lhes restava senão a riqueza”⁵.

Na verdade, mais do que inclusão de minorias, importa refletir sobre a inclusão de adultos, mesmo quando não sejam minorias sob o ponto de vista quantitativo, como é o caso da mulher e dos negros, mas que se encontram sub-representados. A democracia precisa encontrar meios de permitir a participação da pluralidade dos que a integram. Aqui consideraremos a inclusão da pessoa com deficiência e da mulher.

Do ponto de vista legislativo, percebe-se um claro avanço. A Lei nº 9.504/97 instituiu cotas por sexo para cargos proporcionais, incumbindo ainda o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) de promover propaganda institucional, em rádio e televisão, destinada a incentivar a participação feminina, dos jovens e da comunidade negra na política. Mais recentemente a Lei nº 13.146/2015 revogou a figura do absolutamente incapaz, ressignificando o art. 15 da CF/88, assegurando em seus arts. 76 e 85, § 1º sua participação política e reconhecendo o direito ao voto mesmo àqueles que se sujeitam à curatela.

Entre a palavra e sua plena significação viva, porém, há um percurso de

5 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 24.

ações a serem realizadas, além da necessária tomada de consciência sobre seu valor. Do contrário, sobretudo em relação ao ordenamento jurídico, tem-se mera legislação álibi⁶, que, longe de se destinar à implementação de direitos, impede a luta por eles, criando a ilusão de que já existem, quando, muitas vezes, são postos apenas como retórica.

Em relação às pessoas com deficiência, analisando a questão no Processo Administrativo nº114-71.2016.600.0000, diante de consulta formulada àquela Corte pela Corregedoria Regional Eleitoral da Bahia, o TSE, apesar de ter afirmado que, na via administrativa, a Justiça Eleitoral deve se abster de promover anotações de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta, ainda que decretada anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 13.146, de 2015, considerou que, para regularização das inscrições em que o registro de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta tenha sido feito antes da entrada em vigor da lei, o eleitor deverá cumprir as formalidades previstas nos arts. 52 e 53, II, a, da Res. TSE nº 21.538, de 2003.

Essa exigência de regularização amesquinha o próprio texto legal de, desde logo, assegurar o exercício dos direitos políticos a pessoas com deficiência e merece ser repensado. Como observa Marcelo Roseno, o Tribunal adotou um entendimento que:

[...] soa restritivo, na medida em que, de acordo com o novo regramento, mesmo aqueles que estão submetidos a regime de curatela devem ter assegurado o direito ao voto, de modo que não seria excessivo que se houvesse determinado, de logo, o pleno restabelecimento dos direitos políticos daqueles que tiveram tal condição restringida em razão de incapacidade civil absoluta.⁷

Além disso, importa observar que devem ser desenvolvidas medidas educacionais de inserção das pessoas com deficiência na política, sobretudo considerando, como também destaca Marcelo Roseno, na linha da ideia já referida antes quanto ao pensamento de Hannah Arendt, que “a exclusão social conduz ao *deficit* de influência na esfera política, e a não ocupação dos espaços políticos torna remota a possibilidade de emancipação de grupos excluídos”⁸.

Essa exclusão social decorre certamente de múltiplos fatores. Um deles pode ser o não reconhecimento jurídico de que essas pessoas podem participar do processo político, mas, muitas vezes, a exclusão decorre da falta de consciência quanto à possibilidade de exercício de um direito.

Assim, sobretudo considerando o contexto histórico em que estavam inseridos, não há como passar de uma situação de não participação, para uma de imediato engajamento diante de uma alteração legislativa, sem que essa modificação venha acompanhada da cultura da participação.

6 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 37.

7 ROSENO, Marcelo. Estatuto da Pessoa com Deficiência e exercício de direitos políticos: elementos para uma abordagem garantista. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, v. 18 n. 116, p. 559-582, out./jan. 2016-2017. p. 574.

8 *Ibidem*, p. 577.

Quanto à participação da mulher, vê-se também um claro déficit democrático, havendo um descompasso matemático entre o número de eleitoras (52%), candidatas (31,89%) e eleitas (11% em média), desproporção esta que não existe em relação ao sexo masculino⁹. O percentual de quotas por sexo estabelecido para cargos proporcionais parece não ter alcançado seu objetivo.

Desde a implementação do estabelecimento das quotas por sexo, a legislação e a jurisprudência tem percorrido um caminho que procura atribuir mais densificação e rigor à letra da lei.

Nesse contexto, a jurisprudência passou a ser mais rigorosa com a análise jurídica das chamadas “candidaturas laranjas”. O TSE chegou a admitir seu controle por Ação de Impugnação de Mandato Eletivo e por Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Já foi aplicada por Tribunal Regional Eleitoral a sanção da perda de mandato, para a prática de tal infração¹⁰.

Em 2015, o art. 9º da Lei nº 13.165/17 passou a determinar que os partidos políticos destinassem de 5% a 15% do Fundo Partidário para o financiamento das candidaturas femininas, artigo que, em 15/03/2018, recebeu interpretação conforme pelo STF, na ADI nº 5617, a qual entendeu que a agremiação partidária deve destinar recursos de forma proporcional às candidaturas femininas efetivamente lançadas que, atualmente, deve ser, no mínimo, 30%.

Num momento em que se testemunha crítica severa ao ativismo judicial, vê-se, por outro lado, sobretudo no que diz respeito à implementação da força normativa das políticas de cotas, que a atuação do Poder Judiciário tem papel relevante. Sem ela, a clara letra da lei quanto ao intuito de realizar cotas (sem, contudo, haver igual clareza quanto às sanções pelo seu descumprimento) não seria concretizada.

Exemplo atual do referido, constata-se no entendimento firmado nos autos da Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000, em que o TSE resolveu a controvérsia hermenêutica em torno da expressão “cada sexo” constante no art. 10, parágrafo 3º, da Lei Geral das Eleições. A Corte fixou interpretação no sentido de que as cotas de candidatura serão contabilizadas a partir do sexo (gênero) que constar no cadastro do eleitor, protegendo, assim, a participação das pessoas trans na política¹¹.

O Tribunal Superior Eleitoral assume, assim, um importante papel da Constituição de 1988, em especial, do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, como, ao fim, a própria democracia.

9 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas do eleitorado por sexo e faixa etária*: 2016. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/eleicoes/eleicoes-antiores/estatisticas-eleitorais-2016/eleicoes-2016>>. Acesso em: 8 fev. 2018.

10 O entendimento do Tribunal Superior Eleitoral foi aplicado às eleições de 2016 pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo que, ao constatar fraudes no preenchimento das candidaturas pelos partidos políticos, em agosto de 2017 cassou, em decisão pioneira sobre a matéria, seguindo o entendimento do Ministério Público Eleitoral, o registro de todos os 22 candidatos de uma coligação composta pelos partidos SD, PMN e PROS.

11 ALMEIDA, Jéssica Teles de; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. A participação das pessoas trans na política: identidade de gênero, cotas de candidatura e processo eleitoral. *GEN Jurídico*, São Paulo, 8 mar. 2018. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/03/08/participacao-das-pessoas-trans-na-politica-identidade-de-genero-cotas-de-candidatura-e-processo-eleitoral/>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

3 INCLUSÃO DISCURSIVA, INCLUSÃO DIGITAL E ENTENDIMENTO ESCLARECIDO

Para além das questões envolvendo a inclusão de pessoas na política, é relevante considerar que não basta a inserção de adultos no cenário democrático, é preciso que eles saibam participar, ou seja, faz-se necessária a inclusão discursiva.

A fala, as ideias, os sentimentos cívicos e o entendimento esclarecido numa democracia são tão importantes no jogo político, quanto a capacidade de fazer passes e dominar a bola são num jogo de futebol. Inserir pessoas no cenário democrático sem dar a elas essas habilidades ou treiná-las para tanto, equivale a dar uma bola a uma pessoa que nunca jogou e esperar que tenha bom desempenho.

Considerando o contexto contemporâneo no qual a comunicação e as relações se travam no ambiente digital, essa inclusão discursiva envolve a inclusão digital. A questão é complexa porque a ela se entrelaçam ainda as desigualdades sociais que amesquinham a inclusão de todos os adultos. Como observa Harari:

Ditaduras digitais não são o único perigo que nos aguarda. Juntamente com a liberdade, a ordem liberal também dá grande valor à igualdade. O liberalismo sempre zelou pela liberdade política, e gradualmente veio a se dar conta de que a igualdade econômica é quase tão importante. Pois sem uma rede de segurança social e um mínimo de igualdade econômica, a liberdade não tem sentido.¹²

A desigualdade social no Brasil, com a fragilização do cidadão, e o déficit educacional público demandam maiores esforços para a inclusão. Sem igualdade social, a igualdade política torna-se, de fato, mais difícil. Importa que uma alimente a outra (a democracia social impulse a política), devendo-se empenhar para que não ocorra o contrário, ou seja, para que a desigualdade social não destrua ou desbote avanços já conquistados no plano político.

É certo que, como observa Harari, “referendos e eleições sempre dizem respeito a sentimentos humanos, não à racionalidade humana”¹³. Isso, porém, não afasta a importância de se considerar elementos racionais do discurso, até porque como também reconhece Harari “sentimentos não são o contrário de racionalidade – eles incorporam uma racionalidade evolutiva”¹⁴.

Considerando a importância da habilidade discursiva, deve-se ter em mente que realizar um debate democrático não é apenas manifestar uma opinião, mas é sujeitá-la à crítica, acolhendo elementos plurais. Ou seja, o debate democrático requer que seja possível percorrer os seguintes procedimentos essenciais: “deliberar, discutir e depois tomar as decisões políticas”¹⁵. Na mesma linha é a advertência de Habermas, segundo a qual “só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da

12 HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 101.

13 HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 70.

14 Ibidem, p. 73.

15 DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília, DF: Ed. UnB, 2001. p. 48.

opinião e da vontade”¹⁶.

Para realizar um debate democrático, não basta criar espaços de votação e manifestação de opinião. É preciso deixar claro quais temas são deliberados, para que somente esses sejam então discutidos, e, apenas após a discussão sobre eles, passe-se à manifestação, com caráter meramente opinativo¹⁷, ou mesmo decisório¹⁸. No mesmo espaço, é importante que vários pontos de vista sejam apresentados, para que a votação seja equilibrada.

Não é democrático um espaço de manifestação de opinião e de votação em que apenas um ponto de vista é sustentado. Por exemplo, apesar de ser interessante a sujeição de projetos de lei à aprovação social, com disponibilização para manifestação digital apoiando ou não um projeto, tal espaço não pode ter apenas um ponto de vista, como no caso do Projeto de Lei do Senado nº 193 de 2016, de autoria do senador Magno Malta, em que apenas o ponto de vista dele defendendo a escola sem partido é disponibilizado no espaço de votação¹⁹. A votação, nesse caso, certamente será fragilizada pela falta de pluralismo.

A análise se aproxima do debate sobre o limite dos discursos de ódio e o sopesamento entre o respeito à liberdade de manifestação e, ao mesmo tempo, aos valores caros ao ordenamento, como a proteção de minorias e a dignidade de pessoas atacadas massivamente pela *internet*, ainda que não se incluam em minorias.

Se, por um lado, o reconhecimento da autonomia individual tem como consequência a aceitação de ataques e contra-ataques que podem corresponder a agressões, por outro, o acirramento diante de discursos travados na internet deve ter limites.

Assim é que, durante os jogos da Copa e das Olimpíadas, ressalvado o direito constitucional ao livre exercício de manifestação e à plena liberdade de expressão em defesa da dignidade da pessoa humana, foram impostas como condições para o acesso e permanência de qualquer pessoa nos locais oficiais de competição não portar ou ostentar cartazes, bandeiras, símbolos ou outros sinais com mensagens ofensivas de caráter racista, xenófobo ou que estimulassem outras formas de discriminação; não entoar xingamentos ou cânticos discriminatórios, racistas ou xenófobos; não utilizar bandeiras, inclusive com mastro de bambu ou similares, para outros fins que não o da manifestação festiva e amigável. Além disso, a legislação criminaliza, por exemplo, a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional²⁰.

Além dos limites jurídicos a serem observados diante de ataques verbais, no exercício da liberdade democrática, e para evitar o cometimento da infração e assegurar a aplicação de tais normas, seria conveniente o desenvolvimento de programas educacionais voltados à conscientização quanto à necessidade de

16 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997. v. 1, p. 172.

17 Como nas consultas públicas.

18 Como nas votações em eleições para escolhas de representantes.

19 Conferir: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=125666>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

20 Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

respeito a pontos de vista diverso – próprios, aliás, da pluralidade democrática.

Quanto à inclusão digital²¹, o importante é ter em consideração que a inserção dos sujeitos nos processos sociais, econômicos e produtivos não é suficiente para alcançar uma participação social e democrática, pois existem outros fatores econômicos, sociais e culturais que, de forma complexa, afetam o grau de participação ativa e a efetividade dos direitos dos sujeitos sociais. Ou seja, a inclusão dos sujeitos na dinâmica econômica e produtiva não é suficiente, já que existem outros fatores que possibilitam o pleno exercício de seus direitos como cidadãos, bem como o exercício da liberdade de expressão e dignidade, através da participação comunidade, política e social.

Inclusão digital demanda assim não apenas acesso aos meios tecnológicos, mas também à linguagem digital para seu correto uso, e sobretudo a consciência do poder político que viabilizam, e dos riscos que as redes sociais oferecem (sujeição maior a *fakenews* e a discursos intolerantes, por exemplo). Do contrário, os cidadãos se comportarão como meros consumidores de informação e não como cidadãos atuantes.

4 INCLUSÃO DE NOVAS MÍDIAS NO DEBATE POLÍTICO E A PROPAGANDA ELEITORAL

Além da inclusão de pessoas, e da inclusão discursiva e digital, habilitando pessoas ao diálogo democrático, outra inclusão sobre a qual se pode considerar é a inclusão de mais espaços de comunicação para a política, sobretudo na propaganda eleitoral, ou seja, a inclusão de novas mídias.

Com a redução do tempo de campanha, e a regulamentação rigorosa da propaganda eleitoral, restaram poucos espaços para que candidatos e eleitores se comuniquem. Nesse contexto, e diante de fatos específicos ocorridos ao longo da campanha eleitoral de 2018, emerge a reflexão filosófica sobre se a propaganda eleitoral deveria ser mais ou menos regrada²², se a legislação não deveria ser mais flexível depositando na maturidade do eleitor o fundamento para suas escolhas.

De forma inovadora, a Lei nº 13.488/2018 alterou a Lei das Eleições, para autorizar o impulsionamento de propaganda paga na *internet*, desde que realizado por candidatos e partidos políticos (Lei nº 9.504/97, art. 57-B, I e II). O eleitor (pessoa natural) pode realizar propaganda, desde que não contrate impulsionamento de conteúdos (Lei nº 9.504/97, art. 57-B, III).

O problema surge, contudo, quando outras manifestações que divulgam candidatos e partidos políticos na *internet*, durante o processo eleitoral, envolve pagamento e gastos a pessoas físicas e jurídicas.

Fala-se do caso do pagamento de influenciadores digitais para fazer propaganda eleitoral que ficou conhecido como *Lulazord* ou *WellingtonDiasGate*.

21 BONILLA, Maria Helena Silveira; OLIVEIRA, Paulo Cezar. Ambiguidades em curso. In: BONILLA, Maria Helena Silveira; PRETTO, Nelson De Luca (Org.). *Inclusão digital: polêmica contemporânea*. Salvador: Edufba, 2011. v. 2, p. 44.

22 Nesse contexto é que se faz referência, por exemplo, ao princípio da intervenção estatal mínima. RAIS, Diogo et al. *Direito Eleitoral Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 39.

Segundo o depoimento da contratada “a negociação, feita sem contrato, não envolveria inicialmente a promoção de candidatos”, mas uma campanha publicitária da esquerda. A influenciadora disse que apenas após um pedido para que elogiasse o governador do Piauí, Wellington Dias²³, é que teria se atentado que seria um trabalho para promover políticos. O fato deu ensejo a uma representação eleitoral movida pelo PSDB, no Tribunal Regional Eleitoral do Piauí.

Outro caso refere-se aos aplicativos de compartilhamento de conteúdo “Brasil Feliz de Novo” e o “FollowNow”. Os aplicativos seriam jogos que premiariam o jogador pelo número de conteúdo compartilhado. Quanto mais compartilhamento, mais pontos, os quais poderiam ser trocados por dinheiro.

Tais fatos revelam a dinamicidade dos fatos e a dificuldade do Direito Eleitoral de apresentar respostas para as zonas “não regulamentadas”. Em relação à manifestação política-eleitoral na *internet*, a lei apenas admite que qualquer pessoa natural faça propaganda por meio de *blog*, rede social, sítio de mensagem instantânea e aplicação de *internet* assemelhada, desde que não seja contratando impulsionamento.

A questão gira, sobretudo, em torno do impulsionamento, porque este é o que dá mais visibilidade de acesso e é o que revela o caráter mercantil da visualização na *internet*. Tanto é assim que a lei exige que os impulsionamentos claramente tenham o anúncio de sua natureza “de impulsionamento”, indique que se trate de propaganda eleitoral e ainda informe o CNPJ do candidato e/ou partido, para que o eleitor saiba que se trata de propaganda eleitoral paga.

A partir do momento em que o apoio, porque remunerado, passa a ter esse caráter mercantil, há um desrespeito à ideia de que a participação deve ser motivada por questões cívicas e não mercadológicas, até porque também há várias normas que combatem o abuso de poder econômico no Direito Eleitoral.

Além disso, perfis de *influencers*, em muitas hipóteses, têm impulsionamento para postagens. Pagar a pessoas que têm influência na *internet* (que são por sua vez, patrocinadas por vários outros – inclusive empresas) para aumentar a atuação propagandista do partido ou candidato parece uma burla, vez que, em se tratando de propaganda eleitoral paga, a lei é taxativa dizendo onde, como e quando pode acontecer.

Busca-se, com esse controle mais rígido, zelar pelo controle dos gastos de campanha, os quais devem ser contabilizados. Garante-se, com essa transparência, a igualdade de oportunidade entre todos os candidatos, evitando-se, assim, que o poder econômico possa vir a desequilibrar o pleito.

Se provar estar havendo esses pagamentos a *influencers*, estes devem ser declarados como tal, o que provavelmente não irá ocorrer, já que por não ser permitido expressamente por lei não haverá como fundamentar e justificar os gastos.

²³ “Perfis com milhares de seguidores no Twitter, entre eles @exuliane, @delucca e @pppholanda, admitiram ter concordado em receber dinheiro para fazer publicações exaltando políticos e pautas ligadas ao Partido dos Trabalhadores (PT), em especial ao candidato a governador do Piauí pela legenda, Wellington Dias”. CARVALHO, Lucas. *PT e agência são acusados de fazer propaganda eleitoral irregular na internet*. 2018. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/pt-e-agencia-sao-acusados-de-fazer-propaganda-eleitoral-irregular-na-internet/78191>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

A polêmica em torno da ilicitude ou não da manifestação se agrava quando se constata terem declarações dos *influencers* sobre os pagamentos partindo deles próprios, tendo sido os partidos pegos de surpresa.

Em relação às penalidades legais para propagandas ilícitas, a legislação eleitoral prevê, a depender do caso (sobretudo quando há impulsionamento), a retirada de propaganda e o pagamento de multa. Caso envolva alguma falsidade em grande proporção e com gravidade, o que se será aferido de acordo com as circunstâncias em que a propaganda foi feita, pode restar configurado abuso de poder tecnológico ou digital.

No caso do abuso de poder praticado em ambiente virtual, o que potencializa o alcance da propaganda ilícita e o seu impacto na igualdade do processo eleitoral, sua prática pode levar, em caso de gravidade, à perda de mandato.

Apesar de essa nova modalidade de abuso não se encaixar, *a priori*, perfeitamente nas espécies previstas no art. 22, *caput*, da LC nº 64/90 (poder econômico, político e dos meios de comunicação), ele se concretiza por meio do uso de recursos financeiros (poder econômico) e de plataformas e redes digitais de comunicação (meios de comunicação social).

Sobre o poder e sua capacidade de transmutação, a propósito, observa Karlfriedrich Herb, “na verdade, o poder nunca permaneceu o mesmo. No decorrer do tempo ele trocou permanentemente sua imagem, seu nome e também seu lugar. Quem se perguntar sobre o poder depois da modernidade o encontrará com outras representações, outro nomes e outro lugares”²⁴.

Os poderes, ainda quando são os mesmos²⁵, transfiguram sua forma de atuação a partir de cada tempo e contexto.

Em relação aos casos concretos analisados, é importante que se ressalte que, até o momento de submissão do presente trabalho, a Justiça Eleitoral não havia se manifestado ainda sobre a legalidade ou não dos mesmos. De todo modo, é preciso que se destaque que artigos que tratam da propaganda na *internet* não alcançam muitas situações e geram dúvidas quanto à regularidade ou não das práticas analisadas, existindo, aí, claramente uma lacuna, sobretudo quanto a aspectos relacionados à transparência.

As eleições brasileiras de 2018 serão as primeiras em que ocorrerá, de forma lícita, o impulsionamento de propaganda eleitoral nas redes sociais e a regulamentação dessa modalidade de propaganda, como dito, deixam a desejar.

A imaginação dos candidatos que, cada vez mais, apostam no ambiente virtual para desenvolver suas campanhas e captar votos e apoio, coloca ao operador e aplicador do Direito Eleitoral muitos desafios para coibir práticas que desequilibrem o pleito eleitoral.

24 HERB, Karlfriedrich. Além do bem e do mal: o poder em Maquiavel, Hobbes, Arendt e Foucault. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, DF, n. 10, p. 267-284, jan./abr. 2013. p. 267.

25 O poder relaciona-se, ainda, para Bobbio com a instituição e manutenção de sociedades desiguais divididas em fortes e fracos (poder político), em ricos e pobres (poder econômico), e sábios e ignorantes (poder ideológico). Em linhas simples, em sua sociedade em que sempre haverá em superiores e inferiores. BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 11. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

Diante dessa zona cinzenta em que todos nós estamos imersos, faz-se mais ainda relevante se pensar na educação e inclusão tecnológica, para que todos possam se conscientizar do seu poder no espaço digital, e na possibilidade, até mesmo, de inclusão de novas mídias ao debate democrático, ampliando-se os canais de comunicação entre candidatos e eleitores.

Havendo mais inclusão social, política e digital, a participação política tende a ser mais livre de influências indevidas, o que nos faz imaginar um cenário em que a liberdade própria da arena política possa ser um valor mais desejável que o controle e regulamentação do Direito sobre as formas, limites e tempo de propaganda.

A questão é: estamos prontos para esse “liberalismo eleitoral”? Ou o controle da Política pelo Direito ainda necessita de uma maior rigidez com vistas a resguardar outros valores como a igualdade entre os candidatos e a liberdade de voto do eleitor?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas idas e vindas da onda democrática, a possibilidade de ampliação da inclusão de pessoas no corpo político e do aumento de consciência e participação no debate permanece um desafio.

A inclusão de pessoas, como daquelas com deficiência e das mulheres, requer que o esforço legislativo já realizado seja concretizado com a aplicação de sanções para o descumprimento dos mandamentos inclusivos, e com empenho dos Poderes estatais e dos agentes da sociedade civil incumbidos da respectiva função, como são os partidos políticos no caso das mulheres.

Considerando, por sua vez, a inclusão no debate, como é a inclusão digital, importa fazer com que as pessoas não apenas dominem as técnicas e as tecnologias, como também se conscientizem de seu poder no espaço digital, para que deixem de agir como meros consumidores e passem a atuar como formadores de opinião política.

Por fim, quanto à inclusão de novas mídias no debate democrático, ampliando os canais de comunicação entre candidatos e eleitores, e diante da impossibilidade normativa de acompanhar todas as atualidades tecnológicas, a consideração da liberdade de expressão e da liberdade para conquistar eleitores, com seu devido e elevado peso, deve ser feita em uma abordagem principiológica, para vedar condutas que podem desequilibrar o pleito.

O Direito Eleitoral deve cuidar de controlar e conter abusos, os quais, a partir de cada nova realidade, transmudam-se, assumindo novas feições que podem, se exercidas no curso do processo eleitoral, transgredir suas normas e influenciar, indevidamente, nos resultados eleitorais, como é o caso do abuso de poder tecnológico ou digital.

A prática de abuso de poder, que gera clara interferência no processo eleitoral e no processo de livre desenvolvimento das escolhas políticas do eleitor pode, até

mesmo, se tornar ineficaz para quem dele se vale, em um cenário de plena inclusão social, política e digital, em que os eleitores se sentirão mais aptos e livres para desenvolverem suas próprias escolhas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jéssica Teles de; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. A participação das pessoas trans na política: identidade de gênero, cotas de candidatura e processo eleitoral. *GEN Jurídico*, São Paulo, 8 mar. 2018. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/03/08/participacao-das-pessoas-trans-na-politica-identidade-de-genero-cotas-de-candidatura-e-processo-eleitoral/>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 11. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONILLA, Maria Helena Silveira; OLIVEIRA, Paulo Cezar. Ambiguidades em curso. In: BONILLA, Maria Helena Silveira; PRETTO, Nelson De Luca (Org.). *Inclusão digital: polêmica contemporânea*. Salvador: Edufba, 2011. v. 2

BONILLA, Maria Helena Silveira; PRETTO, Nelson De Luca (Org.). *Inclusão digital: polêmica contemporânea*. Salvador: Edufba, 2011.v. 2.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas do eleitorado por sexo e faixa etária*: 2016. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/eleicoes/eleicoes-antiores/estatisticas-eleitorais-2016/eleicoes-2016>>. Acesso em: 8 fev. 2018.

CARVALHO, Lucas. *PT e agência são acusados de fazer propaganda eleitoral irregular na internet*. 2018. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/pt-e-agencia-sao-acusados-de-fazer-propaganda-eleitoral-irregular-na-internet/78191>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília, DF: Ed. UnB, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HERB, Karlfriedrich. Além do bem e do mal: o poder em Maquiavel, Hobbes, Arendt e Foucault. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 10, p. 267-284, jan./abr. 2013.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAIS, Diogo et al. *Direito Eleitoral Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ROSENO, Marcelo. Estatuto da Pessoa com Deficiência e exercício de direitos políticos: elementos para uma abordagem garantista. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, v. 18 n. 116, p. 559-582, out./jan. 2016-2017.



Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Memória

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



A CARTA E O PAPEL DOS PARTIDOS *

Ary Guimarães

Que são partidos políticos? Se é verdade que as definições são perigosas, é essencial que se responda a essa pergunta na véspera da convenção pemedebista, que pretende influir sobre a Constituinte. Como também na medida em que vemos líderes partidários falando em nome de suas bancadas para definir posição frente à nova Carta Magna brasileira.

Essa resposta – não chegaremos a uma definição, pois todas as que existem são criticáveis – torna-se ainda mais necessária quando dividem as opiniões duas teses contrárias; as de que a lealdade partidária deve ou não influenciar na tomada de posições constituintes.

Vamos por parte, então. Partidos políticos são grupos que desejam dominar o governo – quer para exercê-lo, quer para destruí-lo, caso dos anarquistas. Se esse conceito é muito falho e abrangente, só ele se adequa à totalidade dos partidos brasileiros. Porque nossas agremiações, afora raros casos não são mais do que veículos para o poder. E se é verdade que, assim agindo, os partidos políticos brasileiros preenchem menos do que o papel que deveriam exercer – isto é o de serem defensores de, programas, de ideologias ou até mesmo de classes sociais (como querem os marxistas) – nem por isso deixam de ter a classificação legal de partidos. Mas, também é verdade que, em seu livro clássico sobre o assunto, Maurice Duverger lhes nega essa qualidade, dizendo que não passam de um partido único, representando todos os mesmos interesses, embora com siglas diversas.

O que não é de todo verdade: sabemos distinguir, embora usando mais símbolos do que fatos, o PDS do PMDB. Somente que está inscrito no programa do PDS a cogestão das empresas pelos trabalhadores, dentre outros temas que nem os progressistas ousam incluir na futura Constituição. É que, na prática, o programa é outro.

Isso tudo quer dizer, entretanto, que uma das finalidades básicas dos partidos – a de veículo entre eleitorado e o governo – sobrepuja a outra – a de veículo de ideias ou, pelo menos, programas. E o resultado de tudo é que não existe coerência entre aquilo que são as propostas de lutas, as teses que aderiram à própria imagem da agremiação partidária brasileira atual, e o exercício da ação partidária por seus membros. Isso é o mais grave, aliás, porque quem foi eleito, até mesmo por lei, usou a sigla partidária como promessa de atuação e mesmo como identificação perante os eleitores.

Quanto a isso não há dúvida. O que se argui, no momento é se um constituinte estará obrigado às decisões de convenção que não digam respeito aos traços que temos chamado de definidores de cada partido. Exemplo, o mandato do Pres. Sarney.

* Texto publicado no Jornal *A Tarde*, de 15 de julho de 1987.

Assim posta a questão, a resposta aparentemente seria negativa: como já se tem arguido, os constituintes e não os dirigentes partidários (na sua maioria não-eleitos para redigir a Constituição futura) é que detêm a delegação popular para decidir sobre a questão.

Mas, essa resposta é simplista, como também foi até certo ponto facciosa a pergunta como acima formulada. Porque o que está em foco o é uma decisão isolada, mas todo um conjunto de circunstâncias e passam pela necessidade de manter a unidade partidária, que é um objetivo básico, até o julgamento sobre a melhor solução para a transição democrática: no fundo, toda a essência do PMDB. É, pois, competência de seus convencionais.

E mencionamos o mandato presidencial como poderíamos ter feito remissão ao sistema de governo ou qualquer outro tema aparentemente isolado sobre que se decidirá na futura convenção. Todos eles passam pela melhor maneira de se vencer a crise político-econômica – e até mesmo administrativa – que o País enfrenta. E que será extremamente dificultada se desaparecerem os partidos como forma de identificação política dos representantes do povo.

Dissemos, no artigo de ontem (que pode ser lido como primeira parte deste), que teria sido melhor a decisão de que a Carta futura seja submetida a referendo popular. Porque muito pouco de programático as convenções partidárias significam. Mas, esse pouco tem que ser respeitado, por coerência política essencial. Isso porque, os partidos modernos que foram formados nos Estados Gerais da Revolução Francesa, e que nasceram espontaneamente, passaram a ganhar força por si mesmos e, em todo o mundo, vinculam os políticos à sua imagem. Tanto que já foram sepultados os temores de George Washington, no seu famoso Farewell Speech, quando, despedindo-se da Casa Branca alertava contra o perigo de particularização dos interesses que os partidos representavam. Porque partidos não devem ser mesquinhos – e o que houver de casuístico neles deve ser abandonado. E suas teses centrais têm que incluir em toda a vida política, na feitura de uma lei ou de uma Constituição. Assim como os partidos, ainda em esboço, influenciaram nas constituições fruto da Revolução Francesa e em qualquer constituinte democrática.

Pois as constituintes democráticas são também partidárias. Daí por que a vinculação a partidos não desaparece nunca enquanto o representante do povo estiver exercendo um mandato que é, por lei, e por coerência, também do seu partido – ou até prioritariamente dele, como quer a teoria de voto proporcional.

COMO FORAM FEITAS NOSSAS CONSTITUIÇÕES *

Ary Guimarães

Tem-se comentado o fato de o processo constituinte atual ser inovação na história brasileira: pela primeira vez – afirma-se – vai fazer-se uma carta magna sem existência prévia de um modelo. O que é só em parte verdade. Porque a Constituinte eleita em 1945 e que fez a lei maior de 1946 também não tinha, ao eleger-se e reunir-se, nenhum projeto. Mas os constituintes escolheram 39 dos seus pares, com representação mais ou menos proporcional dentre os partidos ali representados, para elaborarem um projeto. Assim, ambas as afirmativas são verdadeiras: tanto dizer-se que a Constituinte não seguiu projeto prévio, pois foi ela mesma quem fez o modelo que, afinal, seguiu quer afirma-se que esta é a primeira vez que se parte do nada, de nenhum projeto, para a constituição.

As outras leis fundamentais que já tivemos ou foram ditadas pelos governantes ou se basearam em projetos elaborados pelo Executivo. Pertencem ao primeiro caso a Carta de 1824, ditada por D. Pedro I depois de dissolver a Constituinte que não lhe queria dar o Poder Moderador, colocando-o acima dos demais poderes, porque coordenador e vigilante sobre eles e a Carta de 1937, imposta por Getúlio Vargas como lei instituidora do Estado Novo, que possui uma característica própria: a rigor, jamais se completou, pois previa a realização do plebiscito antes de vigorar, e o plebiscito jamais foi realizado.

Em posição discutível entre os dois tipos (constituições outorgadas e populares) esta a de 1967. Proveio ela de uma decisão do príncipe: foi o Ato Institucional nº 4, portanto obra revolucionária e não constitucional, que transformou o Congresso de então em Assembleia constituinte, dando-lhe poderes que a Constituição de 1946, então vigente, não lhe conferia, poderes que, aliás, o eleitorado também não lhe tinha atribuído. Ao mesmo tempo que o AI-4 ditava, em nome da Revolução, poderes constituintes ao Congresso, que vinha de sofrer várias cassações e, portanto, não possuía condições para funcionar como órgão soberano, estabelecia-se prazo curto para que se deliberasse sobre um projeto que o presidente marechal Castelo Branco apresentava. Projeto que foi emendado no acessório, mantendo-se respeitosamente o essencial. E que, para ser aprovado dentro do prazo, teve-se que atrasar o relógio da Câmara, pois já passava da meia-noite do dia terminal. Daí porque alguns autores a consideram uma constituição popular, porque votada por representantes do povo (na verdade, o que restou deles, depois das cassações “corretivas” da vontade popular), enquanto outros a classificam, a nosso ver com razão, como carta ditada pelo poder imperial executivo.

Aliás, a ambivalência que cerca a Constituição atual não fica nisso. Os autores discutem muito sobre qual a Carta hoje vigente: se essa de 1967 ou a que nasceu sob a forma de Emenda nº 1, de 1969. Oficialmente, temos a vigência da Carta de 67 reformada. Mas essa reforma foi tão ampla, tão profunda em termos

* Texto publicado no Jornal *A Tarde*, de 4 de junho de 1987.

de conteúdo, que dela nasceu praticamente uma nova lei, muito mais autoritária, distribuindo muito mais poderes ao Executivo, concentrando muito mais atribuições nas mãos da União, de tal sorte que deixou de haver o presidencialismo, que se baseia no equilíbrio (ainda que imperfeito) dos três poderes, e a Federação, pois os estados-membros perderam toda a sua autonomia. Ainda mais: a dita emenda constitucional foi elaborada não por quem detinha o poder de reforma constitucional (os próprios congressistas) mas pelos ministros da Guerra, Marinha e Aeronáutica, invocando o Art. 3º de um novo Ato Institucional, o de nº 16, Como se vê, uma ruptura frontal com a Constituição de 1967 - ou, melhor, uma nova Carta, ditada pelo poder da força.

O certo é que, com a Constituição de 1946, foram Três as leis magnas brasileiras provenientes da vontade popular: a de 1891, que instalou a República, construiu-se sobre um projeto do Executivo onde Rui Barbosa teve mão de mestre, tanto que muitos autores o consideram o verdadeiro autor daquela lei; e a de 1934, que institucionalizou e limitou o Estado depois da Revolução de 1930, também inspirada sobre um projeto do Executivo, da famosa Comissão do Itamaraty, de que João Mangabeira, notável jurista e político baiano, foi o relator geral e onde pôde inscrever várias ideias suas que constituem praticamente o núcleo inovador de nosso constitucionalismo.

Assim, voltando à afirmativa inicial, esta é a primeira vez que se parte do nada para fazer uma constituição brasileira. Foi isso, aliás, efeito de uma reivindicação dos grupos progressistas, que não queriam a Assembleia Constituinte limitada por proposta do Executivo. Era uma tese-que se mostrou pouco prática. Tanto assim que, por ironia, o pensamento progressista começou a perder campo quando o presidente Sarney relegou o projeto da Comissão Afonso Arinos. Trabalho que, aliás, tem servido de modelo para várias sugestões dos constituintes de pensamento avançado, enquanto os conservadores lhe passam a largo.

Mas, o trabalho da Comissão Afonso Arinos não tinha nada de ideológico. Foi um projeto calcado no que há de mais moderno no constitucionalismo ocidental. Os que não o aceitam dizendo-o avançado demais é que são verdadeiramente retrógrados.

POR QUE AS CONSTITUIÇÕES CRESCERAM *

Ary Guimarães

Enquanto estamos preparando nossa sétima ou oitava Constituição, os Estados Unidos comemoram o bicentenário da sua. Em termos de lei maior escrita de Estado soberano é a mais antiga vigente no mundo. Os exemplos de constituições escritas, anteriores a ela, ou já não existem ou pertencem a ex-estados soberanos. Entre as primeiras, o Instrument of Government, única lei magna escrita da Inglaterra, no tempo da Commonwealth, hoje revogada; há quem, igualmente, lembre a Magna Carta, de 1215 e também na Inglaterra, mas essa não se enquadra entre as constituições modernas, pois foi um simples instrumento assecuratório de direitos da nobreza ante João sem Terra. Entre as cartas de Estado que perderam essa categoria, lembra-se sempre a de Virgínia, hoje membro dos Estados Unidos.

Qual o segredo da lei norte-americana? Os filhos dos Estados Unidos dizem que é sua sabedoria. E essa sabedoria repousa no fato de ela dispor apenas sobre os traços essenciais da organização do Estado. Fê-lo em apenas sete artigos. Verdade que não são sete artigos curtos, como conhecemos, no Brasil. Assim mesmo, um texto espantosamente sintético, frente às constituições modernas, em geral, que se enquadram naquilo que se chama de categoria das cartas analíticas.

Por exemplo, as constituições brasileiras. A mais curta de todas, do Império, outorgada por D. Pedro I em 1824, tem 91 artigos, mais oito das disposições transitórias. A mais extensa foi a de 1946, com 218 artigos, mais 36 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que não fazia parte, formalmente, do texto constitucional. A atual consta de 217 artigos, sendo 180 do texto permanente. Na verdade, fora a carta de 24, todas as outras mantiveram padrão semelhante. Que é o padrão, também comum, nas constituições modernas, principalmente as do século XX.

Por que então, se abandonou o exemplo norte-americano? É que as cartas resumidas têm vantagens e desvantagens. Se são mais duradouras, porque se reservaram em dizer pouco e por isso mesmo, dizem apenas o essencial, o permanente, arriscam-se a não estatuir o bastante. Na verdade, se compararmos o conteúdo da lei magna americana com as outras analíticas, veremos que são diferentes. As cartas modernas descem a detalhes de funcionamento do Estado, estabelecem extensos capítulos de direitos individuais, que limitam a ação do Estado, criam os direitos sociais, que são direitos a prestação de serviços por parte do Estado, fixam diretivas sobre a ordem econômica e social, forma de garantir que se tornem os indivíduos vítimas da estrutura desigual da sociedade, os ricos sufocando os pobres, os monopólios ditando regras como se fossem o próprio Estado. Mais do que isso: juntaram-se às constituições, regras que, a rigor, não são suas, mas que dispõem sobre assuntos tão importantes que se quis dar a eles a proteção constitucional.

* Texto publicado no Jornal *A Tarde*, de 11 de junho de 1987.

Aí está a grande distância entre os textos sintéticos e os atuais. E está também aí à fonte de muitos equívocos a que foi levada a sociedade, acreditando que na Carta Magna coubesse tudo, que tudo ela resolvesse.

Por isso que se exige das constituições modernas regras explícitas sobre funcionamento dos poderes e limitação dos poderosos, ao lado da maior proteção possível aos cidadãos, elas não podem ser semelhantes à norte-americana. Mesmo porque, como consequência, esta não é hoje contida apenas no seu texto original. Leis que, aqui no Brasil, seriam inconstitucionais, lá são livremente feitas porque não se chocam com um texto curto e só indicativo das linhas gerais. Mais ainda, por ser genérica e abrangente, frequentemente precisa a Constituição dos Estados Unidos ser interpretada pela Suprema Corte. E aí está sua maior fragilidade, pois muito do que entendemos por matéria constitucional é estabelecido ali pelo tribunal maior, que não tem mandato popular e que sofre a influência dos “Chiefs of Justice”, seus presidentes, nomeados pelo presidente da República.

Mas, se a Constituição norte-americana não é explícita bastante para garantir, por si só, a limitação dos governantes e o direito dos indivíduos, tem ela a virtude dupla de ser conhecida pelos cidadãos, pois seu texto é curto, e respeitada por eles, ganhando invejável longevidade.

Verdade que suas lacunas a tornam inaplicável, sobretudo nos países que não têm tradição democrática dominante e que, por isso mesmo, transferem à sua constituição o dever de garantir, amiudadamente, os pressupostos democráticos e as normas essenciais do bem comum. Mas, em compensação, as cartas assim minudentes sofrem de vulnerabilidade maior. Por exemplo, instalou-se o parlamentarismo no Império brasileiro, sem precisar emenda à Constituição. Em 1961, o parlamentarismo necessitou de um extenso ato adicional à carta de 46, que seria ainda fatalmente emendada se o sistema de gabinete subsistisse.

Daí se pretender chegar ao meio-termo entre os dois modelos constitucionais. Porque as constituições sintéticas são incapazes de cumprir sua finalidade de construir um estado de direito e protegê-lo contra seus inimigos insidiosos, que se valem das generalidades para interpretá-las a seu favor. Mas, também, o texto constitucional, por si só, não constrói as instituições. Por isso, a regra guindada à culminância do texto magno não lhe garante impunidade nem efeito prático.

RESCALDO DA BADERNA DO PAÇO *

Ary Guimarães

No momento em que nos voltamos para a laboriosa feitura da futura Carta Magna brasileira, um dado histórico é assustador: nossas constituições Republicanas duraram, em média, apenas 16 anos. Um período quase de completa anarquia constitucional, se lembrarmos que essas leis têm, por definição, vocação de permanência bem maior que a das leis comuns. Enquanto isso, nosso Código Civil é ainda da primeira República, embora já largamente emendado. E desde o governo Jânio Quadros se luta para substituí-lo, sem que chegássemos a uma solução. E comparamos com o Código Civil quando poderíamos ter feito o “símile” com praticamente todas as leis brasileiras fundamentais: em geral, duram elas muito mais de um lustro, que é á vida útil das constituições brasileiras.

Na verdade, há vários cálculos que poderíamos fazer, e todos e nos levam a vida curta das nossas constituições. Isto porque chegamos a 16 anos dividindo o período entre a data da primeira constituição Republicana, 1891, e a data atual, quando obtemos 96 anos. Total esse que dividimos pelas seis constituições que tivemos no período, contando – como fazem ilustres constitucionalistas, quase na unanimidade – a Carta atual como de 1969, e não de 1967, pois a formalmente emenda nº 1 se caracteriza pela forma e pela substância, em verdadeira Constituição nova.

Mas, dessas constituições, três correspondendo às de 1937, 67 e 69 foram cartas de períodos excepcionais, autoritários, todas três constituições outorgadas, a primeira das quais, como sabemos, com a singularidade de formalmente jamais ter entrado em vigor. Se, portanto quisermos investigar a duração das nossas constituições democráticas Republicanas, teremos que a de 1891 viveu por 39 anos, estabelecendo um recorde, embora um breve recorde de duração (de 1891 a 1930); a Constituição de 1934 foi golpeada logo aos três anos de vida; e a de 1946 durou, plenamente, até 1964, isto é, 18 anos – daí em diante, até 1967, foi ela atropelada pelo Poder Revolucionário, que ditava a real Carta do País, sobretudo através de seus atos institucionais. Temos assim, 60 anos ao todo e, portanto 20 anos de vida para cada constituição. O que também significa que tivemos 60 anos constitucionais contra 39 de regimes provisórios ou declaradamente autoritários. Um desempenho tristemente revelador de que passamos um terço de nossa vida dita Republicana (isto é, exatos 33 dos 99 anos de República) sob governos ditatoriais e autoritários.

Isso revela que, na verdade, jamais estivemos sob verdadeiro clima de normalidade, sob nossa República. Prova disso está em que, na primeira República, só um presidente governou sem decretar Estado de Sítio; na República de 1934, embora se tivesse conduzido à presidência o chefe da chamada Revolução de 30, que até então governara discricionariamente, nada vingou e o próprio Getúlio

* Texto publicado no Jornal *A Tarde*, de 1º de julho de 1987.

se transformaria em ditador; enquanto Isso, durante a República de 1946, só um presidente civil terminou seu mandato (Juscelino). Os demais foram Getúlio, que se suicidou, Jânio, que renunciou, e Jango, que foi deposto.

Nesse mesmo período, nossa história viveu graves momentos de crise que se alternavam com calma aparente, permitida por uma nuvem que encobria a agitação dos quartéis, constantemente visitados pelos políticos que ali procuravam o poder que as urnas lhes tinham negado. Chegou-se a cunhar uma expressão para esses permanentes tramadores de golpes: eram eles “vivandeiras das portas dos quartéis”.

O momento atual invoca essas reminiscências pois se assemelha àqueles dias passados. Embora escrevendo-se uma Constituição, há muitos que na verdade pouco se importam com ela e já procuram impor-se pela força. Está aí, por exemplo, aqueles lamentabilíssimo episódios do Paço Imperial. Que lembram a baderna, há um ano atrás de Brasília, até hoje não elucidada. E que lembra, também, o episódio do Riocentro, todos eles, felizmente, frustrados.

Pouco importa que tenha sido cada um deles promovido pela direita ou pela esquerda. Foram, sobretudo, e definitivamente obra de quem não é democrata. Porque o regime de liberdade só pode sobreviver com o respeito às instituições. Quem promove tumulto e atira pedradas contra o presidente não quer a democracia: pelo contrário, mostra que deseja um golpe. E, sem dúvida, um golpe da direita, que é a única facção organizada e em condições de assaltar o poder no Brasil de hoje. O que significa que tais badernas só interessam ou à própria direita ou à ultra-esquerda, aqueles que vêem na democracia o regime mais resistente contra as revoluções.

Se isso fica dito, é preciso também que se comente o fato de que a reação governamental a esse acontecimento deve ser uma reação democrática. Afinal, não se espera hoje senão desfavor popular para com o presidente. É preciso lembrar que, se a concentração e as vaias foram certamente encenadas, a agressão física pode ter surgido do elemento incontrolável que há em todo movimento de massa. Mesmo porque se atentados a chefes de Estado fossem sempre ideológicos, não teriam sido assassinados três presidentes nos EUA e Reagan não teria sido ferido. Mas nem os assassinatos abalaram a democracia naquele país. É essa a lição que devemos aprender. Aprender e exercer firme vocação democrática: o momento é de reconstitucionalizar o País.

REFLEXÕES SOBRE A CONSTITUINTE¹

Raul Machado Horta *

1. *Limiar da Constituinte*; 2. *Natureza do Poder Constituinte*;
3. *Limitações ao Poder Constituinte originário*;
4. *Elaboração de documentos prévios*; 5. *Elaboração constitucional na área de Constituições marxistas*;
6. *Função da Assembléia Constituinte*; 7. *Convocação da Assembléia Nacional Constituinte*; 8. *Constituição e modelos constitucionais*; 9. *Constituição e estabilidade*;
10. *Singularidade do processo constituinte brasileiro*.

1. LIMIAR DA CONSTITUINTE

Estamos ingressando na fase histórica do Poder Constituinte originário e é natural a curiosidade geral em conhecer e analisar as linhas mestras desse acontecimento. Percebe-se que o conhecimento da função e da competência do Poder Constituinte é ainda nebuloso e informe para grande número de pessoas. Essa desinformação me faz lembrar uma *boutade* que circulou na Rússia czarista nos primórdios de seu movimento de constitucionalização. Conta-se que oficiais russos, no período do Czar Nicolau I, regressando da França, voltaram seduzidos pela idéia de Constituição. E se puseram a aliciar solidariedade, em reuniões clandestinas, pregando a necessidade de uma Constituição para a Rússia, dentro do figurino francês do final do século XVIII. Em uma dessas reuniões, assistente entusiasmado, mas ignorante do assunto, ouvindo falar em Constituição, supôs tratar-se da mulher do Grão-Duque Constantino, e prorropeu no aplauso: “Sim, viva a Constituição, a mulher do Grão-Duque Constantino.”

2. NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE

O que se torna necessário é esclarecer dúvidas, para afastar equívocos sobre a natureza da Assembléia Constituinte, forma de manifestação política do Poder Constituinte originário.

Historicamente, o Poder Constituinte originário representa a irrupção de fato anormal no funcionamento das instituições estatais. Esse aparecimento está associado a um processo mais violento, de natureza revolucionária, ou a uma

1 Publicado originalmente na Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, 23(89), jan./mar. 1986. Publicado, ainda, na Revista Administrativa Pública, Rio de Janeiro, jan./mar. de 1987.

2 Catedrático de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, falecido em março de 2005. Nas palavras do Prof. Orlando Carvalho, “O professor Raul Machado Horta passou a vida estudando as instituições e forças políticas que são o poder, o domínio do homem pelo homem, buscando evitar a violência humana e oferecer à sociedade uma melhor forma de atingir a felicidade”.

decisão do alto, geralmente materializada no “golpe de Estado”. A revolução como fenômeno que subverte a estatal e social. O golpe de Estado como transformação do ordenamento estatal por atividade inconstitucional de órgão do próprio Estado.³ O Poder Constituinte originário, na sua versão clássica de origem francesa, está vinculado às manifestações revolucionárias, visando consagrar no novo texto constitucional as alterações mais profundas que a Revolução produziu na estrutura social e econômica e na relação de poder dentro do Estado e da Nação. As revoluções possuem inspirações variáveis no tempo e no espaço. As do século XIX, diz estudioso do fenômeno revolucionário, fizeram-se em nome da liberdade, da fraternidade e da igualdade, enquanto muitas Revoluções do século XX invocaram a autoridade, a disciplina, a ordem, o poder.⁴ Há revoluções liberais e revoluções autoritárias. Revoluções conservadoras e revoluções sociais. Revoluções radicais e revoluções termodorianas. O Poder Constituinte originário emana do fato revolucionário. Daí sua virulência e imprevisibilidade, que publicista espanhol condenou na seguinte imagem:

“O Poder Constituinte não pode ser localizado pelo legislador, nem formulado pelos filósofos, porque não cabe nos livros e rompe o quadro das Constituições. Surge como o raio que atravessa a nuvem, inflama a atmosfera, fere a vítima e desaparece.”⁵

A crise revolucionária deflagra a contradição entre o vigente direito estatal, que tem na Constituição o seu mais alto documento, cuja legitimidade é contestada, e a nova legitimidade que o Poder Constituinte originário vai conferir ao direito estatal, a partir da nova Constituição. Portador de aspirações emergentes, o Poder Constituinte originário busca apoiar-se diretamente na Nação e na vontade popular. É a lição que se recolhe em Maurice Hauriou:⁶

“Os representantes que exercem o Poder Constituinte agem como representantes da Nação e os que exercem o Poder Legislativo ordinário atuam como representantes do Estado.”

Nessa relação entre o Poder Constituinte originário e a Nação, como fundamento de sua legitimidade, a doutrina francesa, a partir de seu formulador inicial, Sieyes, extraiu a consequência lógica de que esse poder reclamava órgão especial, inconfundível com o Poder Legislativo, que passou a ser chamado *Convenção ou Assembléia Nacional Constituinte*.⁷ Não se trata de mera estrutura formal. O nome mágico - *Assembléia Nacional Constituinte ou Convenção Nacional* - revela a magnitude da competência de seu titular, como expressão do Poder Constituinte originário. No final do século XVIII, quando se concebeu a clássica doutrina desse

3 Mortati, Constantino. *Instituzioni di diritto pubblico*. 8. Ed. Cedam, 1969. V. 1, p. 65-73.

4 Brinton, Crane. *Anatomia de La revolución*. México, Fondo de Cultura Económica, 1942. P. 8.

5 Agesta, Luiz Sanchez. *Princípios de teoria política*. 6. Ed. Nacional, 1976. P. 363.

6 Hariou, Maurice. *Princípios de derecho público y constitucional*. 2. Ed. Madrid, Reus, p. 318.

7 Esmein, A. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. 7. ed. Recueil Sirey, 1921. v. 1, p. 581.

poder, Sieyès já oferecia as características do criador da nova Constituição:

“O Poder Constituinte pode tudo. Ele não está submetido a uma determinada Constituição. A Nação que exerce o maior e o mais importante dos poderes deve ficar, o exercício dessa função, livre de qualquer constrangimento e de outra qualquer forma, salvo a que lhe aprouver adotar.”⁸

Em magistral análise dedicada à natureza e aos fundamentos do Poder constituinte, Georges Burdeau⁹ aponta a dificuldade excepcional que a natureza híbrida desse poder oferece ao exame jurídico. E que, para o jurista, o poder pressupõe um quadro de competência: a natureza, a extensão, as modalidades de seu exercício são determinadas por regra anterior, de modo que o poder passa a ser domesticado pelo direito e, por consequência, dócil à análise jurídica. Com o Poder Constituinte, diz Burdeau, acontece o contrário, pois ele é rebelde a uma integração em sistema hierarquizado de normas e competências. E que ele é o poder criador da ordem jurídica, fixando-lhe os princípios e oferecendo-lhe os seus instrumentos. Burdeau localiza o Poder Constituinte originário no ponto de conexão entre a política e o direito, entre a turbulência das forças sociais e a serenidade dos procedimentos, entre a desordem revolucionária e a ordem dos regimes estabelecidos. A insubordinação é inerente a esse poder rebelde ao preordenamento jurídico e político. Não se submete a uma Constituição anterior, pois está acima da Constituição, como o criador em face da criatura. E superior a tudo que ele vai estabelecer na Constituição: órgãos, poderes, competências, escapando ao ordenamento constitucional por ele criado. Dentro dessa perspectiva de rigorosa análise factual do Poder Constituinte, Burdeau¹⁰ o concebe como *poder inicial, autônomo e incondicionado*, mas disso não se deve inferir, afirma o consagrado mestre da Faculdade de Direito de Paris, que o Poder Constituinte não seja um poder de direito. É erro supor que o poder de direito seja unicamente aquele cuja existência e exercício se acham condicionados por estatuto jurídico anterior. Seria paradoxal recusar qualificação jurídica ao poder portador da idéia de direito que se imporá ao ordenamento jurídico no seu conjunto. A verdade, conclui Burdeau, é que esse singular poder não é comandado pelo direito positivo estatal. Admitindo que o direito preceda ao Estado, o Poder Constituinte converte-se na mais evidente prova dessa anterioridade. A brilhante tese da jurisdicização do Poder Constituinte originário não é a tese do positivismo jurídico, que expelle o poder revolucionário e criador da nova Constituição para fora do ordenamento jurídico. Na doutrina constitucional contemporânea, Carré de Malberg¹¹ formulou com cerrada lógica jurídica as impugnações que o positivismo jurídico oferece ao tratamento jurídico do Poder Constituinte originário. Segundo Carré de Malberg, a Constituição é o canal de comunicação do poder aos diversos órgãos do Estado, para o seu exer-

8 Burdeau, Georges. *Traité de science politique*. 2. Ed. 2 Paris, LGDJ, 1969. v. 4, p. 206.

9 Id. *ibid.* p. 181-2.

10 Id. *IBID.* p. 184-5.

11 Carré de Malberg, R. *Contribution à La théorie générale de l'état*. Paris, Centre National de La Recherche Scientifique, 1962. T. 2, p. 484-6.

cício. Todo poder tem sua origem na devolução feita pela Constituição. O órgão pressupõe a Constituição e ele não pode ser o autor, o criador da Constituição. Contorna-se a questão quando se pretende configurar toda *Constituição nova* como uma renovação do contrato social. Na sua formulação rousseauiana esse pacto é impraticável, pois reclama na sua formulação o consentimento unânime, como escreveu *Rousseau* no livro 2, capítulo 2, do *Contrat social*:

“Il n’y a qu’une seule loi qui, par sa nature, exige un consentement unanime; c’est le pact social.”

A soberania constituinte do povo, que Sieyès pregou nas assembleias evolucionárias francesas dos fins do século XVIII, pressupõe a delegação do Poder Constituinte aos representantes do povo e, segundo Carré de Malberg,¹² essa transferência de poder conduz ao império do regime representativo, incompatível com o ato fundamental de criação da Constituição, pois a representação política decorre da Constituição. Retomando a crítica à concepção jusnaturalística do pacto social, Carré argumenta que, se for verdadeira a idéia de que uma Constituição nova requer renovação do *contrato social*, uma razão decisiva exclui qualquer possibilidade de representação do povo neste contrato: é que o povo, no momento de conceber esse pacto, encontra-se em *estado inorgânico*, ele não possui representantes e ninguém dispõe da qualidade para representá-lo. A teoria de que o Poder Constituinte reside originariamente no povo repousa, para Carré de Malberg,¹³ na presunção errônea de que é possível oferecer uma construção jurídica aos fatos e atos que podem determinar a fundação do Estado e sua primeira organização. A possibilidade dessa construção implica o reconhecimento de que o direito seja anterior ao Estado. Esta crença na anterioridade do direito constitui o ponto central das concepções sobre a organização do Estado, formuladas pelos juristas e filósofos da Escola do Direito Natural, em curso nos séculos XVI, XVII e XVIII. Reconhecendo a existência de preceitos morais superiores às leis positivas, o professor de Strasbourg não lhes confere a coerção das regras jurídicas, não obstante sua transcendência. E conclui sua cerrada crítica, enunciando a afirmação dogmática do positivismo jurídico: não se pode conceber o direito fora do Estado e, por isso, é inútil investigar o fundamento ou a gênese jurídica do Estado. O Estado, sendo a fonte do direito, não pode ter ao mesmo tempo sua fonte no direito.¹⁴ Com base nestas premissas da concepção positivista do Estado e do direito, Carré de Malberg vai extrair duas conclusões essenciais:

I.^a A Constituição nova não será confeccionada segundo o processo, o modo constituinte e as formas que foram prescritas na Constituição anterior. Destruída por efeito do golpe de Estado ou da Revolução, nada mais restou da Constituição

12 Id. IBID. p. 489.

13 Id. ibid. p. 490.

14 Id. ibid. p. 497-8.

anterior. Entre a Constituição antiga, da qual se fez tábua rasa, e a Constituição nova, que está sendo criada, não há relação jurídica. O que passa a existir entre ambas é o *interregno constitucional*, uma solução de continuidade, durante o qual o Poder Constituinte do País se exprimirá através das pessoas ou corporações que empolgaram o poder. A questão do Poder Constituinte coloca-se nos mesmos termos da formação originária do Estado: é uma questão de fato e não de direito. Por isso, o Poder Constituinte não é tema jurídico. E sendo fato puro e revolucionário, o positivismo jurídico rejeita o seu exame, pois não há espaço na ciência do direito público para um capítulo consagrado à teoria dos golpes de estado ou das revoluções e de seus efeitos.

2.^a O jurista deve concentrar-se no estudo de outra forma de Poder Constituinte, que é a da reforma pacífica, regular, jurídica, da Constituição em vigor. A reforma pode ser mais ou menos extensa, tendo por objeto a revisão da Constituição, em determinados pontos, ou a ab-rogação e a substituição de uma Constituição por outra. A mudança constitucional, seja ela *total* ou *parcial*, far-se-á de acordo com as regras fixadas pela Constituição, de tal modo que a nova Constituição, quando for o caso da *revisão total*, nascerá da antiga, sem solução de continuidade. A Nação, uma vez exercido o Poder Constituinte revolucionário e extrajurídico, poderá mudar de Constituição, observando as regras jurídicas da Constituição anterior. A Constituição francesa de 1791, confiando na perenidade do documento de origem revolucionária, declarava que a Nação tem o direito imprescritível de mudar sua Constituição, mas considerava, ao mesmo tempo, que melhor se conformava ao interesse nacional exercer esse direito com os meios e procedimentos da própria Constituição.

A tentativa de enquadrar o constituinte da Constituição total nas regras da Constituição anterior frustrou-se rapidamente. A sucessão de Constituições e de Constituintes, desde os fins do século VIII até os nossos dias, demonstra que a criação da nova Constituição não se desgarrou ainda, pelo menos no constitucionalismo ocidental, da prestigiosa idéia do pacto ou contrato social, que coloca na origem da nova Constituição a manifestação constituinte, e quase sempre turbulenta, da vontade popular.

3. LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Sendo o Poder Constituinte originário de natureza incondicionada e historicamente rebelde aos condicionamentos jurídicos de Constituição anterior, cumpre verificar se a atuação desse poder se conduz dentro dessa concepção pura, no domínio da idealidade, ou se ela conhece limitações oponíveis ao exercício de sua competência. Embora as limitações se dirijam normalmente ao Poder Constituinte de revisão, de reforma ou de emenda, o chamado Poder Constituinte derivado, a elas não está imune o Poder Constituinte originário. Essas limitações são geralmente de menor volume material e formal, emanando da mesma fonte que, pelo

ato anormal ou revolucionário, desencadeou o processo da Constituinte. Vejamos os precedentes nacionais e estrangeiros, para localizar a natureza e a extensão dessas limitações.

No caso do Brasil, o decreto que instituiu o Governo Provisório, em consequência da deposição do Presidente Washington Luís pela vitoriosa Revolução de outubro de 1930, já previa, em seu artigo inicial, a eleição de Assembléia Constituinte, para estabelecer a “reorganização constitucional do País”. Fez-se a relação causal entre Revolução e Assembléia Constituinte, dentro do figurino francês do século XVIII. Todavia, o Governo Provisório, também originário da Revolução, endereçou três limitações materiais à atividade criadora da Assembléia Constituinte, órgão do Poder Constituinte originário: manutenção da forma republicana federativa, não-restrição aos direitos dos municípios, não-restrição das garantias individuais constantes da Constituição de 24 de fevereiro de 1891. É o que dispunha o Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930, em seu art. 12, *verbis*: “A nova Constituição federal manterá a forma republicana federativa e não poderá restringir os direitos dos municípios e dos cidadãos brasileiros e as garantias individuais constantes da Constituição de 24 de fevereiro de 1891.”

A Constituição federal de 1934 elaborada pela Constituinte de 1933/34, não só manteve a forma republicana federativa, como ampliou os “direitos dos municípios”, definindo o conteúdo da autonomia municipal, que o texto de 1891 não precisou, reconhecendo a competência tributária do município, igualmente desconhecida na Constituição de 1891, e inovou as garantias individuais, consagrando instrumentos de defesa inexistentes na Constituição anterior. Sob tal aspecto, o constituinte de 1933/34 não sofreu os efeitos de limitações, eis que se identificou perfeitamente com a matéria das limitações e a elas conferiu tratamento mais desenvolvido que o dado pela Constituição de 1891. Na transição entre o regime autoritário de 1937 e a restauração democrática de 1946, verificou-se o conflito de tendências sobre a natureza e a extensão do Poder Constituinte. Em primeira manifestação, quando o Governo federal se viu pressionado pela opinião pública, buscou-se contemporizar, para apenas conceber a eleição de um Parlamento dotado de poderes especiais para, no curso de uma Legislatura, promover a reforma da Carta de 1937, que recebeu, desde logo, várias modificações, visando afeiçoá-la às exigências mínimas do sistema representativo. É a versão da Lei Constitucional n.º 9, de 28 de fevereiro de 1945, ainda vinculada à concepção da outorga constitucional pelo chefe de Governo. Verificada a deposição do Presidente Getúlio Vargas, em 29 de outubro de 1945, em pronunciamento das Forças Armadas, com notório apoio na opinião liberal do País, transmudou-se a concepção do Poder Constituinte, que, de poder de reforma para objetivos limitados, tornou-se *Assembléia Constituinte*, para votar, com *poderes ilimitados*, a Constituição do Brasil, segundo se dispôs na Lei Constitucional n.º 13, de 12 de novembro de 1945, editada pelo Governo federal, para definir os poderes constituintes do Parlamento eleito a 2 de dezembro

daquele ano. Os poderes *ilimitados* da Assembléia Constituinte, a ser eleita em 2 de dezembro, foram confirmados na Lei Constitucional n.º 15, de 26 de novembro de 1945, expedida pelo Governo federal, então sob a presidência do Ministro José Linhares, presidente do Supremo Tribunal Federal, mas nesse documento se fez a única limitação material aos poderes *ilimitados* da Assembléia: a legitimidade da eleição do presidente da República não poderia ser alcançada pela Assembléia Constituinte.

No direito estrangeiro, a Itália e Portugal ilustram casos de limitações ao Poder Constituinte originário. Na Itália, o Decreto Legislativo Luogotenenziale n.º 98, de 16 de março de 1946, explicitando o conteúdo do Decreto Legge Luogotenenziale n.º 151, de 25 de junho de 1944, estabeleceu que “contemporaneamente à eleição para a Assembléia Constituinte o povo seria chamado a decidir mediante *referendum* sobre a forma institucional do Estado (república ou monarquia)”. A decisão sobre a forma de governo, observou Mortati,¹⁵ foi subtraída à Constituinte e deferida ao povo. O *referendum* institucional revogou o Statuto Albertino de 1848, no seu fundamento monárquico, antecipando-se e impondo à Constituinte a decisão fundamental da forma de governo republicana, com todas as conseqüências deste ato. O tipo latino da Constituinte, o tipo que descende do contrato social e do radicalismo clássico, assim qualificado por V. E. Orlando, ficava atingido por essa limitação, que lhe retirava a competência de dispor sobre a estrutura concreta da forma institucional já escolhida e estabelecida anteriormente.¹⁶ Maiores foram as limitações que recaíram sobre a Assembléia Constituinte portuguesa de 1975/76. Limitações explícitas, exteriorizadas em textos escritos, e limitações difusas, que provinham da efervescência revolucionária, sob o comando de militares impregnados pela ação ideológica de correntes políticas. Jorge Miranda,¹⁷ em sua dissertação de doutoramento em direito pela Universidade de Lisboa, analisa com profundidade essa ação de forças que convergiram para o campo de atividade da Constituinte portuguesa, procurando condicioná-la, exprimindo “circunstâncias particulares, sem paralelo em épocas anteriores”, como “o conflito de projetos de revolução que se verificou no país e que, a dada altura, se centrou em saber quem tinha mais legitimidade, se a Assembléia Constituinte, se o Conselho da Revolução”. Um dos documentos firmados na fase que precedeu a Constituinte, a *Plataforma de Acordo Constitucional*, entre outras normas de limitação do futuro constituinte, chegou a dispor, recorda Jorge Miranda, que, uma vez elaborada e aprovada pela Assembléia Constituinte, a nova Constituição deveria ser promulgada pelo presidente da República, depois de ouvido o Conselho da Revolução, o que poderia traduzir-se numa espécie de homologação da Constituição. Houve em Portugal uma concorrência de poderes constituintes em função de situações criadas pela legislação revolucionária que antecedeu à Constituinte e à Constituição. A Lei n.º 3, de 1974, previa uma sucessão de poderes constituintes - poderes constituintes

15 Mortati, Constantino. Op. Cit. P. 83.

16 Calamandrei, Piero & Levi, Alessandro. Commentario sistematico Allá Costituzione italiana. Firenze, Babera, 1950. V. I, p. 111.

17 Miranda, Jorge. A Constituição de 1976. Lisboa, Petrony, 1978. P. 20-2.

para o período transitório até à eleição da Assembléia Constituinte atribuídos ao Conselho de Estado, que a Lei n.º 5/1975, transferiu ao Conselho da Revolução, e poderes constituintes com vistas à Constituição atribuídos à Assembléia Constituinte.¹⁸ Decisões constituintes emanadas de órgãos da vontade revolucionária - o Conselho da Revolução ou o Conselho de Estado - foram projetar-se na Constituinte, para, por adesão desta última, converterem-se em normas da Constituição. Em face desses múltiplos condicionamentos, Jorge Miranda relata que, em Portugal, passou-se a duvidar sobre a Assembléia Constituinte como órgão soberano. As duas *Plataformas de Acordo Constitucional*, celebradas entre o Conselho da Revolução e os partidos políticos, diz Jorge Miranda,¹⁹ converteram a Constituição de 1976 em um *Pacto* das forças dominantes. E os condicionamentos sofridos pela Constituinte portuguesa de 1975/76 não foram apenas de natureza programática ou ideológica. Os constituintes experimentaram condicionamentos físicos impostos por grupos radicais. “No mais agudo da crise político-militar, lembra o Prof. Jorge Miranda,²⁰ em 12 e 13 de novembro de 1975, os deputados ficaram seqüestrados no Palácio de São Bento por uma manifestação cerca de 24 horas, sem que o exército interviesse; e, levantado o seqüestro, a maioria seguiu para o Porto, disposta a encabeçar a resistência, se a situação se tornasse insustentável em Lisboa.” Os modelos brasileiro, italiano e português contêm limitações de natureza diversa à atividade do Poder Constituinte originário, reduzindo a intensidade dos poderes ilimitados da Constituinte. O caso português demonstra que a permanência do processo revolucionário no tempo tende a condicionar com maior profundidade a atividade constituinte, desencadeando o fluxo da concorrência de poderes constituintes localizados em órgãos distintos. Não tem o caráter de limitação ao Poder Constituinte originário a elaboração prévia de *Anteprojeto de Constituição*, estranha à atividade da Assembléia Constituinte, como simples oferecimento de subsídios, sem caráter vinculatório. A propagação dessa atividade de colaboração merece referência destacada, para fixar suas características, e estabelecer uma distinção entre trabalhos preparatórios no constitucionalismo ocidental e no constitucionalismo marxista, neste último com efeito vinculatório desconhecido no primeiro.

4. ELABORAÇÃO DE DOCUMENTOS PRÉVIOS

No Brasil, a Assembléia-Geral Constituinte e Legislativa, que o Príncipe regente convocou em Decreto de 3 de junho de 1822, não contou com o subsídio de Anteprojeto de Constituição. “Ajuntamo-nos sem plano”, disse Antônio Carlos,²¹ falando na Câmara dos Deputados, em 1840. E acrescenta ter sido ele membro da Comissão que a Assembléia encarregou de elaborar um Projeto de Constituição, da qual foi presidente e depois “redator” da nova Constituição no seio da Assembléia Constituinte, dissolvida pelo Imperador D. Pedro I, em 12 de novembro de 1823.

18 Id. *ibid.* p. 89-90.

19 Id. *ibid.* p. 97.

20 Miranda, Jorge. Manual de direito constitucional. 2. Ed. Coimbra Ed., 1982. T. 1, p. 305.

21 Melo Franco. Afonso Arinos de. Curso de direito constitucional brasileiro. Rio de Janeiro, Forense, 1960. V. 2, p. 68.

Com a proclamação da República, o Governo provisório cuidou, desde logo, da formação de uma Comissão especial, que recebeu a incumbência de elaborar o Anteprojeto de Constituição, a “Comissão dos Cinco”, integrada por Américo Brasiliense, Magalhães Castro, Rangel Pestana, Saldanha Marinho e Santos Werneck. O projeto da comissão foi revisto pelos ministros do Governo provisório, sob a liderança de Rui Barbosa, então ministro da Fazenda. Rui reivindicou a primazia, declarando-se “autor da Constituição republicana” e nos deixou relatado o método de trabalho dessa elaboração:

“Comecei, então, desde logo, a redigir a Constituição; à tarde, os meus colegas de ministério jantavam comigo, ouviam o que eu havia escrito, concorriam com as suas idéias e emendas, discutíamos, e, depois, íamos ao Itamarati ler os artigos ao marechal. Assentaram os colegas em que eu fosse o único a defender e explicar ao chefe de Governo as disposições do futuro estatuto.”²²

Com sua letra inconfundível, anotou Rui²³ nas emendas ao Projeto de constituição, documento existente no Arquivo da Casa de Rui Barbosa, que as discussões do projeto começaram “às 8 horas menos 20 minutos da noite de 10 de junho de 1890” e terminaram “às 8h e 45min da noite do dia 18 de junho, no palácio do chefe do Estado, presentes os ministros”. Pelo Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, o Governo provisório, “constituído pelo exército e a armada, em nome e com o assenso da Nação”, convocou a eleição do Congresso Constituinte, o qual traria “poderes especiais do eleitorado para julgar a Constituição”, que se publicava, na redação do projeto do Governo provisório, texto em vigor desde logo, nas suas partes relativas à dualidade das Câmaras do Congresso, à sua composição, eleição e função. O Decreto n.º 510, que convocava o Congresso com poderes constituintes, oferecia o projeto já denominado de Constituição, e estabelecia a vigência imediata de partes da Constituição publicada. Posteriormente, o Decreto n.º 914-A, de 23 de outubro de 1890, que veio a lume após a eleição do Congresso Constituinte, ocorrida em 15 de setembro, abrandava o comando do Decreto n.º 510. Acolhia “algumas alterações” ao texto da Constituição publicada, para “atender imediatamente ao sentimento nacional”. Esclarecia que o texto dependia da aprovação do futuro Congresso e omitia a cláusula da vigência parcial imediata, que constou do Decreto n.º 510. A influência do projeto do Governo provisório foi considerável. Pedro Calmon,²⁴ no confronto que estabeleceu entre o projeto do Governo provisório e o texto definitivo da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, concluiu que “74 artigos do projeto se incluíram, intactos, ou apenas ligeiramente alterados, nos 90 da Constituição”. Permaneceram idênticos 38 artigos. E são

22 Obras completas de Rui Barbosa. V. 17, 1890. T. 1, A Constituição de 1891. Rio de Janeiro, Ministério da Educação, 1946. P. XI.

23 Id. *ibid.* p. 219-306.

24 Obras completas de Rui Barbosa. Op. Cit. Prefácio de Pedro Calmon, p. XXIV-V.

semelhantes, isto é, “incorporados com breve acréscimo, ou modificação”, 36 artigos. O desejo generalizado de aprovar rapidamente a nova Constituição deve ter concorrido para esta identificação entre o projeto do Governo e o texto final da Constituição. Recorda Agenor de Roure²⁵ que os constituintes, para abreviar a discussão, concentraram-se nos “pontos principais do projeto”, tendo havido não poucos requerimentos de rolha para o encerramento do debate.

O Decreto n.º 21.402, de 14 de maio de 1932, que convocava a Assembléia Constituinte, para encerrar o período ditatorial do Governo provisório de 1930, também dispunha sobre a nomeação de Comissão especial, encarregada de elaborar o Anteprojeto de Constituição. É a denominada Comissão do Itamarati, sob a presidência do Sr. Antunes Maciel, ministro da Justiça, mas que sempre funcionou sob a presidência do Embaixador Afrânio de Melo Franco, vice-presidente da Comissão-geral, como se lê em esclarecimento do próprio Ministro Antunes Maciel, que figura na Ata da La sessão da Subcomissão Constitucional, realizada em 11 de novembro de 1932, na residência do Embaixador Afrânio de Melo Franco, então ministro das Relações Exteriores. A Comissão se compunha de 14 membros: Melo Franco, Antônio Carlos, Carlos Maximiliano, Artur Ribeiro, Assis Brasil, João Mangabeira, Agenor de Roure, Antunes Maciel, José Américo, Osvaldo Aranha, Oliveira Viana, Prudente de Moraes Filho, Góis Monteiro e Themístocles Cavalcanti. O anteprojeto do Governo²⁶ foi apresentado na 1.ª sessão da Assembléia Nacional Constituinte, em 16 de novembro de 1933, quando também se formou a Comissão Constitucional da Assembléia, com os seguintes membros de direção: Carlos Maximiliano, presidente, Levi Carneiro, vice-presidente, Raul Fernandes, relator-geral. Os 26 membros da Comissão Constitucional prepararam o projeto de Constituição da Comissão, afastando-se da tendência centralizante do anteprojeto.²⁷

A Carta de 10 de novembro de 1937 não dispôs de elaboração ostensiva, como é da natureza de documentos outorgados, e sua preparação se desenvolveu nos bastidores e nos gabinetes fechados. Hélio Silva,²⁸ o historiador do ciclo de Vargas, reconstituiu os bastidores do golpe de estado de 10 de novembro. “Em 24 de outubro de 1937, relata Hélio Silva, Getúlio chamou Dutra ao palácio. Da conversa que tiveram, ficou deliberado que numa data próxima reunir-se-ia o Conselho de Segurança Nacional, ao qual seria apresentada a nova Constituição. Aceita esta, o presidente lançaria um manifesto à Nação, seguindo-se o golpe de estado.” Francisco Campos, o novo ministro da Justiça, ficara incumbido de preparar a nova Constituição. O texto não era inteiramente novo, diz Hélio Silva, que esclarece: “Tinha sido preparado, como um dos substitutivos a serem apresentados à Assembléia Nacional Constituinte, reunida em 1934. Naquela ocasião, não fora possível, sequer, apresentá-lo. Em novembro de 1937, Francisco Campos ultimava a redação final que apresentou aos chefes militares, para fazerem as últimas sugestões nos capítulos dedicados às forças armadas.» O dramático apelo de

25 Roure, Agenor de. A Constituinte. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1920. V. 1, p. 12-3.

26 Anais da Assembléia Nacional Constituinte. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1934. V.1, p. 132.

27 Id. IBID. v. 10, p. 548.

28 Silva, Hélio. 1937 – todos os golpes se parecem. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1970. P. 456-7.

Armando Salles Oliveira,²⁹ que se encerrava com estas eloqüentes palavras: “A Nação está voltada para os seus chefes militares: suspensa, espera o gesto que mata ou a palavra que salva”, não fora ouvido, e o País mergulhou na ditadura do Estado Novo. A *Carta* outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas à Nação, em 10 de novembro, obteve a referenda dos ministros de Estado, exceto o da Agricultura, Odilon Braga, que se exonerou, por discordância com o golpe de estado.

Ao contrário das Constituições federais de 1891 e 1934, a Constituição de 1946 não foi precedida de anteprojeto preparado por Comissão especial designada pelo Governo federal. O trabalho ficou entregue a uma *Comissão Constitucional* de 37 membros, sendo dela presidente o Senador Nereu Ramos, vice-presidente o Deputado Prado Kelly, e relator-geral o Deputado Cirilo Júnior, este último mais tarde substituído pelo Deputado Costa Neto. Tomou-se por referência a Constituição federal de 1934 e 10 subcomissões ficaram incumbidas de preparar projetos parciais sobre os temas distribuídos a cada uma. Com base nesses projetos parciais, a Comissão Constitucional organizou o Projeto de Constituição, que serviu para as discussões iniciais do plenário da Constituinte, posteriormente seguido do Projeto revisto, que resultara do exame de 4.092 emendas ao projeto primitivo.³⁰ O projeto de Constituição foi submetido ao Prof. Sá Nunes, para o polimento vernáculo.

Quando se cuidou da elaboração de nova Constituição federal, em abril de 1966, para consolidar as emendas e outras disposições que fragmentaram a Constituição de 1946, o Presidente Castello Branco designou uma comissão formada pelos Srs. Orozimbo Nonato, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Levi Carneiro, constituinte de 1933/34, então vice-presidente da Comissão Constitucional daquela Assembléia Constituinte, Miguel Seabra Fagundes, ex-ministro da Justiça, e Themístocles Brandão Cavalcanti, ex-consultor-geral da República, que integrou a Comissão do Itamarati, em 1932/33, incumbindo a estes eminentes juristas a elaboração de Anteprojeto de Constituição, retomando a iniciativa que prevalecera em 1890 e 1932/33, nos pródromos das Constituições federais de 1891 e 1934. A Comissão de Juristas, desincumbindo-se da missão, entregou o anteprojeto em 19 de agosto de 1966. Levi Carneiro, em entrevista ao *O Estado de São Paulo*,³¹ não ocultou o seu desencanto em face do abandono a que se relegou o anteprojeto. “Inútil terá sido o esforço, dizia o decepcionado Levi Carneiro, com que alguns cidadãos, incumbidos pelo Governo federal de elaborar um anteprojeto de Constituição federal, se afainaram, durante quatro meses contínuos, em tão árdua tarefa, ao final de tudo ridiculamente improfícua.” É que havia prevalecido o anteprojeto elaborado pelo Sr. Carlos Medeiros Silva, então ministro da Justiça, encaminhado com mensagem do presidente da República ao Congresso Nacional, em 12 de dezembro de 1966, para discussão, votação e promulgação.³²

29 Id. IBID. p. 462.

30 Duarte, José. A Constituição brasileira de 1946. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1948. v. 1, p. 136.

31 O Estado de São Paulo, 18 dez. 1966.

32 Diário do Congresso Nacional, 13 dez. 1966. P. 1. 045-68.

O projeto do Governo federal, submetido à Comissão Mista de 11 deputados e 11 senadores, sob a presidência do Deputado Pedro Aleixo, foi, afinal, aprovado e promulgado, aos 24 de janeiro de 1967, dentro da rigorosa tramitação fixada no Ato Institucional n.º 4, de 6 de dezembro de 1966.

Itália, França, Portugal e Espanha oferecem soluções contemporâneas que também devem ser analisadas, refletindo experiências típicas na fase da elaboração de novas Constituições naquelas nações.

A convocação da Assembléia Constituinte italiana de 1946/47 justificou a criação do ministério para a Constituinte (Ministero per la Costituente) e a nomeação de Pietro Nenni para o cargo de ministro para a Constituinte (ministro per la Costituente). O ministério organizou uma Comissão para Estudos Atinentes à Reorganização do Estado (Commissione per Studii Attinenti alla Riorganizzazione dello Stato), que recebeu a atribuição de recolher elementos necessários à elaboração da nova Constituição. A comissão funcionaria como Comissão de Estudo e Comissão de Pesquisa, subdividida internamente em quatro subcomissões a cada uma correspondendo os seguintes assuntos: 1. problemas constitucionais; 2. organização do Estado; 3. autonomia local; 4. entes públicos não territoriais. A finalidade da Comissão seria a de recolher amplo material de informação e de estudo para os membros da Assembléia Constituinte. Abriu-se debate preliminar no seio da Comissão para fixar se as conclusões poderiam também abranger um projeto de Constituição, além do amplo material de natureza informativa. O Ministro Nenni³³ esclareceu prontamente que a finalidade da Comissão nada tinha a ver com a preparação de um esquema de Constituição. A escolha de institutos constitucionais, dizia o Ministro Nenni, pressupõe a adoção de critérios políticos, que não cabe à Comissão, pois essa escolha está reservada exclusivamente à Constituinte. A composição de cada subcomissão³⁴ refletia a predominância de especialistas em direito público, geralmente professores universitários - como Calamandrei, Vezio Crisafulli, Mortati, Giannini, Gueli, Fanfani, dentre outros -, de advogados, magistrados ou membros da Corte de Contas e do Conselho de Estado. A Comissão limitou-se a preparar extensos relatórios sobre os temas confiados a cada uma. Na ausência de anteprojeto de Constituição, a Assembléia Constituinte, como anotou Calamandrei,³⁵ deveria começar do nada, situação que se lhe afigurava adequada ao órgão soberano, pois, *in questa materia non poteva ammettere nè ingerenze nè collaborazioni*. A Assembléia Constituinte deliberou confiar a uma Comissão Constitucional integrada por 75 deputados, a chamada *Commissione dei 75*, a elaboração da nova Constituição, sendo os seus membros escolhidos pelo presidente da Assembléia Constituinte. Durante seis meses a Comissão dos 75 dedicou-se integralmente à preparação do projeto de Constituição e nesse período a Assembléia Constituinte exerceu ampla atividade de legislador ordinário.³⁶ O projeto de Constituição elaborado pela *Commissione dei 75* foi apre-

33 Relazione all'Assemblea Costituente. Ministero per La Costituente, Roma, 1946. V. 1, p. 14.

34 Id. *ibid.* p. 27-32.

35 Calamandrei, Piero & Levi, Alessandro. Op. Cit. p. 125.

36 Id. *ibid.*

sentado à Constituinte em 31 de janeiro de 1947. A comparação entre o projeto e o texto definitivo da Constituição da Itália, de 27 de dezembro de 1947, demonstra a notável influência que o primeiro exerceu no texto da Constituição, a qual reproduziu literalmente a distribuição da matéria constitucional adotada pelo projeto e a maioria de suas disposições.

A elaboração da Constituição de Portugal de 2 de abril de 1976 e da constituição da Espanha de 27 de dezembro de 1978 processou-se sem a apresentação de anteprojeto, ao contrário do que se fez nos antecedentes brasileiros de 1890, 1933 e 1966, ou de estudos prévios sobre temas constitucionais, conforme a solução italiana de 1946. Em Portugal, recorda Jorge Miranda,³⁷ os seus partidos políticos que participaram da Assembléia Constituinte ofereceram os respectivos projetos de Constituição, que refletiram os programas e os compromissos ideológicos do Centro Democrático Social, do Movimento Democrático Português, do Partido Socialista, do Partido Comunista, do Partido Popular e da União Democrática Popular. A Constituinte organizou oito comissões, para sistematizar os projetos apresentados, e coube à Comissão de Redação preparar o projeto submetido à aprovação final do plenário. O Centro Democrático Social rejeitou o projeto, denunciando nele as impregnações ideológicas que contrariavam a “identidade coletiva de todos os portugueses”.³⁸ As Cortes Constituintes da Espanha, eleitas em junho de 1977, também não contaram com estudos prévios ou anteprojeto de Constituição. Oscar Alzaga³⁹ lamentou essa circunstância, aduzindo que o anteprojeto redigido por especialistas abreviaria, pelo menos, a duração dos trabalhos constituintes, pois, na Espanha, o anteprojeto da Constituinte consumiu seis meses de preparação. Os partidos políticos apresentaram projetos de Constituição à Comissão Constitucional, que se repartiu em *Ponencia Constitucional do Congreso e Ponencia Constitucional do Senado*, as duas Câmaras das Cortes Constituintes. Os projetos aprovados separadamente no Congresso e no Senado foram posteriormente encaminhados à *Comissão Mista do Congreso e do Senado*, para elaborar o texto final do Projeto de Constituição, o qual foi submetido ao *referendum* do povo espanhol, em 6 de dezembro de 1978, quando 87,8% dos votantes ratificaram na via da manifestação popular o texto constitucional aprovado anteriormente pela Constituinte. A Constituição francesa de 1958 resultou de singular processo de elaboração, que dispensou a atividade de uma Assembléia Constituinte. A Constituição da França é o projeto constitucional de Charles de Gaulle, então escolhido presidente do Conselho de Ministros, no bojo de grave crise política nacional. De Gaulle obteve da Assembléia Nacional e do Conselho da República a aprovação de lei constitucional modificativa do processo de revisão da Constituição de 1946. A Lei Constitucional, de 3 de junho de 1958, alterando o processo de revisão, diz o Prof. Jacques Cadart,⁴⁰ “estabeleceu nova forma de Poder Constituinte que permitiu substituir a Constituição de 1946”, tecnicamente sujeita à revisão, por outra e nova Constituição. A Lei Constitucional,

37 Miranda, Jorge. A Constituição de 1946. Op. Cit. p. 25.

38 Id. *ibid.* p. 31.

39 Alzaga, Oscar. La Constitución Española de 1978. Comentário sistemático. Madrid, Ed. Del Foro, 1978. P. 49-50.

40 Cadart, Jacques. Institutions politiques ET droit constitutionnel. 2. Paris, LGDJ, 1979. T. 1, p. 131.

fixando alguns princípios prévios de organização constitucional, deferiu ao Governo da República a competência de elaborar um projeto constitucional. O projeto de lei constitucional do Governo seria submetido a um Comitê Consultivo formado de membros do Parlamento (Assembléia Nacional e Conselho da República). O projeto aprovado pelo Conselho de Ministros, depois de recolhido o parecer do conselho de Estado, seria submetido ao *referendum* popular e, finalmente, promulgado pelo presidente da República. O Parlamento concedeu ao Governo da República autorização para elaborar um projeto de lei constitucional e para isso alterou e simplificou o processo de revisão da Constituição francesa de 1946. Investido dos poderes de elaboração de projeto de lei constitucional, o Governo De Gaulle transformou e dilatou esses poderes, elaborando, com a ajuda de Comissão Consultiva e do Conselho de Estado, um projeto integral de nova Constituição que, submetido ao *referendum popular*, converteu-se na Constituição francesa de 4 de outubro de 1958. Não foi diversa a técnica cesarista que adotou Napoleão Bonaparte, quando recolheu a aprovação do povo francês para o seu projeto que também se tomou, com a sagração popular, na Constituição do ano VIII (13 de dezembro de 1799).

5. ELABORAÇÃO CONSTITUCIONAL NA ÁREA DE CONSTITUIÇÕES MARXISTAS

Ao contrário das democracias ocidentais em que a elaboração de documentos prévios, a nível de anteprojeto ou de estudos prévios, não dispõe de caráter vinculador para a atividade soberana do Poder Constituinte originário, nas chamadas democracias marxistas a confecção prévia de textos dessa natureza vincula o constituinte às normas neles lançadas, pois elas receberam anteriormente a aprovação consagrada do partido oficial - o Partido Comunista ou que outro nome tenha - que impulsiona, dirige, controla e monopoliza os órgãos do Estado. A Assembléia, o Congresso ou o Soviete Supremo, que vota e aprova a nova Constituição, não requer sua transformação em Assembléia Constituinte, assinalada pela ruptura revolucionária do poder, que desencadeou no universo comunista a aparição transformadora da Assembléia Constituinte Revolucionária, as demais Constituições são elaboradas e votadas dentro do procedimento normal da revisão constitucional. As Assembléias e os Congressos das monocracias populares detêm o Poder Constituinte permanente, sem a necessidade de sua instalação aparatosa e espetacular, tão ao gosto da Constituinte de filiação latina, radical e extremada, a que se referiu V. E. Orlando, em passagem citada nesta exposição. Dir-se-ia que as constituições marxistas, superando a solução revolucionária da Constituinte originária, realizam presentemente a solução que Carré de Malberg concebeu da revisão pacífica e regular, seja ela revisão parcial, através de emendas, ou revisão total, por substituição integral da Constituição anterior, cujo processo de reforma se observou nessa criação da nova Constituição. Analisando o processo da revisão total da Constituição, adotado contemporaneamente nos estados socialistas

e marxistas. Os Profs. Paolo Biscaretti di Ruffia,⁴¹ da Universidade de Milão, e Stefan Rozmaryn, da Universidade de Varsóvia, assim descrevem as fases desse processo constitucional:

1. A iniciativa de nova Constituição e sua concepção essencial pertencem ao Partido Comunista, força dirigente da sociedade.

2. A elaboração de anteprojeto da nova Constituição é geralmente confiada a um organismo especial - Comissão Constitucional -, instituída ou eleita pelo Parlamento, podendo essa designação também provir isoladamente do Partido Comunista.

3. Abre-se, em seguida, a etapa da discussão ampla, visando levar o anteprojeto ao conhecimento do povo. Trata-se de sondagem não-formal da opinião pública.

4. Os resultados dessa discussão popular são classificados, analisados sob os aspectos político e jurídico, e depois selecionados. Este trabalho constitui geralmente tarefa da Comissão incumbida de elaborar o Projeto de Constituição.

5. Após a análise dos resultados, classificação e seleção, prepara-se o Projeto definitivo.

6. O Projeto definitivo é submetido ao exame da Assembléia, do Congresso ou do Soviete Supremo, que decidirá na forma de normas regimentais ou de leis especiais.

7. O Parlamento vota a Constituição, observando as regras fixadas pela Constituição anterior.

É desta forma, dizem os Profs. Biscaretti e Rozmaryn,⁴² respeitando rigorosamente as regras previstas para a revisão constitucional, que uma nova constituição pode ser adotada.

As recentes Constituições da URSS, de 7 de outubro de 1977, e da República Popular da China, de 4 de dezembro de 1982, reproduziram na sua elaboração as etapas desse procedimento de revisão total, disciplinado por normas e órgãos constitucionais anteriores ao seu advento.

O processo de elaboração da Constituição soviética de 1977 teve início em março de 1962, quando Khruchtchev, então primeiro-secretário do Comitê Central do Partido Comunista e presidente do Conselho de Ministros, apresentou ao Soviete Supremo relatório sobre a elaboração de projeto de nova Constituição para a URSS. Na reconstituição procedida em trabalho do Prof. Michel Lesage⁴³ editado pela prestigiosa publicação do Governo francês - *La Documentation française* -, seguiu-se a designação de Comissão Constitucional de 96 membros, presidida por Khruchtchev, para preparar o projeto. A queda do presidente do Conselho de Ministros, em 1964, retarda a preparação do documento constitucional, que é retomada em 1966. A Comissão é recomposta, abrangendo 33 membros, incluindo novos componentes em substituição aos membros do Soviete Supremo, que não se elegeram ou que deixaram a Comissão. Nova alteração sofre a Comissão Cons-

41 Di Ruffia, Paolo Biscaretti & Rozmaryn. *La Constitution comme loi fondamentale des États de l'Europe occidentale ET dans les États socialistes*. Paris, LGDJ, 1966. P. 90-2.

42 Id. *ibid.* p. 92.

43 Lesage, Michael. *La Constitution de l'URSS 7 octobre 1977*. *Documentation Française*, (4.493/4.494):8-13, 12 dec. 1978.

titucional, em 1977, que é ampliada na sua composição, passando a 75 membros. Abre-se a discussão em nível popular do Projeto que a Comissão preparou, para recolher as manifestações que o Partido Comunista coordena e dirige. Os resultados dessa discussão são apresentados ao Soviete Supremo e no Relatório a respeito existe a indicação de que a Comissão Constitucional aceitou 150 emendas e redigiu artigo novo. São consideradas inaceitáveis as emendas que se afastam das concepções políticas do partido ou que contenham matéria de natureza legislativa e regulamentar. Adotado pela Comissão Constitucional, o projeto emendado foi submetido ao Soviete Supremo. Ampliou-se nesta fase a composição da Comissão Constitucional, que recebeu a designação de “Comissão de Redação para a preparação do texto definitivo da Constituição”, constituída de 162 membros do Soviete Supremo. São designadas quatro sessões, em cada Câmara do Soviete Supremo, para a discussão do Projeto de Constituição, que se encerra com a aprovação do texto definitivo da Constituição da URSS, ora em vigor.

No caso da Constituição da República Popular da China, de 1982, o procedimento adotado foi substancialmente idêntico. Relata Tsien Tche-Hao,⁴⁴ pesquisador do Centro Nacional de Pesquisa Científica da França, em trabalho também publicado em reputada coleção do Secretariado-Geral do Governo Francês - *Notes et Études Documentaires* - que a terceira sessão plenária da 5ª Assembléia Popular Nacional designou em 10 de setembro de 1980, uma Comissão encarregada da revisão da Constituição. O projeto elaborado pela referida comissão, publicado em abril de 1982, foi submetido a larga discussão popular. Cumprida essa fase, o projeto recebeu ligeiras modificações, para ser aprovado na 5ª sessão da Assembléia Popular Nacional, em 4 de dezembro de 1982, tornando-se a 4ª Constituição da República Popular da China.

O procedimento de elaboração constitucional adotado na URSS e na China Popular, que é representativo do procedimento da área marxista na fase de consolidação das instituições, em período já distante da tomada do poder e da ruptura revolucionária da ordem social e política anterior, consagrou a técnica da revisão total, quando se impuser a adoção de nova Constituição. E quem faz essa revisão total é o órgão legislativo ordinário, detentor de competência constituinte permanente, sem a necessidade de desencadear a convocação espetacular de uma Assembléia Nacional Constituinte.

6. FUNÇÃO DA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE

O funcionamento de Assembléia Constituinte, à luz de seu modelo clássico, reclama a solução de problema prévio, para saber se ela exercerá exclusivamente a função de elaborar a nova Constituição, que justificou o seu aparecimento, concentrando-se, assim, no exercício da função constituinte, deixando a função legislativa ordinária para o Poder Executivo, ou se deverá a Assembléia Consti-

⁴⁴ Tche-Hao, Tsien, La CHine – Constitution de 1982 et institutions. Notes et Études Documentaires, (4.741/4.742):7-8, 22 nov. 1983.

tuinte desincumbir-se de dupla função, a função constituinte e a função legislativa ordinária. Paralelamente, outra questão se acrescenta a esta primeira, que é a relativa à especialização da Constituinte, não apenas quanto à sua matéria, mas também como órgão: o mandato dos membros da Constituinte deve ser extinto com o encerramento de sua função, ou os membros da Constituinte permanecerão, investindo-se em seguida à elaboração da Constituição na função legislativa ordinária? A concepção revolucionária francesa preferiu a primeira solução, de modo que os membros da Constituinte dispusessem de mandato limitado à duração da Assembléia Constituinte. Na França, as constituições oriundas da Revolução de 1789 consagravam a especialização da função constituinte, inclusive para o Poder Constituinte de revisão ou de reforma. Com efeito, dispunha a Constituição francesa, de 3 de setembro de 1791, que os 249 membros eleitos para comporem a Assembléia de Revisão teriam os mandatos extintos com o encerramento da atividade de revisão (título VII, art. 8.º). A Constituição de 22 de agosto de 1795 (ano III), além de consagrar a regra da dissolução da Assembléia de Revisão (art. 346), chegou ao extremo de designar lugar distante da sede do Corpo Legislativo para reunião da Assembléia de Revisão (art. 340). De nada valeram às Constituições da Revolução francesa as minuciosas regras da revisão de cada uma delas. Sucumbiram tão rapidamente na sucessão da voragem revolucionária, que os complexos mecanismos constitucionais da época não puderam conter. É oportuno, todavia, recordar os precedentes brasileiros e do direito comparado, a respeito do funcionamento da Constituinte, nesta hora em que se anuncia a convocação de Assembléia Nacional Constituinte, para elaborar a nova Constituição da República.

No alvorecer do Brasil Imperial, o príncipe regente, em decreto de 3 de junho de 1822, convocou uma Assembléia-Geral Constituinte e Legislativa, prefigurando a dupla atividade a ser exercida pelo órgão constituinte. A Assembléia Constituinte de 1823 exerceu atividade constituinte, preparando legislação significativa, como a lei de 20 de outubro de 1823, que deu nova forma aos governos das províncias. A dissolução monárquica de 12 de novembro de 1823 interrompeu e frustrou a atividade da Constituinte de 1823, que, se elaborou algumas leis, não pôde concluir a tarefa constituinte de aprovação da Constituição. A Assembléia Constituinte de 1890/91 não ultrapassou a função constituinte, para a qual fora convocada, embora assim pudesse proceder, pois o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, dizia ser a Constituição “o primeiro objeto de suas deliberações”, deixando-lhe, assim, a possibilidade de fixar outros objetos de deliberação. Com a Constituição federal de 1891, inaugurou-se a solução de transformar o constituinte em legislador ordinário, contemplando que, terminada a missão constituinte, o Congresso, separando-se em Câmara e Senado, encetará o exercício de suas funções (*Constituição federal de 1891 - Disposições transitórias*, art. 1.0, § 4.º). A Assembléia Constituinte de 1933/34 não exerceu função legislativa e o mandato de seus membros, uma vez encerrada a atividade da Constituinte, prolongou-se no Poder Legislativo ordinário, com a circunstância de que, não tendo havido eleições para o Senado federal, quando se elegeu a Assembléia Nacional Constituinte, a transformação desta últi-

ma em Câmara dos Deputados absorveu na Câmara, transitoriamente, as funções do Senado federal, até que as Assembléias Constituintes estaduais elegeassem os representantes dos estados no Senado federal (*Constituição federal de 1934* - Disposições transitórias, arts. 2.º e 3.º). Convocando a Assembléia Constituinte de 1946, a Lei Constitucional n.º 13, de 12 de novembro de 1945, previu a eleição de deputados e de senadores (art. 1.º), que se reuniram em Assembléia Constituinte, e dispôs que, promulgada a Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado federal passariam a funcionar como Poder Legislativo ordinário (art. 2.º). Posteriormente, a Lei Constitucional n.º 15, de 26 de novembro de 1945, tornou explícito que, enquanto não-promulgada a Constituição, o presidente da República exerceria todos os poderes da Legislatura ordinária (art. 2.º). As Assembléias Constituintes brasileiras, com exceção da Constituinte imperial de 1823, no breve período de seu funcionamento, não exerceram função legislativa, para se concentrarem na função constituinte de elaborar a nova Constituição, deixando ao Poder Executivo as tarefas excepcionais de legislador ordinário, sem prejuízo de suas atividades administrativas normais. A outra constante que se extrai do comportamento adotado no período republicano é a da transformação da Assembléia Constituinte em Poder Legislativo ordinário, comunicando aos seus membros mandato da mesma natureza, sem a necessidade de eleições destacadas para a Constituinte, primeiro, e o Poder Legislativo ordinário depois. Não se pode conferir a qualificação de Assembléia Constituinte ao Congresso Nacional que se reuniu, extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 até 24 de janeiro de 1967, para deliberar e promulgar o projeto de Constituição de iniciativa do presidente da República, que se converteu na Constituição federal de 1967. Naquela ocasião, obediente ao processo de elaboração constitucional fixado previamente, o Congresso Nacional promoveu a revisão total da Constituição federal de 1946, aprovando nova Constituição.

A preordenação jurídica da Assembléia Constituinte italiana de 1946/47 estabeleceu solução mista e intermediária, de modo a não excluir da Constituinte o eventual exercício de atividade legislativa. O Decreto Legislativo *Luogotenenziale* n.º 98, de 16 de março de 1946, dispondendo que o Poder Legislativo ficava delegado ao Governo durante o período da Constituinte, ressaltou dessa delegação as leis eleitorais e de aprovação dos tratados internacionais, que seriam objeto de deliberação pela Assembléia Constituinte (art. 3.º). Ampliando o volume da matéria extraconstituinte, o mencionado decreto legislativo previu que o “Governo poderia submeter ao exame da Assembléia qualquer outro assunto em que considere oportuna a deliberação da Assembléia”. A regra fundamental do regime parlamentar também se inseriu no decreto legislativo, para determinar que “o Governo é responsável perante a Assembléia Constituinte» (art. 3.º). Com a vigência da Constituição da Itália de 1947, dissolveu-se a Assembléia Constituinte, conforme comando do Decreto Legislativo n.º 98 (art. 4.º), e novas eleições se processaram, em 1948, para a composição do Parlamento. Os membros da Constituinte tiveram

seu mandato limitado à duração da Assembléia Constituinte.

Em Portugal, a Lei Constitucional n.º 3, de 14 de maio de 1974,⁴⁵ que contém normas constitucionais e a organização provisória do Poder Político, determinou a dissolução automática da Assembléia Constituinte, uma vez aprovada a Constituição, e ordenou a eleição da Assembléia Nacional, para o exercício das funções legislativas ordinárias, circunscrevendo, como na Itália, o mandato constituinte ao período da Assembléia Constituinte.

A Constituição espanhola de 1978, em disposição transitória, afastou-se das soluções italiana e portuguesa, para dispor que “as Câmaras que aprovaram a Constituição assumirão, após sua vigência, as funções e competências atribuídas ao Congresso e ao Senado, com a ressalva de que o mandato não ultrapassaria a 15 de junho de 1981” (*Disposición transitoria octava - 1*).

7. CONVOCAÇÃO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

Estamos-nos aproximando da Assembléia Nacional Constituinte. O povo será chamado a elegê-la e a configurá-la. A História demonstra que a Assembléia Constituinte é sempre um marco na vida de uma nação. Na verdade, apesar das limitações de natureza jurídica, sociológica, religiosa, ética e política, que também condicionam o clima constituinte, o poder da Assembléia Constituinte é extraordinário, pois lhe cabe edificar o ordenamento jurídico-político fundamental do Estado. Pertencem à Assembléia Constituinte as grandes decisões sobre a forma de governo e de estado, a organização e a competência dos poderes estatais, a fixação dos poderes estatais, a fixação dos direitos e garantias individuais, a formulação de novas instituições ou o aprimoramento das instituições que a precederam. Sendo o poder inicial, a Constituinte se coloca acima dos demais poderes e órgãos do Estado, e o dinamismo do processo constituinte poderá assumir as projeções da *Convenção*, a Assembléia sem freios, que passa a comandar o estado e a sociedade, a exemplo do famoso precedente da Convenção francesa de 1792/93, que a história constitucional registra. A próxima Assembléia Constituinte possuirá uma característica que a singulariza na galeria das constituintes brasileiras. Não é a Revolução a sua deflagradora, afastando-se, desde logo, do modelo latino da Constituinte revolucionária. A convocação da Constituinte não veio de Governo provisório ou de junta de Governo constituídos no coroamento de revolução vitoriosa pelas armas ou pela insurreição. A convocação processou-se na via pacífica de órgãos estatais consolidados e estáveis, como o presidente da República, no exercício de iniciativa deferida pela própria Constituição vigente, e o Congresso Nacional, que se elegeu em decorrência de atos eleitorais previstos na Constituição e na legislação ordinária anterior à Constituinte. Na mensagem que encaminhou ao Congresso Nacional, justificando a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, para se instalar no início de 1987, o presidente da República registrou a singularidade dessa iniciativa “pelo fato de estar em plena vigência uma ordem jurídica e suas

⁴⁵ Miranda, Jorge. Manual de direito constitucional. Op. Cit. p. 294.

instituições políticas e civis, cujo império se estenderá até o momento em que for promulgada a nova Constituição”.⁴⁶ Sob o ângulo da racionalidade jurídico-política, não se pode negar a solução encontrada. Inexistindo o fato revolucionário, que faria a Constituinte decorrer de decreto ou de ato de Governo provisório, de junta governamental ou de decisão do titular do poder revolucionário, preferiu-se adotar a forma da Emenda à Constituição, que é ato normativo superior à decisão fática, para deflagrar o processo de convocação da Assembléia Constituinte. A Emenda Constitucional, no caso, é produto de vontade complexa, de um lado o presidente da República, que teve a iniciativa de propô-la, e, de outro, o Congresso Nacional, que a discutiu e a votou, introduzindo substanciais alterações na proposta originária da presidência da República. As correntes políticas tiveram oportunidade de incluir nesse processo convocatório, fazendo desaguar no Congresso Nacional as aspirações e as tendências da opinião pública. Treze emendas foram apresentadas à Comissão Mista do Congresso Nacional, incumbida de examinar a proposta presidencial que convocou a Assembléia Nacional Constituinte.⁴⁷ Quatro substitutivos alteraram substancialmente a proposta presidencial, e nove emendas introduziram modificações na proposta encaminhada ao Congresso Nacional. Alguns dos substitutivos pretendiam instaurar a Constituinte exclusiva, com a finalidade única de elaborar e votar o texto da nova Constituição (Emendas n.ºs 2, 3, 4, e 11). Outras emendas preconizaram, de forma explícita, a adoção de candidaturas extrapartidárias (Emendas n.ºs 3 e 7). Houve emendas estabelecendo a consulta popular, para decidir sobre a duração do mandato do presidente da República, a organização do Poder Legislativo, o regime parlamentar ou o regime presidencial (Emenda n.º1); o *referendum* da Constituição (Emenda n.º 3); o plebiscito sobre as questões que obtivessem o voto favorável de 1/3 dos membros da Assembléia Constituinte, pelo menos (Emenda n.º 8), e a aprovação ou a rejeição do regime parlamentar do Governo (Emenda n.º 9).

O relator da Comissão Mista - Deputado Flávio Bierrenbach – apresentou desenvolvido substitutivo⁴⁸ à Proposta de Emenda n.º 43. de 1985, originária da iniciativa do presidente da República. que convocava a Assembléia Nacional Constituinte. O texto previa consulta plebiscitária (art. 1.º) para esclarecer a natureza do Poder Constituinte, seu caráter exclusivo ou não (arts. 2.º e 3.º); dispunha sobre o *referendum* popular, para disposições rejeitadas pela Assembléia Constituinte (art. 6.º, parágrafo único); o foro criminal para julgamento dos constituintes (art. 8.º, § 3.º); os casos de inelegibilidades à Assembléia Nacional Constituinte (art. 9.º); o funcionamento de Comissão Representativa, para exercer as atribuições ordinárias do Congresso Nacional (art. 10); revogava os arts. 154, 155, 158, 159 e 181 da vigente Constituição que disciplinam o abuso do direito individual e político, as medidas de emergência, o estado de emergência, o Conselho Constitucional e a exclusão de apreciação judiciária para os atos do Comando Supremo da Revolução, respectivamente (art. 11); revogava a atribuição do procurador-geral

46 O Estado de São Paulo, 29 jun. 1985.

47 Diário do Congresso Nacional, 22 ago. 1985, p. 1. 475-86.

48 Gazeta Mercantil, 17 out. 1985, p. 6.

da República, para suspender o exercício do mandato parlamentar, até decisão final do Supremo Tribunal Federal (STF), nos casos de crimes contra a segurança nacional, conforme autorizado nos arts. 32, § 5.º e 119, I, letra j, da Constituição emendada de 1969, que sofreu recente modificação pela Emenda Constitucional n.º 25, de 15 de maio de 1985, apenas para declarar que, no caso do § 5.º, do art. 32, “a perda ou suspensão será automática e declarada pela respectiva Câmara”, sem, todavia, eliminar, expressamente, a controvertida competência do procurador-geral da República, como pretendia o substitutivo do Deputado Flávio Bierrenbach (art. 12); alterava a redação dos arts. 81 e 156 da Constituição (arts. 13 e 14); deferia às Câmaras municipais a promoção de reuniões semanais para recebimento de sugestões dirigidas à Assembléia Nacional Constituinte (art. 15, §§ 1.0 e 2.º); concedia anistia ampla, geral e irrestrita nas condições que o substitutivo amplamente regulava (art. 16, §§ 1.0, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º); mandava aplicar à eleição para a Assembléia Nacional Constituinte e às consultas plebiscitárias as normas da legislação eleitoral em vigor e as instruções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) (art. 17); e determinava a dissolução da Assembléia Nacional Constituinte, salvo se o texto constitucional dispusesse de forma contrária (art. 18).

Rejeitado o substitutivo do Deputado Flávio Bierrenbach, a Comissão Mista aprovou o substitutivo⁴⁹ do novo relator, Deputado Walmor Giavarina, nele introduzindo breve alteração, para suprimir a ressalva do exercício das atribuições constitucionais dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado federal, que o substitutivo originariamente preservava (art. 1.º). O novo substitutivo era mais condensado e a matéria nele se distribuía por cinco artigos.⁵⁰ O substitutivo qualificou de livre e soberana a Assembléia Nacional Constituinte, como é da natureza deste órgão supremo do Poder, e fixou a data de 1º de fevereiro de 1987, para sua reunião unicameral, na sede do Congresso Nacional (art. 1.º). Manteve o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) na direção da sessão de instalação da Assembléia Constituinte (art. 2.º). Dispôs que a Constituição será promulgada, depois de aprovado o seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Constituinte (art. 3.º), acolhendo, nesta passagem, uma limitação relevante ao processo deliberativo da futura Assembléia, que, sendo livre e soberana, poderá rever a matéria, para dispor diversamente sobre a tramitação e o *quorum* de aprovação. Omitiu-se no substitutivo, e essa omissão perdura na Emenda Constitucional n.º 26, a referência ao órgão de promulgação, que deverá coincidir com a mesa da Assembléia Constituinte, como se consagrou nos antecedentes constitucionais brasileiros da promulgação democrática da Constituição. O substitutivo concedeu “anistia a todos os servidores públicos civis da administração direta e indireta e militares, punidos por ato de exceção, institucionais ou complementares”, regulando amplamente o alcance e os efeitos da anistia (art. 4.º, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º). O substitutivo do Deputado Walmor Giavarina deu nova redação à alínea c, § 1.º, do art. 151 da Constituição federal emendada,

49 Diário do Congresso Nacional, 19 out. 1985, p. 1. 970-1.

50 O Estado de São Paulo, 23 nov. 1985, p. 5.

para disciplinar os casos e os prazos da inelegibilidade dos titulares efetivo ou interino de cargo ou função (art. 5.º). Aprovado o substitutivo da Comissão Mista, por 2/3 dos votos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votações, apuradas em sessão conjunta, as mesas da Câmara dos Deputados e do Senado federal promulgaram a Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de novembro de 1985,⁵¹ que convoca a Assembléia Nacional Constituinte, e dá outras providências.

8. CONSTITUIÇÃO E MODELOS CONSTITUCIONAIS

A Constituinte se reunirá quando a Nação se avizinhar do centenário de sua experiência constitucional republicana. Trata-se de experiência diversificada e durante a qual a estrutura constitucional brasileira também refletiu influências que conformaram as nossas instituições. No início, foi a influência norte-americana, modelando o presidencialismo, o federalismo, o estadualismo e o judicialismo da Constituição republicana de 1891. A queda da Primeira República, em 1930, conduziu a uma mudança do roteiro constitucional, para alimentar as instituições constitucionais nas fontes renovadoras do constitucionalismo europeu do primeiro pós-guerra, e dessa alteração de curso emergiu a Constituição de 1934, que não escapou ao contágio do corporativismo, na forma da representação das profissões na Câmara dos Deputados. Em data mais próxima, a Constituinte de 1946, que exprimiu o amadurecimento da experiência constitucional brasileira, incorporou à Constituição de 1946, dentro das linhas fundamentais da organização republicana, federal e presidencial, a preocupação com a defesa do regime democrático fundado na pluralidade dos partidos políticos e na garantia dos direitos fundamentais. A experiência das Constituintes republicanas de 1890/91, 1933/34 e 1946 certamente repercutirá nos trabalhos e na atuação da próxima Constituinte. Ao lado dessa influência interna, que trará o concurso da criação constitucional brasileira, a Constituinte receberá presumíveis influências externas de outros modelos constitucionais. Essas influências exógenas ficarão na dependência da composição político-partidária da próxima Constituinte. Não se incorrerá em agravo à soberania da Constituinte admitir-se que essas influências externas virão, sobretudo, do constitucionalismo europeu, através da Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e das Constituições da Itália de 1947, da França de 1958, de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978. Cada uma delas contém formulações adequadas à Constituição moderna, no tocante aos temas da organização federal, da organização de Governo, dos direitos fundamentais, da organização econômica e social.

9. CONSTITUIÇÃO E ESTABILIDADE

A futura Constituição conseguirá ultrapassar a instabilidade que tem carac-

⁵¹ Diário Oficial da União (seção 1), Atos do Congresso Nacional, 28 nov. 1985, p. 17. 422.

terizado o funcionamento e a duração das Constituições brasileiras? A estabilidade é o que aspiram as Constituições. O exame do quadro mundial das Constituições demonstra que esse ideal é privilégio de poucas nações. Dentre elas, a Inglaterra, que não dispõe de documento constitucional unificado, mas oferece o exemplo singular da Constituição dispersa e fragmentária. Os ingleses, disse E. Boutmy,⁵² “deixaram os fragmentos de sua Constituição no sítio em que a onda da história os havia depositado; evitaram aproximá-los, classificá-los, completá-los, fazer deles um todo consistente e apreensível”. Outro caso de Constituição duradoura e estável é a norte-americana, que se aproxima do bicentenário, em 1987, exibindo 27 emendas nesse longo período, sendo 10 votadas no início da vigência da Constituição norte-americana, em 1791, para consagrar os direitos individuais. A matéria esparsa da chamada Constituição da Inglaterra e as matérias da sintética Constituição norte-americana tratam, predominantemente, de temas localizados nas áreas da organização dos poderes, da declaração e garantia de direitos individuais e da competência de órgãos do Estado. É claro que essa limitação da matéria constitucional ao conteúdo clássico da Constituição não explica, isoladamente, a duração e a estabilidade das instituições inglesas e norte-americanas, mas contém aspecto que deve ser objeto de reflexão pelos que vierem a receber do povo o mandato de elaborar a nova Constituição brasileira. Não se podendo recusar os acréscimos da matéria constitucional, que decorrem das novas exigências do estado e da sociedade, é conveniente evitar que esse alongamento converta a Constituição em texto regulamentar e minucioso, com sacrifício da atividade legislativa de complementação das normas constitucionais. A legislação ordinária é por sua natureza flexível e mutável, enquanto as normas constitucionais estão submetidas a um processo de mudança mais complexo. A Constituição é feita para durar e permanecer. A freqüente mudança de Constituição, já observou Karl Loewenstein,⁵³ é responsável pela erosão da consciência constitucional e pelo estado de indiferença popular em relação à Constituição. Para sedimentar no povo a noção de Constituição é indispensável explicar ao povo qual é o objeto, o fim e o conteúdo da Constituição. Essa obra pedagógica de esclarecimento é necessária para conquistar o apoio popular à Constituição e impedir a difusão da ilusão constitucional, pois a Constituição, como lembra o realismo pragmático de Karl Loewenstein,⁵⁴ “não dá comida, nem casa, nem educação ou lazer”. E a ilusão constitucional, fundada na concepção providencialista de que a Constituição tudo pode, abrirá o caminho da instabilidade e solapará o prestígio do documento jurídico fundamental do Estado. E esse caminho da instabilidade, gerado na insatisfação popular, não será bloqueado pela cláusula jurídica da inviolabilidade da Constituição, concebida pela Constituição do México de 1917, para deter a rebelião inconstitucional. Ao lado

52 Boutmy, E. Estudos de direito constitucioanl. Trad. Lucio Mendonça, 2. Ed. P. 4.

53 Loewensteion, Karl. Political Power and the government process. 2. Ed. The University of Chicago Press, 1962. P. 158.

54 Id. *ibid.* p. 160.

das normas jurídicas e políticas, que estruturam e preservam o funcionamento da Constituição, impõe-se difundir e pregar a lealdade à Constituição e às instituições que ela consagrou. O difundido conhecimento e a prática leal da Constituição poderão contribuir para que o nosso País venha finalmente alcançar a indispensável estabilidade social e política do Governo democrático.

10. SINGULARIDADE DO PROCESSO CONSTITUINTE BRASILEIRO

O quadro que vivemos é singular: as instituições da Constituição que vai ser substituída, comandando o processo convocatório da Constituição nova. Como conviverão a futura Assembléia Nacional Constituinte e os órgãos que têm sua competência fixada na Constituição federal que será rompida e destruída pela Constituinte? Por entre as brumas da hora presente, transparece uma certeza inquestionável: o povo decidirá o destino da República e da Nação, elegendo a Assembléia Nacional Constituinte. A Constituição futura será o reflexo e o instrumento da vontade popular. Povo, Constituinte e Constituição jogam o seu destino, suas esperanças, suas concepções e seus ideais na eleição da Assembléia Nacional Constituinte. A Constituinte é um desafio lançado a todos nós. Esperamos que ela se transforme no estuário pacífico e fecundo, permitindo a construção de instituições estáveis, a serviço do desenvolvimento da Nação brasileira e do bem-estar de nosso povo.

**DISCURSO PROFERIDO NA SESSÃO DE 5 DE OUTUBRO DE 1988,
PUBLICADO NO *DANC* DE 5 DE OUTUBRO DE 1988, P. 14380-14382¹.**

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães) – Exmo. Sr. Presidente da República, José Sarney; Exmo. Sr. Presidente do Senado Federal, Humberto Lucena; Exmo. Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Rafael Mayer; Srs. membros da Mesa da Assembléia Nacional Constituinte; eminente Relator Bernardo Cabral; (*palmas*) preclaros Chefes do Poder Legislativo de nações amigas; insígnies Embaixadores, saudados no decano D. Carlo Furno; Exmos. Srs. Ministros de Estado; Exmos. Srs. Governadores de Estado; Exmos. Srs. Presidentes de Assembléias Legislativas; dignos Líderes partidários; autoridades civis, militares e religiosas, registrando o comparecimento do Cardeal D. José Freire Falcão, Arcebispo de Brasília, e de D. Luciano Mendes de Almeida, Presidente da CNBB; prestigiosos Srs. Presidentes de confederações, Sras. e Srs. Constituintes; minhas senhoras e meus senhores:

Estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia.

Dois de fevereiro de 1987: “*Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação vai mudar.*” São palavras constantes do discurso de posse como Presidente da Assembléia Nacional Constituinte.

Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou. (*Palmas.*)

A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa. (*Palmas.*)

Num país de 30.401.000 analfabetos, afrontosos 25% da população, cabe advertir: a cidadania começa com o alfabeto.

Chegamos! Esperamos a Constituição como o vigia espera a aurora.

Bem-aventurados os que chegam. Não nos desencaminhamos na longa marcha, não nos desmoralizamos capitulando ante pressões aliciadoras (*palmas*) e comprometedoras, não desertamos, não caímos no caminho. Alguns a fatalidade derrubou: Virgílio Távora, Alair Ferreira, Fábio Lucena, Antonio Farias e Norberto Schwantes. (*Palmas.*) Pronunciamos seus nomes queridos com saudade e orgulho: cumpriram com o seu dever.

A Nação nos mandou executar um serviço. Nós o fizemos com amor, aplicação e sem medo. (*Palmas.*)

A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma.

¹ Câmara dos Deputados Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação Escrevendo a História - Série Brasileira. Texto extraído do site <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituante-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>

Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. (*Palmas.*) Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. (*Muito bem! Palmas.*) Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. (*Muito bem! Palmas.*)

A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.

Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. (*Muito bem! Palmas prolongadas.*) Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina. (*Palmas.*)

Assinalarei algumas marcas da Constituição que passará a comandar esta grande Nação.

A primeira é a coragem. A coragem é a matéria-prima da civilização. Sem ela, o dever e as instituições perecem. Sem a coragem, as demais virtudes sucumbem na hora do perigo. Sem ela, não haveria a cruz, nem os evangelhos.

A Assembléia Nacional Constituinte rompeu contra o *establishment*, investiu contra a inércia, desafiou tabus. Não ouviu o refrão saudosista do velho do Restelo, no genial canto de Camões. Suportou a ira e perigosa campanha mercenária dos que se atreveram na tentativa de aviltar legisladores em guardas de suas burras abarrotadas com o ouro de seus privilégios e especulações. (*Muito bem! Palmas.*)

Foi de audácia inovadora a arquitetura da Constituinte, recusando anteprojeto forâneo ou de elaboração interna.

O enorme esforço é dimensionado pelas 61.020 emendas, além de 122 emendas populares, algumas com mais de 1 milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas, no longo trajeto das subcomissões à redação final.

A participação foi também pela presença, pois diariamente cerca de 10 mil postulantes franquearam, livremente, as 11 entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento, na procura dos gabinetes, comissões, galeria e salões.

Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. Como o caramujo, guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio. (*Palmas.*)

A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É sua marca de fábrica. O inimigo mortal do homem é a miséria. O estado de direito, conseqüência da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria. (*Palmas.*)

Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no art. 5º, de 77 incisos e 104 dispositivos.

Não lhe bastou, porém, defendê-lo contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços, cobráveis inclusive com o mandado de injunção.

Tem substância popular e cristã o título que a consagra: “a Constituição cidadã”. (*Palmas.*)

Vivenciados e originários dos Estados e Municípios, os Constituintes haveriam de ser fiéis à Federação. Exemplarmente o foram. (*Palmas.*)

No Brasil, desde o Império, o Estado ultraja a geografia. Espantoso despau-tério: o Estado contra o País, quando o País é a geografia, a base física da Nação, portanto, do Estado.

É elementar: não existe Estado sem país, nem país sem geografia. Esta antinomia é fator de nosso atraso e de muitos de nossos problemas, pois somos um arquipélago social, econômico, ambiental e de costumes, não uma ilha.

A civilização e a grandeza do Brasil percorreram rotas centrífugas e não centrípetas.

Os bandeirantes não ficaram arranhando o litoral como caranguejos, na imagem pitoresca mas exata de Frei Vicente do Salvador. Cavalgaram os rios e marcharam para o oeste e para a História, na conquista de um continente.

Foi também indômita vocação federativa que inspirou o gênio do Presidente Juscelino Kubitschek, (*palmas*) que plantou Brasília longe do mar, no coração do sertão, como a capital da interiorização e da integração.

A Federação é a unidade na desigualdade, é a coesão pela autonomia das províncias. Comprimidas pelo centralismo, há o perigo de serem empurradas para a secessão.

É a irmandade entre as regiões. Para que não se rompa o elo, as mais prós-peras devem colaborar com as menos desenvolvidas. Enquanto houver Norte e Nordeste fracos, não haverá na União Estado forte, pois fraco é o Brasil. (*Palmas.*)

As necessidades básicas do homem estão nos Estados e nos Municípios. Neles deve estar o dinheiro para atendê-las.

A Federação é a governabilidade. A governabilidade da Nação passa pela governabilidade dos Estados e dos Municípios. (*Palmas.*) O desgoverno, filho da penúria de recursos, acende a ira popular, que invade primeiro os paços municipais, arranca as grades dos palácios e acabará chegando à rampa do Palácio do Planalto. (*Palmas.*)

A Constituição reabilitou a Federação ao alocar recursos ponderáveis às unidades regionais e locais, bem como ao arbitrar competência tributária para lastrear-lhes a independência financeira.

Democracia é a vontade da lei, que é plural e igual para todos, e não a do príncipe, que é unipessoal e desigual para os favorecimentos e os privilégios.

Se a democracia é o governo da lei, não só ao elaborá-la, mas também para cumpri-la, são governo o Executivo e o Legislativo.

O Legislativo brasileiro investiu-se das competências dos Parlamentos contemporâneos.

É axiomático que muitos têm maior probabilidade de acertar do que um só. O governo associativo e gregário é mais apto do que o solitário. Eis outro imperativo de governabilidade: a co-participação e a co-responsabilidade.

Cabe a indagação: instituiu-se no Brasil o tricameralismo ou fortaleceu-se o unicameralismo, com as numerosas e fundamentais atribuições cometidas ao Congresso Nacional? A resposta virá pela boca do tempo. Faço votos para que essa regência trina prove bem.

Nós, os legisladores, ampliamos nossos deveres. Teremos de honrá-los. A Nação repudia a preguiça, a negligência, a inépcia. (*Palmas.*) Soma-se à nossa atividade ordinária, bastante dilatada, a edição de 56 leis complementares e 314 ordinárias. Não esqueçamos que, na ausência de lei complementar, os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo mandado de injunção.

A confiabilidade do Congresso Nacional permite que repita, pois tem pertinência, o slogan: “*Vamos votar, vamos votar*”, (*palmas*) que integra o folclore de nossa prática constituinte, reproduzido até em horas de diversão e em programas humorísticos.

Tem significado de diagnóstico a Constituição ter alargado o exercício da democracia, em participativa além de representativa. É o clarim da soberania popular e direta, tocando no umbral da Constituição, para ordenar o avanço no campo das necessidades sociais.

O povo passou a ter a iniciativa de leis. Mais do que isso, o povo é o super-legislador, habilitado a rejeitar, pelo referendo, projetos aprovados pelo Parlamento.

A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos cidadãos. Do Presidente da República ao Prefeito, do Senador ao Vereador.

A moral é o cerne da Pátria.

A corrupção é o cupim da República. (*Palmas.*) República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos, que, a pretexto de salvá-la, a tiranizam.

Não roubar, não deixar roubar, pôr na cadeia quem roube, eis o primeiro mandamento da moral pública. (*Muito bem! Palmas.*)

Pela Constituição, os cidadãos são poderosos e vigilantes agentes da fiscalização, através do mandado de segurança coletivo; do direito de receber informações dos órgãos públicos, da prerrogativa de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder; da obtenção de certidões para defesa de direitos; da obtenção de certidões para defesa de direitos; da ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, isento de custas judiciais; da fiscalização das contas dos Municípios por parte do contribuinte; podem peticionar, reclamar, representar ou apresentar queixas junto às comissões das Casas do Congresso Nacional; qualquer cidadão, partido político, associação ou

sindicato são partes legítimas e poderão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, do Estado ou do Município. A gratuidade facilita a efetividade dessa fiscalização.

A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora.

Não é a Constituição perfeita. Se fosse perfeita, seria irreformável. Ela própria, com humildade e realismo, admite ser emendada, até por maioria mais acessível, dentro de 5 anos.

Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria.

Recorde-se, alvissareiramente, que o Brasil é o quinto país a implantar o instituto moderno da seguridade, com a integração de ações relativas à saúde, à previdência e à assistência social, assim como a universalidade dos benefícios para os que contribuam ou não, além de beneficiar 11 milhões de aposentados, espoliados em seus proventos. (*Palmas.*)

É consagrador o testemunho da ONU de que nenhuma outra Carta no mundo tenha dedicado mais espaço ao meio ambiente do que a que vamos promulgar.

Sr. Presidente José Sarney: V.Exa. cumpriu exemplarmente o compromisso do saudoso, do grande Tancredo Neves, de V.Exa. e da Aliança Democrática ao convocar a Assembléia Nacional Constituinte. A Emenda Constitucional nº 26 teve origem em mensagem do Governo, de V.Exa., vinculando V.Exa. à efemeridade que hoje a Nação celebra.

Nossa homenagem ao Presidente do Senado, Humberto Lucena, atuante na Constituinte pelo seu trabalho, seu talento e pela colaboração fraterna da Casa que representa.

Sr. Ministro Rafael Mayer, Presidente do Supremo Tribunal Federal, (*palmas*) saúdo o Poder Judiciário na pessoa austera e modelar de V.Exa.

O imperativo de “Muda Brasil”, desafio de nossa geração, não se processará sem o conseqüente “Muda Justiça”, (*palmas*) que se instrumentalizou na Carta Magna com a valiosa contribuição do poder chefiado por V.Exa. Cumprimento o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves, que, em histórica sessão, instalou em 1º de fevereiro de 1987 a Assembléia Nacional Constituinte.

Registro a homogeneidade e o desempenho admirável e solidário de seus altos deveres, por parte dos dignos membros da Mesa Diretora, condôminos imprescindíveis de minha Presidência.

O Relator Bernardo Cabral foi capaz, (*palmas*) flexível para o entendimento, mas irremovível nas posições de defesa dos interesses do País. O louvor da Nação aplaudirá sua vida pública.

Os Relatores Adjuntos, José Fogaça, Konder Reis e Adolfo Oliveira, (*palmas*) prestaram colaboração unanimemente enaltecida. Nossa palavra de sincero e profundo louvor ao mestre da língua portuguesa Prof. Celso Cunha, por sua colaboração para a escorreita redação do texto.

O Brasil agradece pela minha voz a honrosa presença dos prestigiosos dignitários do Poder Legislativo do continente americano, de Portugal, da Espanha, de Angola, Moçambique, Guiné Bissau, Príncipe e Cabo Verde. (*Palmas.*) As nossas saudações. (*Palmas prolongadas.*)

Os Srs. Governadores de Estado e Presidentes das Assembléias Legislativas dão realce singular a esta solenidade histórica.

Os Líderes foram o vestibular da Constituinte. Suas reuniões pela manhã e pela madrugada, com autores de emendas e interessados, disciplinaram, agilizaram e qualificaram as decisões do Plenário. Os Anais guardarão seus nomes e sua benemérita faina. (*Palmas.*)

Cumprimento as autoridades civis, eclesiásticas e militares, integrados estes com seus chefes, na missão, que cumprem com decisão, de prestigiar a estabilidade democrática.

Nossas congratulações à imprensa, ao rádio e à televisão. (*Palmas.*) Viram tudo, ouviram o que quiseram, tiveram acesso desimpedido às dependências e documentos da Constituinte. Nosso reconhecimento, tanto pela divulgação como pelas críticas, que documentam a absoluta liberdade de imprensa neste País.

Testemunho a coadjuvação diuturna e esclarecida dos funcionários e assessores, (*muito bem! palmas*) abraçando-os nas pessoas de seus excepcionais chefes, Paulo Affonso Martins de Oliveira e Ademar Sabino. (*Muito bem! Palmas.*)

Agora conversemos pela última vez, companheiras e companheiros constituintes.

A atuação das mulheres nesta Casa foi de tal teor (*palmas prolongadas*), que, pela edificante força do exemplo, aumentará a representação feminina nas futuras eleições.

Agradeço a colaboração dos funcionários do Senado – da Gráfica e do Prodasen.

Agradeço aos Constituintes a eleição como seu Presidente e agradeço o convívio alegre, civilizado e motivador. Quanto a mim, cumpriu-se o magistério do filósofo: o segredo da felicidade é fazer do seu dever o seu prazer. (*Palmas.*)

Todos os dias, meus amigos constituintes, quando divisava, na chegada ao Congresso, a concha côncava da Câmara rogando as bênçãos do céu, e a convexa do Senado ouvindo as súplicas da terra, (*palmas*) a alegria inundava meu coração. Ver o Congresso era como ver a aurora, o mar, o canto do rio, ouvir os passarinhos.

Sentei-me ininterruptamente 9 mil horas nesta cadeira, em 320 sessões, gerando até interpretações divertidas pela não-saída para lugares biologicamente exigíveis. (*Risos. Palmas.*) Somadas as das sessões, foram 17 horas diárias de labor, também no gabinete e na residência, incluídos sábados, domingos e feriados.

Político, sou caçador de nuvens. Já fui caçado por tempestades. (*Palmas.*) Uma delas, benfazeja, me colocou no topo desta montanha de sonho e de glória. Tive mais do que pedi, cheguei mais longe do que mereço. (*Não apoiado.*) Que o bem que os Constituintes me fizeram frutifique em paz, êxito e alegria para cada um deles.

Adeus, meus irmãos. É despedida definitiva, sem o desejo de retorno.

Nosso desejo é o da Nação: que este Plenário não abrigue outra Assembléia Nacional Constituinte. (*Palmas prolongadas.*) Porque, antes da Constituinte, a ditadura já teria trancado as portas desta Casa.

Autoridades, Constituintes, senhoras e senhores,

A sociedade sempre acaba vencendo, mesmo ante a inércia ou antagonismo do Estado.

O Estado era Tordesilhas. Rebelada, a sociedade empurrou as fronteiras do Brasil, criando uma das maiores geografias do Universo.

O Estado, encarnado na metrópole, resignara-se ante a invasão holandesa no Nordeste. A sociedade restaurou nossa integridade territorial com a insurreição nativa de Tabocas e Guararapes, (*palmas*) sob a liderança de André Vidal de Negreiros, Felipe Camarão e João Fernandes Vieira, que cunhou a frase da preeminência da sociedade sobre o Estado: “*Desobedecer a El-Rei, para servir a El-Rei*”. (*Muito bem!*)

O Estado capitulou na entrega do Acre, a sociedade retomou-o com as foices, os machados e os punhos de Plácido de Castro e dos seus seringueiros. (*Palmas.*)

O Estado autoritário prendeu e exilou. A sociedade, com Teotônio Vilela, pela anistia, libertou e repatriou. (*Palmas.*)

A sociedade foi Rubens Paiva, não os facínoras que o mataram. (*Muito bem! Palmas prolongadas.*)

Foi a sociedade, mobilizada nos colossais comícios das Diretas-já, que, pela transição e pela mudança, derrotou o Estado usurpador.

Termino com as palavras com que comecei esta fala: a Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar.

A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.

Que a promulgação seja nosso grito:

– Mudar para vencer!

Muda, Brasil! (*Muito bem! Muito bem! Palmas prolongadas.*)

