

conceito jurídico

 zakarewicz
editora



ano II | outubro de 2018 | nº 22



Edição Especial

**A CONSTITUIÇÃO FEDERAL
EM PERSPECTIVA**

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



conceito
jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Arte e Diagramação: Augusto Gomes

Revisão: Equipe ZK

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luis Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3225-6419

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

Revista Conceito Jurídico é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

publicidade@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO



zakarewicz
editora

A imprensa tira a Constituição do papel, a vitaliza naturalmente no que a Constituição tem de mais valioso: a democracia.

Carlos Ayres Brito

Em 5 de outubro de 1988, uma Assembleia Nacional Constituinte, composta por 487 deputados e 72 senadores, reuniu-se em sessão solene da Câmara dos Deputados, sob a presidência do saudoso Deputado Federal Ulisses Guimarães, para ofertar à Nação brasileira a nova Constituição Federal.

“A democracia é o governo do povo pelo povo e, apesar dos males que apresenta, ainda não se descobriu nada melhor, pois o remédio amargo é, quase sempre, o curativo para as enfermidades de suma gravidade.”

Decorridos trinta anos da promulgação da Carta, muito ainda tem por fazer, mas mesmo assim, o povo brasileiro, sem embargo das agruras por que passa, da corrupção sistêmica, das desigualdades sociais e econômicas, da violência e da triste realidade que o atormenta, ainda é capaz de sonhar e lutar pelo mínimo que lhe possa proporcionar o bem-estar que a Magna Carta lhe ofertou e ainda não se tornou efetivo.

Por outro lado, a Constituição ampliou os direitos individuais e as liberdades públicas, o direito à informação e à liberdade de expressão, o que fez surgir uma imprensa sadia, livre, que diariamente discute e provoca debates em nossa sociedade, além de outras expressivas garantias que contribuíram para a redemocratização do País.

E para trazer conhecimento na prática do exercício da advocacia, além de opinião e doutrina, a *Revista Conceito Jurídico* faz um balanço da reconstrução democrática do País e dos novos desafios que se apresentam no caminho pavimentado pelos princípios, direitos e garantias fundamentais inscritos no texto aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte.

Com essa perspectiva, e com o objetivo de ampliar o debate acerca de relevante tema de interesse social, CONSTITUIÇÃO 30 anos, a *Revista Conceito Jurídico*, convidou renomados articulistas de outras áreas das Ciências além do Direito para dissertarem a respeito de temas constitucionais cuja análise, embora despretensiosa, iluminará a senda por onde devem trilhar as instituições democráticas, para alcançar o fim visado pelo legislador constituinte, que é o aperfeiçoamento da relação Homem/Estado. **C**



6 | **Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-1988**

Inocêncio Mártires Coelho

28 | **Trinta anos da Constituição: A república que ainda não foi**

Luís Roberto Barroso

60 | **Cláusulas pétreas e as relações internacionais negociadas pelo Brasil**

Ives Gandra da Silva Martins

72 | **Após 30 anos de Constituição vivemos uma crise de representatividade**

Allan Titonelli Nunes

80 | **Considerações sobre eleições, desigualdade socioeconômica e a plena efetivação dos mandamentos democráticos da Constituição Federal brasileira de 1988**

Rodrigo de Camargo Cavalcanti

101 | **Desenvolvimento (in)sustentável?**

Teresa Villac

3 | **Edição Especial Trinta anos da Constituição Federal**

Adriana Zakarewicz

16 | **A história política do Brasil: Sua difícil relação com o estado democrático de direito**

Júlio Roberto de Souza Pinto

48 | **A independência do Poder Judiciário e o Estatuto dos Magistrados na Constituição Brasileira de 1988**

Maria Elizabeth G. Teixeira Rocha

69 | **O puxadinho da Constituição**

Almir Pazzianotto Pinto

76 | **Reforma política: algumas divagações**

Roberto Bocaccio Piscitelli

90 | **O compromisso cidadão para com a educação**

José Renato Nalini

103 | **Uma Constituição mutante e seus trinta anos de mutações**

Wagner Balera

113 | **Execução antecipada de pena: O terremoto da garantia constitucional do estado de inocência**

Décio Franco David

124 | **Trinta anos da Constituição Federal e a Bioética**

Eudes Quintino de Oliveira Júnior e Pedro Bellentani Quintino de Oliveira

132 | **O valor social do trabalho como elemento fundamental na ordem constitucional brasileira**

Cristiane Feldmann Dutra e Leandro José Cardoso

151 | **A Constituição e a proteção de dados judiciais**

Mário Paiva

166 | **Constituição Federal brasileira: trigésimo ano de vigência e a prevalência dos direitos humanos: Situações históricas e críticas**

Cândido Furtado Maia Neto

107 | **Direitos sociais e pobreza: As dificuldades para dar efetividade à Constituição de 1988**

Sergio Victor Tamer

120 | **30 anos da Constituição Federal e o direito de defesa**

Luiz Flávio Borges D'Urso

128 | **A garantia constitucional dos direitos à população LGBTI**

Maria Berenice Dias

141 | **Delineamento da competência constitucional da Justiça do Trabalho: ações decorrentes da "relação de trabalho"**

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto

156 | **O papel do STF na interpretação da norma como vetor da segurança jurídica**

Leonardo Gomes de Aquino

“Acerca dos aspectos macro-institucionais da Carta Política de 1988, creio que seria justo considerá-la a mais avançada dentre as muitas constituições que tivemos ao longo da nossa experiência constitucional, nada ficando a dever às leis fundamentais dos chamados povos cultos.”

■ POR INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-1988

A exposição deste tópico tem como ponto de partida e fio condutor duas premissas básicas. A primeira, as célebres palavras de Marshall ao dizer que a Constituição dos Estados Unidos e as leis feitas de conformidade com ela compunham a “suprema lei do país”, destinada a “durar nos séculos vindouros” e, conseqüentemente, a “ser adaptada às várias crises dos negócios humanos”;¹ a segunda premissa, a observação de Luís Recaséns Siches, a nos advertir que uma norma jurídica é aquilo que ela faz e não aquilo que o legislador imaginou fazer.²

Destarte, partimos da ideia de que a Constituição, embora sendo a chave de abóbada de todo o sistema jurídico – a lei suprema do país –, não é aquilo que o seu autor, o constituinte histórico, imaginou ou pretendeu que se fizesse com ela, mas o que, afinal, resultar da experiência da sua aplicação. Entregue aos seus destinatários – tanto os intérpretes/aplicadores oficiais quanto os cidadãos, que orientam a vida conforme os seus ditames –, a Carta Política, mais do que uma obra feita, é um projeto em constante reformulação, um experimento em marcha ou, se preferirmos, um conjunto de materiais de construção, com que se poderão erguer monumentos diversos, a depender da política constitucional que, a cada época, vier a presidir a sua utilização.³

Adotada essa postura, começemos relembrando as palavras, cheias de simbolismo, do Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, no dia 5/10/88, na solenidade de promulgação da Carta Política de 1988, que ele batizou de constituição coragem e de constituição cidadã:

O Homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania.

A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país.

Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem.

Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição Cidadã.

Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar.

A Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade.

Por isso mobiliza, entre outras, novas forças para o exercício do governo e a administração dos impasses. O Governo será praticado pelo executivo e o legislativo.

Eis a inovação da Constituição de 1988: dividir competências para vencer dificuldades, contra a ingovernabilidade concentrada em um, possibilita a governabilidade de muitos.

É a Constituição Coragem.

Andou, imaginou, inovou, ousou, ouviu, viu, destroçou tabus, tomou partido dos que só se salvam pela lei.

A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça.

Verdadeira profissão de fé no poder demiúrgico e emancipador do texto constitucional, essa mensagem está permeada de expressões de ira cívica e de revolta política, a par de outras tantas, cheias de esperança, de resto em perfeita sintonia com o imaginário social daquela época, quando a Nação mal despertava para a democracia plena, depois de superados cinco lustros de regime autoritário e de restrições às liberdades públicas. Nesse sentido, costumamos dizer que a Carta Política de 1988, se não chega a ser uma Constituição-*Revanche*, por certo é uma *Constituição-Resposta*, o que não representa nenhuma novidade se considerarmos que toda norma jurídica – independentemente da sua posição hierárquica no seio ordenamento em que vem a se integrar –, é quase sempre uma resposta a determinado problema social, uma solução – duradoura ou passageira –, para algo que está a demandar provimento normativo.

Decorridos, agora, quase trinta anos daquele evento – tempo que, embora ainda seja relativamente curto, em termos de perspectiva histórica, já nos permite balançar os olhos entre o que se fez e o que ainda se espera fazer –, vencidas essas três décadas, vejamos o que aconteceu, de fato, com a Constituição de 1988, um livro que nós conhecemos melhor do que os seus autores pela simples razão de que, situados no passado, obviamente eles não poderiam vivenciar – experimentar vivendo – aquilo que só aconteceria depois, ou seja, a repercussão histórica da sua obra.⁴ E isso porque, ensina Paul Ricoeur, com a sua costumeira argúcia, aquilo que é passado para os historiadores do presente, foi o futuro para os homens de outrora.⁵

Assentadas essas premissas, o que se tem a dizer, desde logo, é que a Constituição de 1988, em razão mesmo do seu processo de elaboração, é a mais democrática das nossas cartas políticas, seja em razão do ambiente em que ela foi gerada – participação era, então, a palavra de ordem –, seja em função da experiência negativamente acumulada nos momentos constitucionais precedentes, quando, em regra, nossas constituições foram simplesmente outorgadas ou resultaram de textos originariamente redigidos por grupos de notáveis – como usam mandato político –, para só depois serem levados a debate nas assembléias constituintes. A essa luz, a rigor, só a Carta Política de 1988 pode ser considerada uma constituição verdadeiramente espontânea, porque foi feita de baixo para cima e de fora para dentro, sendo todas as demais impostas por déspotas – uns pouco, outros nem tanto esclarecidos –, ou induzidas por tutores intelectuais, que não nos consideravam crescidos o bastante para caminhar com as próprias pernas e traçarmos o nosso destino.⁶

Divergindo dessa ideia de que o processo constituinte de 1987/1988 foi aberto, democrático e participativo, alguns estudiosos afirmam que, pelo contrário, o que tivemos, mesmo, foi um “pacto pelo alto”, de que resultou uma transição negociada, sem ruptura real com a ordem jurídica estabelecida e marcada por um acentuado desconhecimento ou alheamento da população em relação àquele processo, como demonstravam as pesquisas então realizadas.⁷

Uma segunda observação, já agora do lado de dentro da Constituição, diz com a sua extensão e abrangência temática. Sob esses aspectos, a Carta de 1988 é o que se poderia chamar 354 artigos, entre disposições permanentes e disposições transitórias, e nada menos que 84 Emendas, das quais 6 são Emendas de Revisão, o que, tudo somado, reflete o claro propósito de abarcar nas malhas da sua normatividade todo o conjunto da vida social. Se isso configura uma

virtude ou um defeito, é uma questão em aberto, até porque não são poucos os estudiosos de expressão a nos dizerem que as constituições, como as demais coisas do espírito, são fenômenos históricos, que devem ser compreendidos em estrita consonância com o tempo e o lugar em que se manifestam, e não com referência a modelos ideais, que não existem e, mesmo se existissem e fossem adotados, não produziriam mais do que objetos artificiais. Nesse sentido, por exemplo, é que Häberle nos adverte que “a Constituição não é apenas um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas também a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um veículo de auto-representação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos”.⁸ A essa luz, portanto, idiossincrasias à parte, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 e sucessivamente alterada, é a nossa carta política, a lei suprema da nossa terra, a lei sob cujos preceitos nós exercemos os nossos direitos e cumprimos os nossos deveres.

Se essa, digamos, é a postura patriótica, que devemos adotar com relação à nossa Constituição, isso não significa, entretanto, nenhuma espécie de temor reverencial diante do seu texto, que de resto não é um texto sagrado, a nos impedir de analisá-lo criticamente, reconhecendo-lhe as virtudes e apontando-lhe os defeitos, que, aliás, não são muitos, e, afinal, sugerirmos o que nos parecer adequado para aperfeiçoá-lo continuamente.

Começando pelas suas virtudes, impõe-se reconhecer que estamos diante de uma Constituição constitucionalmente adequada, quer dizer, de uma carta política que não contém nenhuma extravagância, nenhuma idiossincrasia, o que facilmente se comprova comparando-a com outras leis fundamentais, tanto antigas quanto recentes. Em tema de direitos fundamentais, aquilo que constitui o seu núcleo essencial, a Constituição de 1988 nada fica a dever às mais modernas cartas políticas – e.g. as constituições de Portugal e da Espanha –, porque nesse particular ela avançou muito e avançou bem, ostentando um catálogo de direitos que se pode considerar temporalmente adequado, eis que, a par de re-consagrar todos os velhos direitos – os clássicos direitos civis e políticos –, ela nos garantiu, também, os chamados novos direitos, aqueles direitos que historicamente foram se destacando – como especificações – de um núcleo originário, a compasso das necessidades e dos reclamos do homem concreto, daquele indivíduo que precisamente pelo fato de ser portador de carências especiais, tem que receber tratamento diferenciado. É a essa luz, portanto, que devem ser reconhecidos, como direitos autônomos, a merecer tutela diferenciada, por exemplo, os direitos da criança, do idoso, do deficiente mental, dos incapacitados e das mulheres, pessoas que passaram a receber proteção específica quando se tomou consciência de que, pela sua particular fragilidade, só um favorecimento efetivo lhes faria justiça em sentido material, que nada mais é senão dar a cada um o que é seu.⁹ Nesse sentido, já se afirmou, por exemplo, acerca do caráter protecionista da Justiça do Trabalho, que essa jurisdição especializada nasceu com o propósito de vir a ser uma superioridade jurídica para compensar uma inferioridade econômica.¹⁰

Em contraponto ao humanitarismo da Constituição de 1988, não são poucos os que, no mais suave dos reparos, ironizam os autores da nova carta política, dizendo que no afã de se mostrarem modernos e politicamente corretos, eles

acabaram se esquecendo de calcular o custo desses novos direitos, de fazer a previsão dos recursos necessários para bancar os direitos que estavam a constitucionalizar, contrariando, assim, a regra elementar de que, nesse terreno – o dos direitos a prestações positivas –, não se deve prometer o que não se pode cumprir, que nada se pode fazer além do financeiramente possível, daquilo que os financistas clássicos chamavam as forças do erário. Caso contrário, prosseguem os adversários desses compromissos sem lastro – que os críticos mais contundentes chamam de prodigalidade irresponsável¹¹ –, o que teremos, mesmo, é uma generalizada frustração de expectativas, tanto mais evitável quanto sabem todos, governantes e governados, que não se criam fatos com palavras, ainda que essas palavras saiam da boca da lei. Para o bem ou para o mal, também a linguagem normativa conhece limites, fronteiras além das quais tudo é *flatusvocis*, tudo é mensagem vazia.¹²

Se, do ponto de vista dessas promessas sociais, muitos são os que combatem a Constituição de 1988, o mesmo já não ocorre com os chamados avanços institucionais, talvez porque estas conquistas sejam de mais baixo custo econômico se comparadas com os direitos a prestações, sabidamente onerosos. Referimo-nos, entre essas instituições refundadas pela Constituição, especificamente ao Ministério Público, que se agigantou nessa Carta Política, graças à intensa participação dos seus membros no processo constituinte e à receptividade que tiveram os seus reclamos junto à maioria dos parlamentares, alguns deles juristas experimentados nas lides profissionais e igualmente ansiosos por mudanças profundas nas instituições incumbidas de promover a justiça e realizar o direito.

Fruto dessa nova atitude em relação ao Ministério Público, que tradicionalmente era visto apenas como um braço do Executivo, a instituição que brotou da constituinte foi totalmente outra, investida, agora, dos mais amplos poderes e garantias para atuar em nome da Sociedade e do Estado, podendo, nessa condição, contrapor-se até mesmo ao Governo, sempre que, a seu juízo, os interesses da administração entrem em choque com os direitos dos cidadãos. Uma leitura atenta, entre outros, do artigo 127 da Constituição evidencia que, a rigor, o Ministério Público foi alçado à condição de uma super criatura constitucional, porque a nova Carta Política confiou-lhe nada menos que a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que significa dizer a guarda do próprio Estado de Direito, que só existe onde esses bens e interesses são efetivamente tutelados.

E nem se diga que, ainda assim, proeminente, mesmo, é o Poder Judiciário, por que lhe compete – e não ao Ministério Público –, a guarda da Constituição e nenhuma lei poderá excluir da sua apreciação qualquer lesão ou ameaça a direito. É que, estando “condenado” a só agir por provocação e “escravizado” ao princípio do pedido – os seus limites processuais ou virtudes passivas, no dizer de Cappelletti¹³, apesar de todas as suas prerrogativas e do acentuado protagonismo, que tem marcado as suas ações recentes, ao contrário do Ministério Público, o Judiciário deve esperar que o convoquem para, só então, pôr em funcionamento a sua máquina de fazer justiça. Já o Ministério Público, mesmo que a Constituição o considere uma instituição funcionária, ao dizer que ele é essencial à função jurisdicional do Estado, ainda assim é por natureza e destino uma instituição permanente e proativa, à qual a Carta Política atribui

competência autônoma para promover não apenas, e em caráter privativo, a ação penal pública, mas também inquéritos civis e ações civis públicas, que os seus agentes entenderem cabíveis e necessários à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, além da clássica representação para fins de intervenção da União nos Estados, e destes em seus municípios, nos casos previstos na própria Constituição. Afora, é claro, a competência – de que participam outros agentes igualmente legitimados –, para promover a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o que, tudo somado, dá a exata medida do poder de fogo com que a Constituição, deliberadamente, armou o novo Ministério Público.

Consequência dessa formidável gama de poderes e de atribuições, ultimamente têm surgido muitas críticas à atuação dos membros da instituição, acusados, genericamente, de afoiteza e sensacionalismo, quando não de facciosismo e irresponsabilidade, o que se é verdade em situações específicas, nem por isso chega a abalar a crença da Sociedade de que este Ministério Público é melhor que os anteriores, e que o acerto e o desassombro da maioria dos seus membros compensam, em larga escala, os erros da minoria. A se julgar pelo que dizem os órgãos de comunicação social, a Sociedade brasileira parece gostar, cada vez mais, do seu Ministério Público, talvez porque acredite que embora não seja nenhum mosteiro, ali é certamente um lugar onde se cometem menos pecados.

Atuações recentes, com destaque para a Ação Penal 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, conhecida por Mensalão, e a chamada Operação Lava Jato, em curso na Justiça Federal no Estado do Paraná –, ambas desencadeadas pelo Ministério Público Federal –, graças à elevada qualidade do trabalho realizado pelos membros da instituição, refletida nos resultados até agora obtidos, elevaram ainda mais o seu prestígio perante a sociedade brasileira.

Quanto ao Judiciário, creio que não seria errado dizer-se que, a rigor, a grande novidade constitucional foi a criação, ainda que tardia (EC n° 45/2004), do Conselho Nacional de Justiça, com a incumbência de controlar a atuação administrativa e financeira desse Poder e o cumprimento dos deveres funcionais da magistratura, além de outras atribuições, igualmente não jurisdicionais, mas de grande relevo, indicadas na Constituição. Dizemos que foi uma providência serôdia porque só veio a ser adotada 14 anos depois de promulgada a Constituição de 1988 – e ainda assim enfrentando grandes resistências, sobretudo de segmentos do próprio Judiciário –, quando se fez mais intenso o clamor contra notórios desmandos de juízes e tribunais, especialmente no âmbito administrativo, sem qualquer repressão efetiva por parte dos órgãos disciplinares da magistratura. Daí a qualificação desse colegiado como órgão de controle externo, em que pese figurar entre os órgãos do Poder Judiciário (CF, art. 92) e serem de fora da Justiça apenas seis dos seus quinze integrantes, a saber: um membro do Ministério Público da União; um membro do Ministério Público estadual; dois advogados; e dois cidadãos, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Decorridos onze anos da sua criação – a Emenda Constitucional n° 45 foi promulgada em dezembro de 2004 –, pode-se dizer que são expressivos os ganhos com o Conselho Nacional de Justiça, e isso não apenas pela coibição

dos crônicos abusos, que tingiam a magistratura e foram determinantes para a criação desse órgão de controle – e.g. o nepotismo generalizado, à frente de todos os desmandos –, mas também pela percepção de que, doravante, planejamento seguro e gestão responsável passaram a fazer parte da administração da Justiça.

Finalmente, merece registro, pela singular importância institucional de que se reveste, a radical mudança operada pela Carta de 1988 em nosso modelo de controle concentrado de constitucionalidade, mudança a tal ponto inovadora e fecunda que, sem nenhum favor, pode-se dizer que possuímos, hoje, um sistema de defesa da Constituição tão completo e tão bem estruturado que, no particular, nada fica a dever aos mais avançados ordenamentos jurídicos da atualidade. Desde logo, rompendo com uma tradição restritiva do acesso aos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade – até a Carta Política de 1967/1969, só o Procurador-Geral da República podia provocar o STF a se manifestar, em tese, sobre a constitucionalidade das leis e atos normativos federais ou estaduais –, descartando tal modelo fechado, a nova Constituição (art. 103) ampliou o rol dos legitimados a tomar essa iniciativa, incluindo, além do Chefe do Ministério Público da União, estes novos agentes como igualmente habilitados a instaurar o contencioso de constitucionalidade: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Graças a essa mudança de atitude, arejou-se o ambiente político, na medida em que, sentindo-se esmagadas pelo rolo compressor das maiorias ocasionais, a minorias políticas, agora liberadas para provocar a jurisdição constitucional, podem submeter ao crivo do STF – numa espécie de segundo turno de discussão e votação, fora da arena parlamentar –, aqueles atos legislativos que, mesmo tendo denunciado como contrários à Constituição, não consigam barrar no âmbito do Congresso Nacional.

Fruto dessa abertura da jurisdição constitucional, desde a promulgação da Carta de 1988, milhares de ações declaratórias de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, assim como de ações descumprimento de preceito fundamental da Constituição, já deram entrada no STF, número que se mostra impressionante mesmo se levarmos em conta a ampliação do rol dos agentes legitimados a provocar essa jurisdição extraordinária e o natural inconformismo dos que, não conseguindo viabilizar as suas propostas legislativas ou impedir as dos seus adversários, batem às portas do tribunal na esperança de reverter decisões que reputam contrárias às suas ideias ou interesses. Afora, é claro, aqueles segmentos sociais que, sentindo-se prejudicados por leis que reputam ofensivas à Constituição, conseguem sensibilizar/convencer qualquer dos agentes a tanto legitimados, para que provoquem a manifestação da corte constitucional.

Mesmo que, na maioria das vezes, essas tentativas se mostrem infrutíferas – até porque não é usual produzirem-se leis inconstitucionais –, a simples possibilidade de se reabrir a discussão da matéria fora do Parlamento, só essa possibilidade já impele o Governo e a sua extensa base parlamentar a negociar

com as minorias, cujos direitos não podem ignorar sob uma errada compreensão do princípio majoritário. Exemplos significativos dessa missão inibidora de abusos políticos, que a Carta de 1988 atribuiu à jurisdição constitucional e que esta tem desempenhado sem tergiversações, são as decisões do STF assegurando às minorias o direito de ver instaladas Comissões Parlamentares de Inquérito, que a maioria governamental – a chamada base aliada – tentava impedir valendo-se do expediente de não indicar os seus representantes nesses colegiados de investigação congressional, para, assim, inviabilizar o seu funcionamento.¹⁴

Mas não é apenas sob esse ângulo, digamos assim, repressivo ou inibidor de inconstitucionalidades, que a jurisdição constitucional tem-se mostrado importante, talvez até mesmo indispensável, para o aprimoramento do Estado de Direito e das instituições democráticas. Igualmente significativa é a sua dimensão positiva, consubstanciada na possibilidade de vir a ser provocada para que declare – também com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante –, a validade de normas do mais amplo alcance político, econômico e social, cuja legitimidade constitucional, uma vez posta em dúvida, deve ser prontamente definida, para que esse estado de incerteza jurídica não provoque prejuízos à comunidade. Com tal propósito é que foi introduzida em nosso ordenamento jurídico a chamada ação declaratória de constitucionalidade (Emenda Constitucional nº 3, de 1993), assim explicada por Gilmar Mendes, que, juntamente com Ives Gandra Martins, deu suporte doutrinário para o ingresso desse instrumento de controle de constitucionalidade no direito brasileiro:

A ação declaratória de constitucionalidade configura típico processo objetivo, destinado a elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo federal. Os eventuais requerentes atuam no interesse de preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio. Tem-se, aqui, tal como na ação direta de inconstitucionalidade, um processo em partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido.¹⁵

Expressando esse mesmo entendimento dogmático-jurídico, o STF, em voto do então Ministro Moreira Alves, assentou que, à semelhança da ação direta de inconstitucionalidade, também a novel ação declaratória de constitucionalidade – introduzida no já complexo sistema de controle de constitucionalidade existente no Brasil –, possui a natureza de processo objetivo, comum aspecto que nela se apresenta com mais intensidade do que na primeira – o da ausência de legitimado passivo –, afora a específica exigência de que os legitimados para manejá-la comprovem a existência de controvérsia judicial, no âmbito do controle difuso, a pôr em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame nessa via do controle abstrato.¹⁶

Outra grande contribuição da Carta Política de 1988 para o enriquecimento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, foi a ação de descumprimento de preceito fundamental – hoje identificada simplesmente como ADPF –, instrumento que o constituinte anunciou, vagamente, no § 1º do art. 102 da Constituição, deixando para o legislador ordinário a tarefa de conformá-la e, assim, a viabilizar seu exercício, o que se concretizou com a

Lei nº 9.882, de 3/12/99. Tal como assinala Gilmar Mendes, a quem se deve, juntamente com Celso Bastos, a modelagem inicial da futura lei da ADPF, esta ação – que, a princípio, ninguém sabia bem o que era –, veio completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado construído pelo STF, uma vez que as questões até então não apreciadas em sede do controle abstrato de constitucionalidade – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade –, poderão ser objeto de exame no âmbito desse novo procedimento, assim como as controvérsias constitucionais em torno de leis ou atos normativos municipais, em face da nova Constituição, mesmo se anteriores a ela, o chamado direito pré-constitucional.¹⁷

Finalmente, como que “fechando” esse complexo sistema, a Carta Política de 1988 pôs fim a todo um histórico de controvérsias, dúvidas e perplexidades sobre a constitucionalidade do “controle de constitucionalidade estadual”, ao possibilitar, em disposição expressa – art. 125, § 2º – que os Estados adotem instrumentos próprios de aferição da legitimidade de normas locais em face da Constituição Estadual, do que, tudo somado, nos dá conta Léo Leony, em trabalho doutrinário que já constitui obra de referência sobre o tema:

Com isso, e na medida em que tal possibilidade foi positivada no texto constitucional vigente – afirma esse estudioso do tema – a criação de um controle jurisdicional voltado à defesa em abstrato do direito constitucional estadual objetivo deixou de ser uma hipótese polêmica – apenas aventada pela doutrina, criada por alguns legisladores constituintes estaduais e aceita por determinados pretórios locais quando da vigência do regime constitucional anterior –, e passou a ser considerada um dado prévio inquestionável para o estudo da matéria.¹⁸

No âmbito do Distrito Federal, cuja legislação, no particular, é da competência da União (CF – art. 48, inc. IX), esse controle de constitucionalidade estadual foi regulado, igualmente, pela Lei nº 9.868/99, que, para tanto, alterou a Lei de Organização Judiciária Distrito Federal e Territórios (Lei nº 8.185, de 14/5/91), atribuindo competência ao respectivo Tribunal de Justiça para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica, aplicando-se, no que couber, as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Aperfeiçoado, com mais este passo, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, sem que isso esgote as suas possibilidades de aprimoramento – nesse particular, a ADPF só está engatinhando –, pode-se dizer que a Carta Política de 1988 reforçou a ideia de que a Constituição é, mesmo, a chave de abóbada do nosso ordenamento jurídico, a que ela serve de fundamento de validade e vetor hermenêutico.

Em face de tudo quanto se disse acerca desses aspectos macro-institucionais da Carta Política de 1988, creio que seria justo considerá-la a mais avançada dentre as muitas constituições que tivemos ao longo da nossa experiência constitucional, nada ficando a dever às leis fundamentais dos chamados povos cultos. 

NOTAS

- 1 John Marshall. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1903, p. 109 e 115.
- 2 Luis Recaséns Siches. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*. México: Fondo de Cultura Económica/UNAM, 1971, p. 521.
- 3 Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 13.
- 4 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método*. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, vol. 1, 1997, p. 449/458.
- 5 Paul Ricoeur. *O passado tinha um futuro*, in A religação dos saberes. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 377.
- 6 Para uma visão panorâmica dessa experiência constitucional, ver o capítulo 3 do *Curso de Direito Constitucional*, que escrevemos em parceria com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2010, p. 225/256.
- 7 Marcus Vinicius Martins Antunes. *Mudança constitucional: o Brasil pós-88*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 96/97.
- 8 Peter Häberle. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000, p. 34.
- 9 Norberto Bobbio. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 62-63 e 127. Sobtalótica, esses *novos* direitos humanos, a rigor, não são direitos novos, nascidos *exnihilo*, mas apenas especificações de um *núcleo essencial*, que dialeticamente via se adensando e se expandindo em sempre renovadas concretizações históricas; Jaacques Maritain. *Los Derechos del Hombre*. México: Fondo de Cultura Económica, 1949, p. 70; e *O homem e o Estado*. Rio de Janeiro: Agir, 1966, p. 106.
- 10 Gallart Folch, *apud* Sergio Pinto Martins. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 14. ed., 2001, p. 36.
- 11 Celso Ribeiro Bastos. *Emendas à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. VII.
- 12 Uma ligeira mirada sobre alguns preceitos da *Ordem Social* da Constituição – arts. 193 a 232, assim como sobre os estatutos que os regulamentam – Estatuto do Deficiente, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros –, dá-nos uma ideia da magnitude dessas promessas, que até hoje não foram minimamente cumpridas pela falta de recursos que as tornem viáveis. Daí a criação de *bolsas* de todo o tipo, fórmulas puramente *assistencialistas*, que num primeiro momento aliviam as pressões sobre a Sociedade e o Estado, mas, em longo prazo, não oferecem saída para ninguém, instituidores ou beneficiários. Expressão desse estado de desequilíbrio fiscal, o Governo acaba de enviar ao Congresso Nacional – estamos no mês de novembro de 2015 – a proposta de lei orçamentária para o ano de 2016, prevendo um déficit que supera a casa dos 100 bilhões de reais.
- 13 Mauro Cappelletti. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 73/81.
- 14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 24.831*, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22/6/05, DJ de 4/8/0.
- 15 Ives Gandra da Silva Martins & Gilmar Ferreira Mendes. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 240 e 250.
- 16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-DF*, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ – 157:382,383,386.
- 17 Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho & Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2010, p. 1325.
- 18 Léo Ferreira Leony. *Controle de constitucionalidade estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45/46.



INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO é Doutor em Direito pela UnB. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

“No que concerne à esfera social, a Constituição atualmente em vigor promoveu importantes avanços nos direitos trabalhistas e previdenciários, havendo construído uma rede de proteção social mais abrangente e igualitária, progressos hoje sob ameaça de reversão. A Constituição de 1988 foi igualmente progressista em relação às minorias sociais, determinando a repressão de práticas discriminatórias. Contudo, devido à conjuntura social e política no qual a reconstitucionalização do país se processou, o novo foi obrigado a conviver com o velho.”

■ POR JÚLIO ROBERTO DE SOUZA PINTO

A história política do Brasil: Sua difícil relação com o estado democrático de direito¹

O Brasil se tornou independente de Portugal em 7 de setembro de 1822 por meio de uma ação conjunta de liberais e conservadores. Mas sobre eles pairava a figura do príncipe português Dom Pedro I, aclamado e coroado como Imperador do Brasil em 1º de dezembro, investido como uma autoridade que preexistia a primeira Constituição brasileira. Dom Pedro I deixou isso bem claro em seu pronunciamento de abertura da Assembleia Constituinte, ao prometer obedecer a Constituição se ela fosse digna do Brasil e dele (FAORO, 2012). Mais tarde, ao se convencer que a condição em relação a ele não se realizaria, Dom Pedro I dissolveu a Assembleia Constituinte e outorgou a Constituição de 1824.

Sob a Constituição de 1824, o Imperador, na qualidade de Poder Moderador, veio a exercer o importante papel de arbitrar as disputas políticas. Na verdade, a Coroa, investida do poder de livremente nomear e destituir ministros, manteve o comando tanto da política quanto da administração, caracterizando o primeiro sistema de governo brasileiro como um arremedo de parlamentarismo.

Entre os três corpos políticos criados para atenuar a supremacia do Imperador, dois – o Conselho de Estado e o Senado – eram vitaliciamente constituídos pela Coroa. Somente a Câmara dos Deputados era eleita para um mandato temporário. As eleições, porém, não eram genuínas, não apenas devido ao voto censitário, que restringia o número de eleitores, mas também devido a circunstâncias sociais, que definiam a constituição do corpo deliberativo, e a circunstâncias legais, que filtravam a vontade dos eleitores. Somente entre 1 e 3% da população participavam da formação da “vontade nacional”, um percentual que não mudou substancialmente nos primeiros quarenta anos da República (FAORO, 2012). Reduzida em importância, peso e densidade, não surpreende que a Câmara dos Deputados temporária tenha sido controlada pelo Senado vitalício, que, por sua vez, era controlado pela burocracia aristocrática que cercava Dom Pedro I e, mais tarde, seu filho e sucessor, Dom Pedro II.

A mudança de estado unitário para federal e de monarquia para república em 15 de novembro de 1889 não alterou significativamente a estrutura social e política. O poder não era mais expressão do centro, da aliança entre o trono hereditário e categorias vitalícias, de um lado, e endinheirados e rentistas, com fortes laços com o sistema financeiro internacional, de outro. O poder agora irradiava da periferia, baseada regionalmente nas províncias. Entretanto, a despeito da retórica liberal, a mudança não resultou de uma ação do povo, mas sim de um estrato social que, empoderado pelo dinheiro e pelo crédito nacionais e internacionais, falava em seu nome, numa espécie de tutela difusa que veio a substituir a tutela concentrada do Império.

A República Federal foi proclamada e inicialmente conduzida pelos militares. “Por ora, a cor do governo é puramente militar e deverá ser assim. O fato foi deles, deles só, porque a colaboração do elemento civil foi quase nula. O povo assistiu aquilo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que

significava. Muitos acreditavam sinceramente estar vendo uma parada. Mas o que fazer?”, escreveu Aristides Lobo, um dos signatários da Proclamação da República (FAORO, 2012, p. 555).

Pouco a pouco, o regime foi mostrando sua cara liberal mas não democrática. A “política dos governadores”, baseada em simulacros de eleição conduzidos sob o cabresto dos “coronéis”, deu estabilidade ao sistema. Encobrindo-a muito mais que a ordenando normativamente, a Constituição de 1891 deu legitimidade a uma estrutura social e política que resistia a maiores mudanças. As mesmas práticas imperiais continuaram a operar, em relação às quais a Constituição assumia um caráter de disfarce, de maneira que, sob a sombra de uma legitimidade artificialmente fabricada, as forças sociais e políticas se impunham em afronta à sua letra morta. Estava-se aí mais uma vez diante da velha hipocrisia constitucional, tão duramente criticada pelos opositores do antigo regime, mas que persistiria pelas décadas seguintes.

A transição no comando foi gradual. O sistema imperial começava no centro e se expandia para os presidentes das províncias, que eram indicados e não eleitos, utilizando um instrumento manipulado verticalmente a partir da Corte: a Guarda Nacional. Nos primeiros anos da República, enquanto os militares governavam e os governadores eram indicados, a estrutura social e política pouco havia mudado. Entretanto, à medida que os governadores passaram a ser eleitos, o eixo das decisões políticas se deslocou para os agora denominados “estados”, deixando os maiores estados cada vez mais livres das interferências do centro, os quais estendiam sua influência sobre os estados menores, movimento que culminou na “política dos governadores”. Foi nessa conjuntura que os “coronéis”, por meio de alianças com as oligarquias estaduais, ganharam proeminência.

Os coronéis originalmente eram os chefes das guarnições municipais da Guarda Nacional. Além dos coronéis legalmente indicados, existiam também os coronéis tradicionais, que também eram os chefes de polícia e os donos de recursos materiais aptos a mantê-los nessa posição de poder. Mas os coronéis não mandavam só porque eram ricos; eles mandavam também e principalmente porque seu poder era reconhecido numa espécie de acordo tácito e não escrito. Tratava-se de um tipo não racional, pré-burocrático e tradicional de poder. A relação entre os coronéis e os eleitores não era de violência. Os coronéis eram, antes de tudo, camaradas. Os eleitores votavam nos candidatos indicados pelos coronéis não por medo principalmente, mas como que por um dever sagrado, forjado pela tradição (FAORO, 2012).

Na República, tanto quanto na Monarquia, as eleições eram meros instrumentos legitimadores das forças econômicas e políticas, não propriamente uma expressão da “vontade nacional” como alardeavam os liberais. O Congresso e suas Casas eram mantidos como uma espécie de reféns das oligarquias regionais. A Comissão de Verificação do Congresso, que à época supervisionava o processo eleitoral no Brasil, não confirmava a eleição de candidatos que não apoiassem a política dos governadores.

O tiroteio no Forte da Guanabara em 5 de julho de 1922 anunciava o fim da “Velha República”. Seus críticos acreditavam ser necessário libertar os municípios da influência dos coronéis e os estados do controle das oligarquias, numa

espécie de movimento antitradicionalista. Um estado forte e intervencionista iria coroar o projeto a ser executado pela única categoria capaz de estruturá-lo e sustentá-lo: o Exército. O movimento antioligárquico, no entanto, ainda não reunia todas as condições necessárias e suficientes para prosperar.

A Velha República só chegou ao fim oito anos depois, quando os líderes políticos dos estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba, rebelando-se contra a hegemonia do estado de São Paulo e juntando-se ao que restou do movimento de 1922, alçaram Getúlio Vargas ao poder. Entretanto, embora em suas falas os homens que tomaram o poder em 3 de novembro de 1930 se opusessem à política dos governadores, eles se comportavam dentro do mesmo arcabouço. Tão logo a revolução sagrou-se vitoriosa e algumas reformas políticas foram realizadas, tais como a introdução do voto secreto e a supervisão judicial do processo eleitoral, São Paulo voltou a liderar a “República renovada”.

Por imposição de São Paulo, Vargas foi obrigado a convocar uma nova Assembleia Constituinte, que viria a produzir a Constituição de 1934. A nova Constituição, no entanto, não conteria por muito tempo as comportas abertas em 1930. Vargas não era um presidente constitucional, mas sim um mito popular, o líder de uma revolução que ainda estava em curso. As reformas que almejavam a proteção dos trabalhadores e a acomodação da crescente classe média, além de outras que levariam ao desenvolvimento econômico e a emancipação do país, não se conteriam dentro dos estreitos limites traçados por uma Assembleia Constituinte dominada por liberais e conservadores.

O modelo de exportação de produtos tropicais e matérias primas e a importação de produtos manufaturados caracterizaram a economia brasileira nas primeiras três décadas do século XX. Esse padrão já havia sido questionado na segunda metade do século anterior. Todavia, foi com a Guerra Mundial de 1914-18 e a crise do café que ele veio a sofrer suas mais drásticas flutuações. A revolução de 1930 simbolizou o rompimento com esse modelo. O modelo de substituição de importação de produtos manufaturados desenvolveu-se rapidamente entre 1930 e 1962 (IANNI, 1988). A sucessão de crises políticas no período é indicativa do crescente conflito entre o nacionalismo desenvolvimentista e independentista, de um lado, e a preservação de laços e compromissos com a sociedade tradicional e com o sistema econômico internacional controlado pelas potências do Atlântico Norte, de outro.

No período de 1946-64, o Brasil experimentou não apenas um forte crescimento econômico e a mais significativa e duradoura redução da desigualdade social (SOUZA; MEDEIROS, 2015), mas também sua primeira experiência democrática. Além disso, o Brasil atingia o momento mais intenso, dinâmico e significativo de sua luta de classes. A despeito disso, liberais e conservadores só atribuem aspectos negativos a esse período, sobretudo ao governo de João Goulart (1961-64): “tumulto político”, “crise de autoridade” e “caos administrativo”; inflação incontrolável e recessão econômica; quebra de hierarquia e disciplina militar; “subversão” da lei e da ordem e avanço da esquerda e do comunismo (TOLEDO, 2004).

Ao longo da história republicana do Brasil, suas frágeis instituições políticas têm estado sob constante ameaça. Esse fato se verificou de maneira especial

durante os governos democráticos pós-1946, notadamente a partir de 1960. O governo Goulart nasceu, cresceu e morreu sob a sombra tenebrosa do golpe de estado. Em 1º de abril de 1964, o golpe, persistentemente reclamado por setores da sociedade civil, finalmente aconteceu. Neste ponto, vale registrar que todos os golpes de estado ocorridos no Brasil foram abertos e amplamente apoiados pelos militares. Poder-se-ia dizer que esse tem sido o modo “normal” de sucessão do poder em sociedade em que as oligarquias e as políticas de massas prevalecem sobre os partidos políticos, um fenômeno que em si mesmo revela o fracasso do modelo liberal adotado por países dependentes ou semi-independentes como o Brasil.

O golpe de 1964, entre outras coisas, procurou pôr um fim às reivindicações democráticas traduzidas nas demandas de ampliação da cidadania de trabalhadores urbanos e rurais. Embora proscrito pela então rígida legislação trabalhista, o Comando Geral dos Trabalhadores (CGT) exercia um importante papel no cenário político brasileiro. Junto com outros sindicatos menos importantes, o CGT foi o responsável pela primeira greve explicitamente política da história do Brasil. Para o desgosto dos setores da direita, Goulart recebia líderes do CGT no palácio presidencial e importantes líderes partidários os reconheciam como interlocutores. A imprensa conservadora rotulava o CGT como o “quarto poder”, reforçando o mito, forjado no tempo de Vargas, de que Goulart queria estabelecer uma “república sindicalista” no país.

O caráter populista do governo Goulart era manifesto. As ações dos sindicatos – greves em defesa de suas demandas econômicas e políticas – eram toleradas e até mesmo encorajadas por Goulart à medida que serviam a seu projeto de desenvolvimento nacional. O controle político do CGT por líderes sindicais independentes – como, por exemplo do Partido Comunista Brasileiro (PCB) e do Grupo Compacto do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) – era frequentemente combatido por Goulart e seus assessores. Durante seu governo, Goulart demonstrou clara preferência por líderes e organizações sindicais que, em troca de sua independência política e ideológica, estivessem dispostos a receber favores e benefícios governamentais.

Logo, o restabelecimento do processo de acumulação de riquezas exigiria uma prévia desarticulação dos mecanismos de defesa e pressão das classes populares. Para conter essa pressão vinda de baixo, algumas medidas precisariam ser tomadas não apenas para extinguir o regime populista de Goulart, mas também a expressão política direta da burguesia.

Na realidade, os militares e um setor da burguesia fizeram um acordo. Este abriria mão de parte de seus tradicionais instrumentos de controle político (partidos políticos, eleições etc.) e de definição simbólica e difusão ideológica (liberdade de imprensa, pluralismo doutrinário, educação liberal etc.), assim como da regulação econômica. Em troca, os militares assumiriam os interesses econômicos dos empresários como se fossem os interesses da nação e reservariam algumas áreas do mercado para suas atividades econômicas.

O golpe de 1964, portanto, deslocou o setor burguês nacionalista da posição hegemônica em que se mantinham, em favor de um setor burguês internacionalista. A economia brasileira voltou a integrar-se mais ampla e profundamente ao sistema-mundo capitalista controlado pelas potências do Atlântico Norte.

Claro, essa mudança no modelo de desenvolvimento econômico e na correlação de forças que a sustentava podia ser observada ainda antes de 1964. Desde o governo de Juscelino Kubitschek (1956-61), o modelo que nasceu no fim da década de 1930, ganhou força durante a Segunda Guerra Mundial e se tornou relativamente óbvio durante o segundo governo Vargas (1950-54) começou a apresentar sinais de declínio. Até então o estado, o capital nacional e o investimento estrangeiro vinham sendo as molas propulsoras do desenvolvimento. Com a política econômica de Kubitschek de rápida industrialização e expansão do consumo industrial de massa, as bases sociais e políticas do regime populista – seja em sua fase autoritária ou em seu estágio democrático – começaram a falhar em responder às expectativas dos setores que controlavam as forças produtivas.

Afora isso, a economia-mundo capitalista também tinha passado por importantes mudanças na década anterior. As corporações internacionais haviam diversificado não apenas as atividades econômicas sob seu controle, mas também a localização das fábricas, transferindo algumas delas para áreas periféricas. Isso levou a uma maior interdependência na esfera produtiva internacional – quando a economia-mundo capitalista era vista do ângulo dos centros de decisão – e uma mudança nas formas de dependência que afetavam os países periféricos. Nessa nova conjuntura, grupos sociais que representavam o capitalismo internacional – tenham sido eles compostos por brasileiros, estrangeiros ou por ambos – ganharam força. Outros grupos que ganharam influência foram os militares e os burocratas, que, por serem impopulares, haviam sido excluídos do regime anterior (CARDOSO, 1993).

A despeito do chamado “milagre econômico” geralmente associado a esse período, o longo declínio na desigualdade social observado até o início da década de 1960 foi interrompido por um grande salto em 1964, o ano do golpe. Dali em diante a renda do 1% mais rico voltou a crescer rapidamente, revertendo-se assim a tendência imediatamente anterior. No início da década de 1960, ela já alcançava os mesmos níveis da década de 1950 (SOUZA; MEDEIROS, 2015).

Politicamente, o golpe de 1964 levou a um paradoxo. De um lado, era um regime tipicamente militar: as Forças Armadas governavam o país. Essa situação obviamente transformou a instituição militar numa arena de luta pelo poder político. Conflitos entre oficiais moderados e radicais permearam os 25 anos de influência militar,² gerando constante instabilidade política. De outro lado, os militares mantiveram alguns mecanismos e procedimentos da democracia representativa: Legislativo e Judiciário, apesar seus poderes terem sido severamente reduzidos e muitos de seus membros haverem sido expelidos; eleições periódicas, embora sob as mais variadas formas de controle; e partidos políticos, ainda que sob drásticas restrições (KINZO, 2001).

Com efeito, os militares procederam a uma espécie de “sanitarização” da política brasileira por meio da marginalização de líderes nacionais e da fragmentação da estrutura partidária, o que resultou num vácuo político e administrativo que veio a ser preenchido por tecnocratas. Reformas nos mecanismos e procedimentos de definição de políticas públicas excluíram os políticos tradicionais, ao mesmo tempo em que favoreceram a participação de tecnocratas (DREIFUSS; DULCI, 2008). Por trás de tudo isso, jazia uma preferência

pelo desenvolvimento econômico em detrimento da liberdade. A justificação para essa predileção era dupla: o desenvolvimento econômico exigia, de um lado, disciplina: políticas de contenção de reajuste salarial, mecanismos de concentração de renda, eficiência administrativa, militarização da sociedade para o alcance de altas taxas de crescimento do produto interno bruto etc.; de outro lado, a eliminação de obstáculos à “construção da nação”: sindicalistas, socialistas e progressistas de modo geral (CARDOSO, 1993).

Mas não foi apenas a ditadura civil-militar que foi peculiar. O processo de redemocratização também apresentou peculiaridades. Pode ter sido o mais longo processo de transição para a democracia de que se tem registro na história mundial: foram necessários onze anos para que os civis retomassem o poder e mais cinco anos para que um presidente fosse eleito pelo voto popular. A ascensão do general Ernesto Geisel ao poder em 1974 e o anúncio de seu projeto de liberalização “lenta, gradual e segura” marcaram o início do processo de redemocratização. Esse projeto de liberalização e o processo político que levou à redemocratização foram conduzidos pelos militares em geral e por uma de suas correntes político-ideológicas em particular.

Na verdade, o processo de redemocratização correspondeu muito mais à necessidade dos militares de enfrentarem os problemas internos à sua corporação do que a uma repentina conversão à democracia por parte de seus oficiais. O controle que os militares exerceram sobre o estado e sua ostensiva presença no cenário político findaram por trazer uma série de conflitos políticos e ideológicos para dentro da corporação, subvertendo a hierarquia e a cadeia de comando tradicionais. O projeto de liberação, portanto, não foi originalmente concebido como um retorno dos militares aos quartéis, mas sim como a expulsão da política de seu meio (CODATO, 2005).

A liberalização, no entanto, não transcorreu como originalmente prevista. Uma vez iniciado, o movimento adquiriu lógica própria. As várias crises ocorridas nos últimos dois governos militares envolveram as tentativas de ambos os presidentes de reafirmar seu controle sobre o processo e os esforços da oposição tanto civil quanto militar para alterá-lo. A dinâmica que o processo assumiu não se explica apenas pelas disputas ideológicas e pessoais no interior do aparato militar. A passagem da hegemonia do capital industrial para a hegemonia do capital financeiro ilustra muito bem a redefinição das relações entre os setores da economia e os militares, o que foi demonstrado pelos vários protestos de trabalhadores e de setores da classe média que se sucederam no período.

Em 1982, o partido de oposição, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), já controlava cerca de 50% do eleitorado, ao passo que o partido governista (Aliança Renovadora Nacional – ARENA) controla apenas 36% (CODATO, 2005). Além do partido de oposição, os últimos dois governos militares tiveram de enfrentar uma forma de organização política mais moderna: o novo sindicalismo. Tratava-se de uma nova maneira de organizar os trabalhadores em comparação com o sindicato vinculado ao estado, criado depois de 1930, e uma nova maneira de apresentar demandas salariais. O ponto chave era a tentativa de negociar diretamente com empresários, sem a intermediação do Ministério do Trabalho. O salto das 118 paralizações em 1978 para as 2.193

em 1987 certamente deve ter tido alguma influência no processo de mudança de regime (CODATO, 2005).

Em 1984, o PMDB apresentou uma proposta de emenda constitucional para restaurar a eleição direta para presidente. Com o fim de obter o apoio popular para a proposta, o PMDB e outros partidos de oposição – entre os quais o recém-criado Partido dos Trabalhadores (PT) – mobilizaram milhões de pessoas em comícios pelo Brasil afora. Em que pese à campanha das “Diretas Já” ter sido o evento mais popular já registrado no país, a proposta foi derrotada no Congresso, que ainda se achava controlado pelos militares.

Diante disso, para as forças de oposição restavam duas escolhas: ou buscavam dissuadir simpatizantes dentro do governo ou rompiam com as regras mobilizando a sociedade civil. O PMDB, mais precisamente sua ala moderada, que era majoritária e controlava o partido, era a favor da primeira opção. O PT e um pequeno grupo de congressistas do PMDB que mantinham estreitas relações com movimentos sociais, eram favoráveis à segunda opção.

Na realidade, enquanto o PMDB trabalha pelas Diretas Já, a ala moderada do partido já articulava uma alternativa estratégica para o caso de a proposta de emenda constitucional não vir a ser aprovada no Congresso: Tancredo Neves concorreria como o candidato da oposição nas eleições indiretas para presidente. Para isso, entretanto, era necessário o apoio do outro lado, ou seja, de congressistas do partido governista. A oportunidade surgiu quando alguns deles se recusaram a apoiar o candidato indicado pelo governo. Em troca do apoio dos dissidentes à candidatura de Tancredo, José Sarney foi escolhido como o candidato a vice-presidente na chapa da oposição. Tancredo ganhou as eleições indiretas, mas nunca assumiu a Presidência. Com sua morte súbita, Sarney veio a se tornar o primeiro presidente civil desde o golpe de 1964.

A chamada “Nova República” (1985-89), o último governo da ditadura civil-militar, pôs fim à longa transição democrática estabelecendo a hegemonia política da oposição ao regime (1986), promulgando uma nova Constituição (1988) e conduzindo a primeira eleição direta para presidente desde o golpe de 1964 (1989). Um dos resultados dessa longa e controlada transição política, contudo, foi um persistente autoritarismo. Afinal, a vitória de Geisel e dos militares que conduziram o processo de liberalização contra os chamados “linha dura” foi obtida precisamente pelo aumento e não pela diminuição do autoritarismo. A longevidade do partido que apoiou os militares e dos partidos que dele se originaram indica que não houve uma real substituição de grupos no poder, mas sim uma acomodação de forças no interior do campo das elites. Os acontecimentos que se sucederam desde a recusa dos resultados das eleições de 2014 até a campanha eleitoral deste ano, marcada por ameaças de ruptura institucional, parecem apontar para o mesmo sentido.

O governo José Sarney (1985-90) foi a última expressão do círculo de ferro que exitosamente administrou a transição política no Brasil. O slogan da aliança que, com a morte de Tancredo Neves, alçou Sarney ao poder – “conciliação” e “pacto social” – foi bem-sucedido em neutralizar tanto as tentativas de oposição ao regime ditatorial que emergiram na conjuntura de 1977-80 – greves, movimentos sociais e protestos empresariais contra a “intervenção do estado na economia” – quanto a campanha das Diretas Já em 1984. O resultado foi

um regime antipopulista ou antipopular que nem era explicitamente ditatorial nem plenamente democrático. Foi o último governo, civil, de uma série de governos autoritários no Brasil. Não houve uma ruptura real com o autoritarismo, mas sim uma transformação – lenta, gradual e segura.

Não obstante a tudo isso, o processo de redemocratização do Brasil seguiu seu curso. No que toca aos aspectos social e econômico, o caminho foi um tanto tortuoso no período seguinte: entre 1986 e 1994, o país mudou sua moeda quatro vezes e passou por seis tentativas de estabilização econômica, somente a última – o Plano Real – tendo sido exitosa. A sucessão de fracasso não somente agravou a crise social e econômica, mas também comprometeu a governabilidade.

O processo de elaboração da Constituição de 1988 foi ilustrativo da complexidade que cercava o processo de redemocratização do Brasil. Do começo ao fim, o processo envolveu conflitos entre vários grupos, cada qual tentando ampliar ou restringir os limites dos arranjos social, econômico e político a serem definidos. As pressões eram em duas direções: numa, as forças políticas do antigo regime buscavam assegurar sua posição no novo cenário; noutra, setores de esquerda, apesar de minoritários, procuravam influenciar o processo constituinte.

A pecha de transição negociada fez com que seus condutores – líderes políticos moderados – tornassem-se mais vulneráveis às críticas às tentativas de limitar o novo regime e, portanto, mais suscetíveis às pressões pelo aprofundamento do processo de democratização. Isso pode explicar por que a estrutura constitucional se tornou mais democrática do que se podia esperar em vista das circunstâncias de uma transição gradual e controlada como foi a brasileira. Assim, a despeito de ser criticada por seu caráter parlamentar, a Assembleia Constituinte de 1987-88 foi a mais democrática experiência em toda a história constitucional brasileira.

No que tange a seu produto, sem embargo de suas imperfeições, a Constituição de 1988 representa um considerável avanço. Todos os mecanismos de representação democrática estão ali assegurados, até mesmo aqueles associados à democracia direta, tais como consulta e iniciativa legislativa populares. Afora isso, o poder foi descentralizado como resultado do fortalecimento do Legislativo, do Judiciário e das esferas subnacionais de governo, bem como foi assegurado aos partidos políticos ampla liberdade de organização.

Cumprir registrar, entretanto, que as eleições no Brasil ainda são significativamente controladas pelo poder econômico, o que tem comprometido a representação política, em que pese aos recentes esforços legislativos e judiciais de pôr aí algum freio. Da mesma forma, os próprios instrumentos de participação popular criados pela Constituição de 1988 têm-se mostrado pouco efetivos. A realização de consultas populares – plebiscitos e referendos – sujeitas à previa autorização do Congresso e a apresentação de projetos de lei pelo povo estão cercadas de tantas exigências que se têm tornado virtualmente impossíveis.

No que concerne à esfera social, a Constituição atualmente em vigor promoveu importantes avanços nos direitos trabalhistas e previdenciários, havendo construído uma rede de proteção social mais abrangente e igualitária, progressos hoje sob ameaça de reversão. A Constituição de 1988 foi igualmente

progressista em relação às minorias sociais, determinando a repressão de práticas discriminatórias. Contudo, devido à conjuntura social e política no qual a reconstitucionalização do país se processou, o novo foi obrigado a conviver com o velho. É o caso da questão agrária, que remanesceu quase intocada, e dos militares, que conservaram a prerrogativa de intervir, sempre que requerido por um dos três Poderes, para garantir “a lei e a ordem”.

As eleições de 1989, quando 72 milhões de eleitores foram às urnas para eleger o presidente da República, finalmente puseram um fim à última fase da transição (KINZO, 2001). A posse do presidente Fernando Collor de Mello simbolizou o término de um longo e complicado processo de redemocratização. Contudo, os acontecimentos políticos que se seguiram mostraram que a reemergente democracia brasileira ainda haveria de passar por vários testes.

As drásticas medidas econômicas decretadas por Collor no dia seguinte à sua posse, apesar do radicalismo com que arbitrariamente interferiram nas poupanças e nos investimentos populares e da ampla liberalização comercial que promoveram, logo se mostraram ineficazes para conter a crise, levando a uma rápida erosão do apoio popular ao primeiro presidente eleito pelo voto direto. Sérias acusações de corrupção seguidas de impressiva mobilização popular levaram ao impeachment de Collor em 1992 e a assunção à Presidência da República do vice-presidente Itamar Franco.

A liderança titubeante de Itamar inicialmente contribuiu para a piora das incertezas econômicas e políticas. Entretanto, o Plano Real, posto em execução um pouco adiante em seu governo, finalmente trouxe estabilidade econômica ao país. A estabilidade política viria com a eleição do principal arquiteto do Plano Real, Fernando Henrique Cardoso (FHC), do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB).

Com efeito, o governo FHC (1995-98, 1999-2003) inaugurou uma era de estabilidade econômica e política, combinada com importante declínio da desigualdade social, que durou até o fim do governo Luiz Inácio Lula da Silva (2003-6, 2007-11). Durante essa “era FHC-Lula”, a competição entre o PSDB e aliados e PT e aliados se tornou o principal eixo da política nacional. Sob tal “arquitetura bicoalizacional” (POWER, 2010), vários domínios de políticas chave foram objeto de consenso entre os dois campos, que, associados a condições externas favoráveis, promoveram significativos avanços sociais e econômicos.

Depois que o Plano Real pôs um fim à hiperinflação do período anterior e realizou um importante ajuste fiscal, o Brasil passou a crescer a uma taxa anual de 3,2% – no período 1987-92, o crescimento médio do PIB foi negativo: -0,4% (POWER, 2010). Lula manteve a política macroeconômica de FHC basicamente intacta. Em que pese a pequenas modificações, conservou a política de metas inflacionárias, de responsabilidade fiscal com superávit primário e monetária.

Os indicadores sociais também tiveram considerável melhora na era FHC-Lula. O Coeficiente de Gini, que mede a desigualdade social, passou a cair continuamente desde meados de 1990. O fim da hiperinflação pode explicar o declínio inicial – inflação sendo considerada como uma tributação *de factos* mais pobres –, mas a tendência foi reforçada sobretudo pelos programas sociais de transferência condicional de renda executados pelo governo Lula

a partir de 2003. Outro fator que não pode deixar de ser levado em conta é a política de valorização do salário mínimo adotada desde o Plano Real. Tanto FHC quanto Lula mantiveram uma política de aumentos salariais acima da inflação, de maneira que o salário mínimo sofreu aumentos anuais reais de 1994 a 2009. Virtualmente, nenhum ator político se opôs às políticas sociais do governo Lula, que consolidou e expandiu as iniciativas do governo FHC, as quais, por sua vez, haviam sido fortemente influenciadas por inovações do PT em nível subnacional. O resultado foi uma rede de proteção social que garantiu uma renda mínima para mais de doze milhões de famílias, cobrindo quase um quarto da população nacional (POWER, 2010).

Os avanços socioeconômicos obviamente se refletiram no sistema político, que, na era FHC-Lula, apresentou sinais de estabilização na volatilidade eleitoral e na disputa presidencial. A volatilidade eleitoral para a Câmara dos Deputados, que se tinha mantido numa média de 43% nos primeiros três ciclos eleitorais, a partir de 1994 caiu drasticamente, conservando-se numa média de 31% nos próximos três ciclos eleitorais, até cair para 27,6% em 2006. A política presidencial, por sua vez, começou a exibir características de sistema bipartidário, fenômeno surpreendente num país com um dos mais fragmentados sistemas partidários do mundo. As últimas seis disputas presidenciais – 1994, 1998, 2002, 2006, 2010 e 2014 – foram travadas entre os mesmos dois partidos: o PSDB de FHC e o PT de Lula. Em 2006, o PT e o PSDB juntos receberam 90,3 dos votos no primeiro turno da disputa presidencial (POWER, 2010).

Evidentemente, a acomodação de múltiplos partidos em torno desses dois polos não teve o condão de resolver todos os problemas decorrentes de um complexo arranjo político que combina presidencialismo como um sistema de governo, federalismo como forma de relação entre poderes nacional e subnacionais, coalizção como meio de governança (ABRANCHES, 1988) e um sistema partidário fragmentado, pouco institucionalizado e altamente regionalizado (ABRUCIO, 1998). Afinal, embora os múltiplos partidos sejam bem parecidos e votem como se fossem uma grande coligação, o fato é que, quando negociam o voto, eles se comportam como atores distintos. A situação que permanece é, pois, a de um jogo de poder fragmentado (PINTO, 2011, 2015).

Tanto é assim que o governo Dilma Rousseff (PT) – eleita em 2010 e reeleita em 2014 graças ao capital político de Lula, e removida da Presidência da República por violação das leis orçamentárias e desequilíbrio fiscal – marcou o fim do “consenso transpartidário tácito”. Tal ruptura, obviamente, deve-se a múltiplos fatores, entre os quais a mudança na política macroeconômica numa conjuntura de crise econômica global e a evidente inabilidade de Dilma de gerenciar o sistema político ou o chamado “presidencialismo de coalizção”, problemas agravados pelo enorme esquema de corrupção envolvendo os principais partidos políticos, tanto governistas como oposicionistas.

Resta saber se o fim do consenso transpartidário tácito entre os principais polos em torno dos quais se organizava a política nacional – o PSDB de FHC e o PT de Lula –, que criou as condições de possibilidade para a estabilidade social, econômica e política experimentada no país nas últimas décadas, implicará igualmente o desfazimento do acordo político-constitucional de que a Constituição de 1988 é a principal expressão.

Algumas evidências parecem apontar para essa direção. O governo que sucedeu ao de Dilma Rousseff, em claro alinhamento com interesses das potências do Atlântico Norte, cuidou de rapidamente tomar medidas tendentes à reversão tanto dos ganhos sociais alcançados pelas classes populares nas últimas décadas quanto da política neodesenvolvimentalista adotada pelos últimos governos. Assim com os governos que se sucederam no período pós-1964, o governo atual adotou medidas que têm resultado no enfraquecimento do poder de pressão dos trabalhadores e em perdas salariais das classes populares. De igual modo, setores da elite e até mesmo setores da classe média têm dado sinais, notadamente na campanha eleitoral em curso, de estar dispostos a abrir mão de parcela das liberdades civis e políticas em troca de maiores ganhos econômicos. Por fim, certa “sanitarização” da política, semelhante à que se deu na ditadura civil-militar, tem sido levada a cabo nos últimos anos, com o banimento de importantes figuras do sistema partidário, desta feita por intervenções judiciais, mas sob o mesmo pretexto de combate à corrupção. ❏

NOTAS

- 1 Adaptação de um artigo do mesmo autor publicado no *Journal of Legislative Studies* – Routledge (v. 4, 2016).
- 2 O governo José Sarney (1985-89), como se verá adiante, é aqui considerado como sendo a fase final da transição da ditadura para a democracia.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, S. H. (1988). *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. Dados, 31(1), 5–33.
- ABRUCIO, F. L. (1998). *Os barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec/USP.
- CARDOSO, F. H. (1993). *O modelo político brasileiro*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- CODATO, A. N. (2005). Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 25, 83-106.
- DREIFUSS, R. A.; DULCI, O. S. (2008). As forças armadas e a política. In B. Sorj; M. H. T. Almeida (Eds.), *Sociedade política no Brasil pós-61* (pp. 132–181). Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais.
- FAORO, R. (2012). *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Editora Globo.
- IANNI, O. (1988). *O colapso do populismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- KINZO, M. D. G. (2001). A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. *São Paulo em Perspectiva*, 15(4), 3–12.
- POWER, T. J. (2010). Brazilian democracy as a late bloomer: reevaluating the regime in the Cardoso-Lula era. *Latin American Research Review*, 45(Special Issue), 218–247.
- PINTO, J. R. S. (2011). *Sistema político e comportamento parlamentar*. Brasília: Editora Consulex.
- PINTO, J. R. S. (2015). Entre um sistema eleitoral dispersivo e um regimento parlamentar concentrador: o comportamento dos deputados federais. *Revista Direito GV*, 11(2), 589–622.
- SOUZA, P. H. G. P.; MEDEIROS, M. (2015). Top income shares and inequality in Brazil, 1928-2012. *Journal of the Brazilian Sociological Society*, 1(1), 119-132.
- TOLEDO, C. N. (2004). 1964: o golpe contra as reformas e a democracia. *Revista Brasileira de História*, 24(47), 13–28.



“Aos trinta anos de democracia, temos uma chance de nos repensarmos e nos reinventarmos como país, com uma revolução pacífica capaz de elevar a ética pública e a ética privada. Não é uma tarefa fácil, mas pode ser um bom projeto para quem não tenha optado por ir embora.”

■ POR LUÍS ROBERTO BARROSO

**Trinta anos da Constituição:
A república que ainda não foi**

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

A COMEMORAÇÃO DOS DEZ ANOS

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

“O País ainda se recuperava do trauma do fechamento do Congresso Nacional para outorga do *Pacote de Abril*, conjunto de reformas políticas que eliminavam quaisquer riscos de acesso da oposição a alguma fatia de poder. Os atos institucionais que davam poderes ditatoriais ao Presidente da República continuavam em vigor. O bipartidarismo artificial, a cassação de mandatos parlamentares e casuísmos eleitorais diversos falseavam a representação política. A imprensa ainda enfrentava a censura. Havia presos políticos nos quartéis e brasileiros exilados pelo mundo afora”².

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

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

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

Sorria. Você está em uma democracia”³

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

A COMEMORAÇÃO DOS VINTE ANOS

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

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

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

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

O futuro parecia ter chegado, com atraso, mas não tarde demais, no final da primeira década dos anos 2000. Em sua edição de 12 de novembro de 2009, a revista *The Economist*, uma das mais influentes do mundo, estampou na capa uma foto do Cristo Redentor elevando-se como um foguete, sob o título “*Brazil takes off*” (“O Brasil decola”). Tendo escapado da crise de 2007 com poucas

escoriações, o país voltara a crescer a taxas anuais superiores a 5%. Exibindo prestígio internacional, havia sido escolhido para sediar a Copa do Mundo de 2014, as Olimpíadas de 2016 e pleiteava uma vaga no Conselho de Segurança da Nações Unidas. Investimentos internacionais abundavam e o preço das *commodities* bombava.

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

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

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

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

A CONSTITUIÇÃO DE TRINTA ANOS

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

Sem fechar os olhos às vicissitudes desses últimos trinta anos, o texto que se segue procura lançar um olhar crítico, positivo e construtivo sobre esse

período da vida institucional brasileira. Após uma breve nota pessoal, destaco os pontos altos e os desencontros dessas últimas décadas, concluindo com uma reflexão sobre o momento atual. Pessoalmente, devo dizer que minhas expectativas continuam elevadas, inspiradas por uma passagem antológica atribuída a Michelângelo, que me anima nos momentos difíceis:

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

MINHA RELAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO

Minha relação com a Constituição de 1988 e com o direito constitucional é antiga, constante e fiel. Começou em 1978, quando eu estava no 3º ano da Faculdade de Direito e compareci a um ato público na Cinelândia, no Rio de Janeiro. Era a deflagração do movimento pela convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, *livre e soberana*, como exigiam as palavras de ordem da época. Não havia mais do que 200 pessoas na manifestação. Quase ninguém interrompera a sua rotina para aderir a uma reivindicação tão distante e abstrata. O futuro não parecia promissor.

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

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

Meus primeiros trabalhos acadêmicos de maior expressão foram sobre a efetividade das normas constitucionais, isto é, os limites e possibilidades de concretização da Constituição¹¹. Por quase uma década dediquei-me ao tema, viajando pelo país em eventos acadêmicos e congressos, pregando esse novo paradigma e tentando conquistar corações e mentes. Consolidada a ideia de normatividade e de cumprimento efetivo da Constituição, dediquei os anos seguintes ao estudo da interpretação constitucional, que passou a exigir uma dogmática mais sofisticada nesse novo cenário de aplicação ampla, onde ocorriam colisões de direitos, necessidade de ponderação e de resgate da argumentação jurídica¹². Na sequência histórica, participei do processo de reaproximação do direito constitucional com a filosofia moral, o desenvolvimento de uma cultura pós-positivista e da leitura de todo o ordenamento jurídico à luz dos valores e princípios constitucionais¹³. O Judiciário se tornava um ator decisivo na realização dos direitos fundamentais. Surgia um novo direito constitucional¹⁴.

A efetividade da Constituição – *i.e.*, sua concretização perante os tribunais – avançou tanto que, ultimamente, tenho feito reflexões sobre os riscos da judicialização excessiva em determinadas áreas¹⁵. A esse propósito, judicialização e ativismo judicial se tornaram debates imprescindíveis na atualidade brasileira¹⁶. E, nos últimos tempos, tenho me dedicado ao estudo dos papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais, que divido em contramajoritário, representativo e iluminista.¹⁷ Este foi o tema do meu debate recente na Faculdade de Direito de Harvard, com o professor Mark Tushnet¹⁸, e é o objeto de artigo que será publicado proximoamente pelo *American Journal of Constitutional Law*, na versão em inglês, e pela Revista *Direito e Práxis*, na versão em português¹⁹.

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

Com o tempo, a vida me propiciou testar muitas das ideias que havia desenvolvido academicamente em ações perante os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal. Dentre os casos de mais visibilidade estiveram, por exemplo, (i) o direito de as mulheres interromperem a gestação no caso de gravidez de um feto anencefálico e, conseqüentemente, inviável; (ii) a proibição do nepotismo

no Poder Judiciário (depois estendida aos três Poderes); (iii) a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais; e (iv) a defesa das pesquisas com células-tronco embrionárias. Todos eles envolviam a aplicação direta e criativa da Constituição. E, mais à frente, já como ministro do Supremo Tribunal Federal, segui fiel às minhas ideias, em decisões envolvendo ações afirmativas para negros, direitos das mulheres, *gays* e transgêneros, liberdade de expressão, restrição ao foro privilegiado e direito à interrupção da gestação no primeiro trimestre, para citar algumas.

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

ALGUNS PONTOS ALTOS

Estabilidade institucional

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

Todas essas crises foram enfrentadas dentro do quadro da legalidade constitucional²⁰. É impossível exagerar a importância desse fato, que significa a superação de muitos ciclos de atraso. O Brasil sempre fora o país do golpe de Estado, da quartelada, das mudanças autoritárias das regras do jogo. Desde que Floriano Peixoto deixou de convocar eleições presidenciais, ao suceder Deodoro da Fonseca, até a Emenda Constitucional nº 1/1969, quando os Ministros militares impediram a posse do vice-presidente Pedro Aleixo, o golpismo foi uma maldição da República. Pois tudo isso é passado. Na sucessão de crises recentes, o Supremo Tribunal Federal evitou mudanças casuísticas nas regras do *impeachment*, embora, lamentavelmente, em momentos subsequentes, tenha sido casuístico em outros pontos da sua própria jurisprudência. Já as Forças Armadas têm mantido o comportamento exemplar que adotaram desde a redemocratização do país. Em suma: trinta anos de estabilidade institucional, apesar de tudo. Nessa matéria, só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

Estabilidade monetária

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

Este é outro marco histórico cuja importância é impossível de se exagerar. Para que se tenha uma ideia do tamanho do problema, a inflação acumulada no ano de 1994, até o início da circulação da nova moeda, o real, que se deu em 1º de julho, era de 763,12%. Nos 12 meses anteriores, fora de 5.153,50%. A inflação, como se sabe, é particularmente perversa com os pobres, por não terem como se proteger da perda do poder aquisitivo da moeda. Como consequência, ela agravava o abismo de desigualdade do país. Em uma década de democracia e de poder civil, iniciado em 1985, o país consolidou a vitória sobre a ditadura e sobre a inflação. Em desdobramento da estabilidade monetária, entrou na agenda da sociedade a percepção da importância da responsabilidade fiscal. Embora não seja uma batalha totalmente ganha, aos poucos foi se consolidando a crença de que se trata de uma premissa das economias saudáveis. Responsabilidade fiscal não tem ideologia, não é de direito ou de esquerda. A não observância da regra básica de não se gastar mais do que se arrecada traz como consequências o aumento de juros ou a volta da inflação, disfunções que penalizam drasticamente as pessoas mais pobres.

Inclusão social

A pobreza e a desigualdade extrema são marcas indelévels da formação social brasileira. Apesar de subsistirem indicadores ainda muito insatisfatórios, os avanços obtidos desde a redemocratização são muito significativos. De acordo com o IPEA, de 1985 a 2012, cerca de 24,5 milhões de pessoas saíram da pobreza, e mais 13,5 milhões não estão mais em condições de pobreza extrema. Ainda segundo o IPEA, em 2012 havia cerca de 30 milhões de pessoas pobres no Brasil (15,93% da população), das quais aproximadamente 10 milhões em situação de extrema pobreza (5,29% da população). Infelizmente, a crise econômica dos últimos anos impactou de forma negativa esses números. Entre 2014 e 2015, o desemprego e a queda de renda levaram de volta à pobreza 4,1 milhões de brasileiros, dos quais 1,4 milhão estão em pobreza extrema²². A reversão de expectativas é, evidentemente, dramática, mas não elimina o saldo

extremamente positivo obtido ao longo de muitos anos. E com a retomada do crescimento econômico no ano de 2018, espera-se a recuperação desses indicadores sociais.

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

Nas últimas três décadas, o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH do Brasil, medido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), foi o que mais cresceu entre os países da América Latina e do Caribe. Nessas três décadas, os brasileiros ganharam 11,2 anos de expectativa de vida e viram a renda aumentar em 55,9%. Na educação, a expectativa de estudo para uma criança que entra para o ensino em idade escolar cresceu 53,5% (5,3 anos). Segundo dados do IBGE/PNAD, 98,4% das crianças em idade compatível com o ensino fundamental (6 a 14 anos) estão na escola. Os avanços, portanto, são notáveis. Porém, alguns dados ainda são muito ruins: o analfabetismo atinge ainda 13 milhões de pessoas a partir de 15 anos (8,5% da população) e o analfabetismo funcional (pessoas com menos de 4 anos de estudo) alcança 17,8% da população.

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

O destaque maior: o avanço dos direitos fundamentais

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

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

Veja-se, em enunciação esquemática, alguns marcos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nessa área:

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

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

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

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

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

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

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

Proteção das minorias:

I – Judeus: a liberdade de expressão não inclui manifestações de racismo, aí incluído o anti-semitismo;

II – Negros: (i) validação de ações afirmativas em favor de negros, pardos e índios para ingresso na universidade (ii) no acesso a cargos públicos e (iii) proteção aos quilombolas;

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

IV – Comunidades indígenas: demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol em área contínua;

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

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

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

Direito das mulheres: (i) direito à antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico; (ii) constitucionalidade da Lei Maria da Penha, que reprime a violência doméstica contra a mulher; (iii) direito à interrupção da gestação até o 3º mês de gestação (decisão da 1ª. Turma);

Ética animal: proibição da submissão de animais a tratamento cruel, como nos casos de (i) briga de galo, (ii) farra do boi e (iii) vaquejada.

Por evidente, nenhum tribunal do mundo acerta todas. Até porque a verdade não tem dono e há diferentes pontos de observação da vida. Pessoalmente, incluiria em qualquer futura antologia de equívocos jurídicos julgados como o que (i) deu permissão para o ensino religioso confessional em escolas públicas (*i.e.*, autorizou a doutrinação religiosa no espaço público), (ii) a declaração de inconstitucionalidade da cláusula de barreira (dando causa à multiplicação descontrolada de partidos de aluguel) e (iii) a manutenção do monopólio (privilegio) postal da Empresa de Correios e Telégrafos (na era da internet!). Sem mencionar sustos como a defesa da distribuição compulsória de fosfoetanolamina (a “pílula do câncer”), sem pesquisa clínica ou registro na ANVISA, que teve medida cautelar deferida e quatro votos a favor.

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

OS PONTOS FRACOS DESSES 30 ANOS

O sistema político

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

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

Pouca coisa mudou de lá para cá. Todas as pessoas trazem em si o bem e o mal. O processo civilizatório existe para potencializar o bem e reprimir o mal. O sistema político brasileiro faz exatamente o contrário. O sistema político envolve o sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo), o sistema eleitoral (proporcional, majoritário ou misto) e o sistema partidário (regras que regem a criação e o funcionamento dos partidos políticos). Temos problemas nos três. A grande dificuldade, nessa matéria, é que as reformas de que o país precisa dependem, para serem feitas democraticamente, como se impõe, da deliberação de pessoas cujos interesses são afetados pelas mudanças necessárias.

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

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

No tocante à necessidade de *barateamento*, a demonstração é singela e socorre-se de pura aritmética. Em valores calculados parcimoniosamente, um deputado federal precisa gastar, para ter chance de se eleger, entre 5 e 10 milhões de reais²⁷. Ao longo de quatro anos de mandato, o máximo que conseguirá arrecadar, a título de subsídios, em valores líquidos, será 1,1 milhão de reais²⁸. Não é difícil intuir que a diferença terá de ser buscada em algum lugar. Aí está uma das grandes fontes de corrupção no país. No tocante à necessidade de incrementar a representatividade dos parlamentares, tampouco é difícil ilustrar a disfunção existente. O sistema eleitoral, relativamente à eleição para a Câmara dos Deputados, é o proporcional em lista aberta. Nesse sistema, o eleitor vota em quem ele quer, mas elege quem ele não sabe, porque o voto vai, em última análise, para o partido. Os mais votados do partido obtêm as vagas, de acordo com o número de vezes que o partido preencha o quociente eleitoral. Na prática, menos de 10% dos Deputados são eleitos com votação própria; mais de 90% são eleitos pela transferência de votos feita pelo partido. Tem-se, assim, uma fórmula em que o eleitor não sabe exatamente quem elegeu e o candidato não sabe exatamente a quem prestar contas. Não tem como funcionar.

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

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

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

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

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

b) uma empresa podia financiar, por exemplo, os três candidatos que tinham chance de vitória. Naturalmente, se financia candidatos concorrentes, não está exercendo direito político, para quem acha que empresa tem direito político. Quando isso ocorre, ou a empresa foi achacada ou está comprando favores futuros. Qualquer uma das duas opções é péssima;

c) uma empresa podia fazer doação de campanha e depois ser contratada pelo governo que ajudou a eleger. E, aí, o favor privado, que foi a doação de campanha, é pago com dinheiro público, que é o contrato com a Administração.

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

A CORRUPÇÃO SISTÊMICA

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

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

Alguém poderia supor que há uma conspiração geral contra tudo e contra todos! O problema com esta versão são os *fatos*: os áudios, os vídeos, as malas de dinheiro, os apartamentos repletos, assim como as provas que saltam de cada compartimento que se abra. É impossível não sentir vergonha pelo que aconteceu no Brasil. Por outro lado, poucos países no mundo tiveram a coragem de abrir as suas entranhas e enfrentar o mal atávico da corrupção com a determinação que boa parte da sociedade brasileira e uma parte do Poder Judiciário têm demonstrado. Para isso têm contribuído mudanças de atitude das pessoas

e das instituições, assim como alterações na legislação e na jurisprudência. Há uma imensa demanda por integridade, idealismo e patriotismo na sociedade brasileira, e esta é a energia que muda paradigmas e empurra a história.

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

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

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

No tocante aos custos financeiros, apesar das dificuldades de levantamento de dados – subornos e propinas geralmente não vêm a público –, noticiou-se que apenas na Petrobras e empresas estatais investigadas na Operação Lava-jato os pagamentos de propina chegaram a 20 bilhões de reais. Levantamento feito pela Federação das Indústrias de São Paulo – FIESP projeta que até 2,3% do PIB são perdidos a cada ano com práticas corruptas, o que chegaria a 100 bilhões de reais por ano. Os custos sociais também são elevadíssimos. Como intuitivo, a corrupção é regressiva, pois só circula nas altas esferas e ali se encontram

os seus grandes beneficiários. Porém, e muito mais grave, ela compromete a qualidade dos serviços públicos, em áreas de grande relevância como saúde, educação, segurança pública, estradas, transporte urbano etc. Nos anos de 2015 e 2016, ecoando escândalos de corrupção, o PIB brasileiro caiu 7,2%³².

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

A cidadania, no Brasil, vive um momento de tristeza e de angústia. Uma fotografia do momento atual pode dar a impressão de que o crime compensa e o mal venceu. Mas seria uma imagem enganosa. O país já mudou e nada será como antes. A imensa demanda por integridade, idealismo e patriotismo que hoje existe na sociedade brasileira é uma realidade inescapável. Uma semente foi plantada. O trem já saiu da estação. Há muitas imagens para ilustrar a refundação do país sobre novas bases, tanto na ética pública quanto na ética privada. É preciso empurrar a história, mas ter a humildade de reconhecer que ela tem o seu próprio tempo. E não desistir antes de cumprida a missão. Li recentemente em um cartaz uma frase cuja autoria é disputada, mas que é uma boa alegoria para traduzir o espírito dessa hora: “Viver não é esperar a tempestade passar. Viver é aprender a dançar na chuva”. E seguir em frente.

CONCLUSÃO

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

Apesar de muitos avanços e conquistas que merecem ser comemorados, ainda não fomos capazes de enfrentar algumas das causas importantes do atraso, da pobreza e da corrupção. Dentre elas se inclui (i) um Estado que é grande demais – maior do que a sociedade pode e deseja sustentar –, extremamente ineficiente e apropriado privadamente; e (ii) um sistema político viciado, com incentivos equivocados, que extrai o pior das pessoas. Sem equacionarmos

algumas das causas estruturais dos nossos problemas, eles se renovarão e se perpetuarão. A mera repressão criminal, ainda que fosse altamente eficaz – e está longe de ser –, jamais poderá ser vista como o melhor caminho para a transformação. É preciso desarmar os mecanismos que estimulam os comportamentos desviantes.

A referência ao tamanho do Estado não tem por alvo programas e redes de proteção social, a despeito dos problemas de gestão. A crítica volta-se contra estruturas onerosas, que transferem renda dos mais pobres para os mais ricos – como o sistema de previdência e o sistema tributário, por exemplo –, assim como o excesso de cargos em comissão, o clientelismo e a distribuição discricionária e seletiva de benesses. A tudo se soma uma cultura cartorial e burocrática, sem controles mínimos de desempenho e de resultados das políticas públicas adotadas.

Algumas ideias desenvolvidas e demonstradas por Daron Acemoglu e James A. Robinson, em um livro notável intitulado “Why Nations Fail”, ajudam a compreender as razões que levam os países à pobreza e à prosperidade. Segundo os autores, essas razões não se encontram – ao menos na sua parcela mais relevante – na geografia, na cultura ou na ignorância do que seja a coisa certa a se fazer. Encontram-se, sobretudo, na existência ou não de instituições econômicas e políticas verdadeiramente inclusivas, capazes de dar a todos segurança, igualdade de oportunidades e confiança para inovar e investir. A análise e os diagnósticos desses dois autores estão refletidos nessas considerações finais.

Países que se tornaram prósperos são aqueles que conseguiram, progressivamente, distribuir adequadamente direitos políticos e oportunidades econômicas, com um Estado transparente e responsivo aos cidadãos. Países que se atrasaram na história foram os conduzidos por elites extrativistas, que controlam um Estado apropriado privadamente, que distribui por poucos os frutos do progresso econômico limitado que produzem. Os mecanismos para tanto incluem monopólios, concessões, empresas estatais e profusão de cargos públicos. A comparação que Acemoglu e Robinson fazem entre a experiência histórica da Inglaterra – com a quebra do absolutismo e a abertura econômica no século XVII – e da Espanha, que seguiu trajetória exatamente inversa, ilustra o argumento de maneira emblemática.

Elites extrativistas e autorreferentes organizam a sociedade para o seu próprio benefício, às expensas da massa da população. Ao procederem assim, não criam um país em que as pessoas se sintam efetivamente livres e iguais. Sem terem o nível de respeito e incentivos adequados, os cidadãos desenvolvem uma relação de desconfiança com o Estado e tornam-se menos seguros, menos solidários e menos ousados. Ou seja: não desenvolvem a plenitude do seu talento, ambição e inventividade.

Nesse contexto, a sociedade e seus empreendedores não são capazes de promover a destruição criativa da ordem vigente, substituindo-a com criatividade, inovações e avanços sociais. A estagnação se torna inevitável. A consequência de instituições econômicas e políticas extrativistas é a impossibilidade do desenvolvimento verdadeiramente sustentável. Pode haver ciclos de crescimento, mas ele será sempre limitado e seus frutos apropriados por poucos. Triste como possa parecer, a narrativa acima não se distancia de modo significativo da realidade brasileira.

A parte boa dessa história é que conjunturas críticas podem liberar a energia capaz de produzir grandes mudanças institucionais. Conjunturas críticas envolvem um conjunto de eventos relevantes que abalam o equilíbrio político e econômico da sociedade. É inegável que o Brasil vive um desses momentos, decorrente da tempestade ética, política e econômica que se abateu sobre o país nos últimos anos. É possível – apenas possível – que estejamos vivendo um momento de refundação, um novo começo.

Desenvolveu-se na sociedade, nos últimos tempos, um grau sem precedente de conscientização em relação à corrupção sistêmica, à deficiência nos serviços públicos, à péssima governança e à má distribuição de riqueza poder e bem-estar. Não é fora de propósito imaginar que essa possa ser a energia transformadora de instituições extrativistas em instituições inclusivas. Aos trinta anos de democracia, temos uma chance de nos repensarmos e nos reinventarmos como país, com uma revolução pacífica capaz de elevar a ética pública e a ética privada. Não é uma tarefa fácil, mas pode ser um bom projeto para quem não tenha optado por ir embora. Recentemente, ao saudar-me em um evento acadêmico, um jovem dirigente estudantil me disse: “Eu não quero viver em outro país. Eu quero viver em outro Brasil”. Pareceu-me uma boa ideia. 

NOTAS

- 1 Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, 1965, p. 217 e s. A Constituição *normativa* é a que domina efetivamente o processo político. A Constituição *semântica* é mera formalização da situação de poder político existente, para o exclusivo benefício dos detentores do poder de fato. A Constituição *nominal* não controla efetivamente o processo político, mas desempenha um caráter educativo e prospectivo.
- 2 Luís Roberto Barroso, Dez anos da Constituição de 1988: foi bom para você também? *Revista de Direito Administrativo* 214:1, 1988, p. 1. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263>, acesso em 24 abr. 2018.
- 3 Luís Roberto Barroso, Dez anos da Constituição de 1988: foi bom para você também? *Revista de Direito Administrativo* 214:1, 1988, p. 2.
- 4 V. Ricardo Lobo Torres, *A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*, 1991.
- 5 Para uma densa análise da formação nacional, das origens portuguesas até a era Vargas, v. Raymundo Faoro, *Os donos do poder*, 2001 (1. ed. 1957). Embora sob perspectivas diferentes, são igualmente considerados marcos para a compreensão do Brasil: Gilberto Freyre, *Casa grande e senzala* (1. ed. 1933); Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil* (1. ed. 1936); e Caio Prado Júnior, *Formação do Brasil contemporâneo* (1. ed. 1942). Sobre a importância dessas três últimas obras, v. Antonio Candido, “O significado de raízes do Brasil”. In: Silvano Santiago (coord.), *Intérpretes do Brasil*, 2002. Para uma anotação sobre a obra de Raymundo Faoro e de Sergio Buarque de Holanda, que considera representantes de correntes opostas, v. Fernando Henrique Cardoso, *A arte da política: a história que vivi*, 2006, p. 55-6, onde também averbou: “Ancorado na tradição ibérica, o patrimonialismo transposto para as terras americanas confunde família e ordem pública, interesse privado e Estado”.
- 6 Luís Roberto Barroso, Vinte anos da Constituição de 1988: o Estado a que chegamos. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, janeiro/julho 2008, p. 185. Disponível em <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/699>, acesso em 24 abr. 2108.
- 7 Luís Roberto Barroso, Vinte anos da Constituição de 1988: o Estado a que chegamos. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, janeiro/julho 2008, p. 225. Disponível em <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/699>, acesso em 24 abr. 2108.

- 8 Luís Roberto Barroso, O legado de trinta anos de democracia, a crise atual e os desafios pela frente (Brasil: o caminho longo e sinuoso). Texto-base de palestra proferida na Universidade de Oxford em 18 de jun. 2016. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Trinta-anos-de-democracia-a-crise-atual-e-os-desafios-pela-frente1.pdf>, acesso em 24 abr. 2016.
- 9 A frase é generalizadamente atribuída a Michelangelo Buonarroti por mais de um autor e em sítios diversos. Todos sem remissão à fonte. Não há, portanto, certeza da autoria. Na Wikipedia americana consta a seguinte observação: “Attributed without citation in Ken Robinson, *The Element* (2009), p. 260. Widely attributed to Michelangelo since the late 1990s, this adage has not been found before 1980 when it appeared without attribution in E. C. McKenzie, *Mac’s giant book of quips & quotes*”.
- 10 José Afonso da Silva e Paulo Bonavides, dois dos maiores de todos os tempos, só entraram no meu radar um pouco mais adiante.
- 11 V. Luís Roberto Barroso, A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?, *Anais do XIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Teses*. Brasília, 1987, p. 354 e s.; A efetividade das normas constitucionais revisitada, *Revista de Direito Administrativo* 197:30, 1994; e *O direito constitucional e a efetividade de suas normas* (a 1ª edição é de 1990).
- 12 V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição* (a 1ª edição é de 1996).
- 13 Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo* 225:5, 2001. Neste processo, teve papel importante Ricardo Lobo Torres, meu colega no Programa de Pós-Graduação em Direito Público da UERJ, autor de obras importantes como *Teoria dos direitos fundamentais* (org.), 1999 e *O direito ao mínimo existencial*, 2009.
- 14 Luís Roberto Barroso, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo* 240:1, 2005.
- 15 Luís Roberto Barroso, Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público* 46:31, 2007. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.
- 16 Luís Roberto Barroso, Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ* 21:1, 2012.
- 17 Luís Roberto Barroso, Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, ahead of print, 2017.
- 18 *The roles of Supreme Courts*, 2017. Disponível em <https://luisrobertobarroso.com.br/2017/11/25/em-harvard-com-mark-tushnet/>.
- 19 Luís Roberto Barroso, Counter-Majoritarian, Representative and Enlightened: The Roles of Constitutional Courts in Democracies. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3096203>; e tb. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>.
- 20 É certo que partidários da Presidente Dilma Roussef e outros observadores caracterizam como “golpe” a sua destituição, mediante procedimento de *impeachment* em 2016. Do ponto de vista jurídico-constitucional, foi observada a Constituição e o rito estabelecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Do ponto de vista político, porém, a ausência de comportamento moralmente reprovável por parte da Presidente afastada sempre dará margem a uma leitura severamente crítica do episódio. Sua queda se deu, em verdade, por perda de sustentação política, em processo semelhante à moção de desconfiança dos sistemas parlamentaristas, em um país presidencialista.
- 21 Um herói anônimo do combate à correção monetária foi o jurista carioca Letácio Jansen, que escreveu diversos trabalhos sobre o tema, dentre eles *Crítica da doutrina da correção monetária*, 1983 e, mais recentemente, *Contra a correção monetária*, 2017.
- 22 Crise levou 1,4 milhão de brasileiros para a pobreza extrema, diz IPEA. *Carta Capital*, 16 ago 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/crise-levou-1-4-milhao-de-brasileiros-para-a-pobreza-extrema-diz-ipea>. Acesso em 28 mar 2018.

- 23 Trata-se de um programa de transferência condicionada de renda, em que as condicionalidades são: crianças devem estar matriculadas nas escolas e terem frequência de no mínimo 85%; mulheres grávidas devem estar em dia com os exames pré-natal; crianças devem estar com as carteiras de vacinação igualmente atualizadas.
- 24 Marcello Corrêa, Brasil é o 10º país mais desigual do mundo. *O Globo*, 21 mar 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/brasil-o-10-pais-mais-desigual-do-mundo-21094828>. Acesso em: 28 mar 2018.
- 25 Bobbio, Matteucci e Pasquino, *Dicionário de política*, 1986, p. 659: “Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo”.
- 26 Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia*, 2005, p. 76.
- 27 <http://www.otempo.com.br/capa/pol%C3%ADtica/eleger-se-deputado-federal-pode-custar-até-r-5-milhões-1.734350>. Estes números se referem à campanha de 2014. Outro levantamento, também referente à campanha de 2014, refere-se a R\$ 6,4 milhões, em média, por candidato. https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2014/08/02/interna_politica,554453/gasto-para-eleger-um-deputado-federal-alcanca-r-6-4-milhoes.shtml. Com relação à campanha de 2018, R\$ 10 milhões como custo de uma campanha na eleição proporcional é uma estimativa próxima da realidade.
- 28 O teto de remuneração no serviço público é representado pelo subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, que percebem em torno de R\$ 23 mil líquidos. Multiplicando-se este valor pelos 48 meses de mandato, chega-se ao número referido no texto.
- 29 Catarina Alencastro, “Janela partidária: fundo público eleitoral financia leilão de deputados”. *O Globo*, 15 mar 2018. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/janela-partidaria-fundo-publico-eleitoral-financia-leilao-de-deputados-22490956>. Acesso em 1º abr 2018.
- 30 A emenda deu nova redação ao art. 17, § 3º da Constituição, que passou a ter a seguinte redação: “§ 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: I – obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou II – tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação”. Esta regra, todavia, só valerá a partir de 2030, sendo implantada gradualmente. Na legislatura seguinte às eleições de 2018, valerá o seguinte: “Terão acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão os partidos políticos que: I – na legislatura seguinte às eleições de 2018: a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou b) tiverem eleito pelo menos nove Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação”.
- 31 É certo que uma percepção da corrupção nem sempre corresponde ao seu aumento efetivo. Na medida em que ela passa a ser exposta e combatida, esta percepção pode aumentar, sem que haja incremento na sua manifestação concreta.
- 32 Alessandra Saraiva e Robson Salle, PIB do Brasil cai 7,2%, pior recessão desde 1948. *Valor Econômico*, 7 mar. 2017.



ARQUIVO PESSOAL

LUÍS ROBERTO BARROSO é Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre pela Yale Law School. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Ministro do Supremo Tribunal Federal.

“Amparar os direitos do cidadão, a nível individual e coletivo, revela-se como a principal conquista do constitucionalismo e da civilização. Desta forma, outra postura não poderia assumir o Estado de Direito que, ao proclamar a autoridade do Poder Judiciário *to decide on the rights of individuals* na histórica decisão de John Marshall, fez-lhe o pilar de sustentação do sistema democrático.”

■ POR MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA

A independência do Poder Judiciário e o Estatuto dos Magistrados na Constituição Brasileira de 1988

A independência do Poder Judiciário e a garantia constitucional deferida aos seus representantes representam um contributo fundamental do pensamento liberal para a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Reflexões vigorosas sobre a justiça como fundamento axiológico do poder do Estado valorizam a discussão contemporânea sobre o modelo ideal para o judicialismo.

No Brasil, as vicissitudes do processo democrático impõem uma profunda revisão crítica acerca da dimensão da Magistratura sob a égide da trintenária Carta de 1988 e traz a lume questionamentos importantes tais como a legitimação da jurisdição, a superação da atuação positivista-legalista do juiz e o enfrentamento de mazelas tradicionais como a morosidade processual, a dificuldade de acesso à justiça, a desconfiança da Instituição por parte do cidadão, dentre outras que poderiam ser citadas. Está-se diante de um dilema que atinge diretamente os povos do Terceiro Mundo por não terem conseguido explicitar os meios técnicos de realização e sustentação do aparato democrático considerando-se, sequer, haverem os direitos fundamentais de primeira dimensão se concretizado na prática. E tal qual a esfinge de Tebas, imperiosa a resposta, sob pena de aprofundar-se, cada vez mais, os “déficits de legitimação e regulação”¹ aos quais Habermas referir-se-ia, a traduzirem-se na incapacidade de integração da sociedade às estruturas de poder.

A Emenda nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que cuidou da Reforma do Judiciário no Brasil, ao lado das garantias originalmente estatuídas pelo Constituinte Maior, procurou dirimir alguns desses impasses. Veja-se:

A função judicante com caráter de definitividade é competência exclusiva a ser exercida pelos Tribunais Superiores, pelos de 2ª grau e pela instância *a quo*. O Tribunal de Contas da União, os dos Estados-membros e os contenciosos administrativos cujas decisões são prolatadas no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, têm suas decisões sujeitas à revisão *posteriori* do Poder Judiciário, em face do preceituado no art. 5º, XXXV, da Lei Maior².

O estatuto da magistratura e as garantias constitucionais do Poder Judiciário emanam não apenas da literalidade da *ratio* normativa, como também dos princípios insculpidos na Carta Política. Quanto às garantias podem ser sintetizadas em: garantias institucionais – as que protegem o Poder Judiciário como um todo – e garantias funcionais ou de órgãos, que asseguram a independência e a imparcialidade dos membros do Poder Judiciário, previstas, tanto em razão do titular, quanto da própria instituição.³

Concernente às garantias institucionais, que se desdobram em garantias de autonomia orgânico-administrativa e financeira, elas asseguram a independência do órgão com relação aos demais Poderes. Tão relevantes são elas, que a Constituição tipifica como crime de responsabilidade política do Presidente da República atentar contra seu livre exercício, nos termos do art. 85. Isto porque, na lição de Eugenio Raúl Zaffaroni, “a chave do poder judiciário se acha no conceito de independência”,⁴ nestes termos, o direito brasileiro garante a todos os tribunais

– art. 96, I, II e III da CF – eleger seus presidentes e demais titulares de direção (o auto-governo), organizar suas secretarias e serviços auxiliares, velar pelo exercício da atividade correicional, prover os cargos de juiz de carreira, propor a criação de novas varas judiciárias, conceder férias e licença aos juízes e serventuários. Reconhece-lhes, outrossim, a independência da estruturação interna, competindo-lhes elaborar seus regimentos e estabelecer, por meio deles, o funcionamento das câmaras ou turmas isoladas, dos grupos, seções ou outros órgãos, com funções jurisdicionais ou administrativas. Alfim, outorga-lhes a iniciativa dos projetos de lei referentes à criação ou extinção de cargos na magistratura e à fixação dos respectivos vencimentos. No tocante à autonomia financeira, compete ao Poder Judiciário a elaboração do próprio orçamento, observando os limites estipulados conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias – art. 99, § 1º cc art. 165, II.

Com relação às garantias funcionais ou de órgãos, foram estabelecidas “em favor dos juízes para que possam manter sua independência e exercer a função jurisdicional com dignidade, desassombro e imparcialidade”⁵. Agrupam-se em duas categorias: garantias de independência e garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários.

As garantias de independência albergam os princípios da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio. Por partes: diz respeito, a vitaliciedade, “à vinculação do titular ao cargo para o qual fora nomeado, por concurso ou por acesso de advogados e membros do Ministério Público [...]. Não se trata de um privilégio, mas de uma condição para o exercício da função judicante que exige garantias especiais de permanência e definitividade no cargo. É assim prerrogativa da instituição judiciária, não da pessoa do juiz.” Vitalício no cargo, o magistrado só poderá ser dele afastado por vontade própria, por sentença judiciária determinando sua perda, pela aposentadoria compulsória ou se colocado em disponibilidade.⁶

Por seu turno, a inamovibilidade consiste em não poder o magistrado ser transferido da sede de suas atividades para outra sem prévia anuência. “Uma vez titular do respectivo cargo, o juiz somente poderá ser removido ou promovido por iniciativa própria, nunca *ex officio* de qualquer outra autoridade”,⁷ salvo se por motivo de interesse público e pelo voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurado-lhe a ampla defesa. Mister ressaltar que o magistrado militar a despeito de gozar da referida garantia, não está isento de acompanhar as forças em operação junto às quais tenha de servir dado o caráter da justiça militar.⁸

Quanto à irredutibilidade de subsídios, restou constitucionalmente vedado a diminuição dos vencimentos pecuniários do juiz, mesmo em virtude de medida geral, nele repercutindo, tão somente, as deduções do imposto de renda e das taxas previdenciárias, submetendo-se ao teto salarial estatuído pelo art. 37, XI da *Lex Magna*.⁹

No tocante às garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários, elas exsurgem sob a forma de vedações e denotam restrições formais aos magistrados, proibidos constitucionalmente de exercerem, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; de receberem, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo, bem como auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas e privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; de dedicarem-se à atividade político-partidária e de exercerem a advocacia no

juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração – art. 95, parágrafo único, I, II, III, IV e V.

Introduziu a Emenda Constitucional nº45/2004, para além de alguns dispositivos já mencionados, alterações significativas no âmbito do Poder Judiciário a fim de garantir uma maior efetividade à tutela jurisdicional. Teve por escopo impulsionar a aproximação dos cidadãos desiludidos com o Estado-juiz, conforme diagnosticam pesquisas estatísticas desoladoras.¹⁰ Efetivamente, o Brasil vivencia um momento de “redefinições institucionais e de reconstruções jurídicas, em busca de novos paradigmas que sustentem a Justiça como valor social, a transparência como marca de atuação dos órgãos estatais, a agilidade, prontidão, eficácia [...] da ação judiciária e a própria aplicação do direito como elaboração coletiva. [...] Nesse sentido, a Emenda nº45/2004 deve ser abordada como um elemento a mais dentro do processo de edificar um real Estado Democrático de Direito e prestigiar os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana.”¹¹

É voz corrente que a Justiça que tarda, falha. A reforma do Judiciário atenta à morosidade da atuação judicante implementou destacada inovação que visa agilizar as decisões, introduzindo no art. 5º, dedicado aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, o inciso LXXVIII que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Para tanto, estabeleceu: 1) que a atividade jurisdicional é ininterrupta, sendo vedada férias coletivas nos juízos e tribunais de 2ª instância, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes de plantão permanente¹²; 2) que o número de juízes na unidade jurisdicional seja proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população, providência importante considerando-se que no Brasil a relação é de um juiz para cada 25 mil habitantes, enquanto na Espanha é cerca de um para 8 mil e na Alemanha, um para 4 mil;¹³ 3) que a distribuição seja imediata dos processos em todos os graus de jurisdição e 4) que os serventuários recebam delegação para a prática de atos administrativos e atos de mero expediente sem caráter decisório, medida que me parece de duvidosa pertinência se a autoridade delegante não exercer estrita vigilância aos servidores do Juízo.

Certo é que, os mecanismos de aceleração do processo prestigiam o *due process of law* tão festejado pela doutrina e tão acutilado pela morosidade forense. A introdução do *novel* inciso no rol das garantias fundamentais fortalece a luta pelo Direito porque estabelece a razoabilidade como parâmetro de valoração da durabilidade da lide e assegura mais eficazmente o acesso à jurisdição.¹⁴ Na esteira deste entendimento, acresceu ao Emenda nº 45 a alínea “e”, ao inciso II, do art. 93 da Lei Maior, estabelecendo que “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-lo ao cartório sem o devido despacho ou decisão.” Comprovada concretamente tal situação, o Tribunal deverá instaurar procedimento correicional para apurar a configuração desta falta gravíssima, que viola garantia fundamental

Adicionou, ademais, a Emenda nº 45, a publicidade das decisões administrativas – art. 93, X – e o direito à informação como valor maior ao direito à preservação da intimidade. “Com efeito, a nova redação do artigo determina que a limitação legal à publicidade dos atos processuais apenas é possível nos casos em que “a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” – art. 93, IX da CF – sobrelevando direito fundamental de

quarta dimensão, imperativo para o Estado Democrático. Decorre daí que dois direitos fundamentais foram confrontados, a intimidade das partes envolvidas na lide e a informação como direito da coletividade. Optou o constituinte derivado em privilegiar o segundo, sobrepondo-o à intimidade das partes se prejudicado o interesse público à informação.

O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA COMO ÓRGÃO DE CONTROLE

Inovação controvertida foi a implantação, pela EC nº 45/2004, do Conselho Nacional de Justiça. Composto por quinze integrantes, dos quais nove pertencem aos quadros da magistratura. Terão mandato de dois anos, permitida uma recondução, sendo o órgão presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal que votará em caso de empate. Sua função essencial é exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Dentre as competências conferidas pela Emenda da Reforma do Judiciário, destacam-se: 1) a de rever ou desconstituir ou fixar prazo para tanto, quando em causa a legalidade, os atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário; 2) conhecer de reclamações contra membros do Poder Judiciário podendo aplicar-lhes sanções – remoção, disponibilidade, aposentadoria e outras – bem como avocar processos disciplinares contra eles instaurados; 3) representar ao Ministério Público na eventualidade de crime contra a administração pública ou abuso de autoridade. Claro esta, que o art. 103-B da Constituição Brasileira, autoriza o Conselho Nacional de Justiça a examinar, tão somente, atos administrativos, jamais judiciais, como também lhe veda aplicar sanções penais, somente as administrativas disciplinares.

Por fim, cumpre mencionar a previsão constitucional da Escola de Magistrados – art. 105, parágrafo único, I – que funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira.

Todas as medidas descritas, introduzidas tanto pelo Constituinte Maior, quanto pelo Derivado, revelam, incontestavelmente, um esforço legislativo em resgatar a legitimidade do Poder Judiciário, neutralizada pela morosidade crônica da prestação jurisdicional e pelos elevados custos processuais, dentre outras mazelas a serem apontadas, que comprometem sua identidade conceitual e axiológica enquanto expressão formal e acabada do triunfo da ideologia liberal.

Este desvirtuamento levou a inaplicabilidade do conceito de justiça à *práxis* institucional, pois o tornou indiferente aos valores, vazio e, conseqüentemente, inócuo.¹⁵

A Emenda Constitucional nº45 exemplifica a tentativa de se concretizar a legitimidade da atuação judicial por meio de fórmulas normativas renovadoras que reconstituam os princípios e valores – *norma normarum* – de todo Ordenamento Jurídico.¹⁶

Contudo, para se empreender tal reconstituição, mister que se proceda a uma transformação substantiva do papel do magistrado e se busque uma redefinição do festejado princípio da ubiqüidade da Justiça, que harmonize a jurisdição com os regimes políticos contemporâneos, cada vez mais participativos, num reencontro entre povo e Estado.

Paulo Bonavides¹⁷ já a havia empreendido doutrinariamente tal tentativa, ao identificar a existência de três legisladores no Estado responsáveis pelas tarefas

normativas do regime; o legislador de primeiro grau, criador da Lei Fundamental, cuja autoridade remanesce no corpo representativo para introduzir alterações na Carta, aprimorando-a; o legislador de segundo grau, a quem é atribuído o *munus* de editar as normas infraconstitucionais, assistido nesta função pelo Chefe do Poder Executivo e, o legislador de terceiro grau, “a saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto, legislando entre as partes.”¹⁸

“Intérprete normativo no ocaso da velha dogmática jurídica, esse juiz tende, desde o advento da Nova Hermenêutica, a ser, com razão, o legislador por excelência; aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade bastante com que coibir de uma parte as usurpações do Executivo, de outra as tibiezas e capitulações do Legislativo.”¹⁹

Inferir-se como decorrência, transcender o exercício da jurisdição a égide do legalismo formal e rígido para alcançar o legitimismo principiológico e material.²⁰ Afinal, a prestação judicial tem, inegavelmente, um perfil político, implicações de natureza econômica e um escopo social definido. Neste diapasão, o fortalecimento do processo democrático passa, necessariamente, pelo Poder Judiciário²¹. A propósito se pronuncia Jorge Miranda, sustentando que: “se é verdade que qualquer meio, em princípio, pode ser elevado a jurídico e se uma garantia política ou uma garantia privada da Constituição se perfilam entre as garantias jurídicas, havemos de reconhecer que o meio jurisdicional se revela o meio de garantia de conteúdo jurídico mais rico.”²²

Sobrelevar a atuação dos juízes é valorizar “a coesão, a congruência e a identidade do sistema”²³, sem olvidar o que Lassalle chamaria de “os fatores reais do poder”²⁴, por que é ele o fiador da supremacia constitucional em sua função de interpretação, construção e integração do Direito

Posto desta forma, a função metodológica da interpretação criada em âmbito jurisprudencial, demanda perquirição, não apenas, da lógica que advém da racionalidade jurídica, mas, também, dos conteúdos históricos, políticos e sociais dissolvidos na normatividade das Constituições.²⁵

Neste contexto, a *judicial review of legislation*, para além de constituir-se num sistema de medidas técnicas assecuratórias do controle da constitucionalidade, atua eficazmente na concretização e desenvolvimento do Direito Constitucional, objeto da tensão permanente entre a dogmática legalista e o *factum* social.²⁶

Diante da complexidade em demarcar os limites do jurídico-político e em face da necessidade da intervenção judiciária para preservar o equilíbrio dos *checks and balances*, inadmite-se o retraimento do Poder Judiciário “na ordem constitucional das sociedades livres.”²⁷

Amparar os direitos do cidadão, a nível individual e coletivo, revela-se como a principal conquista do constitucionalismo e da civilização. Desta forma, outra postura não poderia assumir o Estado de Direito que, ao proclamar a autoridade do Poder Judiciário *to decide on the rights of individuals* na histórica decisão de John Marshall, fez-lhe o pilar de sustentação do sistema democrático.

Conforme Montesquieu sugeriu, a natureza de uma República reflete o espírito de suas leis. Se para ele a separação dos poderes afigurava-se como a melhor forma de governar, o judicialismo constitui-se na primeira salvaguarda.

Rui Barbosa, eminente constitucionalista brasileiro do passado, afirmaria a propósito: “Quem dá às Constituições realidade, não é nem a inteligência que as concebe, nem o pergaminho que as estampa; é a magistratura que as defende.”²⁸

O desempenho da Judicatura projeta o “futuro da democracia enquanto expressão, síntese e substância de quatro gerações de direitos, cuja concretude, garantia e universalidade, arrimada a elementos constitucionais de proteção, nunca poderá, [...], prescindir da intervenção eficaz e, se necessário, criativa, do aparelho judiciário.”²⁹

Tais reflexões, por certo, não conduzem ao que Eduard Lambert denominaria de o “governo dos juízes”, no qual as decisões dos Tribunais Constitucionais, adotadas por motivos de conveniência e oportunidade política, ocasionariam, dentre outras consequências, o fim da jurisdição constitucional, conforme adverte Francisco Fernandez Segado.³⁰

A busca é pelo permanente comprometimento do Poder Judiciário com a legitimidade, “no caminho da honra que a ética da democracia lhe traça, honra depositada nos valores constitucionais, cuja defesa cabe à magistratura.”³¹

Para tanto, há que se ponderar o magno princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional instituído pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal Brasileira, a fim de que se descortinem outros meios de exercício de tão nobre função, de que dá exemplo a atuação judicante do Senado Federal nos crimes de responsabilidade política do Presidente da República, a dos Tribunais de Contas da União e dos Estados na fiscalização da verba pública e, na seara infraconstitucional, a Lei de Arbitragem – Lei nº 9.307, de 23/09/1996, que abriu a possibilidade da dinâmica processual extra judicial. Imperioso perquirir alternativas para solucionar as controvérsias, tendo como referência o desenho constitucional, para além da ampliação do aparelho jurisdicional, de maneira que se possibilite a resolução dos conflitos fora dele, mormente considerando-se o contingente populacional brasileiro.

Certo é que a afirmação do Estado como *ethos*, ideal da cultura cívica e política³², converge para uma compreensão orientada por diretrizes morais, resultado da dialética construtiva.³³ Neste universo, a prática jurídica deve formular pretensões cognitivas que explicitem uma atuação comprometida com o “princípio universal de justiça”³⁴

As formulações teóricas aqui sugeridas enfatizam, precisamente, a renovação substantiva e axiológica do papel do magistrado, que não se furta aos imperativos categóricos da República³⁵. E é sob esta dimensão estruturante de revitalização que se contextualiza o desafio maior imposto à Magistratura, transcender *la bouche de la loi* “por amor aos grandes interesse sociais.” 

NOTAS

- 1 HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume II, tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1977.
- 2 Estatui o referido inciso que: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”
- 3 A classificação é de José Afonso da Silva. In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, 24. ed., p. 588.
- 4 In: *Poder Judiciário. Crise, Acertos e Desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 87.

- 5 SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 590. Na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "A vitaliciedade consiste em não poder perder o magistrado o cargo senão por força de decisão judiciária (art. 95, I)." *In: Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, 33. ed. p. 252. Contudo, tal garantia não impede que o juiz possa ser posto em disponibilidade pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos do tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada a ampla defesa, *ex vi* do art. 93, VIII da CF.
- 6 Tornam-se vitalícios, nos termos do art. 95, I da Constituição Brasileira:
- a) a partir da posse, se já não o eram, os Ministros do STF, STJ, TST e STM, os juizes do TRF e TRT, os desembargadores dos Tribunais de Justiça e os juizes de segunda instância dos Tribunais Militares;
- b) após dois anos de exercício os juizes togados de primeiro grau – o chamado estágio probatório – dependendo a perda do cargo, neste período, de deliberação do tribunal a que estiverem vinculados. Quando vitalício o magistrado só perderá o cargo por sentença transitada em julgado.
- Excepcionalmente, porém, a Constituição Federal mitiga tal princípio ao possibilitar ao Senado Federal, no âmbito de sua competência privativa, julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade a teor do disposto no art. 52, II, combinado com a Lei nº 1.079/1950. Nesta hipótese, perderão os Ministros do STF o cargo, por deliberação de 2/3 dos senadores sem decisão transitada em julgado. Mais, de acordo com a EC nº 45/2004, os membros do Conselho Nacional de Justiça estão, igualmente, sujeitos a julgamento pelo Senado. Como exercem mandato de 2 anos, admitida uma recondução, infere-se que neste caso, à exceção do Ministro do STF que o preside, o magistrado perderá a condição de membro e não o cargo.
- 7 MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas AS, 2005, 17. ed. p. 460.
- 8 *Id.*, p. 460.
- 9 Aplicam-se aos subsídios da magistratura, nos termos do art. 95, III, o disposto nos artigos 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I, todos da Constituição Brasileira.
- 10 Realizou o IBOPE, no ano de 1993, pesquisa por meio da qual se indagou com o brasileiro vê a Justiça, a polícia e a fiscalização. Os resultados foram os seguintes:

	Concorda	Discorda	Não sabe
O problema do Brasil não está nas leis, mas na Justiça, que é muito lenta.	87%	8%	5%
No Brasil, existem certas pessoas que mesmo que façam coisa erradas nunca são punidas pela Justiça	86%	10%	5%
No Brasil, a grande maioria das pessoas que desobedecem às leis é punida.	37%	57%	6%
No Brasil, as leis só existem os pobres.	80%	17%	3%
A Justiça brasileira trata os pobres e os ricos da mesma maneira.	16%	80%	4%
De maneira geral, as sentenças dos juizes são justas.	53%	37%	10%
De maneira geral, os advogados são pessoas honestas.	34%	59%	8%
De maneira geral, os policiais são pessoas honestas.	29%	64%	7%
A maioria dos guardas rodoviários deixa de multar quando recebe uma boa "caixinha".	63%	27%	7%
A maioria dos fiscais deixa de multar uma empresa quando recebe uma boa "caixinha".	64%	27%	8%

* Os números foram aproximados, com a eliminação das casas decimais, o que explica o fato de a soma de alguns itens não dar 100%.

Apud: VIDIGAL, Erick. *Protagonismo Político dos Juizes: risco ou oportunidade?* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p.50.

- 11 ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário e Efetividade da Prestação Jurisdicional. In: Reforma do Judiciário analisada e comentada.* Coordenadores: André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. São Paulo: Método, 2005, p. 28.
- 12 A norma constitucional refere-se, apenas, aos Tribunais de 2º grau, não incluindo, portanto, os Tribunais Superiores.
- 13 “Assim, o conjunto de juizes na unidade da jurisdição deve crescer proporcionalmente a dois fatores: em primeiro lugar, a estatística ou número de casos a serem resolvidos no futuro imediato, para o qual há que buscar uma referência mínima, tendo em vista a quantidade de ações em diversas unidades jurisdicionais, sua natureza e custos [...], em segundo lugar, o número de habitantes do local. Os dois fatores são complementares e implicam um exercício estatístico periódico. De forma que uma redistribuição de varas e instâncias judiciais deverá ser levada a cabo para prestigiar a nova feição constitucional.” ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora, *op. cit.*, p. 41.
- 14 Note-se que mecanismos de aceleração de resolução de conflitos, tanto no âmbito judicial, quanto administrativo, já haviam obtido o reconhecimento do Direito Pátrio com a introdução dos Juizados Especiais instituídos pela Lei nº 9.099/95 em cumprimento ao mandamento constitucional inscrito no art. 98, I, Juizados estes antecedidos pelos Juizados Especiais de Pequenas Causas criados pela Lei nº 7.244/84. Há que se mencionar, ainda, os Juizados Especiais Federais, regulados pela Lei nº 10.259/2001, bem como trazer à colação as decisões do Supremo Tribunal Federal que admitem a extemporaneidade prematura dos recursos quando o acórdão recorrido é juntado aos autos antes de sua publicação no DOU e a informatização da Justiça, a exemplo da penhora digital e dos meios eletrônicos de transmissão de dados, tudo em consonância com o princípio da celeridade processual.
- 15 A pacificação do Estado Social neutraliza a cidadania, substituindo-a por uma relação de clientela. O Estado é apresentado como uma empresa, que tem por acionistas cidadãos com dividendos desiguais a receber, mas todos interessados numa boa gestão, dependentes que são da qualidade e dos serviços sociais por ele prestados. “Teoricamente, portanto, o exercício do poder relevará mais da técnica do que da ideologia.” Pinto, Luzia Marques da Silva Cabral, *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*, Coimbra Editora, 1999, p. 188.
Do ponto de vista da ação política a conseqüência é nefasta. A democracia, erigida à medida supra-ordinatória e institucionalizada na norma racional, é reduzida a mito por não guardar correspondência com a realidade.
- 16 Buscando o aperfeiçoamento da ordem social e jurídica, novas correntes doutrinárias teorizam sobre o Poder, propondo modelos que legitimam o Estado como comunidade política moral, fundadas na premissa de revitalização e cumprimento dos direitos individuais. Autores como John Rawls, Robert Nozick e Ronald Dworkin, buscam reinterpretar o contratualismo e o próprio liberalismo a partir da dimensão de conflitualidade que a democracia, como processo, oferece.
Nas palavras de Habermas, “o Estado democrático de direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim, como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema dos direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo.” *In: Direito e Democracia*, vol. II, *op. cit.*, p. 118.
- 17 Bonavides, Paulo, *A despolitização da legitimidade*, Separata da Revista “O Direito”, Portugal, 1993, I-II, p. 61.

- 18 BONAVIDES, Paulo, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, op.cit., p.21. A propósito, Friedrich Muller assevera que a concretização prática da norma constitucional transcende a interpretação literal da *ratio*, termos em que a metódica alcança todas as formas de cognoscibilidade. Lê-se: "Onde normas constitucionais estão em jogo, a legislação, a administração pública e o governo trabalham, em termos de metódica da Constituição, em princípio do mesmo modo como o Poder Judiciário e a pesquisa da ciência jurídica. Ao lado do modo de argumentação desta, uma metódica do direito constitucional diz portanto respeito a toda a ação constitucionalmente orientada de titulares de funções estatais. O estilo de trabalho de todas essas instâncias pode ser apreendido de forma estruturalmente unitária na matéria fundamental e em larga escala *cientificizada* do direito constitucional." In: *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, São Paulo, Max Limonad, 2000, 2. ed., p. 23.
- 19 *Id.*, p. 21.
- 20 *Ibid.*, p. 22.
- 21 Francisco Fernandez Segado destaca a relevância da atuação da Tribunal Constitucional, a quem corresponde desempenhar importantíssima função integradora: " Es misión del mismo afirmar la primacía de la Constitución y ésta – y ello no puede ser olvidado – tiene una decisiva función integradora que se muestra en la afirmación de unos valores que sustentan y orientan el proceso integrador, así como por el establecimiento de unas normas por referencia a las cuales la pluralidad de los preceptos se integra en la unidad fundamental del orden jurídico." In: *La Jurisdicción Constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 1984, p. 54.
- 22 In: *Manual de Direito Constitucional – Introdução à Teoria da Constituição*, tomo II, 2. ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Limitada, 1988, p. 305.
- 23 *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, op. cit., p. 237.
- Deste teor a doutrina de Jorge Miranda, onde se lê: "A Constituição deve ser tomada, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e tentar defini-los na sua inter-relação e em tentar, assim, chegar a uma idônea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa (...)." *Op. cit.*, p. 228
- 24 Ferdinand Lassalle, em 1863, formularia estudos precursores a respeito dos fundamentos não formais, mas essenciais, de uma Constituição, ao criticar a autoritária *Lex Magna* Prussiana de 1850 no texto *Über die Verfassung*, cujo título em português é *A Essência da Constituição*, tradução de Walter Stöner, prefácio de Aurélio Wander Bastos, Editora Liber Juris, Rio de Janeiro, 1985.
- "Sua teoria diferenciativa entre a Constituição real e a Constituição escrita (formal), assim como o seu reducionismo sociológico, circunscrevendo a tradicional figura imperativa do Direito – a lei fundamental – aos fatores reais de poder, põe definitivamente em questão a lógica da racionalidade jurídico-formal e abre a discussão sobre a teoria da eficácia das leis." In: BASTOS, Aurélio Wander, prefácio da *A Essência da Constituição*, op. cit. p. xxii.
- Veementemente refutado pela "norma pura" kelseniana, o determinismo lassalista, em contrapartida, projetar-se-ia aprimorado pela jusfilosofia analítica contemporânea, em suas análises reflexivas acerca da ética teórica e da ética normativa. A propósito do tema consultar: NAKHNIKIAN, George, *El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas*, tradução de Eugenio Bulygin y Genaro R. Carrió, Distribuciones Fontamara, S.A, México, 1993.
- 25 Na lição de Francisco Fernandez Segado: "Es obvio que conceptos como Estado de Derecho, Estado social, libertad, igualdad ..., no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto. Partiendo de esta premisa, pensamos con *Lucas Verdú* que la Justicia Constitucional óptima no se asienta en una consideración del órgano titular de la misma como una instancia puramente

técnica según los esquemas kelsenianos de la pureza metódica, apartándolo de la realidad vital del Estado que es dinamismo político; de ser así, el logro de “*a living constitution*”, una constitución viva, vigente, acorde con la realidad social, conseguido en Norteamérica a través de la “*judicial review*”, sería mera utopía.” *In: El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 1053.

26 Este é o entendimento de Manuel García-Pelayo: “La efectividad del Derecho constitucional radica precisamente en la relación dialéctica entre norma y poder, en el hecho de que, si no hay norma jurídica sin poder, no es menos verdad que ningún poder, sobre todo un poder colectivamente ejercido, puede desarrollarse y tener efectividad al margen de las normas, de modo que sin una normativización de los órganos e instituciones supremas del Estado carecería de estructura y se disolvería en el caos.” *In: Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, S.A, Madrid, 1984, p. 115.

27 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 10. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2000, p. 292.

28 *Id.*, p. 84.

29 *Ibid.*, p. 74.

30 *In: El Sistema Constitucional Español, op. cit.*, p. 1053.

31 BONAVIDES, Paulo, *Do País Constitucional ao País Neocolonial, op. cit.*, p. 5.

32 CANOTILHO, J.J Gomes, *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, p. 496.

33 Ao contrário do sustentado pelos positivistas, na *ius dictio*, inexistente distinção entre Moral e Direito, posto estar aquela integrada na principiologia do Ordenamento Jurídico. Por conseguinte, as decisões judiciais encontram-se circunscritas às tradições morais historicamente construídas porque exprimem a cultura, os valores e princípios de “uma comunidade de intérpretes”, na melhor acepção do pensamento dworkiano. Mais, a Justiça como equidade, edifica-se a partir do juízo social dos indivíduos, num contexto de racionalidade, que perspectiva procedimentos moralmente justificados.

Gomes Canotilho identifica na estrutura funcional das decisões do Tribunal Constitucional complexidade tridimensional, a saber: dimensão processual; dimensão interpretativa, criadora e integradora do Direito Constitucional e dimensão político-constitucional; dimensões que se fundem na dinâmica do Estado de Direito. *Id.*, p. 1113.

34 John Rawls, em célebre livro, *Uma Teoria da Justiça*, tradução de Vamireh Chacon, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1981, busca uma definição racional do princípio universal de justiça, a justiça distributiva, entendida como equidade.

Recorrendo ao racionalismo kantiano, a idéia de justiça em Rawls está relacionada à metodologia construtivista que busca definir uma idéia determinada de pessoa (racional, autônoma e livre), envolvida num determinado procedimento (o contrato), com uma determinada finalidade (a escolha os princípios básicos de justiça equitativa).

Sob outra perspectiva, trata-se de negociação cujos representantes são cidadãos livres e iguais, que buscam um acordo – a Constituição – onde os princípios de justiça e a elaboração de um processo político justo, constem naturalmente no Pacto.

Nas suas palavras:

“O sistema político que presumo ser alguma forma de democracia constitucional, não seria um procedimento justo se não corporificasse tais liberdades.” *In: op. cit.*, p. 160-161.

Nos moldes do contratualismo pufendorfiano, firmada a Constituição ideal, os negociadores avançariam para uma nova etapa tornando-se legisladores.

Ora, se neste segundo contrato os legisladores falharem ao tentar maximizar as condições de justa igualdade de oportunidade, não estendendo-a à todos os atores sociais, o construcionismo judicial se afigura como a resposta correta para alcançar-se a justiça distributiva.

Por óbvio não se quer atribuir ao Poder Judiciário papel legiferante, em manifesta contrariedade à autonomia e à separação dos Poderes consagrada na grande maioria dos Textos Cons-

tucionais do Ocidente. O que se quer, é reconhecer a importância da sua atuação no sentido de suprir, aperfeiçoar e atualizar a norma legislativa para atender as transformações jurídicas, políticas, sociais e econômicas do Estado. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. In: *Teoria da Constituição*, Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1979, p. 93-94.

- 35 “Enquanto o juiz aplicador se guia por um logicismo que gira primordialmente ao redor da norma-texto na terminologia de Müller, o juiz intérprete haure sua maior força e dimensão hermenêutica na esfera dos princípios, mas se move tecnicamente no círculo de um pluralismo normativo tópico onde a norma-texto é apenas o ponto de partida da normatividade investigada e achada ao termo do processo decisório concreto, segundo assinala a teoria estruturante do Direito, da qual Friedrich Müller, já citado, é seu mais insigne formulador e jusfilósofo.” BONAVIDES, Paulo, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, op. cit., p. 23.

BIBLIOGRAFIA

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *Teoria da Constituição*, Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1979.
- BONAVIDES, Paulo, *Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a reconstrução pelo golpe de Estado institucional*, 2. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2001.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*, 10. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2000.
- _____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*, Malheiros Editores, São Paulo, 2001.
- CANOTILHO, J.J Gomes, *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, S.A, Madrid, 1984.
- HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume II, tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1977.
- LASSALLE, Ferdinand, *A Essência da Constituição*, tradução de Walter Stöner, Editora Liber Juris, Rio de Janeiro, 1985.
- Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, coordenadores: D. Garcia Belaunde, F. Fernandez Segado e R. Hernandez Valle, Dykinson, Madrid, 1992.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Introdução à Teoria da Constituição*, tomo II, 2. ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Limitada, 1988.
- MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, São Paulo, Max Limonad, 2000, 2. ed.
- NAKHNIKIAN, George, *El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas*, tradução de Eugenio Bulygin y Genaro R. Carrió, Distribuciones Fontamara, S.A, México, 1993.
- PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral, *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*, Coimbra Editora, 1999.
- RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, tradução de Vamireh Chacon, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1981.
- SEGADO, Francisco Fernandez, *La Jurisdiccion Constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 1984.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24. ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.



ARQUIVO PESSOAL

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA é Ministra e Ex-Presidente do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora honoris causa pela Faculdade Inca Garcilaso de la Vega – Lima, Peru. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, Portugal.

“Cláusulas pétreas conformadas em 05/10/1988 não podem ser reduzidas na sua eficácia, dimensão e densidade por emendas posteriores, sendo que, a meu ver, a jurisdição de Tribunais Penais Internacionais ou definida em Tratados só é válida se não afrontar ou diminuir a eficácia das disposições imodificáveis da Carta da República.”

■ POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Cláusulas pétreas e as relações internacionais negociadas pelo Brasil

Uma das características que mais impressionam ao intérprete do direito constitucional brasileiro é o elenco de cláusulas imodificáveis constantes da Constituição Brasileira de 1988. Anteriormente, apenas a República e a Federação estavam enumeradas entre as cláusulas constitucionais sem condições de alteração.

A partir de 5 de outubro de 1988, passamos a ter um elenco consideravelmente maior, com os acréscimos constantes do art. 60 § 4º da Lei Suprema, cuja dicção transcrevo:

“Art. 60.....

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

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais”¹.

Muito embora a teoria das cláusulas pétreas tenha merecido das doutrinas nacional e internacional considerações as mais variadas, pretendo, neste artigo, apenas interpretar o texto como foi aprovado, por ter participado da Constituinte, a pedido de seus legisladores, em audiências públicas e aconselhado durante 2 anos, inclusive aos presidente e relator da Carta da República, apresentando minha exegese da matéria, independentemente do que pensam outros constitucionalistas a respeito.

As teses de que as cláusulas pétreas são pétreas até deixarem de ser ou de que não é justo que constituintes de um período engessem o futuro da nação para as gerações que virão depois, não serão abordadas neste artigo, mas apenas o que discutiram e decidiram os constituintes e somente nas relações internacionais, ou seja, no que concerne aos tratados e direitos decorrentes dos acordos com outros países, à luz da lei maior.

Dentro desta linha, reconheço ter havido uma enorme preocupação dos constituintes em garantir alguns pilares da nova democracia brasileira a ser conformada no texto de 1988. O § 1º da Lei Suprema foi uma decorrência do receio dos constituintes de que, se não pusessem amarras na Carta Magna para assegurar o regime democrático, este poderia ser fragilizado no tempo, sempre que crises surgissem, no processo político. É que tais crises têm se multiplicado, principalmente nos países emergentes, muitas vezes reflexo das crises desenvolvidas nos países politicamente mais estáveis².

São estas amarras democráticas que analisarei neste breve artigo.

O primeiro aspecto a ser bem esclarecido é que houve um esforço considerável dos constituintes em não permitir influências exteriores no processo brasileiro, no que diz respeito a sua política. Mas deixou-se abertura, no que

diz respeito aos direitos fundamentais do ser humano, aos princípios dominantes na esfera internacional, principalmente após a declaração universal dos direitos humanos de 10/12/1948.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi, de rigor, uma carta de direito natural, que teve como seu grande inspirador um jusnaturalista tomista, René Cassin, que a relatou para a ONU.

Como jusnaturalista que sou, na mesma linha de René Cassin, entendo também que há direitos que o Estado cria, mas há um núcleo de direitos fundamentais que cabe apenas ao Estado reconhecer, que são aqueles direitos naturais que nascem com cada ser humano desde a concepção e que, se violados pelo Estado, tornam o ente estatal menos democrático, quando não uma ditadura de interessados apenas na manutenção do poder, no que o servir ao povo é um mero efeito colateral³.

Embora o egoísmo seja inato ao poder e Carl Schmit tenha razão ao dizer que a Política é a ciência que estuda a oposição entre o amigo e o inimigo, aquela declaração representou a homenagem do jusnaturalismo à necessidade de o Estado reconhecer que está a serviço do homem e que há direitos que pode criar e outros que é sua obrigação apenas reconhecer.

Neste ponto, há de se compreender que o art. 5º, da Constituição Brasileira tenha, no seu “caput”, reconhecido 5 direitos como os inspiradores de todos os outros, ou seja, o direito à vida, que no ser humano existe desde a concepção – não vejo onde, na Constituição, possa ser permitido o homicídio uterino: o direito à liberdade, fundamental a todos seres humanos de viver uma democracia e exercê-la; o direito à igualdade, ou seja, todos nós somos iguais e preconceitos de qualquer natureza sobre a superioridade de uns sobre os outros devem ser combatidos; o direito à segurança, que o Estado deve dar à comunidade, e, por fim, o direito à propriedade que todos os seres humanos deveriam ter, como forma de incentivar inclusive sua evolução na busca pelo trabalho honesto e digno, evitando-se o abuso de seu mau uso⁴.

Todos os demais 78 incisos e outros dispositivos espalhados pela lei suprema são explicitadores deste único alicerce dos direitos fundamentais.

Por esta razão, os quatro parágrafos do art. 5º, que transcrevo:

“§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”,

alguns acrescentados pela EC nº 45/04, devem ser examinados em consonância com os artigos 60, § 4º e art. 84, inciso VIII e art. 49 inciso I, estes últimos a seguir transcritos:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;.....”

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;...”

Vale dizer, os tratados internacionais e a jurisdição de Tribunal Internacional estão condicionados a que se submetam às limitações impostas pelas cláusulas pétreas, que não podem ser reduzidas por acordos posteriores à promulgação da lei suprema, visto que nem por emendas constitucionais podem ser modificadas.

Assim é que, o § 2º declara que os direitos e garantias individuais expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte⁵.

A expressão do dispositivo é de particular clareza no sentido de que não exclui, mas não diz que possam substituir os direitos e garantias individuais pelo art. 5º assegurados.

Em outras palavras, o elenco pode ser acrescido, mas não diminuído ou substituído.

Por outro lado, o parágrafo refere-se aos tratados até então existentes, havendo divergência se referia a todos os direitos firmados em tratados à época, e se passariam a ser cláusulas pétreas constitucionais ou se seriam lei especial ordinária, como a jurisprudência do STF definira até aquele momento.

Prevaleceu a tese de que não eram normas constitucionais, mas com eficácia de lei ordinária especial, que foram recepcionadas pelo direito interno, através de decretos legislativos, o que levou a edição da EC nº 45/04 com a dicção do § 3º, do art. 5º:

“§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)”⁶.

Assim, para que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos passem a ter a força de norma constitucional, deveriam ser aprovados pelo Congresso, não mediante mero decreto legislativo, mas como decorrência de processo de uma emenda constitucional, conforme definido também no art. 60 § 2º assim redigido:

“Art. 60.....

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

Em outras palavras, a força constitucional de direitos humanos aprovados em Tratados e Convenções Internacionais só tem a força de emenda constitucional, se forem aprovados com o mesmo rito legislativo das emendas constitucionais, com o que caiu por terra a interpretação pela qual todos os direitos e garantias individuais decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fosse signatária, automaticamente seriam cláusulas pétreas e imodificáveis. A explicitação do § 3º, do art. 5º, da Carta da República, claro deixou que só seria cláusula pétrea e imodificável, o tratado ou convenção sobre direitos humanos, se ganhasse a forma de emenda constitucional⁷.

E chegamos ao ponto crucial do presente breve estudo, ou seja, o § 4º, do art. 5º, que repito:

“§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

Desde 1988 ficou assegurado a todo o brasileiro o direito de recorrer ao Poder Judiciário do país contra lesão ou ameaça a direito, não estando o Poder Judiciário brasileiro sujeito a qualquer Tribunal externo, nem havendo, nos arts. 92 a 126 da Lei Suprema, nenhuma ameaça que leve à subordinação do Poder Judiciário brasileiro a outros tribunais de fora do Brasil.

Ora, a emenda nº 45/04, ao introduzir o § 4º ao art. 5º dedicado a direitos e garantias individuais, não poderia reduzir a eficácia do inciso XXXV, do art. 5º, QUE GARANTIU AOS BRASILEIROS E RESIDENTES NO PAÍS o direito de sempre recorrerem ao Poder Judiciário nacional contra qualquer lesão ou direito seu ameaçado, NÃO SE SUBORDINANDO À JURISDIÇÃO INTERNACIONAL. Tem o dispositivo o discurso que se segue:

“ Art. 5º

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; ...”⁸.

Desta forma, só há uma interpretação possível ao § 4º, do art. 5º, ou seja, que tem eficácia plena para qualquer outro direito não assegurado nos incisos do art. 5º e outros aprovados em 05 de outubro de 1988.

Para que hipóteses, portanto, valeria o § 4º? Poderia o Supremo Tribunal Federal curvar-se a uma decisão do Tribunal Penal Internacional por uma adesão a sua jurisdição?

A interpretação que de plano apresento é que, se qualquer cidadão ou residente, em crime praticado no Brasil, recorrer à Justiça brasileira, esta está preventa, não se subordinando sua jurisdição àquela de um Tribunal

Penal Internacional. Vou mais longe. Mesmo que o processo tenha nascido em Tribunal Penal Internacional antes de sua propositura perante Tribunal brasileiro, prevalecerá sempre a jurisdição brasileira para fins do art. 5º, inciso XXXV, que, desde 05 de outubro de 1988, garante que QUALQUER LESÃO E QUALQUER AMEAÇA A DIREITO NO BRASIL SEJA LEVADO A TRIBUNAL BRASILEIRO.

É que não se pode admitir que uma exceção à cláusula pétrea constitucional de 1988 venha a ser imposta por EC posterior, visto que o art. 60 § 4º, inciso IV, é claro ao dizer que:

“Não será objeto a proposta de emenda tendente a abolir”,

o que vale dizer, a parte afastada do inciso XXXV teria sido abolida, se se admitisse que algumas lesões poderiam deixar de ser levadas ao Poder Judiciário brasileiro por força de emenda constitucional posterior⁹.

Parece-me, pois, que a única interpretação possível e conciliatória para a hipótese do § 4º, é que sempre que cláusulas pétreas do direito constitucional brasileiro alicerçarem pleitos contra a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, afastando sua jurisdição, esta não poderá ser exercida.

Não entro, neste breve artigo, a discutir se a Suprema Corte brasileira aceitará qualquer decisão internacional que prevalecesse sobre a sua, entendendo válida, a meu ver, nesta matéria, a excelente lição que decorre de voto do ínclito Ministro Celso de Mello, ao não aceitar deliberação da Comissão de Direitos Humanos da ONU sobre a condenação penal de um ex-presidente da República, em que realço os seguintes comentários:

“Vale observar, por necessário, que eminentes doutrinadores, ao analisarem a natureza jurídica das recomendações ou comunicações emanadas de Comitês previstos em convenções internacionais destinados ao monitoramento no contexto dos sistemas de proteção de direitos humanos, como ocorre, p. ex., com o Comitê de Direitos Humanos, assinalam que os pronunciamentos de referidos órgãos colegiados não possuem força vinculante, nem se revestem de caráter impositivo, pelo fato de tais organismos não ostentarem poder de índole jurisdicional (André de Carvalho Ramos, “Processo Internacional de Direitos Humanos”, p. 88/89, item n. 2.2, 5ª ed., 2016, Saraiva; Luís Roberto Barroso, “Vinculação de Estado-membro pelo Direito Internacional. Reflexões Acerca do Cumprimento de Recomendações Oriundas da Comissão Internacional de Direitos Humanos da OEA”, “in” “Direito Internacional na Constituição”, p. 435/438, item IV, 2014, Saraiva, v.g.). É por isso que o tema da recepção do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos assume inegável relevo jurídico, presente o contexto ora em exame, em razão de a autoridade e a competência do Comitê de Direitos Humanos para receber comunicações e/ou reclamações individuais resultarem, diretamente, do art. 1º de referido Protocolo Facultativo, embora essa cláusula de índole convencional – insista-se – não lhe outorgue função de natureza jurisdicional”¹⁰.

Pessoalmente, todavia, entendo que nem mesmo com o exaurimento das vias judiciais, de resto pregado pelo Ministro Celso de Mello no referido voto, poderia um Tribunal Penal Internacional impor decisão diferente àquela proferida por Tribunal brasileiro, risco de invadir sua soberania.

Em outras palavras e de forma conclusiva. Cláusulas pétreas conformadas em 05/10/1988 não podem ser reduzidas na sua eficácia, dimensão e densidade por emendas posteriores, sendo que, a meu ver, a jurisdição de Tribunais Penais Internacionais ou definida em Tratados só é válida se não afrontar ou diminuir a eficácia das disposições imodificáveis da Carta da República. 

NOTAS

- 1 Escrevi: “O segundo aspecto diz respeito a expressão “tendente a abolir”. Muitos veem, na referida expressão, apenas um limite máximo (abolição) e não um limite médio (manutenção das cláusulas pétreas ou alteração). Para estes uma alteração conceitual de cláusula pétrea sem aboli-la, não estaria vedada pela Constituição. Acrescentam, tais intérpretes, a inteligência de que o nível de generalidade a que se referem os quatro incisos do § 4º se interpretados de forma inelástica tornaria toda a Constituição imodificável, o que seria um contrassenso.

Tenho para mim que a melhor interpretação é aquela pela qual qualquer “alteração” implica abolição do “dispositivo” alterado, o que vale dizer, não só cuidou o legislador supremo em “abolição completa” de qualquer das cláusulas, mas também da abolição parcial por alterações tópicas dos referidos privilégios.

Desta forma, qualquer alteração implicaria uma abolição parcial” (Comentários à Constituição do Brasil, 4º volume, Tomo I, Saraiva, p. 395).

- 2 O art. 1º da Constituição tem a seguinte dicção: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

- 3 Escrevi: “René Cassin, principal autor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, esclareceu que “não é porque as características físicas do homem mudaram pouco desde o começo dos tempos verificáveis que a lista de seus direitos fundamentais e liberdades foi idealizada para ser fixada permanentemente, mas em função da crença de que tais direitos e liberdades lhe são naturais e inatos” (“Human Rights since 1945: An Appraisal”, The Great Ideas, 1971, Ed. Britannica, p. 5).

Uma reflexão sobre a justiça pode perfeitamente principiar por estas palavras do grande filósofo francês.

A justiça é, fundamentalmente, aspiração do ser humano, que nasce com ele, acompanha-o durante toda a vida e não desaparece quando ele morre. A aspiração de justiça do ser humano transcende sua própria morte, como também é anterior à sua existência.

Sempre que ouvimos falar de justiça, considerámo-la a partir dos poderes do Estado em administração poucas vezes correndo o risco de reduzi-la à mera prestação jurisdicional, que, embora relevante, não esgota sua concreção fenomênica” (“Caderno de Direito Natural – Lei positiva e lei natural”, Ed. CEJUP, Belém-PA, 1985, p. 21).

- 4 O “caput” do art. 5º da CF tem a seguinte redação: “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:”

Celso Bastos o comentou: “Em outras palavras, é um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com essa mesma ordem jurídica. Já se foi o tempo em que o direito para os nacionais era um e para os estrangeiros outro, mesmo em matéria civil.

Portanto, a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira. É impensável que uma pessoa qualquer possa ser ferida em um desses bens jurídicos tutelados sem que as leis brasileiras lhe dêem a devida proteção. Aliás, curiosamente, a cláusula sob comento vem embutida no próprio artigo que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (Comentários à Constituição do Brasil, 2º volume, Ed., Saraiva, São Paulo, 2004, p. 4/5).

- 5 Leia-se: “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes” (STF – Pleno – Adin nº1.480/ DF – Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF, nº135)”.
6 Alexandre de Moraes explicita de que forma os tratados internacionais ingressaram no direito brasileiro: “Podemos, dessa forma, apontar as características essenciais da incorporação no plano do direito interno de atos ou tratados internacionais:
- a norma internacional contida em um ato ou tratado do qual o Brasil seja signatário (CF, art. 84, VIII), por si só, não dispõe de qualquer vigência e eficácia no direito interno;
 - direito constitucional brasileiro não exige a edição de lei formal para a incorporação do ato ou tratado internacional (dualismo extremado);
 - a incorporação do ato ou tratado internacional, no âmbito do direito interno, exige primeiramente a aprovação de um decreto legislativo pelo Congresso Nacional, e posteriormente a promulgação do Presidente da República, via decreto, do texto convencional (dualismo moderado);
 - a simples aprovação do ato ou tratado internacional por meio de decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado, não assegura a incorporação da norma ao direito interno;
 - após a aprovação realizada pelo Congresso Nacional, será a promulgação do chefe do Poder Executivo que garantirá a aplicação imediata da norma na legislação interna;
 - as normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando preveem normas sobre direitos fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico como atos normativos infraconstitucionais, salvo na hipótese do § 3º, do art. 5º, pelo qual a EC nº 45/04 estabeleceu 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” (Alexandre de Moraes – Constituição do Brasil interpretada e Legislação Constitucional, 9. ed., Ed. Atlas, 2013, São Paulo, p. 458/9).

- 7 Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta: “Maioria de aprovação. Tem variado nas Constituições brasileiras a maioria necessária para a aprovação de emenda constitucional. Era ela de dois terços dos membros de cada Câmara sob a Constituição de 1891 (art. 90, § 2º), a de 1934 (art. 178, § 1º), bem como sob a de 1946 (art. 217, § 3º). Entretanto, poderia sob estas duas últimas ser aprovada pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, num procedimento mais alongado no tempo (1934: art. 178, § 1º; 194: art. 217, § 2º). A maioria exigida era, ainda, a absoluta, na Carta de 1937, para as emendas de iniciativa congressional, embora fosse a “maioria ordinária” (simples), para as propostas do Presidente da República.
- Durante a vigência da Constituição de 1967, a maioria exigida variou. Na redação primitiva era a maioria absoluta (art. 51). A Emenda n. 1/69 estipulou a de dois terços (art. 48), o que a Emenda nº 8/77 reduziu para maioria absoluta. A Emenda n. 22/82 restabeleceu a exigência da maioria de dois terços.
- O texto atual inova, exigindo a maioria de três quintos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 1, Saraiva, 3. ed., 2000, São Paulo, p. 374/5).
- 8 Pinto Ferreira preleciona: “O princípio da legalidade, fundamentada na legitimidade, é a base do Estado de Direito, buscando-se então a sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça a ele. O Poder Judiciário é chamado a intervir pela parte interessada, aplicando a lei que prevalecerá no caso invocado a ser decidido.
- O preceito teve forma parecida na Constituição do Império de 1824, em seu art. 179, XII, fazendo referência aos direitos individuais, e ‘consignava o seguinte: “Será mantida a independência do Poder Judicial. Nenhuma autoridade poderá evocar as causas pendentes, sustá-las ou fazer reviver os processos findos”. E de lembrar que o Império admitia justiça administrativa, como na França.
- O inc. XXXV do art. 5º da Constituição de 1988 decorre naturalmente do próprio sistema de divisão de poderes do Estado de Direito. É suficiente a propósito relembrar o ensinamento de Rui Barbosa, em o Direito do Amazonas (v. 1, p. 371): “Na ordem jurídica dos nossos tempos não há mister de, para cada hipótese, encontrarmos especificamente consagrada a faculdade legal de manter o direito mediante ações judiciais adequadas. A toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue” (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira, 1º volume, Ed. Saraiva, 1989, p. 141).
- 9 Nelson e Rosa Nery sobre direitos e garantias individuais escrevem: “§ 4º, IV: Garantias fundamentais. A cláusula pétrea constante da norma comentada abrange não apenas os direitos e garantias individuais, como parece fazer crer sua literalidade, mas os direitos e garantias fundamentais *tout court*, individuais e coletivos, também incluídos os não positivados no rol da CF 5º. Isto porque os direitos e garantias da CF 5º são indissociáveis e não podem ser separados entre individuais e não individuais: Os direitos e garantias fundamentais são a base do Estado Democrático de Direito, quer tenham com titular pessoa física ou jurídica, direito individual, coletivo ou difuso, e por essa razão é que não pode ser abolidos por emenda constitucional” (Constituição Federal comentada e legislação constitucional, 4. ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 550).
- 10 Site Notícias do STF, PET 7848 MC/DF.



IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e RS, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio – SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS.

“Assembleia Nacional Constituinte concluiu as atividades para as quais foi especificamente eleita com a promulgação da Constituição de 1988 e do respectivo ADCT. Acrescentar dispositivos ao texto original da Carta ou do Ato, como tem sido rotineiramente feito, desacredita a Lei Fundamental e foge à estrita competência do Poder Legislativo. Tudo indica que a Constituição de 1988, seguidamente violentada, está fadada a desaparecer, acompanhada pelo puxadinho conhecido como ADCT.”

■ POR ALMIR PAZZIANOTTO PINTO

O puxadinho da Constituição

Sampaio Dória, autor de preciosos comentários à Constituição de 1946 (Edição Max Limonad, 1960), ao analisar o artigo 154, cujo texto trata da usura, com sabedoria escreve: “Esse artigo é puro direito penal. É como se dissesse: o homicídio será punido na forma da lei. Nada tem de ver com a organização dos poderes, que é matéria constitucional. Nada tem de ver com as atribuições dos poderes, de que tratam as Constituições. Nada tem de ver com os direitos individuais, para cuja segurança se organiza o Estado. Fora desses três objetivos, as Constituições passam a ser enciclopédias de princípios jurídicos” (vol. IV, p. 723).

Redigida em ambiente dominado por profissionais da política, envolvidos em interesses tribais, sindicais e corporativos, a Constituição de 1988, a 7ª do período republicano, resultou, como diria o professor Sampaio Dória, numa enciclopédia, mas de mentiras e fantasias.

Para que o leitor conheça algumas das disposições aberrantes que fazem da Constituição de 1988 a mais longa e pobre entre as Leis Fundamentais do período republicano, cito dois exemplos, o art. 242, § 2º, cujo texto diz: “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”; e o art. 245: “A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”.

É no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), todavia, que a Assembleia Nacional Constituinte revelou completa indigência em matéria de técnica jurídica. A que se destinam as disposições constitucionais transitórias? Transitório tem, como sinônimos, passageiro, breve, transitivo, efêmero, provisório. Leciona Pontes de Miranda: “A regra fundamental é a da incidência imediata da nova Constituição. Se o legislador constituinte prefere que se regule a transição, cabe-lhe dizê-lo explicitamente, ou, pelo menos, implicitamente. É a essa política de normas transitórias que se votam os Atos de Disposições Constitucionais Transitórias ou, melhor, as Leis de Direito Intertemporal” (Comentários à Constituição de 1946, Ed. Borsoi, Tomo VII).

A passagem de uma para outra Constituição por força de golpe branco, como em 1937 e em 1969, ou armado, conforme se assistiu em 1946 e em 1964, exige a obediência a determinadas regras. Para isso existem dispositivos de caráter instrumental e infraconstitucional aos quais é dado o nome de disposições gerais, finais ou transitórias, que são apenas normas de direito intertemporal.

Antecedeu-se à Constituição de 1891 por sete decretos baixados entre os dias 15 e 20 de novembro e foi complementada por Disposições Transitórias com apenas oito artigos, um deles concedendo pensão vitalícia a D. Pedro II, outro autorizando a compra da casa onde faleceu Benjamin Constant,

destinada à residência da viúva. Nas Constituições que se seguiram, em 1934, 1937, 1946 e 1967 (Emenda nº 1/1969), as disposições gerais, transitórias ou finais foram de certo modo breves, encerrando o indispensável às finalidades a que se destinavam.

No caso da Constituição de 1988, a espantosa prolixidade tem como complemento o ADCT, cujo 1º artigo exige do presidente da República, do presidente do Supremo Tribunal Federal e dos membros do Congresso Nacional o juramento de manter, defender e cumprir a Constituição, proferido no ato e na data da promulgação. O dispositivo seguinte, porém, define data para o eleitorado escolher, por meio de plebiscito, “a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País” (art. 2º). Por outras palavras, a Constituição republicana e presidencialista, apesar de solenemente jurada, nasceu debilitada pela possibilidade de ser morta em plebiscito onde o povo poderia determinar o retorno à monarquia deposta em 1889, ou a adoção do parlamentarismo, repellido em 1963, após nefasta experiência no breve mandato de João Goulart.

À força de sucessivas Emendas – de constitucionalidade questionável – o ADCT, que na versão original continha 70 artigos, hoje exhibe 114, sendo a última de 16/12/2016. Estranhos dispositivos nele são encontrados. É o caso, por exemplo, do art. 6º, responsável pela proliferação de partidos, pois autorizou que parlamentares federais, reunidos em número não inferior a trinta, nos seis meses posteriores à promulgação requeressem ao Tribunal Superior Eleitoral o registro de nova legenda, bastando a juntada do manifesto, estatuto e programa assinados pelos requerentes. O art. 40, por sua vez, manteve a Zona Franca de Manaus e elevou o período legal de vida de 10 para 25 anos “com as suas características de área de livre comércio, de exportação e importação e de incentivos fiscais”, prazo que saltou de 25 anos para 35 anos e para 85 anos, pelas Emendas 42/2003 e 83/2014.

Revestido de caráter transitório, destinado a fixar regras para a solução de conflitos constitucionais intertemporais, o ADCT, agregado pela Assembleia Nacional Constituinte à Constituição de 1988, não poderia ser ampliado à força de emendas votadas em dois turnos por um terço da Câmara dos Deputados e do Senado (Constituição de 1988, art. 60). Assembleia Nacional Constituinte concluiu as atividades para as quais foi especificamente eleita com a promulgação da Constituição de 1988 e do respectivo ADCT. Acrescentar dispositivos ao texto original da Carta ou do Ato, como tem sido rotineiramente feito, desacredita a Lei Fundamental e foge à estrita competência do Poder Legislativo.

Tudo indica que a Constituição de 1988, seguidamente violentada, está fadada a desaparecer, acompanhada pelo puxadinho conhecido como ADCT. ❏



ARQUIVO PESSOAL

ALMIR PAZZIANOTTO PINTO é Advogado. Foi Ministro do Trabalho e presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

“Esse distanciamento da realidade da classe política quanto ao anseio de maior participação popular direta poderá nos levar à uma ruptura não desejável. É preciso que os eleitos entendam o recado e promovam as mudanças almejadas pelo povo, em atenção à máxima efetividade da vontade popular, aos mecanismos de participação cidadã e concretização dos preceitos Constitucionais.”

■ POR ALLAN TITONELLI NUNES

**Após 30 anos
de Constituição
vivemos uma crise de
representatividade**

Antes de começar a escrever sobre os 30 anos da promulgação da Constituição de 1988 é fundamental rememoramos, ainda que perfunctoriamente, o ambiente político anterior à sua formalização. Para isso iniciamos essa síntese de acontecimentos históricos em 1979, quando o último dos presidentes militares, João Baptista de Oliveira Figueiredo, tomava posse sob pressão de fazer a transição para a democracia, ante uma grave crise social, política e econômica que atravessava o país. Já em seu primeiro ano de Governo foi aprovada a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, que concedia anistia a todos que cometeram crimes políticos e eleitorais, bem como aqueles que tiveram seus direitos políticos restritos, entre setembro de 1961 e agosto de 1979.

Somente em 1982 a população reconquista o direito de votar em uma eleição direta de Governador, abrindo caminho para uma grande campanha “pelas diretas já” para as próximas eleições presidenciais. Aproveitando o ensejo, e a forte mobilização popular, o deputado Dante de Oliveira, de Mato Grosso, apresenta uma emenda constitucional para acabar com o Colégio Eleitoral e restabelecer eleições diretas para Presidente já em 1985. Todavia, mesmo com o maciço apoio dos cidadãos, vários comícios e passeatas emblemáticas, entre elas a ocorrida na Candelária, no Rio de Janeiro, a Câmara dos Deputados não aprovou a emenda, faltando apenas 22 votos, mas obtendo a expressiva marca de 298 votos favoráveis.

Ocorre que nem tudo nesse período de abertura política ocorreu pacificamente, pois uma parte de militares mais radicais tentaram instaurar o caos, conspirando e promovendo tumultos, objetivando a manutenção do poder, cujo ápice e declínio do movimento foi retratado pelo atentado fracassado do Riocentro, em 1981.

Enfim houve a eleição indireta para presidente de 1985, cujo Colégio Eleitoral escolheu Tancredo Neves como presidente e José Sarney de vice. Porém Tancredo Neves acabou não tomando posse, tendo em vista uma doença às vésperas do referido ato solene, que acabou culminando com sua morte. Assim, após 21 anos de ditadura assume a presidência José Sarney, que convoca uma Assembleia Nacional Constituinte para 1986, a qual culminou com a promulgação da presente Constituição em 05 de outubro de 1988.

O presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, nominou-a de cidadã, posto que colocava fim a um ciclo ditatorial, inaugurando uma nova era democrática, com direitos e garantias fundamentais aos cidadãos entre suas cláusulas pétreas, cujas premissas podem ser sintetizadas no seu artigo primeiro. (A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.)

Destaca-se, eminentemente, a alteração da forma de governo, que dará ensejo a toda uma mudança estrutural. Assim, reinauguramos a República, que tem como característica primordial a participação popular e a democracia, cuja expressão advém do latim *res publica*, que significa coisa pública. Em contraposição colocamos fim a um governo centralizador e ditatorial, dirigido por e para poucos, cujos interesses não se coadunavam com a vontade popular.

Como já asseverado, a expressão máxima da República é a democracia, que tem seu conceito interligado à participação do cidadão nas decisões políticas. Todavia, essas premissas estão cada vez mais sendo atacadas sem que a população perceba.

É natural que, psicologicamente e antropologicamente, após tanto tempo de democracia, tenhamos esquecido de como algumas práticas centralizadoras e controladoras eram nefastas, as quais retomaram o debate político atual, seja através de discussões sobre o controle da imprensa; utilização do bem público como se

privado fosse; apelo a uma “Constituição de Notáveis” sem a participação popular; incentivo ao extermínio ou a dissolução de agremiações partidárias; entre outras.

Somado ao exposto, a piora na prestação dos serviços públicos, o aumento gradual e contínuo da carga tributária, o desperdício do dinheiro da nação e os desvios de conduta contra o patrimônio do povo provocaram um quadro generalizado de insatisfação, culminando com as manifestações de junho de 2013, popularmente conhecidas como jornadas de junho.

As mobilizações se dirigiram contra algumas formas aristocráticas de manifestação do poder por parte de políticos, que ainda não entenderam o conceito de democracia plena, ao se utilizarem da coisa pública como privada, vide as moradias palacianas, gabinetes exuberantes, viagens às custas do erário, uso de aviões e helicópteros oficiais, etc.

É evidente que a democracia não pode comportar privilégios, posto que é um governo do povo e para o povo, embora essa realidade esteja muito distante das práticas políticas contemporâneas. A falta de transparência, o aumento da tributação sem consentimento da população, projetos unipessoais e a inexistência de democracia interna nos partidos são exemplos de condutas diametralmente opostas aos anseios dos cidadãos.

Não por outra razão que nossa Carta Magna proclama no parágrafo único do seu primeiro artigo que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (...)”. O dispositivo deixa claro que a vontade popular deveria ser a premissa básica de nossa democracia.

Outrossim, até pouco tempo atrás, antes das jornadas de junho e outras manifestações populares que eclodiram em todo o país, a prática política estava relegada a poucos, uma vez que muitos cidadãos tinham se desinteressado pela política, exercendo sua cidadania somente antes das eleições, ante a obrigatoriedade do voto. A saturação e prostração estavam correlacionadas às práticas políticas arcaicas, bem como aos escândalos de corrupção associado à classe política. Assim, a principal atividade política do cidadão se resumia a eleger seus representantes.

Felizmente houve um despertar em relação ao exercício da cidadania, passando a haver uma maior cobrança pela eliminação dos privilégios e controle dos gastos públicos.

As manifestações populares sempre decorreram de insatisfações reprimidas da sociedade, entre elas a exigência dos direitos e garantias mínimas ao cidadão, o combate ao arbítrio por parte do Estado, a defesa da liberdade, etc., cujas bandeiras fazem parte da história do Mundo, vide o exemplo da Revolução Inglesa, Francesa e Russa.

Em todas essas revoluções houve uma ruptura com a estrutura política dominante através da participação direta do povo. Essa participação popular direta remonta às ágoras gregas, em que os cidadãos decidiam as principais questões políticas através da soma das manifestações individuais reunidas, cujas mobilizações de junho de 2013 reacenderam esse ideário por mudanças.

Nesse pormenor, a cidadania é consagrada pelo exercício de seus direitos, entre eles o voto é o mais elementar, porém muitas vezes esquecemos que as garantias desses direitos somente foram possíveis pela participação política ativa do cidadão.

Quando o quadro político caminhava para o alinhamento com muitos propósitos das jornadas de junho a última Reforma Eleitoral, a pretexto de encampar sugestões da sociedade civil por mudanças, acabou frustrando as expectativas, uma vez que privilegiou os políticos tradicionais, onde a diminuição do período eleitoral dificultou o conhecimento dos novos candidatos pelo povo, bem como o fundo eleitoral foi usado, em termos gerais, para favorecer os detentores de mandatos eletivos.

Um exemplo do descolamento dos interesses dos cidadãos e das classes políticas pode ser aferido pelas últimas pesquisas de avaliação do grau de confiabilidade

das instituições, em que os Partidos Políticos e o Congresso Nacional estão nas duas últimas colocações¹. Inevitável concluir que é preciso mudar as práticas políticas. Até porque, o nosso Sistema Eleitoral é confuso, assim como permite a manutenção do poder nos partidos políticos e seus caciques, um dos balizadores para as péssimas avaliações.

Diante desse cenário, o debate sobre as candidaturas avulsas passou a tomar conta da pauta popular. O fim do quociente eleitoral, de outro lado, tem gerado reclamações, uma vez que não faz sentido para o eleitor que as eleições proporcionais (Deputados e vereadores) possibilitem eleger candidatos com menor número absoluto de votos em detrimento dos mais votados. A figura do suplente de Senador também causa diversos questionamentos, uma vez que o voto é pessoal, não se admitindo trocas infinitas de suplentes que não foram votados. Logo, porque não substituir o senador afastado pelo segundo colocado das eleições?

A incompatibilidade do exercício de cargos no Poder Executivo pelos membros do Poder Legislativo talvez gere confiança que o eleito cumprirá as promessas de campanha. Isso porque ninguém concorre ao Poder Legislativo dizendo que será Secretário de Estado/Município ou Ministro, consubstanciando em verdadeira fraude ao eleitor assumir outra função.

Enfim, o anseio por uma verdadeira reforma política passa por uma mudança de rumo dos partidos, os quais em vez de promoverem a democracia, privilegiando as eleições em seus Diretórios, acostumaram-se a praticar intervenções sob argumentos subjetivos de que não seguiram orientação da Direção Nacional, tudo sob beneplácito das leis, editadas pelo Congresso Nacional. Além dos “eternos” diretórios provisórios. Como professar a defesa da democracia e da participação popular se os partidos políticos fazem de tudo para excluí-la?!

A democracia não pode ser apenas no papel, enganando o povo em relação à sua pseudoparticipação. “Na falsa democracia mundial, o cidadão está à deriva, sem a oportunidade de intervir politicamente e mudar o mundo. Actualmente, somos seres impotentes diante de instituições democráticas das quais não conseguimos nem chegar perto.” José Saramago. Razão pela qual: “A democracia não se pode limitar à simples substituição de um governo por outro. Temos uma democracia formal, precisamos de uma democracia substancial.” José Saramago.

Esse distanciamento da realidade da classe política quanto ao anseio de maior participação popular direta poderá nos levar à uma ruptura não desejável. É preciso que os eleitos entendam o recado e promovam as mudanças almejadas pelo povo, em atenção à máxima efetividade da vontade popular, aos mecanismos de participação cidadã e concretização dos preceitos Constitucionais. 

NOTAS

- 1 Grau de confiança nas instituições. Datafolha. Junho de 2018. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/06/15/e262facbdafa832a4b9d2d92594ba36eeci.pdf>> Acesso em: 18/09/2018.
- 2 SARAMAGO, José. *Época*. São Paulo: 31 de Outubro de 2005. Disponível em: <<http://revistaeepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT1061569-1666-2,00.html>> Acesso em: 18/09/2018.
- 3 AGUILERA, Fernando Gomes (Org.). *As palavras de Saramago*: catálogo de reflexões pessoais, literárias e políticas. São Paulo: Cia das Letras, 2010, p. 388.



ARQUIVO PESSOAL

ALLAN TITONELLI NUNES é procurador da Fazenda Nacional, especialista em Administração Pública pela FGV e em Direito Tributário pela Unisul, ex-presidente do Fórum Nacional da Advocacia Pública Federal e do Sinprofaz. Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP).

“Estas reflexões preliminares têm por finalidade simplesmente provocar discussões sobre possível rearranjos institucionais, numa tentativa de racionalizar o funcionamento da Administração Pública e aperfeiçoar as relações entre o Estado e a sociedade.”

■ POR ROBERTO BOCACCIO PISCITELLI

Reforma política: algumas divagações

Reformas são um tema recorrente na mídia e nos meios políticos. A reforma política sempre foi uma das mais citadas; talvez seja a que mereceria anteceder todas as demais, como uma tentativa de redefinir as relações entre a classe dirigente e os cidadãos em geral; talvez seja a mais difícil de realizar, principalmente se os responsáveis formais estão diretamente interessados e seriam os mais afetados pelas suas consequências. Algumas modificações tópicas têm sido efetuadas. Mas, aparentemente, pouca coisa que se pudesse considerar como de fato mais relevante para o sistema político brasileiro após 30 anos da Constituição Cidadã.

As observações que vêm a seguir são de caráter meramente especulativo e pessoal. Não há nenhuma preocupação acadêmica com o trabalho: apenas a reunião de reflexões feitas pelo Autor ao longo de sua experiência na Administração Federal e, em particular no âmbito do Legislativo. A única pretensão, portanto, é suscitar discussões que levem a um aprofundamento sobre o que se poderia ser objeto de mudança, em determinadas circunstâncias.

REELEIÇÕES

A reeleição para os cargos do Executivo foi provavelmente uma das piores heranças deixadas pela era FHC. Sem entrar no mérito das circunstâncias pelas quais se aprovou a Emenda da reeleição, ela criou uma expectativa que fez com que todos os presidentes, governadores e prefeitos começassem a trabalhar por um mandato de oito anos desde a divulgação dos resultados da primeira eleição.

Essa perspectiva : muito presente, até em função do uso das *máquinas* – torna o primeiro mandato menos *eficiente*, à medida que todas as ações do dirigente (e, por consequência, os acordos) visam assegurar a sua continuidade no poder.

É bem verdade que os mandatos poderiam ser um pouco mais longos – 5 anos, talvez –, e isso não impediria, de nenhum modo, o retorno do governante no mandato subsequente (como no Chile, por exemplo), quando ele tivesse se revelado um bom administrador e, inclusive, conseguido eleger seu sucessor.

A alternância das pessoas é salutar e tende a fortalecer os mecanismos de controle.

Por outro lado, seria muito importante poder estabelecer um horizonte de planejamento (praticamente abandonado no Brasil), e que o segundo mandato sucessivo não fosse um mero *pretexto* para concluir o que ficou (deliberadamente ou não) inacabado.

Os planos de mais longo prazo devem atender a objetivos de Estado, e não de governos – permanentes, definitivos, portanto -, e devem ter o respaldo dos Legislativos e da sociedade civil para garantir a sua plena execução.

Nesta linha de pensamento, obviamente não está descartada a possibilidade de o chefe do Executivo se tornar membro do Legislativo durante um eventual interstício, que funcionaria como uma espécie de quarentena.

Quanto ao Legislativo propriamente dito, parece evidente que deve haver uma maior *tolerância*. Entendo como razoável permitir-se uma reeleição para o mesmo cargo (deputados e senadores), mas me parece inaceitável que a atividade se torne uma *carreira* (favorecendo o fortalecimento das oligarquias), havendo exemplos de exercício contínuo de um mesmo cargo por mais de 30 anos! (Sem pretender maiores digressões – fica para outra ocasião –, também no Judiciário é urgente acabar com a vitaliciedade e com mandatos por décadas. O ideal, inclusive, parece ser o ingresso numa idade madura.)

Creio ser razoável que, após 8 anos (ou 10, dependendo da duração dos mandatos), o político pudesse candidatar-se a outro cargo no Legislativo (ou no Executivo), em outra esfera ou na mesma (por exemplo, deputado e senador, ou vice-versa). Do mesmo modo que para o Executivo, o parlamentar não estaria impedido de retornar ao mesmo cargo anterior, após o interstício.

SENADO FEDERAL

Algumas distorções no Senado são bem conhecidas, e causa perplexidade o fato de não terem sido corrigidas até hoje.

É o caso dos suplentes, muitas vezes familiares ou financiadores das campanhas. É inaceitável que gente que não teve UM voto venha a exercer mandatos de até 8 anos. É sabido também que vários dos que se elegem senadores estão mesmo “de olho” em cargos no Executivo, e que deixem seu lugar reservado. Pessoas que são eleitas para o exercício de um mandato legislativo o abandonam, entregando a um desconhecido, para retornarem se e quando quiserem.

Não tenho certeza sobre a melhor alternativa, mas a proposta mais frequente é a de guindar ao cargo de senador o seguinte mais votado, o que aumentaria o preço de sua entrega a um adversário político.

A duração do mandato de senador se afigura como desproporcional, injustificável. Se não for para ter a mesma duração dos demais cargos, que se reduza para 6 anos, hipótese conjugada com a eleição de um senador a cada dois anos, alternadamente, o que parece conferir uma nova dinâmica à Casa, pois sua renovação se daria de forma contínua e gradual.

O atual sistema, com eleição de 4 em 4 anos, de dois e de um senador a cada vez, é incoerente e até injusta. Quando se elegem dois senadores, o segundo tende a ser o que “sobra”; é uma eleição mais “fácil”, à qual geralmente se candidata um cacique do Partido. É uma eleição totalmente desigual daquela em que se disputa uma única vaga e às vezes sacrifica bons candidatos.

Não se deve descartar, também, a hipótese de redução para dois do número de senadores por unidade federada, dando mais representatividade, mais peso a cada um deles, o que levaria a Casa a um total de 54 membros.

CÂMARA DOS DEPUTADOS

Se no Senado a redução do número de membros é uma alternativa razoável, na Câmara isso parece imperativo.

Com efeito, o atual quantitativo de 513 é exagerado e se constitui seguramente em um dos fatores para transformar o chamado baixo clero na maior bancada e, talvez, até, contribuir para a disseminação e fortalecimento das bancadas *setoriais* (ruralista, religiosa, da bala etc.), além de facilitar as “negociações”, sobretudo quando a fragmentação partidária é significativa (como ocorre nos dias atuais).

Sabe-se que essa é uma equação complexa. A Câmara aumentou o número de cadeiras justamente na tentativa de melhorar um pouco a proporcionalidade das populações (e do eleitorado). Ocorre que o Brasil é tão desigual em quase tudo que é praticamente inviável encontrar um critério que contemple com certa equanimidade os diversos entes.

Hoje, como se sabe, há um piso e um teto para a representação parlamentar. Uma representação absolutamente proporcional é impossível, e a Câmara tem função diferente do Senado, em que a representação federativa é igualitária.

Essas diferenças ficam bem evidentes quando se constata as enormes diferenças dos respectivos quocientes eleitorais.

De qualquer maneira, aqui a saída parece muito mais difícil, mas tudo indica que a redução do quantitativo de membros daria mais peso a cada representante, valorizando a sua participação e aumentando a sua responsabilidade.

COMPETÊNCIAS: COMUNS OU PRIVATIVAS

Afora as discussões sobre a existência das duas Casa – Câmara e Senado –, que se renovam periodicamente, é inegável que o seu papel institucional é distinto. O caráter de instâncias revisoras recíprocas contribui para uma superposição e redundância de competências.

O processo legislativo ganharia em agilidade e, possivelmente, em qualidade se houvesse uma clara especialização em matérias específicas. Assim, o Senado, como representação dos entes da Federação, deveria cuidar precipuamente dos assuntos que envolvem as relações entre as três esferas. À Câmara, caberia a maior parte das matérias de natureza setorial, com tramitação ordinária.

A competência comum, entretanto, deveria ser mantida em questões de maior hierarquia, como, por exemplo, emendas constitucionais e legislação complementar, ou em temas que envolvem outros Poderes, além do ciclo de planejamento e orçamento.

Como se mencionou no início, estas reflexões preliminares têm por finalidade simplesmente provocar discussões sobre possível rearranjos institucionais, numa tentativa de racionalizar o funcionamento da Administração Pública e aperfeiçoar as relações entre o Estado e a sociedade. **■**



ARQUIVO PESSOAL

ROBERTO BOCACCIO PISCITELLI é Professor da Universidade de Brasília.

“Os princípios estampados da Constituição, de redução das desigualdades sociais, da universalização da dignidade humana e de aplicação imediata dos direitos humanos fundamentais não podem ser deixados de lado, já que são enunciações prescritivas e mandamentais. E isso assim como os termos estabelecidos na Carta constitucional sobre a ordem econômica brasileira, essa a qual, portanto, deve ser deontologicamente observada mediante a sua regra matriz, enunciada no art. 170, que dita como finalidade a garantia a todos de existência digna, conforme os ditames da justiça social.”

■ POR RODRIGO DE CAMARGO CAVALCANTI

Considerações sobre eleições, desigualdade socioeconômica e a plena efetivação dos mandamentos democráticos da Constituição Federal brasileira de 1988

Tem um grande obstáculo que bloqueia o avanço de soluções aos problemas estruturais na economia brasileira que trava o seu crescimento. E esse obstáculo diz respeito à coexistência de um ambiente democrático com uma alta desigualdade econômica.

Não que a democracia seja de fato uma questão problemática. Boa parte dos cientistas desse ramo e da sociedade civil sabem da necessidade de salvar um sistema político que favorece a liberdade de expressão, que adota o sufrágio universal, e que busque cada vez mais instituir socialmente métodos de apuração do interesse público, para a construção de políticas públicas pelo Estado sempre conforme os interesses difundidos na respectiva sociedade, contemplando tanto a maioria quanto a minoria, em prol da satisfação integral da dignidade humana.

Tal dignidade, apesar de ser um conceito relativamente em aberto, pressupõe condições de usufruto dos benefícios regulares de uma sociedade cujos avanços progridem exponencialmente, requisitando, assim, adequação constante do Estado às necessidades individuais e comunitárias, Estado esse que deve ser submetido permanentemente ao controle social sobre suas decisões, sejam essas meramente técnicas, sejam de cunho programático.

Nesse sentido, se vê desde o Preâmbulo da Constituição Federal brasileira de 1988 a determinação de que os enunciados dessa Carta Magna estejam sobre a base da democracia:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...].

Como já se referiu Thiago Lopes Matsushita, citando Paulo de Barros Carvalho em face do Preâmbulo enquanto enunciado prescritivo e, assim, “efetivamente como norma jurídica”¹:

Paulo de Barros Carvalho, ao tratar do Preâmbulo da Constituição federal, defini-o como “formado por ‘normas jurídicas’ carregadas de intensa conotação axiológica, influenciando vigorosamente sobre a orientação de todos os segmentos da ordem positiva”, além do autor se referir a ele como uma “prescrição sobre prescrições, preceitos de sobre nível voltados para o mister de resumir, imperativamente, aqueles mesmos dispositivos que, esparsos na amplitude do discurso constitucional, cumprem sua missão disciplinadora de comportamentos intersubjetivos”.²

Além disso, no seu art. 1º, a Constituição de 1988 estabelece que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado democrático de direito* e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a *dignidade da pessoa humana*; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. (grifo nosso)

Já a desigualdade econômica, por sua vez, no Brasil, é fruto da distribuição desigual de renda e de riqueza. Mesmo que durante o início do século XXI o país tenha reduzido de certa maneira a desigualdade, o Brasil continua sendo um dos países no topo do ranking de desigualdade mundial.

CONSIDERAÇÕES SOBRE DESIGUALDADE, ELEIÇÕES E PROPOSTA DE AVANÇO DEMOCRÁTICO

Em estudo intitulado “The concentration of income at the top in Brazil”, publicado no começo de 2018 pelo Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (IPC-IG/PNUD), os pesquisadores Pedro Herculano Guimarães e Marcelo Medeiros, do Instituto de Pesquisa Econômica (Ipea), salientam que, “embora as diferenças metodológicas não nos permitam dar um ranking oficial e definitivo de países, as evidências disponíveis mostram claramente que o Brasil está entre os mais desiguais, muito à frente da maioria dos outros países”³.

Além disso, relatório da ONG britânica Oxfam de setembro de 2017, com os dados da revista americana Forbes e sobre a riqueza em escala global de relatórios do banco Credit Suisse, informa que seis bilionários brasileiros têm patrimônio equivalente ao que tem a metade mais pobre da população do país – juntos, eles têm o mesmo que cerca de 100 milhões de brasileiros: o Brasil ainda está na lista dos países mais desiguais do planeta⁴. Aqui estão alguns números apresentados pela Organização:

75 anos é o tempo que o Brasil demoraria para chegar ao nível de igualdade de renda do Reino Unido, se mantemos o ritmo atual de redução de desigualdades observado desde 1988. [...]

19 anos é o tempo que uma pessoa que recebe um salário mínimo teria que trabalhar para ganhar o equivalente a um mês da renda de um brasileiro do privilegiado grupo dos 0,1% mais ricos da população. [...]⁵

Ademais, muitos estudos brasileiros sobre a desigualdade tratam-na como um mal por si, e que, já por isso, deveria ser reduzida. De fato, busca-se uma justificção sobre a desigualdade e como atrelá-la ao conceito de “justiça” (o que muitas vezes se realiza mormente fundado da meritocracia, a qual é discutida e rechaçada por diversas linhas doutrinárias e políticas brasileiras).

Por outro lado, Marcos Mendes, Doutor em Economia pela Universidade de São Paulo e Consultor Econômico do Senado Federal brasileiro, no seu livro

intitulado *Inequality, Democracy and Growth in Brazil: a Country at the Crossroads of Economic Development*, busca não interpretar a desigualdade como um mal em si mesmo, mas sim entender como ela afeta a performance econômica de um país, proporcionando, desta maneira, uma novel e diferente justificativa para a redução das enormes e intrínsecas disparidades socioeconômicas.

Assim, salienta o autor que a grande desigualdade:

Tem sido uma característica singular da sociedade brasileira desde os primeiros anos de colonização. A desigualdade começa com a desigual distribuição de terra entre os primeiros colonizadores e tem se perpetuado durante os longos ciclos econômicos de produção de *commodities* baseada em grandes Estados e no trabalho escravo. A desigualdade persistiu mesmo após a abolição da escravatura, a industrialização e a urbanização.⁶ (tradução nossa)

Essa desigualdade, na contemporaneidade brasileira, pode ser diretamente observada na consolidação de dois dos maiores partidos políticos nacionais: Partido dos Trabalhadores – PT – e o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Como bem já indicou José Roberto de Toledo, “um candidato a vereador do PSDB é, em média, 57% mais rico do que um adversário do PT”⁷. Ainda, essa diferença reforça a aparência de que os “políticos, militantes e, em última análise, eleitores dos dois partidos têm origem social muito distinta. A imagem da diferença ficou estampada nas duas figuras de proa das duas agremiações: o operário Lula e o professor universitário Fernando Henrique Cardoso”⁸.

Conforme pesquisas estaduais realizadas pelo Ibope em agosto de 2018 para as eleições, o ex-presidente Lula teve pelo menos 50% das intenções de voto em todos os Estados do Nordeste, região essa onde se localizam os Estados mais pobres do país, e esses são os mesmos nos quais o então candidato a presidente Jair Bolsonaro – de linha majoritariamente considerada como de extrema direita – contava com os seus piores índices⁹.

Da mesma maneira em que essa diferenciação é observada, desde a escolha na adoção de determinados programas políticos até a influência nos governos por meio de lobbies e financiamento de campanhas, é de se perceber que a desigualdade social tem reflexos intrínsecos na política nacional.

A democracia, neste sentido, infelizmente caminha pelas vias do interesse e do potencial econômico – e de suas possibilidades institucionais de influência – em garantir que o arcabouço do Poder Público favoreça essa ou aquela posição política, em prol somente desse ou daquele grupo social:

A boa saúde de uma democracia depende de sociedades igualitárias: quanto maior a desigualdade e a interferência indevida de elites na definição de políticas, menor a crença das pessoas na capacidade da democracia melhorar suas condições de vida, e menor é a crença na democracia em si.¹⁰

Apesar disso, alguns estudiosos como Marcos de Barros Lisboa e Zeina Abdel Latif, respectivamente do Insper, Instituto de Ensino e Pesquisa, e do Gibraltar Consulting, chegam a afirmar que:

[A] pressão política das minorias organizadas pode ser tão influente quanto a econômica. Grupos minoritários, por exemplo, há muito vistos como sub-representados na arena política, tiveram suas demandas por políticas e benefícios específicos cada vez mais satisfeitos pela intervenção das agências governamentais. Chamamos esse fenômeno de captura inversa: em vez de órgãos públicos capturados por uma indústria regulada, os órgãos públicos são capturados por minorias organizadas.¹¹ (tradução nossa)

Em discordância da possibilidade factual de uso do termo “captura inversa”, pode-se observar a análise dos dados colhidos pela Agência Pública, a qual identificou como majoritárias e com maior influência no Congresso Nacional as bancadas de Empreiteiras e Construtoras; Evangélica; Agropecuária Ruralistas; e dos parentes (deputados com familiares políticos). Sobre a bancada Ruralista, a Pública descreve:

Os deputados federais da bancada ruralista, a Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA), uma das maiores e mais organizadas bancadas da Câmara dos Deputados, reúnem-se semanalmente durante um almoço em uma mansão no Lago Sul, bairro nobre de Brasília. Divulgado com antecedência também para a imprensa, o “cardápio” – nome dado pela assessoria própria da FPA às pautas que estarão em debate – na terça-feira (16) incluiu a tributação de produtos agrícolas, a indenização de propriedades quando desapropriadas e a indicação de membros para as comissões permanentes da Câmara dos Deputados, cuja composição é renovada a cada ano. Além do colegiado de Agricultura, os ruralistas estão de olho especialmente em outros dois: o de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) e o de Meio Ambiente.¹²

Por outro lado, mesmo havendo um exagero em se dizer que órgãos públicos estejam efetivamente sendo capturados por minorias organizadas como salientam Lisboa e Latif, é fato que a democracia brasileira tem proporcionado em diversos momentos ganhos de causa nos votos a partidos de cunho menos conservador, mais estatizante e igualmente mais à favor da distribuição de rendas, considerando propostas inauguralmente de esquerda; como nos votos a favor dos Governos Lula e Dilma – 2002 a 2014, e, no ano de 2018, os votos expressivos a Fernando Haddad, do PT – e sua vice Manuela D’Ávila do Pcdob –, e a de Ciro Gomes, do Partido Democrático Trabalhista – PDT.

Na mesma linha, só que agora no Congresso, a Agência Pública identifica a bancada dos direitos humanos:

Apesar do reduzido número de deputados que militam diariamente no combate da opressão às mulheres, à população LGBT, aos índios e populações tradicionais, do racismo e da violência estatal, a mobilização de setores da sociedade e da militância de causas específicas rendeu a esses deputados algumas vitórias parciais importantes ao longo dos últimos anos, mesmo com somente 23 parlamentares no seu núcleo duro. A própria PEC

215, por exemplo, obsessão ruralista desde que foi proposta, no ano 2000, somente no ano passado conseguiu avançar até estar pronta para a votação em plenário. *“Você pode ter uma bancada de dez aguerridos que vale por 300 que não se mobilizam. A influência de cada grupo também está associada ao número de integrantes, naturalmente, mas principalmente ao número dos que efetivamente têm compromisso com o tema”*, analisa Antônio Queiroz, diretor do Diap.¹³ (grifo nosso)

Estampando essa sinalização de grande parte da população para partidos de linha mais de esquerda, assinado pela então presidente do Brasil Dilma Rousseff, do PT, o Decreto 8.243/2014 instituía o que o governo chamou de uma nova política de participação social. Seu foco era a criação da Política Nacional de Participação Social (PNPS) e do Sistema Nacional de Participação Social (SNPS): Em relação ao PNPS, determina o art. 1º: “fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil”. O art. 4º indica os seus objetivos, quais sejam: consolidar a participação social como método de governo; promover a articulação das instâncias e dos mecanismos de participação social; aprimorar a relação do governo federal com a sociedade civil, respeitando a autonomia das partes; promover e consolidar a adoção de mecanismos de participação social nas políticas e programas de governo federal; desenvolver mecanismos de participação social nas etapas do ciclo de planejamento e orçamento; incentivar o uso e o desenvolvimento de metodologias que incorporem múltiplas formas de expressão e linguagens de participação social, desenvolver mecanismos de participação social acessíveis aos grupos sociais historicamente excluídos e aos vulneráveis; incentivar e promover ações e programas de apoio institucional, formação e qualificação em participação social para agentes públicos e sociedade civil; e incentivar a participação social nos entes federados.

Já em face do SNPS, coordenado pela Secretaria-Geral da Presidência da República, ele seria integrado pelas instâncias de participação social previstas no art. 6º do mesmo Decreto, ou seja: conselho de políticas públicas, comissão de políticas públicas, conferência nacional e ouvidoria pública federal. E igualmente “sem prejuízo da integração de outras formas de diálogo entre a administração pública federal e a sociedade civil” (art. 7º).

Juristas da qualidade de Dalmo Dallari e Fabio Comparato assinaram manifestação de apoio a este Decreto Presidencial. Baseados no princípio de que “quanto mais participação, mais qualificadas e próximas dos anseios da população serão as políticas públicas”¹⁴, em seus termos:

Entendemos que o decreto não viola nem usurpa as atribuições do Poder Legislativo, mas tão somente organiza as instâncias de participação social já existentes no Governo Federal e estabelece diretrizes para o seu funcionamento, nos termos e nos limites das atribuições conferidas ao Poder Executivo pelo art. 84, VI, “a” da Constituição Federal. Entendemos que o decreto representa um avanço para a democracia brasileira por estimular os órgãos e

entidades da administração pública federal direta e indireta a considerarem espaços e mecanismos de participação social, que possam auxiliar o processo de formulação e gestão de suas políticas.¹⁵

Assim, considera-se o Decreto 8.243/2014 “um passo importante na construção dos espaços e condições adequadas para o exercício da cidadania e na criação de uma sociedade mais democrática e ciente de suas possibilidades e limitações”¹⁶.

BREVES APONTAMENTOS: DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO E PROGRAMAS ELEITORAIS

Por outro lado, porém ainda em face do ambiente político, a diferenciação entre partidos de direita e partidos de esquerda no Brasil é em muitos momentos nebulosa, apesar da possibilidade de se identificar algumas características peculiares a cada um deles. Enquanto a linha de direita, em regra, privilegia a privatização das empresas públicas, a redução geral da carga tributária, uma maior restrição dos programas de distribuição de renda (como Bolsa-Família e Fome Zero) e a meritocracia do sistema capitalista; a esquerda tem como motes: uma maior concentração de empresas na mão do Estado, o aumento da carga tributária para a elite econômica, um substancial direcionamento do orçamento público para a distribuição de renda e a redução das desigualdades mediante políticas públicas.¹⁷

Para nos valermos de exemplos práticos entre os presidenciais de 2018 com maior número de votantes, enquanto Jair Bolsonaro, do PSL, propôs reformular o Estatuto do Desarmamento, defendendo o direito a posse e porte de arma de fogo por todos; e também defendendo redução de impostos, sendo contra taxação de grandes fortunas e heranças e contra novas tributações a empresários; Fernando Haddad do PT, por sua vez, objetivou aprimorar a política de controle de armas e munições, reforçando seu rastreamento; e tributar grandes movimentações financeiras, distribuição de lucros e dividendos e grandes patrimônios.¹⁸

Tais propostas, claramente, para estarem dotadas de factível aplicabilidade, devem estar de acordo com os ditames da Constituição Federal de 1988, para que não sejam objeto de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, os projetos políticos não devem estar em favor de um maior controle da elite do mercado sobre o governo, já que dito controle

[...] significa que os regulamentos, leis e instituições devem ser amplamente alinhados com, e subservientes aos interesses dos oligopólios. O objetivo final deste jogo de influência é fazer a sociedade ‘segura’ para o poder corporativo oligopolista. Busca-se, desta forma, alinhar os interesses e escopos dos acionistas com aqueles da diretoria da corporação. Uma segunda disfunção é o esforço em harmonizar os interesses da população com aqueles do poder oligopolista. Torna-se, assim, o bem-estar de todos como que dependente do sucesso da corporação. Isso ocorre e pode ser bem visualizado nos *stock*

markets, onde as empresas buscam suporte financeiro para suas ações. Diante desse quadro, os acionistas passam a contribuir para o alcance dos objetivos de lucro da empresa oligopolista. Outra situação é a da defesa dos interesses corporativos por políticos, os quais salvaguardam os direitos de grandes empresas e defendem argumentos nesse sentido como sendo inquestionavelmente de interesse público.

Dessa maneira, mesmo que contrarie os interesses mercadológicos, além da consideração em face da transparência sobre a constitucionalidade e legalidade das promessas e da concretização das políticas públicas, necessário que essas políticas estejam voltadas a assegurar a ampla dignidade tanto em curto quanto em médio e longo prazo.

CONCLUSÃO

Assim, considera-se por fim a necessidade de se dirimir a possibilidade de ingerência das políticas públicas enquanto somente condicionadas à consolidação de programas de cunho meramente paliativo, sem qualquer adoção de medidas que impactam no espectro mais futuro, ou seja, na estruturação de fundações para a sustentação permanente da qualidade de vida dos indivíduos e da sociedade; por outro lado, o planejamento político deve se atentar para não tornar o ambiente social condicionado às interferências dos agentes privados do mercado; o Estado deve analisar os contornos e a própria realização das políticas públicas conforme a Constituição Federal.

Os princípios estampados da Constituição, de redução das desigualdades sociais, da universalização da dignidade humana e de aplicação imediata dos direitos humanos fundamentais não podem ser deixados de lado, já que são enunciações prescritivas e mandamentais. E isso assim como os termos estabelecidos na Carta constitucional sobre a ordem econômica brasileira, essa a qual, portanto, deve ser deontologicamente observada mediante a sua regra matriz, enunciada no art. 170, que dita como finalidade a garantia a todos de existência digna, conforme os ditames da justiça social; além da necessidade de se fomentar programas de cunho democrático, os quais devem ser conduzidos proporcionalmente em face da própria Carta Magna, dos Direitos Humanos internacionais e das demandas públicas mediatas e imediatas.

NOTAS

- 1 MATSUSHITA, Thiago L. A regra-matriz de incidência e a regra-matriz da ordem econômica brasileira. In: XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2016, Bogotá. Libro de Memorias, 2015. v. 1. pp. 981-998.
- 2 MATSUSHITA, Thiago L. A regra-matriz de incidência e a regra-matriz da ordem econômica brasileira. In: XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2016, Bogotá. Libro de Memorias, 2015. v. 1. pp. 981-998.
- 3 SOUZA, Pedro Herculano G. F. de; MEDEIROS, Marcelo. The concentration of income at the top in Brazil, 2006-2014. Working Paper n. 163. International Policy Centre for Inclusive Growth, nov. 2017, p. 15.

- 4 OXFAM. Os números das desigualdades no Brasil. OXFAM Brasil. Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/o-que-fazemos/os-numeros-das-desigualdades-no-brasil>>. Acesso em 18 set. 2018.
- 5 OXFAM. Os números das desigualdades no Brasil. OXFAM Brasil. Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/o-que-fazemos/os-numeros-das-desigualdades-no-brasil>>. Acesso em 18 set. 2018.
- 6 “[...] has been a unique characteristic of Brazilian society since the first years of colonization. Inequality began with the unequal distribution of land among the first colonizers and has been perpetuated during the long economic cycles of commodities production based on large states and slave labor. Inequality persisted even after the abolition of slavery, industrialization, and urbanization”. In: MENDES, Marcos. *Inequality, Democracy and Growth in Brazil: a Country at the Crossroads of Economic Development*. Ebook: Elsevier, 2015.
- 7 TOLEDO, José Roberto de. Política e riqueza. Estadão. 19 jul. 2012. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/vox-publica/politica-e-riqueza/>>. Acesso em 22 set. 2018.
- 8 TOLEDO, José Roberto de. Política e riqueza. Estadão. 19 jul. 2012. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/vox-publica/politica-e-riqueza/>>. Acesso em 22 set. 2018.
- 9 GELAPE, Lucas. Pesquisas IBOPE: Lula atinge pelo menos 50% em todos os estados do nordeste e Bolsonaro é mais forte em RR, AC e DF. G1. 27 ago. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/08/27/pesquisas-ibope-lula-atinge-pelo-menos-50-em-todos-os-estados-do-nordeste-e-bolsonaro-e-mais-forte-em-rr-ac-e-df.ghtml>>. Acesso em 22 set. 2018.
- 10 GEORGES, Rafael; MAIA, Katia. A distância que nos une: um retrato das desigualdades brasileiras. OXFAM Brasil, set. 2017, p. 17.
- 11 “[the] political pressure by organized minorities may be as influential as economic ones. Minority groups, for example, long seen as underrepresented in the political arena, have had their demands for specific policies and benefits increasingly satisfied by government agencies intervention. We call this phenomenon reverse capture: Instead of public agencies captured by a regulated industry, public agencies are captured by organized minorities”. LISBOA, Marcos de B.; LATIF, Zeina A. *Democracy and growth in Brazil*. Insper Working Paper, 2013, p. 2. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2013/07/Democracy_and_Growth_in_Brazil.pdf>. Acesso em 23 set. 2018.
- 12 AGÊNCIA PÚBLICA. Conheça as 11 bancadas mais poderosas da Câmara. 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/conheca-as-11-bancadas-mais-poderosas-da-camara/>>. Acesso em 19 set. 2018.
- 13 AGÊNCIA PÚBLICA. Conheça as 11 bancadas mais poderosas da Câmara. 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/conheca-as-11-bancadas-mais-poderosas-da-camara/>>. Acesso em 19 set. 2018.
- 14 CAVALCANTI, Hylda. Política de participação social provoca embate entre Legislativo e Executivo. Rede Brasil Atual. 11 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2014/06/politica-de-participacao-social-e-alvo-de-novo-embate-entre-legislativo-e-executivo-2220.html>>. Acesso em 15 set. 2018.
- 15 CAVALCANTI, Hylda. Política de participação social provoca embate entre Legislativo e Executivo. Rede Brasil Atual. 11 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2014/06/politica-de-participacao-social-e-alvo-de-novo-embate-entre-legislativo-e-executivo-2220.html>>. Acesso em 15 set. 2018.
- 16 SUNDERMANN, Jorge; PEREIRA, José Roberto; ALVES, Claudemir Francisco; BRITO, Mozar José de. *Democracia Deliberativa: uma Análise do Decreto nº 8.243*. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, São Paulo, v. 21, n. 68, jan./abr. 2016, p. 37.

- 17 BBC. Eleições 2018: as propostas de todos os candidatos presidente do Brasil. 17 ago. 2018. <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45215784>>. Acesso em 24 set. 2018.
- 18 BBC. Eleições 2018: as propostas de todos os candidatos presidente do Brasil. 17 ago. 2018. <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45215784>>. Acesso em 24 set. 2018.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA PÚBLICA. *Conheça as 11 bancadas mais poderosas da Câmara*. 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/conheca-as-11-bancadas-mais-poderosas-da-camara/>>. Acesso em 19 set. 2018.
- BBC. *Eleições 2018: as propostas de todos os candidatos presidente do Brasil*. 17 ago. 2018. <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45215784>>. Acesso em 24 set. 2018.
- CAVALCANTI, Hylda. Política de participação social provoca embate entre Legislativo e Executivo. *Rede Brasil Atual*. 11 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2014/06/politica-de-participacao-social-e-alvo-de-novo-embate-entre-legislativo-e-executivo-2220.html>>. Acesso em 15 set. 2018.
- GELAPE, Lucas. Pesquisas IBOPE: Lula atinge pelo menos 50% em todos os estados do nordeste e Bolsonaro é mais forte em RR, AC e DF. **G1**. 27 ago. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/08/27/pesquisas-ibope-lula-atinge-pelo-menos-50-em-todos-os-estados-do-nordeste-e-bolsonaro-e-mais-forte-em-rr-ac-e-df.ghtml>>. Acesso em 22 set. 2018.
- GEORGES, Rafael; MAIA, Katia. A distância que nos une: um retrato das desigualdades brasileiras. OXFAM Brasil, set. 2017.
- LISBOA, Marcos de B.; LATIF, Zeina A. Democracy and growth in Brazil. Insper Working Paper, 2013, p. 2. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2013/07/Democracy_and_Growth_in_Brazil.pdf>. Acesso em 23 set. 2018.
- MATSUSHITA, Thiago L. A regra-matriz de incidência e a regra-matriz da ordem econômica brasileira. In: *XII Congresso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2016, Bogotá. Libro de Memorias, 2015. v. 1. pp. 981-998.
- MENDES, Marcos. *Inequality, Democracy and Growth in Brazil: a Country at the Crossroads of Economic Development*. Ebook: Elsevier, 2015.
- OXFAM. Os números das desigualdades no Brasil. OXFAM Brasil. Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/o-que-fazemos/os-numeros-das-desigualdades-no-brasil>>. Acesso em 18 set. 2018.
- SUNDERMANN, Jorge; PEREIRA, José Roberto; ALVES, Claudemir Francisco; BRITO, Mozar José de. Democracia Deliberativa: uma Análise do Decreto nº 8.243. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, São Paulo, v. 21, n. 68, jan./abr. 2016.
- SOUZA, Pedro Herculano G. F. de; MEDEIROS, Marcelo. The concentration of income at the top in Brazil, 2006-2014. Working Paper n. 163. International Policy Centre for Inclusive Growth, nov. 2017.
- TOLEDO, José Roberto de. Política e riqueza. Estadão. 19 jul. 2012. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/vox-publica/politica-e-riqueza/>>. Acesso em 22 set. 2018.



ARQUIVO PESSOAL

RODRIGO DE CAMARGO CAVALCANTI é Pós-Doutorado em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Professor e Pesquisador pelo Centro Universitário Alves Faria (Alfa).

“Enquanto não houver envolvimento de toda a nacionalidade, não se encontrará alternativa à sofrível performance da educação brasileira diante da comunidade internacional. Muito pior ainda, o Brasil não se capacitará a enfrentar os desafios postos pela 4ª Revolução Industrial, na qual já estamos todos imersos.”

■ POR JOSÉ RENATO NALINI

O compromisso cidadão para com a educação

A Constituição do Brasil de 1988, resultante de ambicioso complexo de aspirações, procurou constitucionalizar todos os temas de interesse nacional, fossem ou não materialmente constitucionais. Em relação à educação, converteu-a em direito de todos, mas em dever do Estado e da família, em colaboração com a sociedade¹. Elencou tríplice finalidade para o processo educacional: pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Não contente, indicou os princípios básicos para desenvolver o ensino: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII – garantia de padrão de qualidade; VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal².

Não cessa aí a preocupação do constituinte com a educação. Ela ocupa toda a Seção I do Capítulo III do Título VIII da Carta, incluindo os artigos de 205 a 214. Volta a contemplar a educação quando prevê, por exemplo, programas de formação na área da cultura³, quando se obriga a promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica⁴, com ênfase no apoio à formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia⁵ e sua incumbência na promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino⁶.

Não é pequena a responsabilidade estatal quanto à educação, portanto. Isso não significa a obtenção de indiscutível êxito durante estas três décadas de vigência da *Carta Cidadã*. A se confiar nos índices internacionais, notadamente aqueles propostos pela OCDE, o Brasil é um dos Países que evidencia maior déficit nos níveis de ensino aferidos a cada três anos pela avaliação que se convencionou chamar de PISA.

Existe alternativa a que se reverta esse melancólico panorama?

Examinemos as causas da fragilidade do sistema educacional brasileiro.

NÃO FALTA NORMATIVIDADE

O constituinte derivado não deixou de contemplar a educação com emendas ao texto original, desde a EC 11, de 30.4.1996, a EC 14, de 12.9.1996, a EC 19, de 4.6.1998, a EC 53, de 19.12.2006 e a EC 59, de 11.11.2009. Todas elas trazendo alterações à previsão fundante do que deva ser um exitoso projeto educacional.

Além de profuso trato no texto fundante, o legislador ordinário não economizou ao editar legislação subalterna.

Existe a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional⁷, a Lei que dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento e de valorização do magistério⁸, a Lei que estipula o salário-educação⁹, a Lei que estabelece a promoção gratuita da educação através de organizações da sociedade civil de interesse público¹⁰.

Objeto de lei foi a criação do Programa Diversidade na Universidade¹¹ e a instituição do Programa Universidade para Todos – PROUNI¹². Existe até lei que fixa a idade de 6 (seis) anos para o início do ensino fundamental obrigatório e altera para 9 (nove) anos seu estágio de duração¹³ e lei que disciplina o estágio do estudante, com vistas a seu treino para qualificar-se ao trabalho¹⁴.

A proliferação normativa repercute no âmbito dos Estados-Federados, no Distrito Federal e nos Municípios, todas entidades federativas providas de certa autonomia legislativa. O Parlamento legisla, o Executivo regulamenta por decreto e os braços operacionais – Ministério da Educação – MEC, Secretarias Estaduais e Municipais de Educação, Conselhos Estaduais e Municipais editam Portarias, Provimentos, Resoluções, Ordens de Serviço e um sem número de atos conducentes a fazer da educação um sistema organizado e adequado à obtenção de suas finalidades.

Para interpretar o cipoal do ordenamento, prolixo e redundante, não falta a tonelagem doutrinária típica aos países de orientação jurídica romano-germânica e a cornucópia de inúmeros matizes de uma intensa produção jurisprudencial.

Não é por falta de disciplina constitucional, legal e contida no pluralismo normativo em que estamos imersos que a educação brasileira fracassa. Por que será, então?

Reflitamos a respeito.

CAUSAS DA INEFICIÊNCIA DO SISTEMA

Justificativas para a fragilidade do sistema educacional brasileira não faltam. São inúmeras e recorrentemente ofertadas à lucidez pátria, sem que obtenham o consenso mínimo para a decisiva tomada de posição. O foco alvejado se condiciona à origem da crítica. Os setores costumam partir da realidade experimentada em seu espaço de atuação. Por isso, há uma variada seleção de argumentos, que podem ser escolhidos *à la carte*, de acordo com a convicção pessoal do interessado.

Minha proveniência, o sistema Justiça, me predispõe a iniciar o roteiro com a escassa eficácia do ordenamento, por melhor e mais bem inspirada tenha sido sua elaboração.

POUCO APREÇO AO ORDENAMENTO

Não é recente o descaso em relação à lei. Embora prepondere no discurso o respeito ao direito, confundindo-se o Estado de Direito com a concepção singular de Estado sob a lei, esta é um fetiche pouco observado.

Basta verificar o grau de pretensão do constituinte de 1988 quanto à definição de prioridades nacionais e o desprezível avanço em quase todas as políticas públicas relevantes.

Não é menor a desconsideração que a educação merece, quando cotejados os deveres impostos sobre os responsáveis por ela. Em todos os âmbitos.

O Brasil continua a ser a República em que há “leis que pegam” e “leis que não pegam!”. O que implica em reconhecer o acerto de Jean Cruet ao escrever o seu clássico livro “A vida do direito e a inutilidade das leis”, cuja epígrafe é auto-explicativa: “Sempre se viu a sociedade alterar as leis; nunca se viu a lei alterar a sociedade”.

Sobejam os textos disciplinadores do que deveria ser uma educação de qualidade. O atestado que se escancara e que só não enxerga quem não quer, é o da insuficiência da escola, dos métodos de ensino e aprendizagem para redimir o Brasil de fissuras que impedem o seu verdadeiro desenvolvimento. Ao contrário, aceleram a inacreditável marcha-a-ré que nos arremessa a níveis intoleráveis de atraso, quando comparados com outras Nações.

NEGLIGÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS

O constituinte não poderia ser mais explícito: a educação é um direito universal – de todos – mas um dever do Estado e da família, em colaboração com a sociedade.

O ESTADO

O Estado ostenta um discurso afinado com as expectativas comunitárias. A educação em primeiro lugar, a educação como única alternativa à sanação dos graves problemas brasileiros. Na prática, a educação não merece o olhar cuidadoso e atento do governante. Não raro, este considera a destinação obrigatória de recursos como uma inadmissível limitação à sua discricionariedade. Tributa aos profissionais da educação um sentimento misto entre o receio e a animosidade. Tem experiência com a articulação possível de seus fortes sindicatos nas intermináveis reivindicações. Recusa-se ao diálogo. Concessões, mesmo legítimas, são obtidas a fórceps.

Essa conduta envolve todos os partidos. É óbvio que o exemplo recente contempla aquele Partido que se impôs à Nação como o guardião da ética, o último bastião da política partidária em naufrágio de credibilidade. Mas ele também falhou na educação, como em quase todos os demais aspectos da governança. O ex-Ministro Renato Janine Ribeiro, que publicou livro com suas reflexões acerca da experiência no Ministério da Educação – A Pátria Educadora em Colapso, ed. Três Estrelas – teve a honestidade intelectual de declarar que “A educação mal tinha lugar na agenda da presidente. Ela estava preocupada em salvar a economia, com razão”¹⁵.

Uma das mais notórias máculas do processo político-partidário brasileiro é resultante do excessivo número de partidos, o que obriga ao famigerado “governo de coalizão”, com distribuição de verdadeiros “feudos” a siglas solidárias. Cada fatia do poder é repartida e serve aos objetivos imediatistas de quem se coligou. Houvera unidade de desígnios e a educação ganharia participação ativa de todas as áreas de governo. Isso não ocorre e a situação se agrava quando o “timing” do governante é a próxima eleição e o “timing” da educação é a próxima geração.

Algo ainda pior pode ocorrer. É a instrumentalização da educação para atender aos objetivos eleitorais. Obrigar os cargos de confiança a se empenharem nos projetos eleitorais de curto prazo. Usar a escola como ímã de votos. Isso é imperdoável e acontece.

Não é falta de dinheiro, como pode parecer ou como está na argumentação de muitos. O MEC, por exemplo: tem orçamento de 120 bilhões de reais. Todo absorvido por Universidades Federais em sua maior parte aparelhadas e em mais de 700 Institutos Federais que não suprem a deficiência do ensino fundamental. É na base que o brasileiro deixa de aprender a ler, a soletrar, a escrever e a se desempenhar razoavelmente nas operações aritméticas mais singelas. A ênfase no ensino superior não garante eficiência à missão de que o MEC se encarregou. Para o TCU, o sistema de avaliação do ensino superior do MEC não é capaz de expressar o nível de qualidade dos cursos universitários do país. “Ao contrário, superdimensiona em muitos casos a qualidade das graduações”... e, em relação ao ENADE, exame a que se submetem os concluintes, “é falho o enquadramento dos cursos nas respectivas áreas de avaliação do exame. A instituição de ensino é que define se o curso se encaixa na área avaliada”¹⁶.

Essa ausência de visão torna compreensível a conclamação a que o MEC seja extinto, o que foi pleiteado recentemente por um ex-Ministro da República¹⁷. Personagem que deve conhecer melhor do que nós o que se passa pelos Ministérios.

Se começamos mal, o edifício é construído sobre areia. Daí a proliferação de universidades particulares para uma formação sofrível em humanidades, sem a menor perspectiva de aproveitamento no mercado de trabalho, quando necessitamos é de profissionais técnicos de competência para as profissões que ainda sequer têm nome, originadas da profunda mutação da vida em virtude dos impactos da 4ª Revolução Industrial.

Os defeitos se replicam nas quatro esferas da assimétrica Federação Brasileira. E se agravam, pois encontram a rusticidade e o imediatismo como companhias preferidas dos eleitos nos recônditos em que a ignorância é a regra.

Atribui-se a vilania ao Governo, com foco na Administração a cargo do Executivo. Mas não é só ele que se utiliza de uma visão caolha quanto à educação. O Parlamento costuma elaborar infinitas leis inexecutáveis. Uma das sendas mais utilizadas é a inserção de novas disciplinas no currículo oficial. Já não bastassem as treze matérias exigíveis ao alunado do Ensino Médio, uma das causas da evasão escolar nessa faixa etária tão sensível.

Outro vezo é a instauração de CPIs para apuração de irregularidades, a instrumentalização das Comissões de Educação para hostilizar o partido responsável pelo Executivo, as requisições e requerimentos, pedidos de informação, interferência para a nomeação de cabos eleitorais para funções de confiança e outros episódios comuns na política partidária brasileira.

O Ministério Público se detém sobre questões recorrentes, quais a matrícula fora da faixa etária predeterminada e aciona o Judiciário de maneira intensa. Poucos os membros do Parquet interessados em colaborar para que a gestão pública da educação atinja os níveis necessários à redenção do Brasil, um dos piores exemplos de adequação do ensino às exigências contemporâneas.

O fenômeno da judicialização, que acometeu o setor da saúde, caminha a largos passos para inviabilizar também a educação. A interferência contínua

em microcosmos resulta em mobilização de setores burocráticos para atender aos reclamos ministeriais – ou da defensoria pública – deferidos pelo Judiciário. Enquanto isso, deriva-se o foco das questões macro, que precisariam ser tratadas de maneira racional e, o quanto possível, uniforme.

Também na educação a Justiça se faz “no varejo”, de maneira a causar injustiça “no atacado”. O atendimento a ordens judiciais que inviabilizam planejamento, cronologia e atendem prioritariamente a quem teve acesso ao Judiciário, privam outros de fruir dos benefícios do ensino público, notadamente em tempos de carestia. Afinal, a demanda é crescente e tende ao infinito, enquanto os recursos são escassos e desaparecem quando se adentra a uma policrise.

O STF tem atuado no sentido de considerar o direito social à educação um valor de primeiríssima dimensão. O Ministro Dias Toffoli, que ora assume a Presidência da Suprema Corte e do Conselho Nacional de Justiça, não desconhece a real situação da educação brasileira: “Os diagnósticos oficiais ainda apresentam alguns quadros preocupantes. Conforme se extrai dos dados oficiais mais recentes: a) 75% das crianças menores de 4 anos de idade não estão frequentando creches ou escolas; b) o índice de conclusão do Ensino Fundamental é de 76%, e o do Ensino Médio, de apenas 59%, ou seja, um grave cenário que indica que quatro em cada dez jovens de 19 anos de idade não concluem o Ensino Médio; c) o índice de evasão escolar no Ensino Médio é de 11,2%, enquanto que, no Ensino Fundamental, é de 3,6%; e d) os indivíduos brancos ainda têm uma média de anos de estudo (10,8 anos) superior à dos negros (9,5 anos)”¹⁸.

Tudo isso é conhecido. Prepondera, no universo do direito, uma visão maniqueísta e reducionista a respeito do papel do Estado e de suas obrigações em relação à cidadania. Aspecto que não passou obscuro ao tirocínio do Juiz Richard Pae Kim, ao observar: “Quando se parte do raciocínio de que incumbe ao Estado garantir todos esses direitos, em todas as suas dimensões, penso que cada vez mais nos afastamos, ainda que inconscientemente, do que é privado, do que é do indivíduo, das escolhas livres, para nos submetemos a um controle permanente do Poder Público, para uma dependência maior de todos em relação ao Estado. O império da Lei (constitucional ou infraconstitucional) e a ampliação do seu controle nos levam a autorizar a intervenção cada vez maior do Estado, seja por meio do governo (Executivo), seja por intermédio do Judiciário. A pergunta crucial, portanto, é a seguinte: qual o limite dessa legitimidade que entregamos ao Estado e até que ponto a dependência do privado ao que é público impedirá o livre agir, as escolhas dos indivíduos e da sociedade?”¹⁹.

Uma Constituição prenhe de direitos e módica ao elencar obrigações, responsabilidades e deveres, sustentou a ideologia ainda em vigor de que o Estado é o responsável por tudo. Desde a concepção, até o sepultamento, deve atender à integralidade das demandas. Com isso, emascula-se a energia suscetível de encaminhar a Nação ao ideal da Democracia Participativa. Algo muito mais sério do que a conjuntura a que a educação se subordina em nosso País nesta quadra histórica.

A FAMÍLIA

De que família se cuida? Houve época em que a família tipo era constituída pelo pai a exercer atividade externa e prover o sustento da casa. Pela mãe,

responsável pela faina doméstica e pelo treino social da prole. Em regra, e, pelo menos, um casal de filhos.

Essa família tipo, que chegou a ser 70% da configuração familiar brasileira há algumas décadas, é praticamente minoritária no século XXI. Há inúmeras formatações do núcleo de convivência afetiva que se convencionou chamar de família. Ocorre que a maioria delas não tem se desincumbido com eficiência do dever de educar.

As mães – principalmente elas – eram as titulares do currículo oculto ou do currículo implícito, que transmitia conteúdo essencial ao adequado adestramento social da criança. As palavras mágicas – muito obrigado, por favor, com licença, desculpe-me entre outras – eram o acervo típico da educação de berço, da qual não se podia prescindir.

O declínio dos valores, a moderna pedagogia, que se abeberou de um psicologismo simplista para acreditar que obediência, ordem, disciplina e regimento seriam fatores traumatizantes do infante, desobrigou o lar de fornecer as primeiras ferramentas de convívio.

Hoje a escola se ressentiu disso. Sob a forma de falta de respeito em relação aos professores, aos demais profissionais da educação e mesmo quanto às dependências físicas e estruturais da escola. Por isso o descrédito generalizado que incide sobre a profissão *professor*. Quantos alunos admitem hoje que optaram pelo Magistério como carreira para o futuro?²⁰

Não é para menos. Os professores têm medo da violência dos alunos e, pior ainda, dos pais dos alunos. Há violência física, mas também a violência tangível das palavras ásperas, do xingamento, da irreverência e do desrespeito. É o que explica o fato de estarem afastados da sala de aula da Rede Pública Estadual de São Paulo cerca de 70 mil dos 230 mil docentes em atividade. A maior parte deles sob alegação de depressão, estresse e as mais variadas síndromes adquiridas no desempenho de uma profissão de risco.

Outra vertente perigosa: parcela considerável das famílias não tem discernimento para acompanhar a vida escolar da prole. Seu interesse imediato é o de que ela seja transportada até à escola, a partir da porta de casa e que ali tenha refeição manipulada, ou seja, comida, prato substancioso, saboroso e nutritivo. Por isso a grande irritação quando, por motivos frequentes no sistema licitatório da Administração Pública, há contratos de manipulação interrompidos e a escola se vê obrigada a fornecer o que se chama “merenda seca”²¹. Ela é mais dispendiosa para o Estado do que a alimentação preparada por merendeiras. Mas não satisfaz a clientela.

Em regra, os pais também não interferem para coibir as abomináveis práticas registradas em inúmeros estabelecimentos de ensino público. A depredação, o vandalismo, a destruição de patrimônio do povo, considerado “propriedade do governo” e, portanto, “*res nullius*”.

Episódios lamentáveis constam da crônica da Secretaria da Educação do Estado de São Paulo – e não deve ser diferente nas demais unidades da Federação – como o entupimento de vasos sanitários com os rolos de papel higiênico recém-entregues à administração escolar. Desperdício de merenda, quebra de computadores, de ventiladores, de vidros e de portas. Pichação e maus tratos generalizados²².

Houve tempos no Brasil em que os pais, se chamados pela direção da escola para reclamação a respeito dos seus filhos, inequivocamente apoiavam a autoridade escolar. Hoje a regra se inverteu. É rotineira a defesa do mau aluno, que fica empoderado com a postura dos pais. Em detrimento da ordem, hierarquia e disciplina da unidade de ensino.

Frequência reduzida às reuniões das Associações de Pais e Mestres, assim como participação no saudável projeto “Escola da Família”, que abre as unidades escolares no fim de semana para atividades de agregação familiar e comunitária.

Quando a família se aproxima da escola – e isso existe, em proporção mínima, porém relevante – tudo vai melhor. O aproveitamento do conteúdo ministrado, a conduta, o respeito ao professor e aos funcionários e à estrutura física da escola. Para o ex-Ministro Antonio Cabrera, “Neste debate há um personagem que foi esquecido, representado pela figura dos pais. Eles pouco participam, quase nada são ouvidos e dificilmente são atendidos nas suas raras manifestações”²³.

Há um longo caminho a ser trilhado, até que a família se conscientize de que ninguém pode substituí-la como *primeira escola*, nicho de preservação dos valores e da tradição, sem cujo acervo não se atingirá a qualidade pretendida.

A SOCIEDADE

O constituinte encarregou a sociedade de colaborar com o desenvolvimento da educação. A sociedade civil mereceu singular atenção do elaborador do Pacto Fundante, pois é considerada artífice do modelo de Democracia Participativa. Não se implementará essa nova fórmula de convívio e de coordenação das vontades sociais sem o empenho efetivo da cidadania, cuja agregação forma a sociedade.

Um dos estímulos que o constituinte ofereceu ao associativismo está nos cinco incisos do art. 5º que contemplam a vocação gregária como forma natural de consecução de objetivos vitais. Essa previsão alavancou o fenômeno da multiplicação dos organismos sociais, de participação intensa em inúmeros setores da convivência.

Há experiências exitosas na esfera educacional, mas o envolvimento da cidadania precisaria ser muito mais intenso para surtir efeitos, tamanha a defasagem brasileira nessa área.

Recente pesquisa levada a cabo pelo movimento “Todos pela Educação” apurou que o brasileiro, se tivesse uma renda extra, investiria na educação de seus filhos²⁴. Para Priscila Cruz, “a má notícia é que esse dado mostra que deixaram de confiar no poder público e, conseqüentemente, de nutrir expectativas de que dele venha uma educação de qualidade”²⁵. Ou seja: confirma-se a conclusão de que a sociedade não se sente responsável pela educação, que é missão praticamente exclusiva do Governo.

É óbvio que “o panorama atual reflete uma herança de anos de descaso e negligência com o tema. E não há possibilidade de vivermos num país socialmente mais justo, economicamente mais competitivo, inovador, seguro, saudável e ético sem educação de qualidade para todos”²⁶. Todavia, o que a sociedade tem feito para compelir o Governo a fazer sua parte, sem declinar de sua própria responsabilidade e aquela cometida à família?

A experiência de vinte e seis meses à frente da Secretaria da Educação do Estado de São Paulo permitiu constatar que os servidores de carreira da Pasta nem sempre consideram válida a aproximação de entidades criadas para fomentar a qualidade da educação. Resistem à implementação de projetos elaborados sem a participação dos profissionais com longa experiência no ensino público, têm ojeriza a consultorias e enxergam com ceticismo os resultados obtidos em propostas com prazo exíguo. Quase sempre coincidentes com os planos eleitorais dos governantes, que não se interessam por projetos a longo prazo.

Uma iniciativa que produziu saudáveis efeitos, foi o projeto “Adoção Afetiva”, durante a gestão 2016-2018 na Secretaria da Educação Paulista. Mais de cinco mil ofícios e investidas verbais, conclamando agentes a assumirem afetivamente escolas estaduais carentes de atenção. Empresas, bancos, associações, Rotary Club, times de futebol, Igrejas, Maçonaria, pessoas físicas e descendentes dos patronímicos. todos foram acionados e houve algumas respostas positivas, que geraram 1.300 adoções, das 5.400 possíveis.

Associações como as das delegações extrajudiciais acorreram ao chamado e há experiências edificantes em todo o Estado. É uma fórmula de fazer com que a sociedade civil, por intermédio de entidades já institucionalizadas, se aproxime desse universo tão fragilizado que é a Rede Pública da Educação brasileira.

Enquanto não houver envolvimento de toda a nacionalidade, não se encontrará alternativa à sofrível performance da educação brasileira diante da comunidade internacional. Muito pior ainda, o Brasil não se capacitará a enfrentar os desafios postos pela 4ª Revolução Industrial, na qual já estamos todos imersos.

VISÃO EQUIVOCADA

A questão educacional brasileira não se restringe à escola pública. As escolas particulares também funcionam insatisfatoriamente, a se acreditar nas avaliações promovidas pelo MEC.

Existe um senso comum para fazer crer que a iniciativa privada é sempre e muito superior à escola pública. É uma semi-verdade. Os resultados do ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio evidenciam o abismo que separa a escola estatal da escola particular, mas aqui também o ensino é desigual.

Apurou-se que das 1.163 escolas privadas com alunos de nível socioeconômico “muito alto”, “alto” e “médio alto”, 418, ou 36% delas, não alcançaram os níveis que precisariam atingir²⁷. Inegável que o nível socioeconômico dos alunos influencia o seu rendimento escolar. Mas porque escolas que abrigam estudantes de famílias bem situadas econômica e financeiramente não oferecem resultado compatível com o investimento que neles se faz?

Algo que merece reflexão atenta por parte de todos os educadores é o de que o ensino brasileiro parece haver perdido o rumo da contemporaneidade. Ouve-se com reiterada frequência que os edifícios escolares são do século XIX, os conteúdos do século XX e o alunado é do século XXI.

É de se repensar o método hoje utilizado para o ensino-aprendizagem. Raciocina-se ainda em termos de um detentor do conhecimento, que ministra lições a uma tábula rasa – o aluno – vazio de conteúdo e que assimilará o conteúdo transmitido pelo mestre.

Só que a sociedade da era digital é aquela caracterizada pelo acesso facilitado e amplificado de todo o acervo de informações coletado pelas redes e disponibilizado a quem se utiliza de um mobile. O Brasil, com seus 207 milhões de habitantes, conta com 250 milhões de mobiles – celulares, smartphones, tablets, computadores pessoais – o que significa posse e uso de mais de um aparelho por pessoa.

A defasagem do ensino é constatada principalmente na fase juvenil do chamado Ensino Médio. É aqui que reside a maior evasão do alunado. Enquanto a criança ainda é retida na sala de aula sem grandes traumas, o jovem não suporta aulas prelecionadas ministradas em topografia adversa, com as superadas fileiras de carteiras que distanciam o aprendiz do mestre. Ao aluno sentado na última carteira, resta apreciar a nuca dos seus colegas à frente e distrair-se com a consulta ao celular ou à fuga ao presente, na divagação que o distrai e o faz permanecer imobilizado na sala, durante longos cinquenta minutos de cada aula.

O Ensino Médio conta hoje com treze disciplinas, todas elas entre si desconcatenadas, desvinculadas de qualquer aspecto prático, sem o elo que permitiria ao educando ter noção do que significa para ele aprender aquele conteúdo. Qual o significado para a sua vida futura, em decorar coletivos, ou fazer análises sintáticas ou resolver equações com as quais ele não encontra liame de utilidade?

Ensina-se mal, avalia-se de forma ainda pior. Quem aprende tem de reconstituir o exato teor daquilo que aprendeu. Não se questiona se houve compreensão ou entendimento. Basta decorar. Memorizar. Saber repetir exatamente aquilo que foi transmitido.

Verdade que o MEC está preocupado com a situação e se propôs a renovar o Ensino Médio. Mas não há consenso a respeito. Cesar Callegari, que foi Secretário da Educação do Município de São Paulo, é membro do Conselho Nacional de Educação e foi responsável pela Faculdade de Educação do SESI, propõe, simplesmente, a revogação da lei do Ensino Médio²⁸. Para ele, a Lei nº 13.415/2017, “é excludente, reducionista e pode acentuar as graves desigualdades educacionais brasileiras”²⁹. Observa que, “na contramão do que se pensou, a nova lei do ensino médio reduz esses direitos – de aprendizagem e respectivos deveres educacionais do Estado e da sociedade para com as crianças e jovens brasileiros – ao que puder ser incluído em até 1.800 horas, cerca de 60% da atual carga horária. Quantos conhecimentos de matemática, filosofia, física, história e outras matérias serão excluídos do campo dos direitos e obrigações e abandonados no terreno das incertezas, dependendo de condições, em geral precárias, e das vontades por vezes poucas?”³⁰.

Raros os consensos no Brasil, seja para o que for. Mas em relação à educação, muitas as vozes que reconhecem o anacronismo e a superação da metodologia hoje ainda em uso. 

NOTAS

- 1 Artigo 205 da CF: *A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*
- 2 Artigo 206 da CF. O parágrafo único reza: *A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

- 3 Inciso VIII do § 2º do art. 216 da CF.
- 4 Artigo 218, *caput*, da CF.
- 5 Parágrafo 3º do art. 218 da CF.
- 6 Inciso VI do § 1º do art. 225 da CF.
- 7 Lei nº 9.394, de 20.12.1996.
- 8 Lei nº 9.424, de 14.12.1996.
- 9 Lei nº 9.766, de 18.12.1998.
- 10 Lei nº 9.790, de 23.03.1999.
- 11 Lei nº 10.558, de 13.11.2002.
- 12 Lei nº 10.096, de 12.01.2005.
- 13 Lei nº 11.274, de 06.02.2006.
- 14 Lei nº 11.788, de 25.09.2008.
- 15 SCHWARTZ, Christian, *Uma escada imoral? O mal da ideia de que boa escola tem quem pode pagar*, FSP, 6.7.2018, p.A3.
- 16 SALDAÑA, Paulo, *Avaliação de curso superior é falha, diz TCU*, FSP, 16.6.2018, p.B1.
- 17 CABRERA, Antonio, *Pelo fim do Ministério da Educação*, in FSP de 12.6.2018, p.A3. O ex-Ministro da Agricultura-1990-1992 parte da constatação de que a estrutura gigantesca do MEC “é um desperdício incalculável de dinheiro público e que quem sai ganhando com esse aparato são a burocracia, os políticos e os sindicatos”. A proposta é empoderar os diretores, os pais e “o MEC deve ser abolido porque é caro e ineficaz, é injusto e antiético”.
- 18 TOFFOLI, José Antonio Dias, *Fomentar o debate sobre o fenômeno da judicialização da Educação no Brasil*, in *Reflexões sobre Justiça e Educação*, coord. Todos pela Educação, Editora Moderna, São Paulo, 2017, p.9, citando fontes Pnad/IBGE 2015, Inep/MEC divulgado em 2017.
- 19 KIM, Richard Pae, *O direito social à Educação e a jurisprudência da Suprema Corte do Brasil: o garantismo e a negação ao ativismo judicial*, in *Reflexões sobre Justiça e Educação*, cit, p.23.
- 20 A sensação derivada de experiência em visita a inúmeras salas de aula da escola pública paulista é compartilhada por outros observadores. O texto ..., da FSP de 16.07.2018 é bem eloquente: apenas 2,4% dos alunos tem coragem de se definir pela profissão docente. Demonstração de que essa é uma carreira em baixa.
- 21 “Merenda Seca”, em SP, é um kit contendo caixinha de refrigerante, de achocolatado, bolacha doce e salgada, bolo e uma fruta.
- 22 Uma escola estadual do centro de São Paulo, entregou ao alunado a tarefa de grafita-la. As salas ostentam a frase “Seja Marginal: Seja Herói” e um quadro reproduz uma cena bem significativa: um policial militar fugindo de alunos que arremetem livros contra ele.
- 23 CABRERA, Antonio, op.cit., idem, ibidem.
- 24 CRUZ, Priscila, Presidente Executiva do *Todos pela Educação*, in *O Brasileiro quer educação para já*, O Estado de São Paulo de 10.3.2018, p.A2. A pesquisa foi realizada pela empresa Ideia Big Data, a pedido do Movimento *Todos pela Educação*.
- 25 CRUZ, Priscila, idem, ibidem.
- 26 CRUZ, Priscila, idem, ibidem.
- 27 O jornal Folha de São Paulo tabulou os dados brutos do ENEM 2017 divulgados pelo MEC e foram consideradas escolas com pelo menos 61 estudantes no 3º ano do ensino médio, o grupo que mais se aproxima de escolas brasileiras. O resultado foi de que 1 a cada 3 escolas particulares de ricos tem nota no ENEM abaixo do esperado (FSP, 29.6.2018, p.B1).
- 28 CALLEGARI, Cesar, *Revogar a lei do ensino médio*, FSP, 3.7.2018, p.A3.
- 29 CALLEGARI, Cesar, op.cit., idem, ibidem.
- 30 CALLEGARI, Cesar, op.cit., idem, ibidem.



ARQUIVO PESSOAL

JOSÉ RENATO NALINI é Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela USP. Desembargador aposentado do TJSP, foi seu presidente no biênio 2014/2015.

“Após trinta anos da Constituição de 1988 que valorizou tanto o ideário ambiental, há uma inegável desconexão entre a letra e o mundo, mas há também em diversos setores sociais uma viva esperança ativa de que nos tornamos, cotidiana e perseverantemente, agentes em busca da constituição valorativa e ética da sustentabilidade no Brasil.”

■ POR TERESA VILLAC

Desenvolvimento (in)sustentável?

Trinta anos após a Constituição Federal de 1988, quais as reflexões a se efetivar sobre as questões ambientais? Se é inquestionável o avanço decorrente do patamar conferido ao meio ambiente pela letra constituinte, no Brasil, hoje, a ferida ambiental está aberta.

Concepção sistêmica de Estado que decorra da conjugação do direito de todos ao meio ambiente, com o dever estatal na sua defesa e preservação e zelo ambiental como princípio norteador das atividades econômicas acarreta mudanças ontológicas no modelo de desenvolvimento a se perseguir e implementar.

Desenvolvimento para quê?

Assim, se as perguntas mais básicas são as mais importantes, por não as fazermos e permanecermos silentes, é que delas se apropriam atores sociais para um mau uso da retórica e para a reprodutibilidade de conceitos, padrões e realidades que acabam por afastarmo-nos, como indivíduos e sociedade, cada vez mais das prescrições constitucionais sobre meio ambiente.

Se os princípios e fundamentos da República Federativa do Brasil iluminam a soberania, cidadania, dignidade humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa, pluralismo político, em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e da marginalização, com redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos e discriminações, qual o modelo de desenvolvimento nacional a se planejar e efetivar em políticas públicas?

Crescimento econômico? Incentivo ao consumo desarrazoado, irresponsável e anti-ético? Geração crescente de resíduos e não destinação ambiental adequada? Lixões? Subsistência indigna de catadores? Não inclusão social? Monocultura massiva? Redução de áreas protegidas e desproteção de minorias?

O lamentável atrelamento, ainda existente, do desenvolvimento à ideia de crescimento econômico acarreta distorções ao ideário constitucional e o afastamento do tanto quanto almeja a Constituição Federal de 1988 em seus arts. 1º, 3º e 225. A consequência? Um cenário de retrocessos ambientais, não fortalecimento de políticas públicas socioambientais e não disseminação de ações para o reforço da cidadania.

O porvir já chegou e a avaliação não é positiva. De cidadãos passamos a consumidores.

Além da necessidade de superar a visão de crescimento econômico como um fim em si mesmo, o desenvolvimento sustentável brasileiro ainda engatinha para firmar-se e conceitualmente avançar para concepção que não o encapsule eternamente nos três pilares (ambiental, social e econômico), passando a considerar também dimensões éticas e culturais, mais consentâneas com a complexidade da realidade contemporânea, plural, muitas vezes contraditória e diversa.

Em reforço, aos agentes do Direito sensibilizados com as problemáticas socioambientais apresenta-se a responsabilidade ética na assunção de um agir com interligação com outros campos do conhecimento, em visão articulada e sistêmica, compreensiva de que a interdisciplinaridade fortalece a compreensão de mundo e dos limites que há em um olhar jurídico fechado em si mesmo. Sociologia, filosofia, economia, educação, políticas públicas e gestão pública: aumenta-se o horizonte porque, afinal, nos dizeres da educação ambiental, somos todos aprendizes.

Sim, após trinta anos da Constituição de 1988 que valorizou tanto o ideário ambiental, há uma inegável desconexão entre a letra e o mundo, mas há também em diversos setores sociais uma viva esperança ativa de que nos tornamos, cotidiana e perseverantemente, agentes em busca da constituição valorativa e ética da sustentabilidade no Brasil.



ARQUIVO PESSOAL

TERESA VILLAC é Filósofa, Doutora em Ciência Ambiental, advogada e escritora, atua nas áreas de educação ambiental, ética, consumo e sustentabilidade.

“Importa cumprir plenamente a Constituição, como melhor expressão de memória de sua promulgação. Importa ajustá-la aos tempos e aos momentos, respeitada a prudência e a maturidade que se exige no trato da seguridade social.”

■ POR WAGNER BALERA

Uma Constituição mutante e seus trinta anos de mutações

A Constituição, ao armar o edifício da Seguridade Social, estabeleceu um conjunto de garantias que se destinam a conferir proteção e a promover o bem-estar e a justiça sociais.

A legislação, para estar em harmonia com a Constituição, deve se conduzir de modo a proporcionar bem-estar e justiça. Em poucas palavras: todos os preceitos legais devem irradiar seguridade, expressão que, no direito em geral é sinônima da certeza, da segurança das relações jurídicas.

Tudo isso, é bom que se diga, é contrariado pelas modificações que restringem direitos pacientemente conquistados pela comunidade de beneficiários.

Eis como identifico, em preliminar, as alterações constitucionais que, em cascata, parecem querer derruir todo o arcabouço de proteção social engendrado pelo constituinte.

São exemplos cabais desse modo de operar normativo não apenas as modificações constitucionais de grande envergadura, como as que foram levadas a efeito pelas Emendas Constitucionais nºs 20, de 1998, 41, de 2003, e 47, de 2005. Aliás, essas duas últimas emendas chegaram ao cúmulo de serem discutidas em paralelo, quase que uma rebelando-se com o texto da outra que nem mesmo fora promulgado.

O clima de insegurança jurídica, como ressalta à evidência, foi sobremodo acirrado com a regulamentação por medidas provisórias que intentaram disciplinar o preceituário constitucional sem qualquer harmonia com o conjunto edificado pacientemente pelo constituinte originário.

Aliás, são inúmeras as medidas provisórias que afrontam, às abertas, a configuração constitucional da seguridade social, notadamente aquela (reeditada diversas vezes e, agora eternizada pelo inconstitucional art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 2001) ora sob número 2.216-37, de 2001, que destrói o caráter democrático da gestão da seguridade social estabelecido pelo art. 194, § único, VII, da Constituição Cidadã.

Medidas provisórias não são veículos idôneos para tratar de seguridade social. Primeiro porque, se tudo nessa seara é relevante, nada é urgente, porque depende da precedência do custeio, com prazo mínimo de noventa dias, lapso de tempo mais do que suficiente para a apreciação comum de temas legais pelo Congresso Nacional ou, na hipótese de configuração de prestações, do prévio cumprimento de requisitos de elegibilidade que conferem a cada instituto a indispensável seguridade jurídica.

O DIREITO POSITIVO CONSTITUCIONAL

A Saúde

A Constituição lançou as bases essenciais para que o sistema jurídico prestigie o valor social do trabalho (art. 1º, IV) e, por conseguinte, a pessoa do

trabalhador. A este e aos respectivos dependentes é conferido extenso elenco de prestações de benefícios e serviços.

No âmbito da saúde, o mais abrangente dos programas de seguridade – porque se compromete com o atendimento integral (art. 198, II) – as prestações objetivam reduzir o risco de doença e promover o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

Mas, cumpre indagar, posto que os trinta anos de vigência da Constituição configuram boa oportunidade para um balanço, essa meta tão abrangente ganhou efetividade?

E, lamentavelmente, a resposta é negativa.

Basta que se acompanhe, com atenção, o impressionante volume de medidas judiciais que tem sido intentadas pelos beneficiários em busca de prestações de saúde.

E, em obediência à brevidade, não podemos deixar de apontar a mais elementar das explicações para a inefetividade do setor: a insuficiência de recursos financeiros.

A Previdência Social

Eis o setor que mais diretamente sofreu o impacto da ânsia reformadora da Constituição.

É fora de dúvida que o eixo principal da reforma previdenciária de 1998 é, em tudo e por tudo, conforme com o magno princípio da isonomia, que encabeça o artigo 5º da Lei as Leis.

A isonomia impõe que um único regime geral de previdência social cubra toda a comunidade de trabalhadores e de seus dependentes.

Portanto, cumpre que esse desiderato isonômico seja concretizado mediante a redução absoluta das assimetrias existentes entre o regime geral e os regimes próprios dos servidores públicos.

Dando continuidade a esse propósito, as Emendas Constitucionais nºs 41 e 47, em harmonia com a Emenda nº 20, avançaram na direção correta da isonomia.

Mas, ressalvadas as situações de legítimas expectativas de direito que devem ser respeitadas e as regras de transição que, a seu modo, acomodam situações distintas, é chegado o momento de idealizar a legislação geral única para todos aqueles que, doravante, ingressem no mundo do trabalho, assim na esfera privada como na pública.

Assistência Social

São os pobres os sujeitos de direito constitucional que devem merecer maior atenção e cuidado. Muitos deles, elegantemente denominados pessoas em situação de rua, não tem teto e vivem perambulando pelas cidades, debaixo de viadutos e de marquises de edifícios.

O que preocupa e impressiona é o fato de que foram ampliadas, a olhos vistos, as situações de exclusão social em nosso país.

Há os sem-terra, os sem-teto e os sem nada.

Esse contingente, que se conta em milhões e milhões de pessoas, é titular de direitos públicos subjetivos de seguridade social.

Fazem jus às prestações de inclusão social que, nos termos do preceituário constitucional devem ser aptas a erradicar a pobreza e a marginalização, e operar a redução das desigualdades sociais e regionais.

E, por não ter sido jamais formulada uma verdadeira política social em favor dessa enorme massa de desamparados (expressão do art. 6º da Lei Magna) a Constituição foi objeto da Emenda Constitucional nº 31, de dezembro de 2000, que criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza que, juntamente com os demais recursos a serem alocados no orçamento da seguridade social, devem prover os meios financeiros para que se promova a inclusão social dessa comunidade.

Mas, a verdadeira inclusão social só se dará com o ingresso de maiores contingentes de pessoas no mundo do trabalho e conseqüente cumprimento do objetivo constitucional da busca do pleno emprego.

É bem verdade que já se concretizou, em favor dos pobres, o benefício assistencial a que se refere o art. 203, V, da Constituição.

Mas, essa concreta conquista social está posta sob ameaça pela proposta de emenda constitucional que ora tramita no Congresso Nacional.

REFORMAS CONSTITUCIONAIS

O prazo para qualquer reforma constitucional deveria ser iniciado, em sede vestibular, pela oitiva dos setores interessados.

Já foram configurados, em obediência à gestão democrática do sistema, as conferências e conselhos de cada um dos setores da seguridade social que, como instância mais próximas da comunidade, deveriam por primeiro ser auscultados antes que o Poder Executivo, de modo unilateral, intentasse modificar o sistema, quase como desfigurando a construção projetada – e ainda em execução – por aqueles que receberam o mandato constituinte.

No cronograma tracejado pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para que a novel legislação de seguridade social adquirisse eficácia fora estabelecida a seguinte regra: em seis meses serão elaborados os projetos; nos seis meses subsequentes serão discutidos pelo Congresso Nacional e aprovados ou rejeitados e, finalmente, em dezoito meses serão implantados.

Parecem bem razoáveis esses prazos. Permitem a adequada assimilação, pela comunidade protegida, das modificações que afetarão a vida de todos por muitos e muitos anos.

Extraio, destarte, a seguinte conclusão: importa cumprir plenamente a Constituição, como melhor expressão de memória de sua promulgação. Importa ajustá-la aos tempos e aos momentos, respeitada a prudência e a maturidade que se exige no trato da seguridade social. 



ARQUIVO PESSOAL

WAGNER BALERA é professor de Direito Previdenciário na PUC-SP.

“A jovem Constituição brasileira, nascida que foi sob o estigma de um longo período de governos militares, reúne de forma detalhada duas grandes famílias de Direito, os de liberdade, representados pelos direitos civis e políticos, e os de igualdade, onde situam-se os direitos sociais. Assim, a premissa básica nos estados sociais e democráticos de direito reside em não haver liberdade efetiva onde não haja direitos sociais básicos. Essa é a condição política estruturante para a decantada promoção kantiana da igualdade de oportunidades.”

■ POR SERGIO VICTOR TAMER

Direitos sociais e pobreza: as dificuldades para dar efetividade à Constituição de 1988

Se as políticas públicas são precárias ou inexistentes para garantir direitos fundamentais sociais, como temos constatado nos últimos anos no Brasil, não podemos atribuir a culpa à Constituição. Ela fez a sua parte. A doutrina e a jurisprudência também. Mas na hora de dar efetividade à norma constitucional de natureza social o Poder Executivo se complica. O que se passa com o Brasil, uma economia pujante e moderna, mas atrasado socialmente?

Há, de fato, uma enorme dificuldade para fazer chegar os direitos sociais ao conjunto da sociedade e este é um tema constitucional de extrema importância, pois está vinculado à efetivação dessas normas fundamentais, sobretudo em um país como o nosso que guarda diferenças regionais e de desenvolvimento bastante acentuadas.

É certo que as constituições de natureza liberal-social, como a brasileira, ou a social-democrática, como a portuguesa e a espanhola, dão uma extraordinária importância à implementação dos direitos sociais e à dignidade da pessoa humana. No Brasil, o art. 1º da Constituição estabelece como um dos fundamentos do estado a dignidade da pessoa humana. A Constituição portuguesa de 1976, que teve uma grande influência sobre a primeira, igualmente estabelece em seu art. 1º que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana”. Na Constituição espanhola de 1978 se lê em seu art. 10.1 que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamento da ordem política e da paz social”.¹

Interpretando essa linha de pensamento constitucional e europeu o constitucionalista português Jorge Miranda² afirma que “de modo direto e evidente os direitos econômicos, sociais e culturais comuns tem a sua fonte ética localizada na dignidade da pessoa, de todas as pessoas”.

Sob esse enfoque, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais – que na Constituição brasileira aparece no art. 3º, III, como um dos objetivos fundamentais da República – vem sendo uma das maiores prioridades na construção de sociedades mais justas, ao mesmo tempo em que se reconhece cada vez mais que as causas e condições da pobreza são diferentes para homens e mulheres, negros e brancos. Por isso, há que reconhecer-se que as necessidades de mulheres e negros devem levar-se em conta de maneira explícita e efetiva nas estratégias para reduzir a pobreza bem como nas políticas de geração de emprego e renda.

Nesse panorama estamos celebrando os 30 anos de uma Constituição democrática que nos trouxe muitas promessas sociais e também, com elas, algumas frustrações. Nesse ponto, devemos sempre atentar para a advertência feita pelo cientista político Robert Dahal³ no sentido de que a democracia, para

que exista plenamente, tem que ir “de mãos dadas com vários companheiros de viagem, entre os quais estão a cultura política, o desenvolvimento econômico e a modernização social”. Entretanto, em nosso país, constatamos que a cultura política de natureza oligárquica e patrimonialista freia o desenvolvimento econômico e impede a modernização social, vale dizer, o acesso aos bens econômicos, culturais e sociais. Norberto Bobbio, em sua vasta obra, recorda que o desenvolvimento dos direitos humanos passou por três fases, uma das quais é a da proclamação dos direitos sociais que em sua concepção expressam a maturação das novas exigências, inclusive dos novos valores, como os de bem-estar e de igualdade não somente formal, que se poderiam chamar de liberdade “através” ou “por meio” do Estado.⁴ O próprio filósofo de Turín assinala, com absoluta propriedade, que

“[...] el argumento más fuerte dado por los reaccionarios de todos los países contra los derechos humanos, en especial contra los derechos sociales, no es ya la falta de fundamento en sí, sino su imposibilidad de realización. Cuando se trata de enunciarlos el acuerdo se consigue con relativa facilidad, independientemente de la mayor o menor convicción de su fundamento absoluto: cuando se trata de pasar a la acción, aunque fuese el fundamento indiscutible, comienzan las reservas y oposiciones.”⁵

Dessa forma e, seguindo a linha de raciocínio de BOBBIO, o problema a que nos defrontamos não é filosófico senão jurídico e, em sentido mais amplo, político. Não se tratam de averiguar “quais e quantos são esses direitos, qual é sua base e sua natureza, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, senão melhor dizendo qual é a maneira mais segura de garanti-los para impedir que sejam violados continuamente, apesar das declarações solenes”.

Com tais considerações preliminares realço aqui o fato de que a hipótese por nós averiguada foi no sentido de que a garantia judicial dos direitos sociais depende, em larga medida, da eficácia das políticas públicas bem como da eficácia dos instrumentos processuais de que dispõe o cidadão para o exercício desses direitos e, inclusive, com uma clara compreensão da função do Poder Judiciário no âmbito do Estado Social e Democrático de Direito, como propõe a Constituição brasileira que é, ela própria, uma síntese liberal-social. Temos, dessa forma, como premissa, que os indivíduos possuem direitos subjetivos às prestações estatais e às consequentes políticas públicas para fazê-los efetivos e que o Poder Judicial tem legitimidade e competência para assegurar o desfrute dos direitos sociais e provocar a execução das prestações e políticas sociais do Estado.⁶

Mas, como consequência dessas questões outros questionamentos chaves são necessários, como, por exemplo: a) Qual é o limite e extensão do exercício da função política, por parte do Poder Judiciário, no campo da garantia dos direitos sociais? b) É possível, sem afrontar o princípio clássico da harmonia

e independência entre os poderes, garantir direitos fundamentais omitidos pelas políticas públicas a cargo do Executivo? c) Que princípios constitucionais poderão prevalecer para a concretização dos direitos sociais por parte do Poder Judiciário?

O professor Ingo Sarlet⁷, seguindo a linha de outros autores de igual importância, aduz que admitir a sua plena judicialidade supõe colocar o controle da agenda política e do próprio orçamento estatal em mãos do Poder Judiciário e não do Parlamento. Por isso, defende que a lei se apresenta, com relação a esses direitos, como condição *sine qua non*, é dizer, a atuação legislativa se faz necessária para determinar o modo e os limites do direito, não a sua existência. Para o professor JJ Gomes CANOTILHO⁸, a violação do direito às prestações por parte do legislador inativo ou de um Executivo inerte equivale, em gravidade jurídico-constitucional à interferência ilícita no âmbito da liberdade e da propriedade dos cidadãos. Entendemos, nesse contexto, ainda que com certo dissenso, que a omissão legislativa ou de políticas públicas no que se refere à concessão de um padrão elementar de dignidade deve suprir-se por meio dos instrumentos processuais de garantia judicial. Portanto, consideramos que quando uma Constituição como a brasileira de 1988 – que agora completa 30 anos de existência – incorpora uma série de direitos sociais e adota uma cláusula explícita de auto-aplicabilidade, como a do § 1º do art. 5º⁹, a garantia efetiva dos direitos sociais passa a ser um dever político compartilhado por todas as esferas do poder do Estado, o que afasta a suposta ilegitimidade do Poder Judiciário¹⁰ ao assegurar, neste âmbito, as chamadas prestações positivas do Estado.

Todavia, no Brasil, em que pese as garantias legislativas e judiciais para tornar efetivo os direitos sociais, a estrutura cultural e política do Estado oferece um obstáculo suplementar a esse propósito. Tais obstáculos, contudo, não aparecem explícitos na doutrina jurídica nacional – que sequer os mencionam – bem como na doutrina internacional que via de regra elegem obstáculos de outra ordem para a efetivação desse direitos¹¹. No entanto, tais entraves, entre nós, são compostos por elementos culturais e políticos historicamente arraigados, e por isso detentores de um poder avassalador sobre o sistema de garantias de natureza prestacional a ponto de sufocá-lo e de oferecer um risco permanente à efetividade constitucional nessa área, a saber: 1) a burocratização; 2) a corrupção; 3) as políticas públicas ineficientes ou inexistentes; 4) os direitos sociais tomados como “assistencialismo social” em detrimento de seu caráter universal.

Indubitável é que a burocratização e a corrupção são como irmãos siamesas neste processo cultural e político. Uma alimenta a outra. E assim, tanto uma como outra, atuando em sua peculiar maneira de ser nas estruturas estatais, bloqueiam ou dificultam até à sua inefetividade as políticas públicas destinadas a cumprir os mandamentos constitucionais ou infraconstitucionais. Como se sabe, não há déficit legislativo no Brasil pois aqui temos lei para tudo, especialmente nesse campo. O que há é um retumbante fracasso na execução

das políticas públicas pois os direitos sociais passaram a cumprir, de forma demagógica, uma função partidária e eleitoral como fruto de uma prática assistencialista e clientelista, originárias que são de práticas oligárquicas e que se aperfeiçoaram com o tempo, passando por vários governos. Assim, falam-se nos comunicados oficiais para o fomento de programas governamentais em “direitos sociais” que na realidade nem são aqueles de natureza constitucional e sequer o são de assistência social- mas de simples programas de caráter eleitoral o que seria mais bem apropriado chamá-los de “assistencialismo social”.

Ressalte-se que esse partidarismo “assistencialista-eleitoral” se localiza tanto no âmbito federal quanto na esfera estadual e municipal do poder político. Uma prática que, lamentavelmente, desvirtua o caráter universal desses direitos e compromete a sua eficácia plena.

CONCLUSÕES

A jovem Constituição brasileira, nascida que foi sob o estigma de um longo período de governos militares, reúne de forma detalhada duas grandes famílias de Direito, os de liberdade, representados pelos direitos civis e políticos, e os de igualdade, onde situam-se os direitos sociais.

Assim, a premissa básica nos estados sociais e democráticos de direito reside em não haver liberdade efetiva onde não haja direitos sociais básicos. Essa é a condição política estruturante para a decantada promoção kantiana da igualdade de oportunidades.

Democracia, desenvolvimento e direitos humanos – ainda que não seja possível encontrar plenamente atendidos nos Estados contemporâneos, passaram a ser indispensáveis para legitimar esses mesmos Estados.

O princípio da dignidade da pessoa humana ganha destaque, nesse cenário, como valor supremo, e passa a ser a fonte por excelência dos direitos fundamentais. Mas o grande desafio para o constitucionalismo social continua sendo o de reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade.¹²

Por fim, não culpemos a Constituição de 1988 pelas transgressões e desvirtuamos a que ela tem se submetido, ora por práticas abusivas do Executivo ora por excesso de invocações principiológicas e de teorias estapafúrdias adotadas em profusão por eminentes membros do Judiciário a mitigar o caráter soberano de suas normas que, ao fim e ao cabo, se reescrevem em cada julgado. E se é verdade que a Constituição democrática é a “união do povo com o Estado” deixemos que esse casamento seja duradouro, ainda que em meio às suas relações conflituosas, evitando, assim, tantas infidelidades constitucionais... 

NOTAS

1 SSTC 214/1991, de 11 de noviembre (dignidad como límite a la libertad de expresión); 7/1983, de 14 de febrero, y 59/1993, de 15 de febrero (imprescriptibilidad de los derechos

- fundamentales), y 73/1986, de 3 de junio (interpretación del ordenamiento de la manera más favorable a los derechos fundamentales) – Leyes Políticas del Estado, 22ª ed. act. septiembre de 2004, pág.40, Civitas Ediciones, Madrid.
- 2 MIRANDA, ob. cit., *Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 3. ed., p. 181.
 - 3 DAHL, Robert. *La democracia – una guía para los ciudadanos*. Madrid, Santillana de Ediciones, 1999.
 _____ *La poliarquía – participación y oposición*. Madrid, editorial Tecnos, 2ª edición, 2002.
 - 4 BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid, Editorial Sistema, 1991, traducción de Rafael de Asís Roig, p. 70.
 - 5 BOBBIOBOBBIO, ob. cit., p. 61.
 - 6 Vide, nesse tema, meus trabalhos: ATOS POLITICOS E DIREITOS SOCIAIS NAS DEMOCRACIAS, Porto Alegre, Fabris, 2005; e, LA GARANTÍA JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES Y SU LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA, Salamanca, Ratio Legis, 2018.
 - 7 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011, 10. ed.
 - 8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2. ed., 2001.
 - 9 “Art.5º Todos son iguales frente a la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a libertad, a igualdad, a seguridad y a propiedad, en los términos siguientes: (...) § 1º Las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata.”
 - 10 Conf. BONAVIDES, Paulo *in Ciência Política*. São Paulo, Malheiros, 10. ed., 1997, pág.140, anotamos: “El genio político de Montesquieu no se ciñó a teorizar acerca de la naturaleza de los tres poderes, sino que engendró del mismo paso la técnica que conduciría al equilibrio de los mismos poderes, distinguiendo la facultad de establecer (faculté de statuer) de la facultad de impedir (faculté d’empêcher). Como la naturaleza de las cosas no permite la inmovilidad de los poderes, pero si su constante movimiento, ellos están obligados a actuar “de concierto”, armónicos, y las facultades enunciadas de establecer y de impedir anticipan ya la llamada técnica de los checks and balances, de los pesos y contrapesos, desarrollada posteriormente por Bolingbroke en Inglaterra, durante el Siglo XVIII”.
 - 11 “Los principales argumentos esgrimidos en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales son: 1) falta de legitimidad democrática de los jueces; 2) indeterminación y vaguedad de los derechos sociales y de la conducta estatal que éstos exigen; 3) el carácter prestacional económicamente gravoso de estos derechos; 4) la ausencia de mecanismos procesales idóneos; 5) la falta de tradición jurisdiccional de tutela de estos derechos.” – Sahián, José Humberto, *in* tese de doutorado apresentada na Universidade Complutense de Madrid, intitulada: “Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores. Progresividad y control de regresividad de los derechos de los consumidores”. Madrid, 2017.
 - 12 FERRAJOLI,



SERGIO VICTOR TAMER é advogado e professor, mestre em Direito Público pela UFPE; doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca; e presidente do Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública – CECGP.

“O processo penal, enquanto “caminho necessário para a pena”, é, como bem pondera Claus Roxin, um sismógrafo da Constituição. Disso decorre a necessidade de respeito máximo às garantias penais e processuais penais. Aceitar a criação de exceções – principalmente em momentos de grande debate institucional –, é realizar um retrocesso no sistema penal que certamente se tornará incontável.”

■ POR DÉCIO FRANCO DAVID

Execução antecipada de pena: o terremoto da garantia constitucional do estado de inocência

“Dando no meu corpo, aquele ar me falou em gritos de liberdade.
Mas liberdade – aposto – ainda é só alegria de um pobre
caminhozinho, no dentro do ferro de grandes prisões.
Tem uma verdade que se carece de aprender, do encoberto,
e que ninguém não ensina: o beco para a liberdade se fazer.
Sou um homem ignorante.
Mas, me diga o senhor: a vida não é cousa terrível?”¹

Guimarães Rosa

Em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, que a pendência de recursos Especial ou Extraordinário não obsta o cumprimento prévio de pena privativa de liberdade. Indiscutivelmente, o julgado causou um terremoto no sistema penal e se tornou um dos principais *leading case* dos últimos anos. Principalmente, por modificar o entendimento consolidado anteriormente no julgamento do HC nº 84.078/MG. Por tal razão, nada mais justo que tratar deste tema em um breve ensaio sobre os 30 anos da Constituição Brasileira, haja vista que diariamente são apresentados novos argumentos para desistir da proposta garantista constitucional e passar à adoção de mecanismos produtores de uma segurança putativa agregada à satisfação social baseada na ideia de que o problema é do (ou o) outro. Tudo isso produz sismos que acionam o *Quake Red Alert* do sistema jurídico-penal.

O estado de inocência de todo cidadão é uma conquista que acompanha a evolução da formação dos Estados modernos como mecanismos de limitação do poderio punitivo estatal, estando determinado constitucionalmente no artigo 5º, inciso LVII da CF. Conforme já preceituado em outra oportunidade, a presunção de inocência pode ser compreendida como uma das garantias derivadas do princípio da culpabilidade². Essa fundamentação vinculada ao alusivo princípio auxilia na compreensão da amplitude e aplicabilidade da referida garantia e sua melhor observância dentro dos ditames constitucionais. Observa-se, com Juarez Cirino dos Santos, que o princípio da culpabilidade é o segundo instrumento mais importante de proteção individual no Estado Democrático de Direito, porque proíbe punir pessoas que não preenchem os requisitos do juízo de reprovação³.

É verificável que o princípio da culpabilidade tem origem no reconhecimento do ser humano enquanto valor universal. Deste modo, suas raízes estão dispostas na filosofia cristã da Idade Média em razão do pensamento de respeito ao próximo⁴. Tradicionalmente atribui-se ao princípio um triplo sentido: a) Fundamento da pena (imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa); b) Graduação (elemento de determinação ou medição) de Pena; e, c) Fixação de dolo ou culpa (oposição à responsabilidade objetiva)⁵. Desse triplo sentido resultam três consequências: a) a culpabilidade é a medida da pena; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; e, c) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado⁶.

Fernando Galvão, por sua vez, defende que a “garantia da culpabilidade exige a precisa identificação do objeto do juízo de valoração”⁷, motivo pelo qual, a culpabilidade “não pode ser conceito meramente formal e vazio de conteúdo, pois, caso contrário, o indivíduo submete-se ao incontrollável e imprevisível”⁸. Por esta razão, deve-se sempre levar em consideração que o princípio da culpabilidade está atrelado à “norma constitucional que proclama a dignidade da pessoa humana como um dos primeiros fundamentos da República (art. 1, III)”⁹. Eis, então, que as três consequências atreladas aos três sentidos apontados por Bitencourt devem ser ampliadas, resultando, atualmente, em cinco garantias¹⁰: a) Responsabilidade pessoal (ou individual); b) Responsabilidade subjetiva ou culpabilidade em sentido estrito; c) Responsabilidade pelo fato; d) Presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade; e, e) Individualização da pena¹¹.

De acordo com a garantia da presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade, constata-se que a culpabilidade se insere não apenas nos mecanismos de Direito material, mas é imprescindível à matéria processual¹². Assim, não obstante esta garantia estar devidamente prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição, verifica-se norma de extrema importância ante a atuação penal estatal, cada vez mais influenciada aos mecanismos midiáticos¹³. Apenas a título elucidativo, podem ser utilizadas as expressões “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade” como sinônimos; afinal, como bem pondera Gustavo Badaró, “as expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias”¹⁴. Por tal razão, podem ser usados ambos os termos para se referir à garantia.

Segundo Rogério Lauria Tucci, a presunção de inocência consiste na “asseguração, ao imputado, do direito de ser considerado inocente até que sentença penal condenatória venha transitar formalmente em julgado, sobrevivendo, então a coisa julgada de autoridade relativa”¹⁵. Assim, a garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória provoca consequências diretas na forma de tratamento para com o réu, no ônus da prova e na “obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena serão por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença fundamentada (motivação como instrumento de controle da racionalidade)”¹⁶.

Acerca do tratamento para com o réu, destaca Aury Lopes Jr que a presunção deve ser uma norma de maior relevância, pois obriga o juiz “não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente)”¹⁷. Igualmente, é possível afirmar que essa garantia, formadora de um processo penal liberal, se impõe como um verdadeiro dever de tratamento, atuando tanto na dimensão interna do processo quanto na externa¹⁸.

Em sua dimensão interna, impõe um dever de tratamento ao juiz, no sentido de repassar todo o ônus probatório à acusação e que a dúvida seja uma baliza absoluta, ao mesmo tempo em que o uso de prisões cautelares não se dê de modo abusivo¹⁹. Na dimensão externa, “a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu”²⁰, sua consequência lógica é que o “bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”²¹. Em síntese, a garantia da não presunção de culpabilidade afeta diretamente o ônus probatório, a limitação da publicidade sobre o réu e o processo e a vedação ao uso abusivo de prisões cautelares²², mas não apenas!

Gustavo Badaró, ao comentar o conteúdo da garantia, afirma que o estado de inocência possui três significados²³. Primeiramente, uma faceta de garantia política

correspondente à adoção de um processo acusatório, no qual, o *in dubio pro reo* se torna um consectário necessário. Em segundo lugar, é uma regra de tratamento do acusado “a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo”²⁴. A terceira repercussão expressa uma regra de tratamento do acusado, impondo limites às prisões cautelares e à execução provisória ou antecipada da pena²⁵. Eis aqui o ponto central da análise constitucional da garantia que foi ignorada pelo HC 126.292/SP.

Além disso, especificamente quanto a impor uma regra de tratamento, percebe-se uma harmonização com a proposta de Luigi Ferrajoli, para quem a presunção de inocência deriva do princípio de submissão à jurisdição²⁶. O princípio de submissão à jurisdição exige que não haja culpa sem juízo e que não haja juízo sem que a imputação acusatória se sujeita à provação e uma possível refutação²⁷. Assim, por tal princípio, Ferrajoli defende a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação²⁸. Essa perspectiva garantista reforça a proposta aqui defendida de que a garantia do estado de inocência é um efeito direto do princípio da culpabilidade e, com isso, deve estar em consonância aos anseios constitucionais penais de um Estado democrático de direito.

Diante de tais considerações, verifica-se que a presunção de inocência não detém conteúdo normativo suficiente para ser considerado um princípio, embora, não raras vezes, seja assim chamado pela doutrina e jurisprudência. Em verdade, apura-se que a densidade normativa da presunção de inocência corresponde a uma norma regra²⁹, pois não admite a ductilidade atribuída aos comandos normativos principiológicos³⁰.

Essa conclusão decorre não apenas de que ela deve ser aplicada integralmente até o marco normativo do trânsito em julgado, mas, igualmente, pelas previsões normativas regulamentadoras da quebra da presunção de inocência quanto à aplicação de penas, consoante preveem os artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal e do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Inclusive, é este o entendimento expressado em decisão do Superior Tribunal de Justiça, em 14 de junho de 2017, ao determinar a impossibilidade de execução provisória de pena restritiva de direitos³¹. Disso decorre o óbvio: se não vale para uma pena restritiva de direitos, tampouco vale para uma pena privativa de liberdade. Em ambos os casos, far-se-ia necessária a revogação ou a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais mencionados, inclusive, do próprio texto constitucional. Em outras palavras, a famosa regra do “tudo ou nada” (*all-or-nothing-fashion*) de Ronald Dworkin³² é a que melhor explica a natureza jurídica da presunção de inocência, pois ela deve ser aplicada de forma plena até sua materialização em sentido contrário.

Desta forma, o entendimento esboçado no HC nº 84.078/MG é o que melhor se coaduna com a garantia de inocência, a qual é uma regra que deve ser aplicada a todo processo penal de modo que a execução da pena só pode ser iniciada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Nesse sentido, válido transcrever as palavras do Ministro Eros Grau ao julgar o alusivo *writ*: “Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição”³³. Defender o cumprimento antecipado da pena corresponde a subtrair do réu sua condição de sujeito processual, convertendo-o em um objeto do processo³⁴.

A relevância do tema transcende as normas constitucionais internas, sendo, inclusive, objeto de julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso

“Ricardo Canese vs. Paraguai”, decidido em 2004. No referido caso, Ricardo Nicolás Canese Krivoshein teve o reconhecimento da lesão aos seus direitos humanos por ficar proibido de sair do país por um período de quase oito anos por ter praticado o delito de difamação contra seu concorrente à presidência do Paraguai Juan Carlos Wasmosy. Embora Canese tenha sido absolvido em 2002 pela Corte Suprema de Justiça do Paraguai, ele havia sido condenado em primeiro grau, motivo pelo qual teve seu direito de sair do país restringido. A CIDH reconheceu na sentença que a restrição ao direito de ir e vir equivaleu à antecipação da execução da pena, o que violou a presunção de inocência³⁵.

O processo penal, enquanto “caminho necessário para a pena”³⁶, é, como bem pondera Claus Roxin, um sismógrafo da Constituição³⁷. Disso decorre a necessidade de respeito máximo às garantias penais e processuais penais. Aceitar a criação de exceções – principalmente em momentos de grande debate institucional –, é realizar um retrocesso no sistema penal que certamente se tornará incontrolável. De modo objetivo, pode-se dizer que teses utilitaristas contrárias aos princípios estruturais do Direito penal e do Direito processual penal são inimigas antigas do Estado Democrático de Direito, mas que estão constantemente provocando ondas sísmicas. Ante o exposto, conclui-se que a postura apresentada pelo STF ao decidir o HC 126.292/SP fere a garantia do estado de inocência, norma materialmente constitucional de aplicação a todos réus, motivo pelo qual deve ser modificado, retornando-se ao posicionamento anteriormente exposto no HC 84.078/MG³⁸. O alerta vermelho foi acionado; cabe, agora, a todos os operadores do Direito tomarem partido contrário a essa “cousa terrível”. Somente assim, estar-se-á respeitando os ditames normativos constitucionais. 

NOTAS

- 1 Trecho de Grande Sertão: Veredas.
- 2 DAVID, Décio Franco. *Fundamentação principiológica do Direito Penal Econômico*: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica. 2014.263. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, Paraná, p. 217 e ss.
- 3 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2007, p. 24.
- 4 BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 182-183. BRANDÃO, Claudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. *Ciências Penais*, ano 1, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-dez/2004, p. 171-174. Para este autor, a culpabilidade enquanto princípio só pode ser analisada sob a luz do método do Direito Penal, assim, utilizando-se da tópica, afirma: “O princípio da culpabilidade, que traduz a responsabilidade penal do homem, condiciona o método do direito penal porque é um dos mecanismos para o sopesamento do caso no processo da decisão e da argumentação jurídica, possibilitando a própria realização da tópica, que para garantir o respeito à dignidade humana pode superar o silogismo, assegurando, em determinados casos, decisões até mesmo *contra legem*. Quando se reconhecem, por exemplo, causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa, que é causa de exclusão da culpabilidade, reconhece-se a insuficiência do silogismo legal, que por óbvio não contempla tais causas, valorizando-se o homem pelo reconhecimento de circunstâncias concretas que devem afastar a aplicação do tipo penal. Isto é, pois, o uso da tópica para aumentar a liberdade, o que confirma que o homem é um ser reconhecido em sua dignidade no direito penal, sendo, no âmago, o próprio fim desse direito. (BRANDÃO, Claudio. Culpabilidade..., p. 178).
- 5 Por todos: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: Parte Geral*, vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

- 6 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 15.
- 7 GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 141.
- 8 GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 141.
- 9 DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 136.
- 10 Conforme DAVID, Décio Franco. Considerações sobre as garantias do princípio da culpabilidade no Direito Penal Econômico. In: CÂMARA, Luiz Antônio; FONTELLA, Bibiana. (Org.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, v. 1, p. 157-188; DAVID, Décio Franco. *Tutela Penal Ambiental e Delitos de Acumulação*. 246. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 142 e ss.
- 11 DAVID, Décio Franco. *Fundamentação...*, *Op. cit.*, p. 209.
- 12 “O fato de que o princípio de culpabilidade seja fonte comum de outros princípios tanto na seara do direito material quanto do direito processual penal vem em reforço da idéia de comunhão de fontes entre o Direito penal e o Direito processual penal e em evidente rechace àqueles que preconizam a possibilidade de uma teoria geral do processo, capaz de abrigar sob um mesmo arcabouço principiológico o processo penal e o processo civil” (BUSATO, Paulo César. *Fundamentos...*, *Op. cit.*, p. 205). Posicionamento idêntico em BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39, rodapé 69. Sobre uma teoria autônoma do Direito Processual Penal frente ao Direito processual Civil: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 129 e ss.
- 13 Sobre o assunto, urge transcrever um trecho de um julgado do Supremo Tribunal Federal: “Não se desconhece que programas jornalísticos sensacionalistas infestam o cotidiano, influenciando de maneira sórdida a percepção e o raciocínio do cidadão, substituindo o resguardo do direito constitucional à informação por deturpação de fatos e versões. O “gosto de sangue” parece ser o mote principal desses veículos, que desconhecem respeito por vidas inocentes e honra alheia, em nome da necessidade de clientela e audiência, que, em substância, se reduzem a busca de mercado e, pois, de lucro sem compromisso ético” (HC 111756 MC, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/12/2011, publicado em processo eletrônico DJe-022 divulg. 31/01/2012 public. 01/02/2012).
- 14 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57.
- 15 TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 313.
- 16 LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 176.
- 17 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 218.
- 18 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. *Op. cit.*, p. 220; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. *Op. cit.*, p. 181.
- 19 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual e sua conformidade constitucional*. *Op. cit.*, p. 181.
- 20 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual e sua conformidade constitucional*. *Loc. cit.*
- 21 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual e sua conformidade constitucional*. *Loc. cit.* Nesse sentido, Claus Roxin afirma que a imagem do acusado deve sempre ser preservada, pois integra o campo dos direitos personalíssimos, cf. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, 127-128.
- 22 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. *Op. cit.*, p. 220.
- 23 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 57.
- 24 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Loc. cit.*
- 25 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 58.
- 26 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 505.
- 27 FERRAJOLI, Luigi. *Loc. cit.*
- 28 FERRAJOLI, Luigi. *Loc. cit.*
- 29 Em sentido idêntico: TAFFARELLO, Rogério Fernando. Triste tarde de fevereiro no Supremo Tribunal Federal, ou: “um requiem para a presunção de inocência”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Ano 04, edição especial. 2016, p. 08. Em sentido contrário, defendendo a presunção de inocência enquanto princípio: OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de; MICHE-

LOTTO, Mariana Nogueira. Presunção de inocência – avanço ou retrocesso?. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Ano 04, edição especial. 2016, p. 11-12; LINHARES, Sólón Cicero. Presunção de inocência prevista no artigo 5º LVII da Constituição Federal – Princípio ou Regra? É possível sua flexibilização? *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Ano 04, edição especial. 2016, p. 02.

- 30 Nesse sentido, é bastante elucidativa a definição de Daniel Wunder Hachem ao afirmar que a presunção de inocência é “Típico exemplo de norma com caráter de regra, no sentido de Ronald Dworkin: aplicável segundo a lógica do tudo-ou-nada. No caso, a norma que fixa o prazo para recurso é válida e se aplica com tudo. Não há espaço para ponderação, diria Robert Alexy.” (HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Direito do Estado*, n. 86, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 21 ago. 2017).
- 31 STJ. 3ª Seção. EREsp 1.619.087-SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Jorge Mussi, julgado em 14/6/2017 (Info 609).
- 32 Cf. explicação do autor comparando as regras jurídicas às regras extralegais, em especial, com as regras de baseball: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 24.-25
- 33 No mesmo sentido, Amilton Bueno de Carvalho afirma que: “salvar o futuro do direito é salvar o futuro da democracia, são as duas caras de uma mesma moeda: no momento que se joga fora o direito, joga fora a democracia; quando se joga fora a democracia, se joga fora o direito; só há democracia sustentada pelo direito, só há direito dentro da democracia (um sistema legal construído fora da democracia não é direito) e o critério legitimador interno do direito, no plano de sua verticalidade, é a Constituição. Daí porque o juiz deve estar vinculado à lei, mas não a qualquer lei – somente deve obediência àquelas que fazem presentes os valores materiais previstos na Constituição ou em princípios inegociáveis. Para ele, o direito, então, é sistema de proteção do débil; ambiciona-se um Estado social máximo e um Estado punitivo mínimo; um maior bem-estar ao não desviante e o menor sofrimento possível ao desviante – a quem se deve permitir o gozo de direitos, embora com alguma limitação; existem princípios que nem a unanimidade pode revogar: são a proteção do um contra todos” (CARVALHO, Amilton Bueno. *Direito Penal a marteladas: Algo sobre Nietzsche e o Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 46-47).
- 34 Sobre a diferenciação entre sujeito do processo e objeto do processo: ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 123 e ss.
- 35 Conforme item 162 do capítulo 3.2 da sentença (disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nid_Ficha=218>. Acesso em 21 ago. 2017). Maiores declinações sobre o processo podem ser encontradas em GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105 e ss.
- 36 LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62.
- 37 ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 10.
- 38 No mesmo sentido, OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de; MICHELOTTO, Mariana Nogueira. *Loc. cit.* Sobre essa afirmação, é merecedor de transcrição um trecho do voto do Ministro Marco Aurélio Mello no HC em comento: “Reconheço que a época é de crise maior, mas justamente nessa quadra de crise maior é que devem ser guardados parâmetros, princípios, devem ser guardados valores, não se gerando instabilidade porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. Ontem, o Supremo disse que não poderia haver execução provisória, em jogo, a liberdade de ir e vir. Hoje, pode”.



DÉCIO FRANCO DAVID é Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor Substituto de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Penal da FAE Centro Universitário. Professor de Direito Penal da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESPPR). Professor de diversos cursos de Pós-graduação (*lato sensu*) em Direito Penal e Processual Penal. Advogado.

“O Brasil, diante de tantos escândalos e desafios, com maior razão deverá observar a lei, especialmente nossa jovem Constituição Federal, que completa 30 anos, de modo a garantir o sagrado e amplo direito de defesa a todos, pois somente dessa forma é que se poderá escrever mais esta página da história da humanidade, garantindo-se a normalidade democrática, a regularidade do sistema penal e a estabilidade na condução da paz para nosso povo.”

■ POR LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO

30 anos da Constituição Federal e o direito de defesa

A Constituição Federal brasileira completa 30 anos de existência, desde que foi promulgada. Seu texto foi aprovado pela Assembléia Nacional Constituinte, sob a presidência do saudoso Deputado Federal Ulisses Guimarães, que a denominou *Constituição Cidadã*, devido as suas disposições sobre os direitos e garantias individuais, que naquele momento histórico, precisava afastar o risco de um retrocesso institucional, protegendo o cidadão diante do Estado, assegurando-lhe o sagrado Direito de Defesa.

Desde relatos bíblicos, sobre a origem de tudo, verifica-se em GÊNESIS, 4, 9 – 10, quando relata o crime de Caim, que matou seu irmão Abel, ambos filhos de Adão, Deus antes de puni-lo, assegurou-lhe o direito de falar em sua defesa. Assim, desde o primeiro crime, no início da humanidade, estava presente o direito de defesa.

Sêneca, afirmava que ninguém poderia ser punido por um crime sem ser ouvido, sem ter o seu direito de defesa. Isto três séculos antes de Cristo.

Assim o direito de defesa está na essência do ser humano, como uma inspiração de sua alma.

É verdade que na evolução da humanidade, a história registra muitos episódios, nos quais, foi eliminado o direito de defesa, ou ainda, períodos nos quais, o que havia era um simulacro, um arremedo do direito de defesa, que dava uma aparência de que existia defesa, mas na verdade ela inexistia.

Só para exemplificar, durante a Inquisição e também em vários períodos ditatoriais, o direito de defesa sempre foi visto como um estorvo, algo que se realizado, atrapalharia ou impediria a aplicação da suposta justiça, bem conveniente aos propósitos perseguidos nesses períodos.

José Frederico Marques conceitua o direito de defesa de forma exemplar: “O direito de defesa em sua significação mais ampla, está latente em todos os preceitos emanados do Estado, como “substratum” da ordem legal, por ser o fundamento primário da segurança jurídica da vida social organizada”. O ilustre jurista conclui que “É essencial à defesa plena que não se rebaixe o indiciado à condição inferior de simples material de investigação”. (Estudo de Direito Processual Penal-Editora Forense, RJ, 1960, p. 301).

Na organização do Estado, o direito de defesa ganha relevo, herdado de todo tipo de agrupamento humano, desde os mais primitivos, vale dizer, sempre, em quase a totalidade das culturas, nos grupos, tribos, agrupamentos, colônias, cidades e Estados, o direito de defesa, quase de modo unânime, foi respeitado antes de se condenar alguém, havendo ou não um julgamento.

É bom sempre lembrar que para se punir alguém, é necessário que haja um motivo e essa razão compreende o descumprimento de uma regra, de uma lei, aceita por todos, ou pelo menos, imposta a todos, ou ainda, a quase todos.

Dessa forma, antes de se concluir pela culpa de alguém, acusado de violar a regra, há que se ouvir seus argumentos, suas razões, até se for o caso, sua confissão, para somente depois disso, decidir-se sobre sua culpa e respectiva punição, de modo que a punição só poderia ser aplicada se o direito de defesa fosse assegurado.

Ao contrário, quando não se observasse o direito de defesa, não se poderia punir ninguém e caso tal ocorresse a punição seria injusta e refutada por todos.

Nisto reside a essência do que se admitiu chamar de segurança jurídica, vale dizer, de se conhecer as regras, de se saber que ao violá-los haverá punição e de se provar a ocorrência da violação.

De modo geral nosso sistema está estruturado dessa maneira e num verdadeiro pacto social, essa estrutura foi estabelecida em nossa Lei Maior, de modo que a Constituição Federal brasileira, a exemplo de tantos outros países com segurança jurídica, decretou que ninguém será considerado culpado de um crime sem direito de defesa, todavia, esse crime precisa, antes de sua ocorrência, estar previsto em lei bem como a conseqüente punição e ser de conhecimento do suposto autor, previamente, dando oportunidade ao indivíduo de não realizar aquela conduta.

Caso a realize, como combinado pelo pacto constitucional, arcará com as conseqüências previstas em lei anterior ao fato.

Evidente que esse modelo não se aplica aos regimes da monarquia, quando o rei detinha o poder de vida e morte sobre seus súditos, muito embora em alguns casos, o soberano antes de decretar o destino do súdito levado a julgamento, queria ouvir seus argumentos antes de decidir.

Hoje, não existe mais espaço no mundo moderno para facultar a alguém, o direito de decidir sobre seu semelhante, se não houver consentimento expresso ou tácito de todos, conferindo-lhe esse direito, pactuado em leis, mesmo nas monarquias atuais.

Na constituição brasileira em seu art. 5º, insculpiu-se alguns preceitos que garantem o direito de defesa, desde a regra que estabelece que “Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inciso LV).

A previsão constitucional é expressa, precisa, e não só assegura a defesa, mas determina que ela seja ampla, sem restrições, desde que dentro da lei.

Também estabelece a Lei Maior, a proibição de juízo ou tribunal de exceção (XXXVII), o que garante que o direito de defesa será observado de modo a produzir efeito, pois caso contrário, a defesa seria simbólica e ilusória.

Resta ainda salientar que a constituição nessa esteira, ainda estabelece que antes da condenação, a apuração da culpa se dê no palco de um processo, previstas suas etapas e formas em lei, dando assim segurança da existência de uma uniformidade legal para se processar, colher provas, examinar responsabilidade de alguém e só depois disso, julgar e se necessário punir.

Por todos esses comandos constitucionais observa-se que no Brasil o direito de defesa é indispensável e sua falta impede a punição do indivíduo.

Embora se tenha, fruto da própria evolução humana, o direito de defesa assegurado por lei no Brasil, há momentos, nos quais tenta-se relativizar esse direito fundamental de quem é julgado em nosso país.

Um dos fatores que impactam diretamente contra o direito de defesa é a repercussão do crime, pois quando este comove a opinião pública, quando este é repugnante ou quando este sofre uma campanha que antagoniza a população, é comum, inadvertidamente, admitir-se que a observação do rito processual legal seja desnecessário e ainda, que o direito de defesa seja um estorvo para que a punição ocorra, vale dizer, para que a justiça seja realizada.

De há muito que se sabe, que a opinião pública, leiga, não é a melhor conselheira da justiça, que nunca deverá exercer o papel de vingadora, patrocinando o chamado justicamento. Assim sempre foi. Aqueles que conhecem o sistema legal ou que tenham o dever de garantir-lhe, não devem e não podem contaminar-se com essa natural distorção ou reiteradas pressões.

Todavia, causa preocupação, quando esse ícone democrático do direito de defesa é questionado pela opinião pública, que é orquestrada e faz coro com as autoridades que tem o dever de garanti-lo.

Essa verdadeira deformação é injustiça manifesta e prenúncio de rompimento dos ditames constitucionais, senão subversão do próprio sistema democrático, muito semelhante aos regimes ditatoriais.

Na atual conjuntura, esse alerta já foi acionado, pois algumas autoridades responsáveis pela manutenção do sistema legal, pregam contra ele, capturando veículos da mídia para tal desiderato, de modo a se encarar o sagrado direito de defesa como algo que existe para atrapalhar a aplicação da justiça, impedindo as respectivas punições.

Independente do crime que se está examinando no processo, existe sempre um ser humano, sujeito de direitos, que será julgado, a quem se atribui a autoria, de modo que, o direito de defesa é obrigatório, na sua amplitude constitucional, a ser exercido por profissional habitado, que é o Advogado, em igualdade de condições com o órgão acusador.

Nesse contexto, só devem ser examinadas as provas, colhidas à luz do devido processo legal, garantindo-se o contraditório, com isenção para julgar sem pressões de quem quer que seja e punir quem precisa ser punido, preservando-se quem, embora acusado seja inocente.

Sem espetáculo, sem circo, sem divulgação midiática que ao invés de informar, toma partido e insufla a opinião pública que é capturada emocionalmente, afastando-se do raciocínio isento, para opinar e agir com pura paixão.

Nesse cenário, aquele que luta para ver assegurado o direito de defesa, o Advogado, por vezes é confundido com seu cliente e também se torna alvo de hostilidades e até agressões.

A responsabilidade pela observância do sistema de leis nos julgamentos atuais, pertence às autoridades investidas desse poder estatal, que devem, didaticamente, esclarecer a opinião pública e garantir o direito de defesa e do defensor, a todo aquele que vier a ser acusado, independente do crime imputado.

Na atualidade brasileira, se tal não ocorrer, o futuro repetirá os erros da história, nos quais, a violação da ordem constitucional voltou-se contra seus violadores, impedindo que até estes, tivessem suas garantias constitucionais observadas.

A opção de um povo deve servir para todos os seus integrantes, sem distinção. Aliás, é nisso que se funda o princípio do Estado Democrático de Direito, no qual, todos devem se submeter ao império da lei, julgados e julgadores, leigos ou doutores, absolutamente todos.

O Brasil, diante de tantos escândalos e desafios, com maior razão deverá observar a lei, especialmente nossa jovem Constituição Federal, que completa 30 anos, de modo a garantir o sagrado e amplo direito de defesa a todos, pois somente dessa forma é que se poderá escrever mais esta página da história da humanidade, garantindo-se a normalidade democrática, a regularidade do sistema penal e a estabilidade na condução da paz para nosso povo. 



ARQUIVO PESSOAL

LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO é Advogado Criminalista, Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo por três gestões (2004/2006 – 2007/2009 – 2010/2012), Conselheiro Federal da OAB e Presidente de Honra da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM).

“A Bioética teve um impulso alentador com a Constituição de 1988, que abrigou em seu núcleo direitos fundamentais não estáticos e sim amplificados para que pudessem atender as reais necessidades da nação.”

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR E PEDRO BELLENTANI QUINTINO DE OLIVEIRA

Trinta anos da Constituição Federal e a Bioética

A Constituição Federal é o maior diploma jurídico do país. Elenca em seu bojo um vastíssimo rol de tutelas e, como um caleidoscópio, vai girando e fazendo o movimento de rotação e, ao mesmo tempo, de translação em torno do ser humano, dimensionando-o como destinatário exclusivo de sua programação. Apresenta uma infundável relação de direitos e obrigações envolvendo Estado e cidadãos na órbita jurídico-política e, dentre eles, como ponto de destaque da presente abordagem, os direitos fundamentais relacionados com as liberdades públicas e individuais, os referentes aos direitos à vida, à dignidade da pessoa humana, à personalidade, econômicos, sociais, culturais, políticos e tantos outros elencados e difusos.

A importância do regramento constitucional é indiscutível, pois, ao mesmo tempo em que estabelece as regras de convivência entre os cidadãos, no sentido de que cada um possa livremente realizar seus objetivos e atingi-los de acordo com sua expectativa, opera como um agente de preservação da vida social. Sob este aspecto, a Constituição é o alicerce, a estrutura existente no Estado para estabelecer e definir as regras que regerão a vida de uma nação. Apresenta-se como mão imperativa e até mesmo coercitiva para a execução de suas metas, visando, no espaço democrático estatal, regime que abriga a democracia verdadeira, proporcionar ao cidadão as melhores condições para desenvolver seu projeto de vida, observando sempre a regra justiniana do *neminem laedere, bene vivere e suum cuique tribuere*.

Assim é que a Constituição dita o projeto social, político e econômico a ser seguido pelos administradores públicos. Em contrapartida, em caso de descumprimento, o cidadão poderá pleitear a realização de seus direitos consagrados invocando a tutela jurisdicional. A esse respeito preleciona Canotilho:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).¹

E é interessante observar que a Constituição, como qualquer outra lei ordinária, não é estática e necessita, de acordo com os reclamos sociais, fazer os ajustes e acertos para que possa levar adiante o projeto idealizado pela nação. A transformação social, por si só, determina a adequação de novas realidades que vão surgindo no caminhar da humanidade. Pode-se, portanto, comungar com o pensamento de Reale:

Viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente, entre dois ou mais valores. A existência é uma constante tomada de posição segundo valores. Se supirmos a ideia de valor perderemos a substância da própria existência humana. Viver é, por conseguinte, uma realização de fins. O mais humilde dos homens tem objetivos a atingir, e os realiza, muitas vezes, sem ter plena consciência de que há algo condicionando os seus atos.²

E é justamente nas fendas abertas pela necessidade humana que abriu-se oportunidade para que a Bioética, ciência ainda jovem, pudesse dar seus primeiros

passos quando a Constituição abrigou, dentre suas propostas, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, além de eleger, no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, a isonomia, a proteção à vida, à liberdade e à igualdade. Como bem observa Pereira: “Os direitos fundamentais são integrados ao sistema jurídico por meio de normas, as quais são formuladas a partir da interpretação de dispositivos constitucionais.”³

E as aberturas vão ocorrendo de acordo com as novas dimensões que vão se incorporando ao Direito. Faz lembrar Norberto Bobbio quando construiu a criação clássica dos direitos humanos em “gerações”. Na primeira delas estão contidos os direitos fundamentais do homem; na segunda, os direitos sociais, com relevo à classe trabalhadora; na terceira, a preservação do meio ambiente, do consumidor e outras tutelas ligadas à vida cotidiana do cidadão. Na quarta, direitos da última geração, compreendendo, por exemplo, a tutela à genética do indivíduo e o direito a sua autonomia de vontade, relacionados com o pensamento bioético.

É certo que já se fala em quinta geração dos direitos, aquela relacionada com a paz, justamente para salvaguardar nações que vêm sendo atacadas por atentados terroristas, como é o caso do “11 de Setembro” e outros mais recentes. Bobbio, numa antevisão filosófica e política, alertava a respeito da presença do terror nas relações entre as nações: “O que fica provado pelo próprio uso do termo “terror” em lugar de “medo”, um termo que, a começar pelo *terreur* da era revolucionária, indica sempre um estado de medo na sua máxima intensidade”.⁴

É interessante e rico em reflexão, com total cabimento ao tema, o pensamento de Giannetti a respeito da vida e do pensamento do mundo atual. Diz ele:

O mundo moderno nasceu e evoluiu embalado por três ilusões poderosas: a de que o pensamento científico permitiria gradualmente banir o mistério do mundo e assim elucidar a condição humana e o sentido da vida; a de que o projeto de explorar e submeter natureza ao controle da tecnologia poderia prosseguir indefinidamente sem atíçar o seu contrário – a ameaça de um terrível descontrole das bases naturais da vida; e a de que o avanço do progresso civilizatório promoveria o aprimoramento ético e intelectual da humanidade, tornando nossas vidas mais felizes, plenas e dignas de serem vividas.⁵

O incessante avanço das pesquisas médicas, principalmente nas áreas da biologia molecular e da engenharia genética, iniciadas após a decifração do DNA recombinante, trouxe a necessidade de estabelecer normas para regulamentar as pesquisas que envolvem células-tronco. A legislação brasileira já dispõe de normas genéricas a respeito de patrimônio genético, reprodução assistida, transplante de órgãos e tecidos humanos, clonagem, utilização de material embrionário e outras situações, fazendo nascer a bioética e, ao lado dela, o biodireito, responsáveis que são por trilhar os caminhos obscuros da ciência de pesquisa para que seja sempre preservada a dignidade da pessoa humana, dogma constitucional inarredável da cidadania plena. É de se concluir, objetivamente, com Habermas: “Podemos considerar o progresso técnico-científico sem rodeios como o veículo para realizar, em uma história sem sentido, um sentido que nós mesmos projetamos”.⁶

A nova ciência da bioética surgiu, com toda força e projeção com o Julgamento de Nuremberg, em 1947, quando começou a reflexão a respeito da ética biomédica contemporânea. Condenava-se a pesquisa com seres humanos sem o seu livre consentimento. No ano seguinte, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Código de Nuremberg proporcionaram uma nova tutela aos direitos individuais e coletivos com uma dimensão diferenciada do ser humano e das condições favoráveis para o seu desenvolvimento. O termo “bioética” foi introduzido pela primeira vez pelo oncologista Van Renssler Potter, em seu livro “Bioethics.

Bridge to the Future”⁷ Já, em 1970, ocupando um espaço mais amplo, a bioética se intitulou ética das ciências

O avanço e a evolução da sociedade, dos costumes, do incessante desenvolvimento das pesquisas em seres humanos, do início ao fim da vida, como a eleição do sexo do filho, a clonagem de seres humanos, as terapias gênicas, os métodos de reprodução humana assistida, a maternidade substitutiva, a eugenia, a eutanásia, a distanásia, a ortotanásia, a escolha do tempo para nascer e morrer, a engenharia genética, a cirurgia de transgenitalização em caso de transexualidade, a utilização da tecnologia do DNA recombinante, a utilização das células-tronco embrionárias, o transplante de órgãos e tecidos humanos, a biotecnologia e muitos outros avanços científicos aqui não enumerados, abriram um leque imenso de atuação médica, principalmente na área de pesquisa e laboratorial. As novas tecnologias que pareciam ainda distantes batem às portas dos grandes centros médicos e se fazem presentes para a utilização nos seres humanos. A perplexidade ultrapassa as raias da curiosidade e faz nascer um novo campo onde se concentram a ética médica e a bioética, ambas à procura de definição, de direcionamento e soluções para seus conflitos.

A inter, a multi e a transdisciplinaridade da bioética avançam todas as áreas de atuação do ser humano e não se limitam somente ao campo da saúde. De ciência criada para proteger o meio ambiente para que o homem pudesse desenvolver a contento suas atividades, atingiu sua plenitude como ciência da vida. Assim, no estágio atual, em que os avanços científicos vão se proliferando e se incorporando à vida cotidiana, o pensamento bioético, que já pode contar com a participação do Biodireito, ganha uma nova dimensão e lança seus tentáculos para proporcionar ao homem as melhores condições do viver com qualidade e dignidade.

Pode-se dizer que a Bioética teve um impulso alentador com a Constituição de 1988, que abrigou em seu núcleo direitos fundamentais não estáticos e sim amplificados para que pudessem atender as reais necessidades da nação. Tanto é verdade que o Supremo Tribunal Federal, guardião responsável pela melhor interpretação da Carta Magna, vem, reiteradamente, revelando a existência de novos direitos para que o homem possa atingir a essência de sua plenitude como cidadão. 

NOTAS

- 1 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, Portugal, 2003, p. 408.
- 2 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 26.
- 3 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 116.
- 4 BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP, 2009, p. 59.
- 5 GIANNETTI, Eduardo. *Trópicos utópicos: uma perspectiva brasileira da crise civilizatória*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 16.
- 6 HABERMAS, Jürgen. *Teoria e práxis: estudos de filosofia social*. Tradução de Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 514.
- 7 O pensamento do autor, em 1971, era mudar a relação entre homem/natureza, levando-se em consideração a preocupação de garantir a sobrevivência humana e a qualidade de vida.



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é Promotor de Justiça aposentado/SP. Mestre em Direito Público. Pós-doutorado em Ciências da Saúde. Reitor da UNORP – São José do Rio Preto. Advogado.



PEDRO BELLENTANI QUINTINO DE OLIVEIRA é Mestre em Direito pela UNESP/Franca. Doutorando em Direito Constitucional pela ITE/Bauru. Especialista em Direito Empresarial pela GVlaw/SP. Professor e Coordenador do Curso de Direito da UNORP – São José do Rio Preto. Advogado.

“Há que conhecer a coragem dos advogados e juizes deste país que, empunhando a Constituição Federal, ultrapassaram os tabus que ainda rondam o tema da sexualidade e romperam o preconceito que historicamente persegue as entidades familiares homoafetivas.”

■ POR MARIA BERENICE DIAS

A garantia constitucional dos direitos à população LGBTI

O DIREITO À SEXUALIDADE

A Constituição Federal já no seu preâmbulo assegura a todos o exercício de direitos sociais e individuais em uma sociedade sem preconceitos. Do mesmo modo, assume o compromisso de promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Assim, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, III) e assegurar ao direito à igualdade (art. 5º, I) e à liberdade (art. 5º, II), veda qualquer espécie de discriminação, inclusive por orientação sexual ou identidade de gênero. O só fato de estas expressões não constarem do texto constitucional, a proibição de preconceito em razão do sexo e de qualquer outra forma de discriminação assegura às pessoas LGBTI o direito ao livre exercício da sexualidade.

Como goza de proteção constitucional o direito à intimidade e à vida privada, encontra-se o direito à orientação sexual e identidade de gênero integra a liberdade de expressão. Desse modo, a liberdade sexual cabe ser incluída entre os direitos de personalidade, como garantia do exercício da liberdade individual, e qualquer discriminação configura claro desrespeito à dignidade humana.

De outro lado, o impedimento de tratamento discriminatório não tem exclusivamente assento constitucional. O ordenamento jurídico pátrio recepciona os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos como emendas constitucionais, quando respeitado o *quorum* de aprovação (art. 5º, § 3º). E o tratamento isonômico é corolário de todo o regramento que consagra o primado dos direitos humanos. Assim, como o direito ao livre exercício da sexualidade é um direito personalíssimo, são proibidas discriminações injustas.

A sexualidade abrange a dignidade e integra a própria condição humana, sendo um direito fundamental que acompanha o cidadão desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado respeito ao exercício da sexualidade, conceito que alberga a liberdade à livre orientação sexual e identidade de gênero. O direito de tratamento igualitário exige respeito ao livre exercício da sexualidade, pois sem liberdade sexual o indivíduo não se realiza.

O DIREITO À HOMOAFETIVIDADE

A Constituição Federal outorga especial proteção não só ao indivíduo, mas também à família (art. 226). A inserção do conceito de entidade familiar no sistema jurídico ensejou o alargamento do próprio conceito de família.

O centro de gravidade das relações de família situa-se modernamente na mútua assistência afetiva, elemento essencial das relações interpessoais, ao qual o Direito não pode ficar indiferente. É o afeto que aproxima as pessoas, dando origem a relacionamentos que geram consequências jurídicas. Em nome do respeito à diferença, foi construído um conceito plural de família.

Para a configuração de uma entidade familiar, não mais é exigido, como elemento constitutivo: a existência de um casal heterossexual, a prática sexual – chamada

pela feia expressão “débito conjugal” – e nem a capacidade reprodutiva. A evolução científica, principalmente na área da biociência, acabou influenciando no próprio comportamento das pessoas e se refletiu na estrutura familiar.

Assim, é indispensável ter uma visão plural das estruturas familiares e inserir no conceito de entidade familiar os vínculos afetivos que, por envolverem mais sentimento do que vontade, merecem a especial proteção que só o Direito das Famílias consegue assegurar. Por isso é necessário reconhecer que, independente da identidade sexual do par, as uniões de afeto merecem ser identificadas como família, gerando direitos e impondo obrigações aos seus integrantes.

A referência à união estável entre um homem e uma mulher (CF, art. 226, § 3º) não significa que somente esta convivência é reconhecida como digna da proteção do Estado. O que existe é uma simples recomendação em transformá-la em casamento. É meramente exemplificativo o enunciado constitucional, em nenhum momento está dito não existir entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Reconher o afeto, foi como o elemento estruturante do conceito de família, não se justifica deixar ao desabrigo as uniões homoafetivas. Excepcionar onde a lei não distingue é forma de excluir direitos.

A orientação que alguém imprime na esfera da sua vida privada não admite restrições. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, veda a discriminação da homoafetividade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa. A identificação da orientação sexual está condicionada ao sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, decisão que não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual e a identidade de gênero.

Não é o exercício da sexualidade, a prática da conjunção carnal ou a identidade sexual que distingue os vínculos afetivos. Atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, necessário que sejam conferidos direitos e impostas obrigações independentemente da identidade ou diversidade de sexo dos conviventes. Desimporta o sexo do par, se igual ou diferente, para que se empreste efeitos jurídicos aos vínculos afetivos no âmbito do Direito das Famílias e das Sucessões. São relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, têm origem em um elo de afetividade.

Deste modo, são alvo de proteção os relacionamentos afetivos, independe do sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens. Não há como exigir a diferenciação de sexos para o casal merecer a tutela do Estado. Seria postura nitidamente discriminatória, além de contrariar o princípio da igualdade e ignorar a existência de vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo.

O estigma do preconceito não pode ensejar que um fato social não se sujeite a efeitos jurídicos.

A OMISSÃO DO LEGISLADOR

É do Poder Legislativo a obrigação de resguardar o direito de todos os cidadãos, principalmente, de quem se encontra em situação de vulnerabilidade. E, dentre todos os excluídos, homossexuais, travestis, transexuais e intersexuais são as maiores vítimas.

A omissão covarde do legislador infraconstitucional de assegurar-lhes direitos e reconhecer seus relacionamentos, ao invés de sinalizar neutralidade, encobre enorme preconceito. O receio de ser rotulado de homossexual, o medo de desagradar seu eleitorado e comprometer sua reeleição inibe a aprovação de qualquer norma que consagre direitos a uma parcela minoritária da população que é alvo de perversa discriminação.

No entanto, as igrejas fundamentalistas, que estão se multiplicando e não medem esforços para impor suas crenças, como se o país não fosse laico. O conservadorismo religioso vem tomando conta do Congresso Nacional.

Na tentativa de blindar os avanços judiciais, foi apresentado o projeto de lei, intitulado de Estatuto da Família, que define família como a entidade formada por um homem e uma mulher e, somente a ela, assegura um punhado de direitos.

Apesar da escancarada inconstitucionalidade do projeto, tramita com agilidade nas casas legislativas.

O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO

As uniões homoafetivas são relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, gerando o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial. E a falta de lei não significa ausência de direito.

A postura silenciosa do legislador, no entanto, não inibiu a Justiça. Assim, ao longo deste século vêm se consolidando conquistas no âmbito do Poder Judiciário.

O florescer dos direitos humanos, a laicização do Estado e principalmente a coragem dos juízes forjaram a construção de um novo paradigma, que se consolidou a partir da histórica decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 2011, reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar, com todos os direitos e iguais obrigações das uniões estáveis.¹

Como recomenda a Constituição Federal que seja facilitada a conversão da união estável em casamento, não demorou para ser garantido acesso ao casamento. Primeiro por conversão da união estável e, logo em seguida, mediante habilitação direta.²

Até que, em 2013, o Conselho Nacional da Justiça³ expediu resolução impedindo que fosse negado acesso ao casamento, ao reconhecimento da união estável, bem como sua conversão em casamento.

Há que conhecer a coragem dos advogados e juízes deste país que, empunhando a Constituição Federal, ultrapassaram os tabus que ainda rondam o tema da sexualidade e romperam o preconceito que historicamente persegue as entidades familiares homoafetivas.

Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação. O Judiciário tomou consciência de sua missão de criar o direito. Não é ignorando certos fatos, deixando determinadas situações a descoberto do manto da juridicidade, que se faz justiça. O Estado não pode descumprir sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.

Já que a Constituição Federal consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana, é indispensável reconhecer que todos os cidadãos dispõem do direito individual à liberdade, direito social de escolha e direito humano à felicidade. 

NOTAS

- 1 STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011.
- 2 STJ, REsp 1.183.378 - RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.
- 3 CNJ, Resolução 175, de 14/05/2013.



MARIA BERENICE DIAS é Advogada especializada em direito homoafetivo, famílias e sucessões, Presidente da Comissão de Diversidade Sexual e Gênero da OAB, Vice-Presidente Nacional do IBDFAM.

“O trabalho é elemento primordial de existência do ser humano, devendo-se elevá-lo à condição de verdadeiro fundamento da República e da ordem econômica nacional, já que está relacionado intimamente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, é a base de sustentação do modo de produção capitalista, gerando riqueza, proporcionando a realização da vida em sociedade.”

■ POR CRISTIANE FELDMANN DUTRA E
LEANDRO JOSÉ CARDOSO

O valor social do trabalho como elemento fundamental na ordem constitucional brasileira

A Constituição é o conjunto de leis no ordenamento jurídico de um país. É a lei suprema e fator condicionante do papel do Estado, nela estão previstas as regras, os direitos e deveres dos cidadãos. O presente trabalho tem o intuito de apresentar uma reflexão acerca da importância do ser humano que trabalha, do trabalho e de como ele deve atender a um valor social, uma vez que se caracteriza como elemento fundamental na ordem constitucional brasileira. Bem como, componente fundamental na construção econômica e de riqueza na sociedade capitalista.

O trabalho está diretamente ligado a expansão do sistema de produção capitalista, uma vez que esse sistema se apropria da força de trabalho humana e do produto produzido através desse esforço. Dessa forma, a acumulação da riqueza se concentra nas mãos do capitalista, enquanto para o trabalhador explorado sobra apenas o mínimo para sua sobrevivência. Foi contra essa exploração que a Constituição Federal trouxe a proteção expressa em seu texto, dando ênfase a valorização do trabalho humano como fundamento da República e da ordem econômica do país.

Sendo assim, o trabalho não pode ser analisado apenas por conceitos econômicos e tratado como mera mercadoria, visto que o ser humano tem mais valor do que qualquer conceituação econômica, principalmente, por que o fortalecimento da economia está estritamente relacionado com o desenvolvimento do trabalho e a valorização do trabalhador. Por fim, o presente trabalho está concentrado em todos os elementos que compõem a organização do trabalho humano, justamente, por ser efetivamente através do trabalho que homem se realiza, que representa seu valor perante a sociedade e ao mundo que o cerca. Isso só será possível com a efetiva valorização do trabalho humano.

O TRABALHO COMO FATOR DE CIVILIZAÇÃO E PROGRESSO

A filósofa Hannah Arendt cunhou a expressão *vita activa* para designar as três atividades humanas que considerava fundamentais, quais sejam: trabalho, obra e ação.¹ Percebemos que tais atividades se fundem e complementam-se entre si. Como nos ensina Severo, “o trabalho faz parte da existência humana. Não é criação da era moderna. Desde que o homem começa a se organizar, tornando-se sedentário, o trabalho constitui a força que permite seu domínio sobre a natureza.”² Esse domínio foi percebido por Bauman:

[...] Ao trabalho foram atribuídas muitas virtudes e efeitos benéficos, como, por exemplo, o aumento da riqueza e a eliminação da miséria; mas subjacente a todos os méritos atribuídos estava sua suposta contribuição para o estabelecimento da ordem, para o ato histórico de colocar a espécie humana no comando de seu próprio destino.³

O trabalho é a fonte de toda a riqueza e de toda a cultura, e como o trabalho útil só é possível na sociedade e pela sociedade, o produto do trabalho pertence integralmente, por direito igual, a todos os membros da sociedade.⁴ Do ponto de vista histórico, o trabalho representa fator de civilização e progresso, tendo em vista que se encontra relacionado à atividade humana e, esta, por sua vez, guarda estreita ligação com os fenômenos culturais, sociológicos, axiológicos, religiosos, morais, sociais, jurídicos e políticos. Significa dizer que o trabalho é fator de progresso dos grupos sociais, ao longo da civilização e da história.⁵ A importância do trabalho está destacada no esclarecimento de Marques:

O trabalho não é apenas um elemento de produção. É bem mais do que isso. É algo que valoriza o ser humano e lhe traz dignidade, além, é claro, do sustento. É por isso que deve ser visto, antes de tudo, como um elemento ligado de forma umbilical à dignidade da pessoa humana.⁶

Nesse aspecto, Almeida e Severo orientam que “não é possível negar, assim, que o trabalho possui um valor social intrínseco e, justamente por isso, apresenta-se como um dos fatores condicionantes da realização de uma vida digna.”⁷ O estudo concernente ao fim social do trabalho constitui tema sedutor porque está intimamente vinculado à compreensão do conceito da dignidade da pessoa humana [...].⁸ Assim, a Constituição Federal asseverou em seu texto a devida proteção.

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal surgiu com o intuito de proteção dos direitos sociais e das garantias fundamentais. Ao lado de todos esses aspectos apontados, a Constituição de 5.10.1988 emergiu, também, como a mais significativa Carta de Direitos já escrita na história jurídico-política do país. [...] A nova Constituição firmou largo espectro de direitos individuais, cotejados a uma visão e normatização que não perdem a relevância do nível social e coletivo em que grande parte das questões individuais deve ser proposta [...].⁹ Já em seu artigo 1º da Carta Magna pode-se encontrar tal situação:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...];

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...].¹⁰

A palavra fundamental tem o sentido de básico, essencial, necessário, indispensável.¹¹ Os instrumentos normativos alusivos às relações de trabalho devem objetivar a prevalência dos valores sociais do trabalho. E o respeito à dignidade do trabalhador constitui um dos direitos supra-estatais inerentes ao ser humano, cuja observância independe da vigência de leis nacionais ou tratados

internacionais.¹² São elementos imprescindíveis para concretização dos direitos dos trabalhadores.

Todavia, sobrevieram diversas tentativas de negação de tais garantias. O inciso XIII do art. 7º¹³ da Carta Magna, depois de fixar em quarenta e quatro horas a semana normal de trabalho, facultou a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.¹⁴ O denominado sistema banco de horas introduzindo por uma lei recente¹⁵, editada no afã da flexibilização das normas trabalhistas, com clara intenção de proteger o mercado em detrimento do direito social de quem trabalha, é outro triste exemplo de negação da Constituição Federal vigente.¹⁶ Além do banco de horas que claramente precariza o trabalho, em 2017 foi aprovada a Reforma Trabalhista que trouxe diversos ataques as garantias constitucionais, como nos preceitua Feliciano:

Eis, portanto, o viés de modernização realmente colimado pela reforma: modernização conservadora; modernização excludente. Repúdio ao intervencionismo estatal, mesmo se voltado à garantia de padrões normativos e direitos mínimos para a existência humana e social. Geração de superávits primários como regra de ouro da economia. Depauperação do mercado econômico interno, da distribuição econômica e social da renda, da justiça social, do valor do trabalho. Proteção social cada vez mais afeiçoada às meras assistência e caridade. Cozeu-se, nesse caldo, a Lei nº 13.467/17 [...].¹⁷

O que aconteceu foi que houve a aprovação de uma lei que é, no conjunto, uma afronta ao Direito do Trabalho, à Constituição Federal e aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, trazendo verdadeiros ataques aos trabalhadores e aos seus direitos.¹⁸ Os direitos previstos da Constituição Federal são considerados como fundamentais. Direitos fundamentais são os direitos do homem garantidos pela legislação do respectivo país. São os direitos vigentes numa ordem jurídica concreta.¹⁹ São direitos sem os quais a pessoa não se realiza, não convive, nem mesmo sobrevive.²⁰ São os direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individualmente ou institucionalmente consideradas, consagradas na Constituição.²¹ A previsão constitucional e, conseqüentemente, os direitos fundamentais são meios utilizados para proteção e valorização do trabalho.

O VALOR SOCIAL DO TRABALHO

Valorizar o trabalho significa valorizar a pessoa humana, e o exercício de uma profissão pode e deve conduzir ao alcance de uma vocação do homem. Mesmo o mercado, para quem o trabalho nada mais é, isso em uma concepção liberal, elemento de produção, não pode prescindir de valorizar o trabalho como elemento crucial ao alcance da dignidade humana.²² A estrutura produtiva do capitalismo globalizado de hoje é herança do Toyotismo. Este sistema trouxe uma complexa reestruturação produtiva de forma a traçar as características do mundo de trabalho dos nossos dias: desemprego; trabalho em tempo parcial;

fim do emprego vitalício; terceirização.²³ Esses são apenas alguns exemplos, mas não podemos olvidar de destacar, consoante com Marques que “o Brasil²⁴, infelizmente, é um dos países onde mais acontecem acidentes de trabalho.”²⁵ Esses são resultados desse sistema de produção. No entanto, o trabalho transforma o homem, de acordo com Antunes:

A história da realização do ser social, muitos já o disseram, objetiva-se através da produção e reprodução da sua existência, ato social que se efetiva pelo trabalho. Este, por sua vez, desenvolve-se pelos laços de cooperação social existentes no processo de produção material. Em outras palavras, o ato de produção e reprodução da vida humana realiza-se pelo trabalho. É a partir do trabalho, em sua cotidianidade, que o homem torna-se ser social, distinguindo-se de todas as formas não humanas. [...]²⁶

Significa dizer que o trabalho não constitui apenas fator de produção e de movimentação da estrutura produtiva. Ao revés. Compreende peça chave para a manutenção e transformação dos mecanismos de criação onde vive, onde está inserido e onde trabalha. Logo, o labor reflete diretamente nas relações sociais, pessoais e econômicas, de sorte que, quanto maior a valorização do trabalhador, de sua dignidade, de sua existência e subsistência, maior será a estabilidade do mercado, diante de sua inserção à coletividade, quer pela sua satisfação pessoal (o trabalho dignifica o homem), quer pelo atingimento de suas necessidades vitais, mediante satisfação de suas demandas pela remuneração justa.²⁷ É tamanha a relevância da valorização do trabalho humano, que Marques ilustra de tal forma:

O que é importante ressaltar aqui, ainda, é que, da forma como foi redigida a Carta de 1988, dando ênfase ao trabalho humano, quer como fundamento da República, quer como princípio-base da ordem econômica e da ordem social, não há como interpretar os dispositivos constitucionais sem, necessariamente, dar destaque ao trabalho humano, em suas mais variadas formas, se sobrepondo ele aos demais elementos ligados principalmente ao mercado, por se tratar, também, de elemento de dignidade da pessoa humana. Não se pode, com isso, desvalorizar-se e precarizar as relações de trabalho, por isso geraria, por certo, um aumento das desigualdades sociais e prejudicaria a busca pelo pleno emprego, marginalizando boa parte da população economicamente ativa. O que deve ser feito, e isso cabe ao intérprete, é que quando este se deparar com alguma situação que diga respeito ao trabalho humano, a forma de se resolver o impasse é levando-se em conta que este mesmo trabalho tem um valor social, que é um elemento de dignidade da pessoa humana, a fim de fazer valer os fundamentos e objetivos fundamentais da república (arts. 1º e 3º) e os princípios da ordem econômica e social (arts. 170 e 193).²⁸

A Constituição Federal de 1988, tida como democrática e em certos pontos inovadora, não só elegeu o valor social do trabalho à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso IV)²⁹, como também assentou

a ordem econômica na valorização do trabalho humano (art. 170)³⁰ e culminou por alçar o trabalho como valor social fundamental, ao dispor em seu art. 193³¹, uma vez que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.³²

A Carta constitucional de nosso país determinou o valor social do trabalho como fundamento da república. Outrossim, segundo Almeida e Severo “o trabalho é, portanto, elemento inafastável da dignidade da pessoa humana, seja por constituir fonte de subsistência material, seja por seu caráter de realização do ser social (da troca que nos constitui).”³³ Percebe-se novamente a relevância do valor social do trabalho.

Sem labor humano não há acúmulo de capital, quando a recíproca nem sempre é verdadeira. Então, para que este modo de produção permaneça operando, e ele tem por base principalmente o aspecto econômico, mister se faz a valorização do trabalho humano, alçando o valor social do trabalho, fundamento da República, à condição de direito fundamental, protegido de forma rígida, não podendo ser mitigado ou atingido por qualquer elemento que não seja de valorização ou de destaque a ele.³⁴ É nesse ponto que deve-se lutar e resistir, na proteção do valor do trabalho humano, buscando a redução das desigualdades sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal completa trinta anos e podemos perceber que trouxe diversos avanços, principalmente, no campo social. Entretanto, no tocante a efetividade na valorização do trabalho humano não percebe-se tal eficácia. Tivemos ao longo desses anos diversas tentativas de precarização das garantias sociais ligadas aos direitos dos trabalhadores, como por exemplo, a instituição do banco de horas e a recente aprovação da reforma trabalhista. Essas são leis com o intuito de desvalorização do trabalho e do ser humano que trabalha.

A valorização do ser humano trabalhador, se concretizará efetivamente no momento em que dispensarmos as interpretações puramente econômicas, que apenas protegem o capital e consideram o trabalhador como mera mercadoria, em detrimento de quem trabalha. Para que ocorra essa valorização deverá se observar a proteção fundamental constitucional e o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estipulou um capítulo referente a orientar a ordem econômica, consagrando o valor social do trabalho, ou seja, o trabalho humano como princípio fundamental constitucional e econômica.

Sendo assim, o trabalho é elemento primordial de existência do ser humano, devendo-se elevá-lo à condição de verdadeiro fundamento da República e da ordem econômica nacional, já que está relacionado intimamente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, é a base de sustentação do modo de produção capitalista, gerando riqueza, proporcionando a realização da vida em sociedade. Outrossim, quando alçado a tal nível tutelar, o valor social do trabalho foi exaltado como princípio fundamental de proteção e valorização do trabalho humano, rechaçando-se qualquer tentativa de violação deste regulamento. 

NOTAS

- 1 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo; revisão técnica e apresentação Adriano Correia. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 9.
- 2 SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no direito do trabalho moderno: a jornada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 13.
- 3 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução, Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 157.
- 4 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Tradução de Sueli Tomazini Barros. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 94.
- 5 GONÇALVES, Lilian. O fim social do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, SP, n. 5, p. 99-104, 2010. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/78821>>. Acesso em: 9 maio 2018.
- 6 MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007, p. 111.
- 7 ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. *Direito a desconexão nas relações sociais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014, p. 16.
- 8 GONÇALVES, Lilian. O fim social do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, SP, n. 5, p. 99-104, 2010. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/78821>>. Acesso em: 09 maio 2018.
- 9 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 118.
- 10 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.
- 11 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direitos fundamentais trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 40.
- 12 SÜSSEKIND, Arnaldo. Princípios de direito do trabalho. In: _____, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. Volume I. 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003, p. 141-147.
- 13 XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 maio 2018.
- 14 SÜSSEKIND, Arnaldo. Duração do trabalho. In: _____, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. Volume II. 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003, p. 794-840.
- 15 A Lei 9.601/98 alterou o § 6º do art. 59 da CLT, estabelecendo a possibilidade do banco de horas, entrando em conflito com a Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9601.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.
- 16 SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no direito do trabalho moderno: a jornada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 84.
- 17 FELICIANO, Guilherme Guimarães; DELGADO, Maurício Godinho. Apresentação. In: _____, Guilherme Guimarães et al. *Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica*. Organizadores Guilherme Guimarães Feliciano, Marco Aurélio Marsiglia Treviso, Saulo Tarcísio de Carvalho Fontes. – São Paulo: LTr, 2017, p. 7-13.
- 18 MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *Manual da reforma trabalhista: pontos e contrapontos*. Coordenadores Afonso Paciléo Neto, Sarah Hakim; prefácio Lívio Enescu. – São Paulo: Sensus, 2017, p. 17.
- 19 CANOTILHO, 1998 apud MARTINS, Sérgio Pinto. *Direitos fundamentais trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 45.

- 20 SILVA, 2006 apud MARTINS, Sérgio Pinto. *Direitos fundamentais trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 45.
- 21 MIRANDA, 1993 apud MARTINS, Sérgio Pinto. *Direitos fundamentais trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 45.
- 22 PETER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 153.
- 23 PADILHA, Valquíria. Se o trabalho é doença, o lazer é remédio?. In: DACOSTA, Lamartine Pereira; MÜLLER, Ademir (Org.). *Lazer e trabalho*. Organizadores Ademir Müller e Lamartine Pereira DaCosta. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 243-266.
- 24 O Brasil é o atual quarto colocado no ranking de acidentes de trabalho no mundo e a situação pode piorar em função da reforma trabalhista que já está em vigor no Brasil. Esta é a conclusão de especialistas reunidos [...] na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa do Senado. A OIT diz que nós temos 6,3 mil mortes por dia, 2,3 milhões de mortes por ano (no mundo). É mais do que qualquer conflito bélico. Ouso dizer, nessa época de beligerância internacional com o conflito entre Síria e Estados Unidos, se alguém quiser matar seres humanos não precisa desenvolver arma química, basta abrir uma empresa e não dar saúde e segurança porque os números da OIT mostram a carnificina que é a realidade do trabalhador sujeito a essas condições, disse o chefe da Divisão de Ações Prioritárias da Advocacia Geral da União (AGU), Fernando Maciel. ADITAL. *Acidentes de trabalho no mundo: números piores que os de qualquer guerra*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/578356-acidentes-de-trabalho-no-mundo-numeros-piores-que-os-de-qualquer-guerra>>. Acesso em: 10 maio 2018.
- 25 MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007, p. 113.
- 26 ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 13. ed. rev. ampl. São Paulo: Cortez, 2008, p. 142.
- 27 GONÇALVES, Lilian. O fim social do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, SP, n. 5, p. 99-104, 2010. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/78821>>. Acesso em: 09 maio 2018.
- 28 MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007, p. 115-116.
- 29 Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]; IV – os valores sociais do trabalho [...]. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.
- 30 Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.
- 31 GONÇALVES, Lilian. O fim social do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, SP, n. 5, p. 99-104, 2010. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/78821>>. Acesso em: 9 maio 2018.
- 32 Art. 193 – A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.
- 33 ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. *Direito a desconexão nas relações sociais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014, p. 17.
- 34 MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007, p. 116.

REFERÊNCIAS

- ADITAL. *Acidentes de trabalho no mundo*: números piores que os de qualquer guerra. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/578356-acidentes-de-trabalho-no-mundo-numeros-piores-que-os-de-qualquer-guerra>>. Acesso em: 10 maio 2018.
- ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. *Direito a desconexão nas relações sociais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.
- ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?*: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 13. ed. rev. ampl. São Paulo: Cortez, 2008.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo; revisão técnica e apresentação Adriano Correia. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução, Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 9.601 de 1998*. Sancionada em 21 de janeiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9601.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães; DELGADO, Maurício Godinho. Apresentação. In: _____, Guilherme Guimarães et al. *Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica*. Organizadores Guilherme Guimarães Feliciano, Marco Aurélio Marsiglia Treviso, Saulo Tarcísio de Carvalho Fontes. – São Paulo: LTr, 2017.
- GONÇALVES, Lilian. O fim social do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, SP, n. 5, p. 99-104, 2010. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/78821>>. Acesso em: 09 maio 2018.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *Manual da reforma trabalhista: pontos e contrapontos*. Coordenadores Afonso Paciléo Neto, Sarah Hakim; prefácio Lívio Enescu. – São Paulo: Sensus, 2017.
- MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direitos fundamentais trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Tradução de Sueli Tomazini Barros. Porto Alegre: L&PM, 2009.
- PADILHA, Valquíria. Se o trabalho é doença, o lazer é remédio?. In: DACOSTA, Lamartine Pereira; MÜLLER, Ademir (Org.). *Lazer e trabalho*. Organizadores Ademir Müller e Lamartine Pereira Da-Costa. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.
- PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no direito do trabalho moderno: a jornada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. Duração do trabalho. In: _____, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. Volume II. 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. Princípios de direito do trabalho. In: _____, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. Volume I. 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003.



CRISTIANE FELDMANN DUTRA é Doutoranda em Educação na instituição Unilasalle. Mestre em Direito na Uniritter – Laureate International Universities-RS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e Especialista em Direito Civil e Processo Civil no Instituto de Desenvolvimento – IMED-RS. Especialista em metodologia e ensino à distância na Instituição Anhanguera Valinhos-SP.



LEANDRO JOSÉ CARDOSO é graduado em Direito pela Faculdade CESUCA-Inedi.

“Em sua origem, a Justiça do Trabalho nasceu com um propósito específico, ou seja, processar e julgar os conflitos que surgissem nas relações de emprego. No período posterior à Constituição Federal de 1998, sua competência jurisdicional foi ampliada, em especial, pela EC 45, a qual trouxe uma nova redação para o art. 114, CF, com sensível alteração da “regra matriz” de competência, a qual passou ser as “ações oriundas da relação de trabalho”, ainda que o empregador seja estado estrangeiro ou a Administração Pública direta ou indireta.”

■ POR JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE E FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO

Delineamento da competência constitucional da Justiça do Trabalho: ações decorrentes da “relação de trabalho”

No Texto Constitucional originário (1988), o *caput* do art. 114 estabelecia: “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”.

O foco da competência da Justiça do Trabalho era a relação de emprego (competência em razão das pessoas) e, na forma da lei, outras controvérsias oriundas da relação de trabalho.

Com a EC 45/2004, além da alteração da competência em relação às pessoas (empregado x empregador) para à competência em razão da matéria (“relação de trabalho”), houve uma sensível ampliação no Texto Constitucional para outras matérias: direito de greve, representação sindical, mandado de segurança, habeas data, habeas corpus, conflitos de competência, responsabilidade civil, ações de responsabilidade civil etc.

Apesar da nova redação adotar a expressão “processar e julgar”, a doutrina é uníssona na afirmação de que a Justiça do Trabalho mantém a sua competência para conciliar os conflitos de interesses individuais e coletivos (art. 764, CLT).

Foi necessária a exclusão da expressão “conciliar” da nova redação constitucional, na medida em que a nova competência abrange demandas, as quais não são passíveis de serem objeto de conciliação, como é o caso das ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho (art. 114, VII).

De forma destacada, o inciso I envolve três pontos distintos: (a) ações oriundas da relação de trabalho; (b) entes de direito público externo; (c) entes da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

RELAÇÃO DE TRABALHO

A competência material é estabelecida de acordo com a natureza da lide, ou seja, deriva da própria natureza da relação jurídica controvertida.

Na Justiça do Trabalho, a partir da EC 45/2004, a competência material trabalhista relaciona-se com os diversos tipos de “conflitos decorrentes das relações de trabalho” (art. 114, *caput*, CF). Em outras palavras, todas as relações jurídicas em que o trabalho seja prestado por pessoa natural (ser humano).

Em sentido amplo, o trabalho pode ser considerado como toda e qualquer atividade, não se perquirindo a respeito do agente, da natureza ou da sua destinação.

Quando a atividade é humana, adota-se uma visão restrita, justificando a interação do trabalho com a órbita do Direito. A atividade humana pode ter

uma natureza econômica ou não. Várias são as atividades humanas que visam a outros fins. Por exemplo: o serviço voluntário que não gera vínculo empregatício, nem obrigações de natureza trabalhista, previdenciária ou afim (art. 1º, parágrafo único, Lei 9.608/1998).

Para o Direito do Trabalho, no entanto, o que interessa é a atividade humana aplicada à produção de bens ou serviços. Assim, mesmo quando se fala em produção, é importante precisar sua destinação. Não basta o trabalho para o suprimento das necessidades de seu agente.

Para a caracterização do trabalho como instituto jurídico exige uma relação interpessoal e o interesse do sujeito da relação. Tais elementos são os pressupostos da interação do trabalho humano com o direito do trabalho, mas em função da ordem jurídico-trabalhista nacional (CLT – Consolidação das Leis do Trabalho) sempre houve o realce para o trabalho subordinado (relação jurídica empregatícia). A subordinação é elemento presente nas relações jurídicas que interessam ao direito do trabalho, inserindo-se nas diversas espécies, a saber: trabalho empregatício; doméstico; eventual; rural; temporário e avulso.

Na dinâmica sócio jurídica há uma série de relações jurídicas, as quais envolvem a atividade humana como objeto e que não se relacionam com a subordinação. Foi necessário o alargamento da competência material trabalhista para a devida adequação do Judiciário Trabalhista à nova realidade do Direito do Trabalho.

Relação de trabalho é a relação jurídica em que o prestador dos serviços é uma pessoa natural, tendo por objeto a atividade pessoal, subordinada ou não, eventual ou não, e que é remunerada (ou não) por uma outra pessoa natural ou pessoa jurídica. Portanto, relação de trabalho é o gênero, sendo a relação de emprego uma de suas espécies.

Quanto aos elementos da relação de trabalho, a doutrina aponta: trabalho remunerado (onerosidade); pessoalidade; atividade do prestador como objeto do contrato; a subordinação e a eventualidade não atuam mais como critérios básicos para a delimitação da competência material trabalhista.

O fator onerosidade é importante, contudo, não é essencial na caracterização do que vem a ser a relação de trabalho. Há situações em que se tem o trabalho, sem haver, necessariamente, a presença da onerosidade ou que exista de uma forma indireta.

Diante da nova redação do art. 114, I, CF/1988, a Justiça do Trabalho tem competência material para conhecer, instruir e julgar toda e qualquer relação de trabalho.

Além da competência material original ou específica fundada na relação de trabalho, a Justiça do Trabalho tem a competência material derivada ou decorrente para processar e julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho na forma da lei (art. 114, IX, CF).

No plano infraconstitucional, antes da EC 45/2004, a Justiça do Trabalho já era competente para conciliar e julgar as demandas relacionados a outros tipos de trabalhadores, tais como: rural (Lei nº 5.889/1973); temporário (Lei nº 6.019/1974); avulso (art. 643, § 3º, CLT) e o doméstico (Lei nº 5.859/72, a qual foi revogada pela LC 150/2015). O cenário mantém-se inalterável com a EC 45.

A partir da EC 45/2004, com a mudança de paradigma (relação de emprego para relação de trabalho) na caracterização da jurisdição trabalhista, a Justiça do Trabalho passou a ter competência para dirimir as questões atinentes aos trabalhadores (autônomo e eventual).

Diversos são os tipos de trabalhadores autônomos, os quais, como pessoas físicas, na qualidade de prestadores de serviços, celebram vários tipos de contratos regulados pelo Direito Civil, a saber: (a) prestação de serviços (art. 594, CC); (b) empreitada (art. 610, CC); (d) mandato (art. 653, CC); (e) agência e distribuição (art. 710, CC); (e) corretagem (art. 722, CC). Nessas hipóteses, não haverá a aplicação da legislação trabalhista e sim a legislação civil aplicável a relação jurídica material controvertida deduzida em juízo.

Antes da EC 45/2004, para a proteção do pequeno empreiteiro (operário ou artífice), a legislação consolidada previa a possibilidade da demanda judicial na Justiça do Trabalho, onde não tinha a solicitação de verbas trabalhistas e sim o saldo da pequena empreitada (valores não pagos em função dos serviços prestados (art. 652, a, III, CLT). Convém ser dito que operário ou artífice sintetiza os pequenos prestadores de serviços, os quais são pessoas naturais que, trabalhando de forma isolada para terceiros, prestam pequenos serviços em troca de pequenos valores, pagos de uma forma única ou em parcelas. É o caso de um pedreiro que reforma uma casa, de um pintor que pinta alguns cômodos de uma residência etc. Assim, apesar de não haver um critério legal, podemos pensar em 2 elementos para caracterização do pequeno empreiteiro: quantidade de trabalhadores envolvidos (3 ou 4 pessoas); lapso temporal curto (2 ou 3 meses).

Relação de Trabalho e Relação de Consumo

Face à ordem constitucional, será que a relação de consumo pode ser tida como uma espécie de relação de trabalho e, conseqüentemente, ser da competência da Justiça do Trabalho?

De acordo com o CDC (Lei nº 8.078/1990), a relação de consumo é aquela estabelecida entre o consumidor e o fornecedor.

Pelo prisma legal: (a) consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º, *caput*); (b) fornecedor é toda pessoa natural ou jurídica (pública ou privada), nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 3º, *caput*); (c) produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (art. 3º, § 1º); (d) serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (art. 3º, § 2º).

De plano, pode-se afirmar que nem todas as relações de consumo estarão sob a competência da Justiça do Trabalho. Estão excluídas da competência da Justiça do Trabalho as relações de consumo cuja atividade seja de: produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação,

distribuição ou comercialização de produtos, bem como a prestação de serviços quando o prestador seja pessoa jurídica.

Surge a celeuma relativa à competência da Justiça do Trabalho quando na relação de consumo se tenha a prestação de serviços e a que o prestador seja pessoa natural.

Na abordagem da prestação de serviços por trabalhadores, como sendo relação de trabalho ou relação de consumo, em linhas gerais, na doutrina encontramos três vertentes: (a) a primeira corrente nega a competência da Justiça do Trabalho sob o fundamento de que o prestador de serviço, na execução das suas tarefas, insere-se em uma relação de consumo, onde o tomador dos serviços é o usuário final; (b) em uma posição diametralmente oposta à primeira, há os que defendem a competência da Justiça do Trabalho, sustentando que as relações de consumo, onde o prestador de serviços é pessoa física, inserem-se na definição de relação de trabalho; (c) e, por fim, a última, em que se analisa a temática, partindo-se do pressuposto de que há dois ângulos a serem analisados: (1) o primeiro, que envolve o consumidor (destinatário do serviço), em que se aplica o CDC e cuja competência é da Justiça Comum; (2) o segundo que se relaciona com a pessoa física prestadora (fornecedora) do serviço cuja pendência há de ser resolvida pela Justiça do Trabalho, aplicando-se a legislação civil.

Em 2008, o STJ uniformizou a jurisprudência: “Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente” (Súm. 363).

A SDI-I do TST tem entendido pela incompetência da Justiça do Trabalho para as ações envolvendo relações de consumo (ERR 78100.45.2005.5.04.0005 – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DEJT 20/11/2009; ERR 58800.22.2007.5.03.0081 – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – 8/10/2010; ERR 139200.86.2008.5.03.0081 – Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires – DEJT 27/8/2010; ERR 75500.03.2005.5.04.0021 – Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho – DEJT 28/6/2010; E-ED-RR 446600-12.2007.5.12.0001 – Re. Min. Augusto César Leite de Carvalho – DEJT 23/8/2013; E-RR 74700-26.2008.5.22.0002 – Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho – DEJT 10/5/2013).

ENTES DE DIREITO PÚBLICO EXTERNO

Os entes de direito público interno são divididos em Estados estrangeiros e Organizações ou organismos internacionais.

Para os Estados estrangeiros, a doutrina aponta que os atos praticados podem ser de império ou de gestão.

Atos de império são os praticados no exercício de suas prerrogativas soberanas, logo, nessa hipótese, os Estados estrangeiros tem imunidade absoluta, assim, não se submetem à jurisdição brasileira.

Por sua vez, atos de gestão são os decorrentes de matéria de cunho privado, como é o caso de contratação de empregados. Nessa hipótese, a doutrina tem entendido pela submissão do Estado estrangeiro à jurisdição brasileira, visto que a imunidade de jurisdição representaria: (a) enriquecimento sem causa pelo Estado estrangeiro; (b) evidente desvio ético-jurídico; (c) a não

compatibilidade com o princípio da boa-fé; (d) inarredável ofensa aos princípios do direito internacional.

Na sua redação originária, o art. 114, CF, estabelecia a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo. A competência foi mantida pela EC 45/2004 (art. 114, I).

Portanto, pode-se afirmar, que os Estados estrangeiros, diante da contratação de um empregado, estão submetidos a jurisdição trabalhista. Essa afirmação é incontroversa, quanto a demanda na sua fase de conhecimento, contudo, isso não ocorre na fase de execução.

Será que é possível a execução da sentença diante da impenhorabilidade pela jurisdição trabalhista quanto aos bens de uma embaixada estrangeira?

Pela Convenção de Viena (art.s 22 e 31), tem-se a inviolabilidade dos bens da missão diplomática, o que, sem dúvidas, justifica a impenhorabilidade para fins de execução trabalhista. Assim, como não é possível a penhora em território nacional, a execução deve ser processada por carta rogatória.

Quanto às organizações ou organismos internacionais, a doutrina tem apontado a plena imunidade de jurisdição (fases de conhecimento e de execução), quando os atos constitutivos de tais pessoas jurídicas de direito externo estabelecem a imunidade.

Nesse sentido, para o TST, as organizações ou organismos internacionais gozam de imunidade absoluta quando amparados por norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se lhes aplicando a regra do Direito Consuetudinário relativa à natureza dos atos praticados. Excepcionalmente, prevalecerá a jurisdição brasileira na hipótese de renúncia expressa à cláusula de imunidade jurisdicional (OJ 416, SDI-I).

SERVIDORES PÚBLICOS

De forma objetiva, os agentes públicos podem ser divididos em três categorias: (a) agentes políticos; (b) particulares em colaboração com o poder público; (c) servidores públicos.

Agentes políticos são os ocupantes de cargos estruturais da organização político-administrativa geral e não possuem uma relação profissional com a Administração, como, por exemplo: Presidente da República, Governador, Prefeito, Ministro, Secretário, Senador, Deputado, Vereador etc.

Os agentes políticos não estão sujeitos às mesmas normas dos servidores públicos.

Os particulares que prestam serviços ao Estado sem um vínculo de trabalho, a título oneroso ou gratuito, são denominados particulares em colaboração com o poder público. Exemplos típicos dessa situação são: o mesário na eleição, o jurado etc.

Os particulares em colaboração com a Administração podem prestar serviços quando requisitados pelo Estado, ou quando por vontade própria assumem a gestão de coisa pública em casos de emergência, ou, ainda, quando desempenham, por conta própria, sem relação de dependência, mas com concordância do Poder Público e em seu nome, função ou serviço público.

Desta forma, a prestação de serviços dos particulares em colaboração com o Poder público pode ocorrer por: (a) delegação do Poder público, como, por exemplo, os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, leiloeiros, tradutores, intérpretes públicos etc.; (b) mediante requisição, nomeação ou designação, v. g., serviço militar; (c) como gestores de negócios espontâneos que assumem funções públicas em momentos de incêndio, enchentes etc. (emergenciais).

Os servidores públicos são as pessoas naturais que possuem um liame de trabalho com o Estado e as entidades da Administração indireta e, mediante remuneração, prestam serviços.

Primeiramente, os servidores públicos podem ser subdivididos em civis e militares.

O próprio Texto Constitucional distingue os servidores públicos em servidores civis (art.s 39 a 41, CF) e militares, sendo que, com a EC 18/1998, têm-se dois grupos de militares, o primeiro, composto pelos membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 42) e outro grupo integrado pelos membros das Forças Armadas (Aeronáutica, Exército e Marinha) (art. 142, § 3º).

O servidor público civil, por sua vez, é gênero do qual são espécies: (a) servidores públicos estatutários (também conhecidos como funcionários públicos); (b) empregados públicos; e (c) servidores temporários.

Os servidores estatutários são os ocupantes de cargos públicos, sujeitos ao regime estatutário previamente implantado pela Administração para a qual prestam serviços, os quais podem ser de caráter efetivo ou em comissão.

Os cargos em comissão destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento, com percentuais mínimos previstos em lei, a serem preenchidos por servidores de carreira (art. 37, V, CF, EC 19/1998).

Empregado público (servidor público trabalhista) é aquele que presta serviço para Administração Pública e é regido pelo regime trabalhista federal (CLT e outras normas).

Da terceira espécie, os servidores temporários exercem função pública, possuem contratos por tempo determinado e visam atender necessidade temporária de excepcional interesse público previsto em lei (art. 37, IX, CF).

A Administração Pública direta e indireta pode ou não adotar o regime trabalhista para a contratação de pessoal, podendo implantar o regime estatutário de caráter administrativo, sendo que as fundações de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista e as suas subsidiárias estão atreladas obrigatoriamente ao regime da iniciativa privada (art. 173, CF), o que também ocorre com os empregados das pessoas de cooperação governamental.

No regime celetista, a Administração equipara-se ao empregador particular, sem quaisquer prerrogativas especiais. Contudo, mesmo nessa hipótese, impõe-se à relação jurídica de trabalho preceitos de Direito Público, como: exigência de aprovação em concurso público, vedação de acumulação de cargos e empregos, remuneração etc.

Partindo da regra básica, o que não é de competência da Justiça especializada é de competência da Justiça Comum, podemos traçar alguns parâmetros sobre atribuições dos órgãos jurisdicionais.

O art. 114, da CF, prevê a competência da Justiça do Trabalho, enquanto o art. 109 traz a competência da Justiça Federal.

Diante da redação da CF, fácil concluir que a competência será da Justiça do Trabalho para julgar questões de empregados públicos, sejam eles da Administração direta ou indireta, sobre a aplicação da legislação trabalhista federal.

Também são da competência da Justiça do Trabalho litígios entre empregados celetistas e a Administração pública que tenham como objeto a aplicação de legislação municipal ou estadual.

Considerando que os servidores estatutários estaduais e municipais, efetivos ou comissionados, não possuem uma relação de emprego, mas sim de caráter institucional, a Justiça Estadual, antes da EC 45/2004, era competente para solucionar seus litígios envolvendo normas estatutárias.

Para os servidores estatutários federais, a princípio, a lei que instituiu o regime único (Lei 8.112/1990) atribuiu à Justiça do Trabalho competência para dirimir as controvérsias de dissídios individuais ou coletivos decorrentes de regime jurídico único instituído.

No entanto, o STF, ao apreciar liminarmente uma ação direta de inconstitucionalidade, suspendeu o referido disposto (TP – ADIn 4921 – Rel. Min. Carlos Mário Velloso – DJU 1/7/1992).

Posteriormente, apreciando o mérito da questão, o Plenário do STF entendeu, por maioria de votos, que a Justiça do Trabalho era incompetente para julgar dissídios individuais e coletivos propostos por servidores públicos. Em consequência, declarou a inconstitucionalidade do art. 240, e, da Lei 8.112/1990 (ADIn 4921 – Rel. Min. Carlos Mário Velloso – DJU 12/3/1993).

O próprio STF já havia se posicionado anteriormente, ao decidir que o art. 114 da CF refere-se apenas ao pessoal regido pela CLT e não ao estatutário (TP – CJ 6.829.8-SP – Rel. Min. Octávio Gallotti – DJU 14/4/1989).

O STJ editou as Súm. 97 e 137 sobre a matéria: “Súm. 97 – Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar reclamação de servidor público relativo a vantagens trabalhistas anteriores à instituição do regime jurídico único”; “Súm. 137 – Compete a Justiça Estadual processar e julgar ação de servidor público municipal, pleiteando direitos relativos ao vínculo estatutário”.

Com a EC 45/2004, diante da leitura do art. 114, I, a competência das controvérsias envolvendo as relações de trabalho dos agentes públicos foi deslocada para a Justiça do Trabalho.

Mesmo após a EC 45/2004, a temática da competência da Justiça do Trabalho para o servidor público estatutário na doutrina não é pacífica.

Para os positivistas, a redação do art. 114, I, como adota a expressão “relação de trabalho” com a Administração Pública, é inarredável a jurisdição trabalhista para toda e qualquer relação jurídica na qual esteja presente o servidor público, independentemente do seu liame jurídico com a Administração Pública, englobando, assim: (a) servidores públicos estatutários (também conhecidos como funcionários públicos); (b) empregados públicos; e (c) servidores temporários.

Já para os negativistas, como a relação de trabalho tem um cunho contratual, logo, de natureza privada, não se justifica a inclusão dos estatutários, dos

comissionados e dos admitidos de forma temporária, na medida em que tais vínculos são de natureza administrativa.

Em caráter liminar, o Min. Nelson Jobim (STF) suspendeu, ad referendum, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a “apreciação [...] de causas que [...] sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo” (ADIn 3.395-6 – Ministro. Nelson Jobim – j. 27/1/2005). Decisão confirmada pelo Tribunal Pleno (Rel. Min. Cezar Peluso, j. 5/4/2006).

Sobre o tema, o TST consolidou o entendimento:

“OJ 138, SDI-I – Competência residual. Regime jurídico único. Limitação da execução. Compete à Justiça do Trabalho julgar pedidos de direitos e vantagens previstos na legislação trabalhista referente a período anterior à Lei nº 8.112/90, mesmo que a ação tenha sido ajuizada após a edição da referida lei. A superveniência de regime estatutário em substituição ao celetista, mesmo após a sentença, limita a execução ao período celetista.”

“OJ 205, SDI-I – Competência material. Justiça do Trabalho. Ente público. Contratação irregular. Regime especial. Desvirtuamento. I – Inscreve-se na competência material da Justiça do Trabalho dirimir dissídio individual entre trabalhador e ente público se há controvérsia acerca do vínculo empregatício. II – A simples presença de lei que disciplina a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX, da CF/1988) não é o bastante para deslocar a competência da Justiça do Trabalho se se alega desvirtuamento em tal contratação, mediante a prestação de serviços à Administração para atendimento de necessidade permanente e não para acudir a situação transitória e emergencial.”

Em agosto de 2008, o Plenário do STF decidiu que a Justiça do Trabalho não tem competência para dirimir a controvérsia entre o servidor público temporário (art. 37, IX, CF), regidos ou não pela CLT, e a Administração Pública (RE 573202 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. 21/8/2008 – DJE 5/12/2008).

Por decorrência direta do posicionamento do STF, o Pleno do TST cancelou a OJ 205, SDI-I (cancelada pela Res. 156/2009), a qual tratava da competência material da Justiça do Trabalho para julgar ações relativas ao desvirtuamento das contratações especiais (temporárias) por entes públicos.

Em outubro de 2015, o STF, no ARE 906.491-DF (Rel. Min. Teori Zavascki), reafirmou a jurisprudência no sentido de que é da competência da Justiça do Trabalho processar e julgar demandas visando obter prestações de natureza trabalhista, ajuizadas contra órgãos da Administração Pública por servidores que ingressaram em seus quadros, sem concurso público, antes do advento da CF/88, sob regime consolidado, não sendo, assim, aplicável o precedente firmado na ADI 3.395. De idêntica forma (CC 7950 – Min. Rel. Marco Aurélio – j. 14/9/2016 – DEJ 1/8/2017).

Em relação aos servidores temporários, o STF, na Recl/4351 – MC-AgR (Rel. Min. Dias Toffoli – j. 11/12/2015 – DEJ 13/4/2016), determinou que é da Justiça

Comum o pronunciamento sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público fundadas em vínculo jurídico-administrativo temporário, não descaracterizando, assim, a competência da Justiça Comum o fato de se requererem verbas rescisórias, FGTS e outros encargos de natureza símile, dada a prevalência da questão de fundo, a qual diz respeito à própria natureza da relação jurídico-administrativa, ainda que desvirtuada ou submetida a vícios de origem.

Para os estagiários, os quais tenham sido contratados pela administração pública, caso se tenha a discussão judicial quanto ao contrato de estágio, por aplicação do precedente ADI 3.395, a competência será da Justiça Comum (TST – SDI-I – E-RR 5500-47.2010.5.13.0022 – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DEJT 31/3/2016).

Na RCL 21.842 (outubro/2015), o Min. Luís Roberto Barroso reafirmou a jurisprudência do STF de que é da Justiça Comum (Tribunal de Justiça) a competência para processar e julgar originariamente conflitos decorrentes do exercício do direito de greve de servidores públicos estatutários.

No RE 846.854 (agosto/2017), o STF, em acórdão de lavra do Min. Alexandre de Moraes, diante da assertiva de que os Guardas Municipais executavam atividade de segurança pública (art. 144, § 8º, CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, CF), fixou a seguinte tese de repercussão geral: “A Justiça Comum Federal ou Estadual é competente para julgar a abusividade de greve de servidores públicos celetistas da administração direta, autarquias e fundações de direito público”.

CONCLUSÃO

Em sua origem, a Justiça do Trabalho nasceu com um propósito específico, ou seja, processar e julgar os conflitos que surgissem nas relações de emprego. No período posterior à Constituição Federal de 1998, sua competência jurisdicional foi ampliada, em especial, pela EC 45, a qual trouxe uma nova redação para o art. 114, CF, com sensível alteração da “regra matriz” de competência, a qual passou ser as “ações oriundas da relação de trabalho”, ainda que o empregador seja estado estrangeiro ou a Administração Pública direta ou indireta.

Diante da regra constitucional, inúmeros debates jurídicos surgiram, os quais procuravam a melhor interpretação e aplicação da “nova regra matriz”, sendo que alguns ainda não encontraram uma solução.

O nosso estudo procurou, a partir do entendimento doutrinário e jurisprudencial, delinear os parâmetros da competência da Justiça do Trabalho (art. 114, *caput* e I, CF). 



ARQUIVO PESSOAL

JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE é Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu PUC/PR e outros diversos cursos. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Integração da América Latina pela USP/PROLAM. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas.



ARQUIVO PESSOAL

FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO é Desembargador do Trabalho (TRT 2ª Região). Professor convidado no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola Paulista de Direito. Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito do

Trabalho pela PUC/SP.

“Devemos refletir seriamente a respeito do assunto que merece uma análise mais respeitosa levando-se em consideração que a Constituição prevê também o direito à privacidade e intimidade da pessoa humana que deve ser respeitado e seguido, principalmente pelas autoridades judiciárias.”

■ POR MÁRIO PAIVA

A Constituição e a proteção de dados judiciais

Com a chegada dos 30 (trinta) anos de nossa Carta Magna ainda enfrentamos a quase que absoluta falta de estudos a respeito do impacto da publicidade indiscriminada das decisões judiciais na vida dos litigantes vez que o artigo 93 inciso IX dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos” e, por isso, não se procura minimizar os efeitos desta exposição e os dados judiciais seguem expostos sem qualquer tratamento e preocupação com a privacidade.

Há pelo menos 15 (quinze) anos alertamos as autoridades brasileiras em palestras, artigos e, em sala de aula, a respeito da nefasta publicação das decisões judiciais com o nome dos litigantes no ambiente virtual pois que a realidade mudou radicalmente com a criação do Diário de Justiça Eletrônico que expõe ainda mais as partes de forma infinita e duradoura, muito diferente do Diário de Justiça impresso que circulava de forma muito restrita e apenas em determinados dias.

Com a potencialização da divulgação e o acesso permanente e irrestrito dos dados judiciais a realidade mudou brutalmente e os litigantes acabaram por ficar extremamente expostos a todo tipo de discriminação que advém da utilização desses dados para fins de pretensas proteções de crédito, admissibilidade em empregos, aquisição e locação de bens dentre tantos outros.

Citamos apenas dois exemplos para que o leitor possa avaliar o quanto é prejudicial a divulgação de dados. O primeiro exemplo diz respeito as pessoas que litigam e que detêm doenças que causam discriminação como o vírus da AIDS e o segundo exemplo diz respeito aqueles trabalhadores que tem seus nomes expostos em processos judiciais trabalhistas e tem dificuldade de admissão em outros empregos vez que o empregador, sabendo que o mesmo já possui ou possuiu demanda trabalhista contra seu ex-empregador evita sua admissão em processo de seleção.

No primeiro exemplo o Tribunal Superior do Trabalho já se pronunciou noticiando, há muito tempo atrás, a suspensão do direito ao segredo de justiça em processo em que litigam portadores do vírus HIV. O Ministro João Batista Brito, relator do processo entendeu ser desnecessária a confidencialidade do portador do vírus HIV que figura como litigante em causas trabalhistas que tramitem pelas Cortes Trabalhistas.¹

Brito Pereira afirmou que “São tantos os casos que tramitam no TST sobre esse mesmo tema, que não vejo porque manter o segredo de justiça”. Referido entendimento também foi seguido pelo ministro Gelson de Azevedo quando afirma que o movimento atual na sociedade é no sentido de acabar com a discriminação em relação à doença. Segundo ele “As pessoas estão vindo a público, reconhecendo sua existência, razão pela qual não vejo sentido na necessidade da tramitação em segredo”.

Tal entendimento foi reforçado pelo ministro Aloysio Correa da Veiga, quando afirmou que “a banalização do segredo de justiça” tem aumentado o número de processos nessas condições no TST. “A regra do art. 155 do Código de Processo Civil é específica no sentido de só admitir o segredo de justiça quando o interesse público determinar, e nos casos envolvendo direito de família”, disse. “E, neste caso, me parece que o interesse público está a determinar justamente o contrário, até mesmo para evitar a discriminação”.

Assim, entenderam, os ministros do Tribunal Superior do Trabalho pela desnecessidade da anonimização do nome dos litigantes portadores do HIV em processos judiciais trabalhistas. Com esta decisão, o Brasil demonstrou estar avesso ao pensamento que tem sido adotado por vários países da América Latina em relação a confidencialidade dos dados de pessoas portadoras do HIV já que a proteção destes dados correspondentes a pacientes com HIV-SIDA é um denominador comum na legislação comparada como por exemplo da Argentina, Costa Rica e Uruguai. Existe nestes países proteção especial, principalmente na legislação que regula procedimentos médicos em relação aos portadores do HIV aferindo restrições contundentes a divulgação de dados de pacientes portadores do HIV que conferem total privacidade dos mesmos.

Na contramão desse pensamento o Tribunal Superior do Trabalho propugnou pela divulgação destes dados em processos judiciais apesar de no Brasil existir também normas semelhantes as das legislações alienígenas, como por exemplo, a disposta pela Resolução Nº 1.665/2003 Conselho Federal de Medicina que aborda a questão da responsabilidade ética das instituições e profissionais médicos na prevenção, controle e tratamento dos pacientes portadores do vírus da SIDA (AIDS) e soropositivos e, em seu artigo 10º prevê que “O sigilo profissional deve ser rigorosamente respeitado em relação aos pacientes portadores do vírus da SIDA (AIDS), salvo nos casos determinados por lei, por justa causa ou por autorização expressa do paciente.”

Portanto percebemos que na legislação latino americana a tendência é no sentido de proteger os dados que envolvam pacientes portadores do HIV e não a de divulgá-los em virtude da própria carga de discriminação que esta doença comporta na sociedade. Por isso, o pensamento ventilado no Tribunal Superior do Trabalho, de que os processos judiciais que envolvam portadores do HIV não devam tramitar sob a égide do segredo de justiça, deve ser rapidamente revisto no sentido de preservar o anonimato nas lides que discutam a situação dos portadores da AIDS para evitar discriminações, por parte da sociedade, advindas de informações judiciais sob pena do próprio Estado vir a ser responsabilizado por danos morais e materiais provenientes da divulgação indevida de dados que merecem confidencialidade.

O segundo exemplo, que até o presente momento, ainda não restou resolvido, foi a veiculação do nome do reclamante em processo trabalhistas que em rápida busca nos sites dos tribunais são colocados a disposição de qualquer pessoa que pode manusear os autos da maneira que bem entender, utilizando

as informações para quaisquer fins podendo vir a prejudicar sobremaneira a vida daquele trabalhador que invariavelmente encontra-se em situação de desemprego.

Mas vamos relembrar os fatos. Antes da criação dos sites dos tribunais na *internet* algumas empresas de grande e médio porte discriminavam no momento da contratação trabalhadores os que haviam anteriormente ajuizado reclamação trabalhista contra seus ex-empregadores. Mas, como o entrevistador a empresa sabia disso? Respondo, através das chamadas “*listas negras*” que nada mais eram do que listas com o nome de trabalhadores que já possuem ou possuíram reclamações trabalhistas contra seus ex-empregadores e que eram repassadas de empresa para empresa para a realização da exclusão do candidato a vaga para o emprego.

Essa prática durou anos e anos e, até hoje, infelizmente, ainda vem sendo realizada por alguns empregadores inescrupulosos, porém, o que as listas negras têm haver com os sites dos tribunais? É que, quando os sites dos tribunais foram implementados e colocados a disposição de todos, os mesmos disponibilizavam pesquisa em seu acervo eletrônico pelo nome do reclamante e, sem querer, na melhor das intenções, (mas diz o ditado popular que, “*de boas intenções o inferno esta cheio*”), potencializavam sobremaneira a discriminação de trabalhadores que já tinham reclamações trabalhistas quando da conquista de um novo posto de trabalho, pois, várias empresas consultavam nos próprios sites dos tribunais do trabalho se o empregado ajuizou ação trabalhista vindo a discriminá-lo por causa disto, ou seja, formou-se uma espécie de lista negra digital organizada pelo próprio órgão jurisdicional como *plus* negativo de facilitar ainda mais a segregação.

A situação era tão grave que à época, e ainda hoje, recebemos vários e-mail’s, pois tínhamos escrito anteriormente sobre o assunto, de pessoas que se sentiam discriminadas já que a primeira atitude que o entrevistador fazia, ao realizar a entrevista do candidato para o novo emprego, era a de pesquisar o nome do candidato à vaga nos sites dos tribunais trabalhista para verificar se seu nome figurava em algum processo judicial.

Á época um dos casos que mais nos chamaram a atenção foi a de um senhor que, ao ser demitido de um alto cargo de gerência que exercia em uma instituição financeira, não conseguiu mais emprego em nenhuma instituição equivalente, pois em todas as entrevistas era censurado por já ter ajuizado reclamação trabalhista contra seu ex-empregador e esta informação era obtida justamente no site o tribunal regional do trabalho. Em resumo, este bancário teve que se mudar para a Inglaterra para trabalhar como garçom para poder sustentar sua família uma vez que, no Brasil, não conseguira um novo emprego.

Entendemos que o procedimento de disponibilização de dados judiciais do trabalhador nos sites de tribunais fere frontalmente sua privacidade, e, pior atenta contra o livre acesso do trabalhador a um novo emprego e, por isso, defendo tese de nossa autoria e esposada em trabalho jurídico intitulado “Responsabilidade Civil do Estado: Danos provenientes de veiculação

de dados nos sites dos tribunais” realizado em 2003 e publicado pela revista Síntese onde demonstramos que o Estado deve ser responsabilizado de forma objetiva pelos danos que o trabalhador vier a ter em virtude da disponibilização indiscriminada de seus dados judiciais em sites dos tribunais regionais do trabalho.

Mesmo diante de tudo isso, referidos dados, ainda vieram a ser disponibilizados por muito tempo pelos sites dos tribunais causando prejuízos incalculáveis a vários trabalhadores. A primeira medida efetiva contra essa disponibilização foi a do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª. Região que por intermédio de provimento resolveu em 13/12/2001 retirar de seu site a pesquisa pelo nome do reclamante. Meses depois o Tribunal Superior do Trabalho, precisamente em 30/08/2002, expediu circular para todos os Tribunais Regionais do Trabalho para que tirassem a ferramenta de pesquisa pelo nome do reclamante.

Além disso, a nível internacional, participamos da elaboração das Regras de Heredia que são diretrizes a serem adotadas pelos órgãos judiciais para proteção de dados de seus jurisdicionados elaboradas no encontro denominado “Internet y Sistema Judicial em América Latina y el Caribe” (Home-page: http://www.iijusticia.edu.ar/Seminario_Taller/) realizado pelo Instituto de Investigación para la Justicia Argentina, Corte Suprema da Costa Rica e International Development Research Centre do Canadá onde foram analisados por especialistas e ministros de cortes superiores de justiça de vários países da América Latina, inclusive do Brasil, os benefícios e dificuldades advindas das home-pages dos Poderes Judiciais na rede, os programas de transparência e proteção de dados pessoais.

Portanto, diante dessas situações exemplificadas devemos refletir seriamente a respeito do assunto que merece uma análise mais respeitosa levando-se em consideração que a Constituição prevê também o direito a privacidade e intimidade da pessoa humana que deve ser respeitado e seguido, principalmente pelas autoridades judiciárias que tem o dever de proteção de dados dos litigantes que almejam procurar a justiça como última alternativa para a composição dos litígios não podendo servir sua atuação como propulsão de mais desrespeito aos direitos duramente conquistados pelo povo brasileiro através de sua Constituição. 

NOTA

- 1 TST suspende segredo de justiça em processo de soropositivo (25 de agosto de 2015. www.tst.jus.br).



ARQUIVO PESSOAL

MÁRIO PAIVA é advogado e Assessor da Organização Mundial de Direitos da Informática.

“A segurança jurídica na interpretação adequada permite a realização do direito mais justo, porque a concepção de justiça liga-se intimamente a ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecido como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a uma interpretação.”

■ POR LEONARDO GOMES DE AQUINO

O papel do STF na interpretação da norma como vetor da segurança jurídica

Ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Esse uso oscila entre o uso corrente para designação do fato, e a significação normativa. Podendo os dois aspectos se coincidir ou mesmo ser antagônico (FERRAZ Jr., 2003:255), isto porque interpretar a norma (qualquer dispositivo legal) é revelar o seu sentido (descobrir a finalidade da norma), fixar o seu alcance (delimitar o campo de incidência da norma), no aspecto técnico. A norma cuja leitura não mostre qualquer ambiguidade ou obscuridade carece de interpretação, pois só claramente é que o processo de interpretação não tem espaço para as cláusulas obscuras, uma vez que nesse caso é menos evidente apenas por ser mais célere e quase imediato. Se aplicação da norma sugere uma aferição no atilamento para a solução ou adequação do caso particular e concreto no formato do caso geral e abstrato formulado pelo legislador, é impossível tal aplicação sem prévia interpretação.

Ferraz Jr. (2003:256) dispõe que “a determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica”, isto porque cabe ao jurista determinar o alcance e a força da norma, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema, assim, a hermenêutica é “a teoria da ciência científica da arte de interpretar, mas não esgota o campo da interpretação jurídica por ser apenas um instrumento para sua realização”.

O processo de hermenêutica não se desenvolve de maneira arbitrária, segundo os interesses, caprichos ou mesmo sentimento particular de quem é chamado a interpretar a norma. O intérprete é submetido a catamênios que disciplinam o uso de vários meios a que se pode recorrer, e é governado por uma série de princípios, que cumpre à teoria da interpretação determinar e coordenar harmonicamente.

A interpretação adequada do problema gera segurança jurídica ao caso, pois essa segurança acarreta um direito seguro, onde há uma previsibilidade e calculabilidade na sua aplicação de modo determinar a confiança dos processos e procedimentos para assegurar determinados valores. A segurança acarreta a proteção subjetiva do direito, pois a segurança numa visão subjetiva nada mais é que “o reflexo subjetivo do princípio objetivo da segurança jurídico” (ÁVILA, 2012:139).

Para se alcançar a segurança jurídica no caso concreto é necessário análise de métodos, tanto da ciência do direito quanto aqueles da hermenêutica, ou da aplicação do direito, prescrevem limites e clamam por rigor científico ou técnico (TORRES, 2012:48).

A interpretação é um ônus que recai sobre todos os destinatários da norma. Portanto, na vida diária, a pessoa interpreta as normas vigentes, a fim de circular no tráfico jurídico, regulando-se conforme estas, configurando uma segurança jurídica nas relações.

OS CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO

A competência para fixar as diretrizes e as regras de interpretação é da doutrina e da jurisprudência, isto porque a “interpretação tem por objeto determinar o sentido e alcance das expressões do direito” (MAXIMILIANO, 1965:22), assim, ultrapassando sua limitação apenas às normas jurídicas. TORRES (2012:47) disciplina que a escolha do método interpretativo é um dos maiores desafios para própria segurança jurídica, pois os métodos de interpretação são influenciados pelos métodos metodológicos.

A questão das formas de interpretação para alcançar a segurança jurídica, a partir das decisões do STF, com fulcro na Constituição será analisada abaixo.

A INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL COMO VETOR DE SEGURANÇA JURÍDICA

O método interpretativo gramatical ou literal procura no sentido literal da norma jurídica o seu sentido e decorre do método positivista. O elemento gramatical tem em vista determinar o sentido das palavras empregadas pelo legislador, segundo critérios gramaticais ou linguísticos, sendo de notar que na lei são usados, indistintamente, segundo os casos: termos legais, cujo sentido está determinado na própria lei; termos técnicos sejam jurídicos ou não, em geral, pertinentes às várias ciências ou artes; expressões da linguagem comum, empregadas habitualmente por todos. O “objetivo de determinar mediante esta semântica o significado dos enunciados legais, os objetivos de referências e de aplicação dos mesmos enunciados, objetivos que seriam definidos por um conjunto de propriedades empíricas, pelas qualidades que os objetos podem ter ou não ter” (NEVES, 1993:109).

O STF no MS 21.143 demonstra o uso da interpretação literal, uma vez que, “sendo o Direito uma ciência, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio e, quanto à pureza da linguagem, a organicidade pertinente”, isto, porque, os preceitos insculpidos no inc. VIII, do art. 543 da CLT não alcançam a disponibilidade, descabido confundi-la com a cessação imotivada do contrato individual do trabalho, pois o “impetrante não mais exerce qualquer mandato sindical, encontrando-se apenas naquele período de estabilidade provisória”.

O julgado CJ 6.971 demonstra o uso da interpretação gramatical referente a expressão “crime comum” usada na CF, uma vez que a expressão é usada em contraposição aos crimes de responsabilidade, cuja sanção é meramente política e “abrange, por conseguinte, todo e qualquer delito, entre outros, os crimes eleitorais”.

Na análise do método deve-se pontuar que a dicção legislativa é clara para que se possa afirmar qual o sentido deve ser considerado como o correto. Reforça sobremaneira o uso da técnica literal quando se destaca a significação dicionarizada, podendo decorrer de uso técnico ou decorrente de um determinado grupo social. Portanto, esta técnica é muito útil para se afastar ambiguidades ou vaguesas inerentes à linguagem comum.

O STF na ADI 275 dispôs que “em se tratando da legitimidade ativa a que concerne o inciso IX do art. 103 da Constituição Federal, a organização sindical é representada, para esse efeito, apenas pelas Confederações Sindicais, termo técnico de sentido específico, a traduzir justamente os órgãos sindicais, nas suas

respectivas áreas de profissões e de categorias econômicas, que podem representá-las, no âmbito nacional.”

O problema da interpretação jurídica pelo critério gramatical se “dá porque os enunciados das normas legais não se manifestam sem mais, ou de uma forma evidente, essa sua significação” (NEVES, 1993:110), isto porque há nas normas conceitos indeterminados, cláusulas gerais ou conceitos tipos que geram ambiguidades (atingem a intenção) e vagezas (atingem a extensão) linguísticas da norma.

A INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA COMO VETOR DE SEGURANÇA JURÍDICA

O elemento histórico atende às condições gerais, às circunstâncias de tempo em que a lei foi decretada. Nesse método leva-se em consideração a gênese do preceito interpretado, tendo em conta os materiais ou os trabalhos preparatórios da sua elaboração da norma, as circunstâncias jurídico-social do seu advento, a própria história do direito, a exposição de motivos e as fontes legais, sem se esquecer da ponderação com a atualidade. Este método busca conciliar o tempo (passado com o presente) ao acolher a explicação progressiva sobre a base da dogmática, de maneira a inserir a vontade do legislador, como também o que ele desejava fosse atuado na atualidade, “enfrentasse determinado caso concreto hodierno, ou se compenetrasse das necessidades contemporâneas de garantias, não suspeitas pelos antepassados” (MAXIMILIANO, 2007:38). A visão continuísta a interpretação histórica acaba por estar a serviço da segurança jurídica como um instrumento de adaptação ao processo de mudança contínua em que consiste a própria história evolutiva. Mas, a toda ênfase, caso se almeje empregar o critério da interpretação histórica-evolutiva, deve haver a possibilidade de se embasar a aceção da lei com elementos caracterizadores do período histórico, ou seja, o tempo ao qual o intérprete quer fixar.

O STF na ADI 466 demonstra o uso da interpretação histórica da CF, uma vez que, “jamais autorizou - como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite - o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo STF”.

A interpretação histórica por meio do precedente é assinalada pela inovação de uma decisão relativa a um caso concreto antecedente como que, por apresentar relações com o caso atual é trazido como exigência de coerência histórica do órgão julgador. Caso o precedente histórico seja vinculativo o intérprete deve verificar se o caso em análise guarda alguma afinidade com a norma, tornando o intérprete em uma máquina. Caso contrário o intérprete estará livre para usar o precedente histórico, podendo escolher o melhor precedente para o caso concreto (LARENZ, 1997:611).

O uso da interpretação histórico precedente pelo STF pode ser notado no RE 482006 no voto do Min. Celso de Mello (07/11/2007, DJ 14/12/2007) que dispôs “é preciso registrar, também, no plano histórico, que está Suprema Corte, já sob a égide da Carta Federal de 1967 – que não continha a proclamação específica da presunção de não-culpabilidade –, reconheceu, no entanto, com apoio no art. 150, § 35, desse mesmo estatuto fundamental, e ainda que implicitude, a

existência (que reputou imanente ao próprio sistema constitucional) dessa classe tutela dos direitos e garantias fundamentais (HC 45.232/GB), pronunciando-se no sentido da constitucionalidade de diploma legislativo (DL 314/67, art. 48) que permitia, antes da formação de qualquer juízo condenatório definitivo e irrecorível, a suspensão do exercício da profissão e do emprego em entidade privada”.

Esta forma de interpretação é potencializada porque um número considerável de decisões prévias é apresentado perante o julgar, mas deve-se advertir que pouco adianta trazê-los sem a devida ênfase na identidade entre eles (LARENZ, 1997:505).

O argumento histórico a partir da intenção do legislador, também denominada teoria subjetiva, pode ser analisado no RE 313382 onde a interpretação é perquirida por meio da vontade do próprio legislador a época da confecção da norma. Isto porque a lei é uma ordem, o que o intérprete deve procurar é vontade do legislador, já que este é o autor da ordem legal.

O STF por meio da AI 691813 utilizou a interpretação histórica por meio dos precedentes e pela vontade do legislador ao afirmar que “o Plenário do STF, na decisão do RE 313.382, da relatoria do Min. Maurício Corrêa, reconheceu a constitucionalidade da palavra “nominal” contida no inciso I do art. 20 da Lei 8.880/1994. O que fez por entender que o referido vocábulo apenas traduz a vontade do legislador no sentido de que, no cálculo da média aritmética do valor a ser convertido para a nova moeda, fossem considerados os reajustes e antecipações efetivamente concedidos nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994”.

Na interpretação histórica no sentido da lei (teoria objetiva) procura como critério para interpretar a norma a vontade da própria da norma. A lei tem vida autônoma em relação ao seu criador após a sua publicação. Aplicação da norma se dará conforme seu próprio texto fazendo se presumir e não dependendo da análise dos porquês de sua criação.

A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COMO VETOR DE SEGURANÇA JURÍDICA

A interpretação sistemática tem como parâmetro o caráter orgânico do Direito, que se configura como um todo ordenado, com uma estrutura em que a localização em um ou outro lugar do texto não é fortuita, mas sim, obedece a uma poderosa estrutura interna, ao qual se conhece como sistema. Compara-se o ordenamento jurídico com um quebra cabeça no qual cada peça obtém seu significado segundo a situação em conjunto. Este método implicaria na consideração “da unidade e coerência jurídico-sistemáticos, onde a compreensão da norma se dá em função do seu contexto, sobretudo pela inclusão no instituto ou domínio jurídico de que seria parte e referindo-a inclusivamente à unidade de toda a ordem jurídica” (NEVES, 1993:104).

Larenz (1997:457) demonstra que “o sentido de cada proposição jurídica só infere, as mais das vezes, quando se a considera como parte da regulação a que pertence”.

O STF na decisão do RE 528112 optou por “uma interpretação sistemática dos dispositivos legais que tratam da matéria leva-nos ao entendimento de que efetivamente os promoventes fazem jus ao reajuste buscado” e conclui que “a partir de uma interpretação sistemática das LC nºs 122/94 e 163/99 e das Leis

nºs 8.049/01 e 8.061/02, todas do Estado do Rio Grande do Norte, que a vantagem pecuniária incorporada, denominada Função Gratificada Universitária (FGU), tem natureza salarial, compondo o vencimento básico dos agravados, razão pela qual deveria ser reajustada com base no percentual previsto na Lei nº 8.049/01, a qual prevê reajuste vencimental geral a todos os servidores do quadro da agravante”.

Mas, para adotar este tipo de interpretação deve-se ter como condição necessária a análise do conjunto normativo em sua totalidade, sabendo que se trata de uma complexidade da qual o preceito objeto da interpretação faz parte. Isto porque no nosso ordenamento jurídico a um comboio de leis, pois muitas das vezes estão em vigor expressamente, mas tacitamente estão revogadas ou são incompatíveis com a constituição (NEVES, 1993:105).

O STF no HC 86606 utilizou-se da interpretação sistemática levando “à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar”.

A ideia da interpretação sistemática vem sendo aplicada de diversas formas pertinentes à técnica, além das demonstradas temos: a) pela racionalidade do legislador; b) dentro de uma harmonização contextual; c) por meio dos princípios gerais; d) analógica.

A interpretação sistemática pela racionalidade do legislador segundo Sgarbi (2007:547) é baseada “na defesa de suas realizações. Portanto, para atender este dogma do campo jurídico, o papel do intérprete é intervir para solucionar as incoerências melhorando, por conseguinte, a ordem jurídica”. O STF no HC 109213 aproveitou-se da coerência dentro da racionalidade do legislador para permitir a coexistência de modo harmonioso de normas em aparente conflito, cuja incidência, no caso, tem a virtude de preservar a essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo.

A ideia da harmonização contextual procura na concepção da interpretação a partir da qual qualquer disposição normativa pode estar inserida em um esquema jurídico mais extenso, ao “menos aquele da lei tomada como um todo, mas frequentemente no contexto de um conjunto de leis relacionadas entre si” (MACCORMICK, 2008:170). Sgarbi (2007: 544) demonstra que é “necessário que se analisem quais as possibilidades significativas dos textos legais envolvidos e eleja aquela ou aquelas que favorecem o melhor aproveitamento deles”. O STF no RE 421233 demonstrou a necessidade de uma interpretação harmoniosa entre o CPC/1973 e a CF, pois a interpretação literal iria levar o art. 730 do CPC em confronto com a CF, ou seja, “a interpretação literal do art. 730 do CPC, poderá colocá-lo contra a Constituição. A interpretação do art. 730 do CPC, clama, pois, cautela. Ela deverá harmonizar-se com o art. 117, da Lei Fundamental”.

O método da interpretação sistemática por meio dos princípios gerais procura analisar a norma a partir da indução dos conceitos regulatórios de caráter geral subjacente a certo conjunto de normas sugerindo que, à luz de seu grau de importância, impõe-se sua consideração na resolução do caso em apreço por ser ele representativo de um valor comum, seja na omissão da norma, ou seja na permissão. O STF na ADI 774 demonstrou que a “observância compulsória pelos Estados de seus princípios básicos, por sua implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes: jurisprudência do Supremo Tribunal”.

A interpretação sistemática analógica resulta do fato que o intérprete deve analisar a norma de maneira casuística, que servirá de norte ao crítico. Sgarbi (2007: 554) demonstra que “deve se acentuar que dada a qualificação normativa para determinada classe de sujeitos, impõe-se mesma regra para outra classe de sujeitos porque eles têm, com a primeira a mesma consequência legal”. Esta forma de interpretação é comumente utilizada na análise do direito penal, como pode ser observada na decisão Pet 1503 do STF que aplicou o método interpretativo com base na sistemática analógica para solucionar o conflito de competência entre os *parquets Estaduais e Federais* na propositura da Denúncia do crime de Falsificação de guias de recolhimento de contribuições previdenciárias devidas à autarquia federal.

A INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA COMO VETOR DE SEGURANÇA JURÍDICA

A composição deste método procura o fim da norma, ou seja, qual o seu propósito, a sua razão de existir ou o seu objeto prático. O importante na análise desta técnica é observar as razões que motivaram a publicação do texto legal, observando os porquês da criação da norma, aqui reacende o problema da eleição dos fatores na investigação da vontade daqueles que elaboraram a norma, convocando os valores e princípios normativos constitutivos do próprio direito (NEVES, 1993:105).

O STF no RE 446999 se utilizou da interpretação teleológica para permitir que a regra estabelecida no art. 14, § 7º da CF, acesa pelos mais básicos princípios republicanos, visa obstar o monopólio do poder político por grupos hegemônicos ligados por laços familiares. Isto porque havendo a sentença reconhecendo a ocorrência da separação de fato em momento anterior ao início do mandato do ex-sogro do recorrente, não há que se falar em perenização no poder da mesma família.

É certo que o uso deste método teleológico necessita de um ponto de apoio que aceite o ordenamento jurídico como uma unidade dotada de propósitos. Portanto, não apenas se supõe os documentos legais fazem parte de uma relação entre meios e fins pensados pelo legislador, mas também os seus preceitos participam dessa orientação finalística (NEVES, 1993:105).

O STF na análise do RE 474132, afirma que a interpretação literal no presente caso conduziria à conclusão de que apenas as contribuições instituídas com fundamento no art. 195, I da CF seriam abrangidas pela regra da imunidade, estaria restringindo em demasia o dispositivo constitucional. Assim sendo, optou pela interpretação teleológica porque além de haver precedentes no STF deve-se perquirir sobre a finalidade do preceito constitucional, que deu ensejo à sua instituição. A admissão de uma interpretação teleológica das normas de imunidade, dependerá do contexto normativo e das circunstâncias do caso. Também deve ponderar as finalidades e os princípios que a regra busca resguardar com outros princípios e interesses também consagrados no texto constitucional.

O emprego do argumento teleológico na decisão não apenas implica afirmar a racionalidade do Tribunal, exigindo-se que se dê atenção ao passado, mas também solicitou do intérprete a realização de tarefa refinadora dos significados alternativos que se superpõem, gerando a conclusão de se evitar os usos restritivos da norma.

A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO COMO VETOR DE SEGURANÇA JURÍDICA

A interpretação das normas constitucionais se dá quando há conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos. Para solucionar esse conflito a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao intérprete, isto ocorre porque há uma importância acrescida aos princípios levados a nível constitucional (LARENZ, 1997:479).

O STF na ADI 1.344-MC, demonstra o uso da interpretação conforme a Constituição Federal, uma vez que essa técnica é utilizável “quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede o caso presente”. Quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal, técnica essa que “se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto em decorrência de este permitir interpretação conforme a Constituição”.

O STF no RE 433512 demonstrou que “a interpretação da Constituição não é para ser procedida à margem da realidade, sem que se a compreenda como elemento da norma resultante da interpretação. A práxis social é, nesse sentido, elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorizações nutridas em idealismo que não a tome, a práxis, como seu fundamento. Ao interpretá-la, a Constituição, o intérprete há de tomar como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá.”

A interpretação da Constituição, segundo Canotilho (2003:1210-1214) pode se dar: a) pelo método jurídico onde não distinção entre a interpretação de uma lei e a Constituição, devendo ser usado os métodos tradicionais (gramatical, histórico, sistemática e teleológico); b) método científico-espiritual procura se fixar na ideia de constituição como ordem de valores cujo sentido só pode captar-se através de um método que tenha em conta não apenas o texto, mas também os conteúdos axiológicos últimos da ordem constitucional; c) no método tópico problemático procura a interpretação a partir das seguintes premissas: “caráter prático da interpretação constitucional, dado que, como toda interpretação, procura resolver os problemas concretos; caráter aberto, fragmentário ou indeterminado da lei constitucional; preferência pela discussão do problema em virtude da abertura das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução substantiva a partir delas mesmo”; d) No método hermenêutico-concretizador considera-se interpretação constitucional como uma atividade de concretização da Constituição, circunstância que permite ao intérprete determinar o próprio conteúdo material da norma, partindo da concepção que a leitura do texto, em geral, e da Constituição, deve se iniciar pela pré-compreensão do seu sentido através de uma atividade criativa do intérprete. Ao contrário do método tópico-problemático, que pressupõe o primado do problema sobre a norma, o método concretista admite o primado da norma constitucional sobre o problema; e) No método normativo-estruturante o intérprete-aplicador deve

considerar e trabalhar dois tipos de elementos resultantes da interpretação: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma, e o outro resultante da investigação do referente normativo. Por outras palavras, o texto e a realidade social que o mesmo visa conformar; f) método comparativo procura no direito comparado esclarecer o significado e atribuir a determinados enunciados linguísticos utilizados na formulação das normas jurídicas, com fito valorativo da ordem constitucional e por “meio dela estabelecer a comunicação entre várias constituições e descobrir critério da melhor solução para determinados problemas concretos”.

O STF utilizou-se do método comparativo no RE 477554 ao valer-se de decisões da Suprema Corte Americana, conforme preceitua a própria ementa do julgado e assim dispõe: “assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do STF e da Suprema Corte Americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado.”

O denominador comum dos métodos constitucionais, parecem ter a necessidade de superar um modelo que estabeleça que a ciência jurídica deva ocupar-se exclusivamente de descrever o Direito através de uma atividade neutra aos valores sociais e alheia ao problema da efetividade do sistema. A partir do momento em que alguns padrões são incorporados a Constituição, a tarefa de determinar o que o Direito diz não pode ser concebida como uma atividade totalmente científica ou objetiva, visto que, podem entrar em jogo as opiniões e as considerações morais, o que confere natureza política à atividade do intérprete. Diante destas teorias apontadas, o Direito é construído axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e aplicação de princípios jurídicos, especialmente aqueles de natureza constitucional, de maneira a potencializar a realização da justiça, o que se manifesta plenamente com aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da proporcionalidade.

A INTER-RELAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO

Analisando as diversas decisões do STF podemos concluir que não há método unívoco para a interpretação da norma e também não se pode escolher ao livre arbítrio o método, pois cada um deles possui pontos positivos e negativos na sua aplicação. Mas podemos afirmar que na interpretação da norma há trajeto a se percorrer na interpretação da norma.

O primeiro passo seria a análise do sentido literal da norma como ponto de partida e de chegada, mesmo sendo díspare o significado, pois o que se encontra além do seu sentido e não compatível se não pode valer como conteúdo da lei e sendo unívoca a aceção está será a interpretação (LARENZ, 1997:485).

O segundo passo seria o contexto significativo da lei, observando a norma dentro do contexto textual complexo da lei, devendo concordar materialmente entre si, pois “em caso de dúvida, a norma individual há de interpretar-se de modo a que seja garantida a concordância”. Se os critérios anunciados não foram suficientes, deve observar o método histórico evolutivo onde se procura o sentido do uso contemporâneo do vocábulo ou de todo o texto legal em razão de fatores sociais, econômicos, linguísticos etc., Pois o direito não

é inventado, mas um produto lento da evolução, adaptando ao meio, com o desenvolvimento da norma, de maneira a desconstituir a origem e as transformações históricas de um instituto, obtém-se alguma luz para compreender o bem (LARENZ, 1997:485).

Deve conjugar a ideia da história o preceito sistemático do direito, pois nesta interpretação, o intérprete deve ter como condição necessária a análise do conjunto normativo em sua totalidade, sabendo que se trata de uma complexidade da qual o preceito objeto da interpretação faz parte.

Larenz (1997:485) demonstra que “sempre que o sentido literal possível e o contexto significativo da lei deixam margem a diferentes interpretações, há de preferir-se aquela interpretação que melhor se ajuste à intenção reguladora do legislador e ao escopo da norma em causa (interpretação histórico-teleológica)”, pois na “interpretação da lei o juiz está vinculado por princípio aos fins da lei e às decisões valorativas do legislador a eles subjacentes”.

Agora se os critérios apontados não forem coerentes ou forem incompatíveis com a constituição o interprete deve lançar mão ao critério teleológico em conformidade com a constituição, porque “há de ter-se sempre em atenção à combinação dos princípios constitucionais, que se podem completar reciprocamente, mas também reciprocamente limitar”, isto porque impõe ao intérprete a interpretação da legislação infraconstitucional de modo a realizar, da forma mais adequada, os valores e fins constitucionais, devendo escolher sempre a que tem mais afinidade com Constituição. Devendo a interpretação pautar-se, inicialmente no princípio da dignidade humana, por identificar um espectro de moralidade a ser assegurado a todas as pessoas e valores do espírito como parâmetro material para a subsistência do ser (LARENZ, 1997:488).

Por isso, ao interpretar uma norma o intérprete deve fazê-lo com base em um caso concreto, buscando a adequação do fato a norma, de maneira a alcançar a segurança jurídica. Segurança proporcionada pela lei, antecipadamente estabelecida, de forma a evitar a surpresa e o arbítrio. Sendo a segurança jurídica um dos princípios mais importantes do plexo axiológico da experiência jurídica, sinalizando a importância estabilidade e da previsibilidade nas relações sociais como meios para concretização de um direito mais justo. Não se trata de um princípio absoluto, supostamente capaz de esgotar a ideia de justiça, mas com certeza, em nome da segurança jurídica o direito positivo deve perdura em relação ao direito natural, reduzindo a ideia de justo ao direito estampado no sistema normativo da ordem jurídica, independentemente de sua legitimidade e efetividade.

A segurança jurídica na interpretação adequada permite a realização do direito mais justo, porque a concepção de justiça liga-se intimamente a ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecido como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é de grau indispensável a uma interpretação. ■



ARQUIVO PESSOAL

LEONARDO GOMES DE AQUINO é Mestre em Direito. Pós-Graduado em Direito Empresarial. Pós-graduado em Ciências Jurídico Empresariais. Pós-graduado em Ciências Jurídico Processuais. Especialização em Docência do Ensino Superior. Professor Universitário. Autor do Livro “Direito Empresarial: teoria da Empresa e Direito Societário”.

“Estamos sobrevivendo aos acontecimentos, precisamos sempre resistir, foi tão difícil chegar até aqui, enfrentando a herança deixada pelas gerações de políticos que se perderam no tempo e na corrupção, chuleando a verdade com erudições num mundo de fabulações para enfeitar o paraíso; são estelionatários e púustolas da gestão pública brasileira que governaram e ainda governam o Brasil, ante e pós Constituição de 1988. Política é “ciência do bem comum”, para isto é preciso consciência e moral, em respeito à Constituição, a coisa pública e aos cidadãos trabalhadores, eleitores e contribuintes.”

■ POR CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO

Constituição Federal brasileira: trigésimo ano de vigência e a prevalência dos direitos humanos: Situações históricas e críticas

Cidadão é aquele indivíduo que exerce na plenitude seus direitos fundamentais individuais assegurados pelo ordenamento jurídico vigente, especialmente na Constituição de 1988 e nos instrumentos de Direitos Humanos, do contrário, torna-se vítima de abusos de poder resultantes de arbitrariedades cometidas pelo Estado, por intermédio de seus agentes (autoridades e servidores públicos).

A manutenção e a credibilidade da Justiça dependem da efetivação e da preservação dos direitos individuais, como pressupostos do sistema democrático e fundamentos da República.

Cabe aos magistrados da cidadania, bem como aos membros do Ministério Público a estrita observância dos princípios gerais de direito constitucional, sempre interpretados e aplicados à luz dos Direitos Humanos.

A Carta Magna nacional de 1988, reza taxativamente:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II – prevalência dos direitos humanos;

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

E o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), como lei infraconstitucional, expressa:

Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.

1. Rápidos destaques sobre as sete primeiras Cartas Magnas brasileiras

Preliminarmente, cremos que se faz necessário ressaltar alguns pontos históricos vinculados as sete Cartas Magnas que antecederam a Constituição Federal de 1988.

1ª Carta Magna

Constituição do Império (25.3.1824, com vigência até 1889, 65 anos de duração)

Proclamada a independência do Brasil em 15 de novembro de 1822, mas o reconhecimento por Portugal ocorreu somente em 1825, ou seja, três (3) anos depois, com a assinatura do Tratado de Amizade e Aliança entre Brasil e Portugal.

Até então, o Brasil mesmo elevado a reino português monárquico transatlântico e pluricontinental, subordinava-se as leis vigentes no sistema jurídico português, que teve sua 1ª Carta Magna¹ aprovada 2 anos antes da Constituição do Império do Brasil, em 23.9.1822.

A Constituição do Império de 1824 adotou a monarquia constitucional parlamentarista no 1º Reinado, até 1831 com a abdicação do trono de D. Pedro I ao filho menor D. Pedro de Alcântara, este com 5 anos de idade. O Período de Regência ou regencial se deu entre 1831 a 1840 com a Declaração de Maioridade de D. Pedro II, quando foi entregue a Coroa a um jovem imperador.

A Constituição do Império do Brasil de 1824 é cópia da constituição francesa, de Luís XVIII, com seus ajustes; dando início ao chamado “jeitinho brasileiro”, desde a época de Benjamin Constant, até os dias atuais, a habilidade e a conveniência nacional impera no espírito popular e dos órgãos estatais, em busca de interesses próprios.

O direito constitucional pátrio tem origem de fato, isto é, na prática jurisdicional, em 1824, ano da outorga da Constituição do Império, como ato de Sua Majestade Dom Pedro I (pessoa inviolável e sagrada, não sujeito a responsabilidade alguma), o Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil (Chefe Supremo da Nação, seu Primeiro Representante exerceu cumulativamente o Poder Executivo e Moderado); em nome da Santíssima Trindade (religião Católica Apostólica Romana como culto oficial no Império).

No 2º Reinado (de D. Pedro II – alcunhado de “o Magnífico”), período de 1847 a 1889, o Império do Brasil teve trinta e dois (32) primeiros ministros, que foram os presidentes do Conselho de Ministros, o chamado “Gabinete do Império”, encerrado com o fim do 1º período parlamentarista (1822 a 1889).

“República da Espada” (de 1889-1994), quando o Brasil foi presidido pelo Marechal Deodoro da Fonseca (de 1889-1891); e por seu vice Marechal Floriano Peixoto governando em sucessão (de 1891-1894)

2ª Carta Magna (1ª República – Velha)

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24.2.1891, com vigência até 1930, 40 anos de duração)

O Congresso Constituinte coloca fim ao império e aprova a Constituição de 1891, com regime democrático, e o Estado passa a ser laico e não laicista², sem religião oficial, mas o preâmbulo contém “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus,...”

Rui Barbosa foi quem escreveu quase todo o texto da Lei Maior, dispondo o “*impeachment*” do presidente da república nos crimes de responsabilidade³.

É interessante destacar que o procurador-geral da república (autoridade máxima do Ministério Público), era designado pelo Chefe do Executivo, entre os ministros do Supremo Tribunal Federal.

O Congresso Nacional tinha como uma de suas atribuições resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras, após a celebração e os ajustes nas convenções e tratados, sempre *ad referendum*.

“República das oligarquias” de 1894 a 1930, quando imperava o coronelismo que detinha o mando político local pelos proprietários rurais com poder econômico na região. Os coronéis exerciam jurisdição do poder de polícia, de fato, controlando seus eleitores, pelo termo vulgar “curral eleitoral” e “voto de cabresto”.

Neste período o Brasil foi governado por sete (7) presidentes:

- Prudente de Moraes (de 15 de novembro de 1894 a 15 de novembro de 1898)
- Campos Sales (de 15 de novembro de 1898 a 15 de novembro de 1902)
- Rodrigues Alves (de 15 de novembro de 1902 a 15 de novembro de 1906)
- Hermes da Fonseca (de 15 de novembro de 1910 a 15 de novembro de 1914)
- Venceslau Brás (de 15 de novembro de 1914 a 15 de novembro de 1918)
- Artur Bernardes (de 15 de novembro de 1922 a 15 de novembro de 1926)
- Washington Luís (de 15 de novembro de 1926 a 24 de outubro de 1930)

ERA VARGAS

Governo Provisório (1930 a 1934)

Júlio Prestes de Albuquerque é eleito presidente do Brasil, mas não toma posse em razão da Revolução de 1930.

Quando Washington Luís é deposto (em 24.10.1930) a Junta Governista Provisória assume e dá posse a Getúlio Vargas como Chefe do Governo.

Por Decreto nº 21.402/1932 assinado por Getúlio Vargas, instituiu a Assembleia Nacional Constituinte. E a Constituição adotou o regime democrático.

3ª Carta Magna (2ª República)

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16.6.1934, com vigência até 1937, 3 anos de duração)

Governo constitucionalista de Getúlio Vargas.

Nesta Constituição surge a expressão “Todos os poderes emanam do povo, e em nome dele são exercidos” (art. 2º); fazendo tão bem a alma e a cidadania.

No capítulo II, dos direitos e das garantias individuais, lemos: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade” (art, 113.37).

Restou criada divisões judiciárias nos Estados, que passaram nomear seus respectivos juízes; bem como, criou-se a Justiça Eleitoral.

4ª Carta Magna (3ª República – Estado Novo)

Constituição dos Estados Unidos do Brasil (10.12.1937, com vigência até 1945, 8 anos de duração)

Trata-se de *lex fundamentalis* decretada no período do “Estado Novo” (ditadura civil), através de um golpe de Estado (de 1937-1945); segundo período do governo de Getúlio Vargas.

Não se fala em democracia e a feitura e aprovação das normas em geral, cabem ao governo (ao presidente da república), nenhum membro do parlamento terá a iniciativa de projeto de lei (art. 64).

E compete ao presidente da república celebrar tratados e convenções internacionais ad referendum do Poder Legislativo (art. 74, d)

Neste momento histórico sócio-político as cláusulas pétreas da cidadania, os direitos fundamentais individuais (art. 123) são relativizados ou menosprezados ante a justificativa de interesse público, dispendo: “O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem comum, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”. São termos genéricos ou expressões subjetivas (abertas que dão margem a diversas interpretações) de cunho eminentemente autoritário ou usualmente fascista.

Note-se que o código de processo penal brasileiro (Dec-Lei nº 3.689/ de 1941) já estava sendo reformado para maior repressão estatal. Na sua exposição de motivo encontramos: “urge que se seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”. E pasmem, este código encontra-se em vigor até os dias atuais.

É de se mencionar que o direito constitucional-penal assegura ao investigado, ao acusado, ao processado, ao condenado, como ao preso, direitos concretos e objetivos para um devido processo legal, em respeito a dignidade da pessoa humana; assim, qualquer exame de ponderação entre os direitos individuais, na seara criminal, estes sempre devem prevalecer sobre o interesse público ou social, porque são garantias de Direitos Humanos; do contrário, o réu torna-se vítima do Estado ofensor e violador do contido nos Tratados e Pactos internacionais referente as garantias judiciais ou processuais penais.

José Linhares foi presidente do Brasil (de 1945 – 1946)

5ª Carta Magna (4ª República denominada de “populista” de 1946 a 1964)

Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18.9.1946, com vigência até 1967, 21 anos de duração).

Trata-se da redemocratização do país. Esta Constituição foi aprovada por Assembleia Constituinte.

A Constituição de 1946 tinha como objetivo político o *Homem*, porque o Estado não é fim em si mesmo, mas meio para o fim (princípio filosófico kantiano). Nessa linha de raciocínio, “lei para o povo e não contra o povo; e governo do povo e com o povo”.

O Ministério Público ganha um título próprio (art. 125) na *lex fundamentalis*, mas o procurador-geral da república é demissível *ad nutum*, não possui garantias funcionais e nem a liberdade de convicção; o *Parquet* passa ser organizado em carreira nos Estados.

Competia privativamente ao presidente da república, celebrar tratados e convenções internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional (art. 87, VII).

O populismo e a demagogia política foram causas da queda do regime de 1946, muitas leis e decretos a favor do funcionalismo, de várias categorias de profissionais, dos operários e trabalhadores em geral, bem como do proletariado rural com pretextos de reforma agrária.

Neste período o Brasil teve quatro (4) civis como presidentes:

- Eurico Gaspar Dutra (de 31 de janeiro de 1946 a 31 de janeiro de 1951)
- Juscelino Kubitschek (de 31 de janeiro de 1956 a 31 de janeiro de 1961)
- Jânio Quadros (de 31 de janeiro de 1961 a 25 de agosto de 1961) renunciou
- João Goulart (de 8 de setembro de 1961 a 2 de abril de 1964) foi deposto

2º Período Parlamentarista (1946-1964)

Início com a renúncia forçada de Getúlio Vargas (com sua morte), e teve fim com o golpe militar. Ocuparam a função de 1º ministros Tancredo Neves, Francisco Brochado e Hermes Lima.

Plebiscito de 1963

Com acordo entre o presidente João Goulart com as Forças Armadas, se dá fim ao presidencialismo adotando-se o parlamentarismo, que deveria ter iniciado em 1965, mas não ocorreu devido ao golpe militar de 1964.

Revolução Militar (01.1.1964, com regime até 1985)

O Poder Revolucionário Militar ou Junta de Governo era composto pelos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica.

O Comando Supremo Revolucionário com poderes de autodeterminação aprovou 17 Atos Institucionais, a saber:

AI-1 concedia poder para a Junta Militar alterar a Constituição.

AI-2 instituía eleição indireta para presidente da república, dissolvendo todos os partidos políticos existentes.

AI-3 estabeleceu eleições indiretas para os governadores dos Estados.

AI-4 ...

AI-5 (em 13.12.1968, fechando o Congresso Nacional) concedeu ao presidente da república poderes de cassar mandatos, intervir em Estados e municípios, suspender direitos políticos de qualquer pessoa, decretar recesso ao Congresso para assumir funções legislativas; suspender o *habeas corpus* para crimes políticos. Este Ato Institucional se deu após o pesado discurso do deputado Marcio Moreira Alves, que rogava para a população ignorar os militares e as Forças Armadas.

Dentre outros...

Estabelece-se a censura contra jornais oposicionistas ao regime, livros e obras passaram a ser consideradas “subversivas” e retiradas de circulação, vários artistas e intelectuais se exilaram no estrangeiro.

Objetivo maior segundo as metas políticas militares era instituir uma “democracia restringida”. Criou-se o SNI – Serviço Nacional de Informação para a segurança nacional, à informação e à contra informação. Também se instalou o Inquérito Policial-Militares (IPMs), para os crimes contra o Estado.

6ª Carta Magna

Constituição da República Federativa do Brasil (24.1.1967, com vigência até 1969, 2 anos de duração).

Em mensagem encaminhada através do projeto de Lei Maior ao Congresso Nacional, pelo presidente Marechal Castelo Branco, ressalta a importância da obra revolucionária, que deverá ficar assegurada.

Invoca-se a proteção de Deus para promulgação da Constituição; bastante conservadora.

Abandona-se a eleição direta e o Chefe de Estado é escolhido por um “colégio eleitoral”, um sufrágio indireto que fortalece o sistema político-administrativo e enfraquece a participação popular.

Retira o Homem como fim em si mesmo (Constituição de 1946), e põem em primeiro plano a indústria, o comércio e o desenvolvimento econômico. Era uma Constituição para enriquecer ainda mais a elite.

Apesar da Constituição prever que: “É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade” (§ 30, art. 153, dos direitos e garantias individuais), dispositivo regulado pela lei nº4.898/1965, definindo crimes, penas, o processo civil e penal para responsabilizar seus autores, é de se advertir que tanto a Constituição como a lei citada, serviam como “normas de papel”, vez que no regime militar, eminentemente autoritário, o Estado não iria punir agentes à serviço da revolução e de seus ideais.

7ª Carta Magna

Constituição da República Federativa do Brasil (17.10.1969, com vigência até 1988, 18 anos de duração).

A Constituição de 1967, na sua maior parte foi mantida por 27 Emendas Constitucionais promulgadas pela Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Apesar de ser um regime autoritário com garantias fundamentais individuais em risco, muitas foram restringidas e/ou abolidas, não se sabe por que se diz que foi a 5ª República do Brasil, na vigência de duas constituições (1967 e 1969), não promulgadas, impostas (outorgadas) pelo regime militar.

A Ditadura Militar foi de 1964 a 1985, período denominado “anos de chumbo” ou “Brasil Nunca Mais”.

Foram presidentes militares do Brasil:

- Castelo Branco: 15/04/1964 a 15/03/1967;
- Arthur da Costa e Silva: 15/3/1967 a 31/8/1969;
- Junta Governativa provisória: 31/08/1969 a 30/10/1969 (AI-12);
- Lira Tavares (ministro do Exército);
- Augusto Rademaker (ministro da Marinha);
- Marcio de Souza e Melo (ministro da Aeronáutica);
- Emílio Garrastazu Médici: 30/10/1969 a 15/3/1974;
- Ernesto Geisel. Mandato: 15/03/1974 a 15/03/1979;
- João Baptista Figueiredo: 15/03/1979 a 15/03/1985.

O regime militar foi se desgastando naturalmente (como uma “laranja madura que cai do pé”), por exigência social, a abertura política deveria acontecer, mais cedo ou mais tarde, do contrário algo imprevisível por manifestação da sociedade, poderia suceder, a população não aguentava o autoritarismo e a falta do sufrágio direto.

A proposta de Emenda Constitucional (PEC 05/1983) de autoria do deputado federal Dante de Oliveira, para reinstaurar eleições diretas a presidente da república, teve grande manifestações populares pelo Brasil.

O primeiro comício se deu em Curitiba, minha cidade natal, no dia 12.1.1984, reunindo mais de 60 mil pessoas; e o comício das “Diretas Já” realizado no dia 10.4.1984, enfrente a igreja da Candelária, no Rio de Janeiro, onde nos fazíamos presente, destacamos o inesquecível discurso do nobre e saudoso jurista Sobral Pinto, que em “alto e bom som” citou o art.1º § 1º da Constituição de 1967: “Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”, sendo ovacionado por um milhão de brasileiros; mas infelizmente a proposta de Emenda Constitucional foi rejeitada no dia 25.4.1984 pelo Congresso Nacional.

Tancredo Neves, ainda que não tenha assumido a presidência de república, de fato e de direito, figura na galeria dos presidentes civis, por força da Lei nº 7.465/1986.

2. Constituição Cidadã de 1988: história social e política brasileira, desde seu nascimento.

8ª Carta Magna (6ª República – Nova ou “República Cidadã”)

Constituição da República Federativa do Brasil (5.10.1988, com 30 anos de duração)

A “Constituição Cidadã” originária de uma Assembleia Nacional Constituinte *sui generis* no mundo, onde os membros do Parlamento Nacional exerceram duas funções distintas e independentes que devem ser separadas, a legislativa com a de

membro constituinte, e mais, os deputados federais e os senadores (na qualidade de legisladores e constituintes), ainda duplicarão seus vencimentos, verdadeiro *aberratio legislati – iuris*.

Existe uma grande diferença entre Poder Legislativo e Poder Constituinte. A função de deputado federal e a de senador da república é a de legislar e representar a sociedade exercendo direito de discutir e aprovar leis infraconstitucionais, e não a de formular uma Constituição por completo. Cabe ao Poder Legislativo com suas limitações legais, no máximo, emendar a Carta Magna já existente (aquela que está em vigência), mas não lhe compete fazer nova *lex fundamentalis*.

Uma Constituição nasce do poder originário constituinte, quando este é eleito para tal função, e esta não se confunde com o exercício funcional dos deputados e senadores.

Os membros de uma Assembleia Nacional Constituinte são cidadãos eleitos pelo voto popular, dentre representantes de organizações, associações, sindicatos de classes, professores, intelectuais, juristas, etc., com função estrita, e cujo texto constitucional (da nova Carta Magna) deve ser referendado através de outra eleição, isto é, pelo voto popular. Na hipótese brasileira, isto não ocorreu.

São 164 anos de história de “jeitinho constitucional”, a começar pela Carta do Império (1824), até a entrada em vigor da “Lei Maior Cidadã” (1988), um talento brasileiro brilhante de inventividade jurídica que se sobressai, desprende-se do inusitado e se acomoda na *praxis* habitual, desde o “descobrimento fortuito da Ilha de Vera Cruz” (1500) até o nosso tempo, somando 194 anos de “jeitinho” como parte da cultura vulgar e intelectual, seja pelo costume popular ou por força da eloquência verbal do jurídiqes (palavrado e terminologia de difícil compreensão), usual dos doutores da lei e dos políticos de má-fé, quando pretendem ocultar ou dissimular interesses.

2.1 Vício jurídico-legal na origem da Constituição de 1988

Em 28.6.1985, o presidente José Sarney envia Emenda à Constituição concedendo poderes constituintes aos deputados federais e senadores da república que fossem eleitos no pleito de 15 de novembro de 1986. Destaque-se, entretanto, que o pleito ocorreu de acordo com leis eleitorais do período autoritário (Leis nºs 7.508, de 17.6.1971, 7.514, de 9.7.1971, e 5.682, de 21.7.1971).

No mês seguinte, em 18 de julho, é assinado o Decreto nº 91.450/85, antes mesmo de aprovada a citada Emenda, foi instituída a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (CPEC), para ir subsidiando os trabalhos da futura Assembleia Nacional Constituinte, concluídos em 24.9.1986. Deveria ter sido marcado um plebiscito para o povo escolher membros da assembleia constituinte, e não parlamentares cumulando funções.

Aprovada a Emenda nº 26 de 27.12.1986.

Instala-se a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) em 01.02.1987, em reunião unicameral entre os 559 membros das duas Casas do Parlamento, foi denominada de “constituinte congressual”.

E para dar ares de legalidade constitucional o sistema político orchestra, envolvendo o Poder Judiciário (STF) para dirigir a instalação da Assembleia Nacional Constituinte, tudo objetivando aparentar certa judicialidade dos atos, estrita ordem legal e correto respeito as normas vigentes.

Assim também é feito na arrumação do processo e julgamento de *impeachment* quando se deseja afastar ou depor o Chefe do Executivo, tenha ele ou não cometido ato ilícito de responsabilidade.

Duas situações ocorreram já no início dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, sob a presidência de um ministro do Supremo Tribunal Federal, sendo primeiro votado que os senadores eleitos em 1982, também fariam parte da Assembleia Nacional Constituinte, como membros. Note-se, os referidos senadores foram eleitos ainda no período de ditadura militar, e isto não constava na famigerada Emenda nº 26/1986, uma criação *a posteriori*; e votou-se também para presidente da constituinte elegendo-se Ulisses Guimarães.

O texto final da Constituição teve como relator o Deputado federal Bernardo Cabral.

E em 5.10.1988 a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada, pelos próprios constituintes, ou seja, sem o devido e necessário “*referendum* popular”, faltando deste modo legitimidade na sua aprovação; vício legal no processo constituinte, um na origem e outro no término.

Processo ou Poder Constituinte se justifica pela soberania nacional que decorre da validade jurídica da vontade política do povo, como positividade do sistema republicano democrático.

Repetimos, a missão da Assembleia Constituinte se completa com o “*referendum popular*”, com a aprovação do Código Soberano (Carta Magna) pelo sistema de votação popular direto, e não de forma delegada (indireto) face o princípio da inelegibilidade.

Quanto a finalidade de um Texto Maior, de um lado temos o princípio da durabilidade da Constituição; neste sentido, comparativamente a *lex fundamentalis* norte-americana de 1787, que possui apenas 7 artigos e 26 emendas. A *contrarium sensu* as chamadas Constituições flexíveis ou plásticas são reformadas e emendadas sem observância as regras de rigidez⁴.

É de se ressaltar com grande importância que na legislação eleitoral que disciplinou as eleições de 15 de novembro de 1986 (Lei nº 7.493, de 17 de junho de 1986) não constava permissão política para habilitar candidatura e investidura na missão constituinte, mas somente a postulação aos cargos de governador, vice-governador, senador, suplentes, deputado federais e estaduais.

Um ineditismo mundial, travestido por nuances e aparências de legalidade ou de segurança jurídica, em nome do bem-estar social, do desenvolvimento, de igualdades, da justiça e das liberdades públicas fundamentais, mesclado com falsas regras de processo constituinte democrático.

A atual Constituição Federal é um verdadeiro mascaramento político-jurídico, induzindo e mantendo em erro, mediante ardil, ainda não bem desvendado com a necessária coragem (outorga camuflada), pois foi concebida por uma indevida “assembleia constituinte”, sem origem popular propriamente dita, de acordo com as diretrizes normativas de um regime ou de um direito constitucional democrático.

O sistema eleitoral-constituinte foi flagrantemente violado, visto que a Assembleia Nacional Constituinte deveria ter sido composta pelos mais variados segmentos da sociedade civil, independentemente de cultura, classe ou *status* social, e dissolvida logo após o *referendum popular* para aprovação ou não do texto final. Fato que difere substancialmente dos trabalhos legislativos, de elaboração, discussão e votação das leis infraconstitucionais, vez que no mandato parlamentar

existe a possibilidade de reeleição de acordo com as normas eleitorais e no processo constituinte não há esta possibilidade.

A Constituição Federal brasileira serviu e serve a interesses políticos escusos do passado e do presente, mantendo-se até os dias de hoje por forças que armam e desarmam a história, promovem justiça e injustiças, fazendo com que hediondos atentados e crimes contra o Estado Democrático de Direito passem despercebidos e quedem impunes.

Foi um crime de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65) atentando contra o direito e as garantias legais asseguradas para o exercício do voto, através de ilegítima organização do processo eleitoral constituinte.

Estamos nos referindo a um poder constituinte originário e não a um “poder reconstituente, secundário ou decorrente”.

A origem de um Estado é vital para o seu próprio desenvolvimento e a soberania popular. Significa princípio e procedência, caráter próprio, proveniente, puro, natural, genuíno, ou seja, sem mistura (assembleia constituinte e atividades do parlamento), sem alteração ou meras mudanças constitucionais (emendas para a Convocação de Assembleia Constituinte).

Não há que se falar em estágio de pré-constitucionalismo, mas de método antidemocrático para a feitura ou nascimento de um suposto Estado Democrático de Direito.

Um processo constituinte originariamente correto ou popular, nasce de duas maneiras, seja através de revolução onde o povo toma o governo e dita suas novas regras, ou por meio não traumático o povo elege em caráter de exclusividade seus representantes para compor a Assembleia Nacional Constituinte (plebiscito), e esta dissolve-se após a elaboração e aprovação do texto (com o *referendum popular* direto).

O povo encontra-se na origem do Poder.

Assim, a soberania da nação ou do povo é algo inalienável e indelegável que não permite usurpação ou criação de função por exceção (duplicidade camuflada) para legitimar cláusulas pétreas, forma ou regime de governo.

O Poder Constituinte é um verdadeiro Poder Popular “criador” com organização transitória, legítimo para prever Estado Democrático de Direito e a república democrática, com origem e término de acordo com as regras e princípios do direito constitucional, como informa e ensina a literatura especializada.

O Brasil na vigência da Constituição de 1988, teve oficialmente 8 presidentes civis, pós ditadura militar, dentre eles:

- Tancredo Neves (não assumiu o cargo em razão de sua “doença” e morte).
- José Sarney (de 21 de abril de 1985 a 15 de março de 1990, era vice-presidente da chapa de Tancredo Neves)
- Fernando Collor de Melo (de 15 de março de 1990 e 29 de dezembro de 1992, quando renunciou antes do julgamento do processo de *impeachment*)
- Itamar Franco (de 29 de dezembro de 1992 a 1 de janeiro de 1995, era vice de Fernando Collor)
- Fernando Henrique Cardoso (de 1º de janeiro de 1995 a 31 de dezembro de 1998, reeleito de 1 de janeiro de 1999 a 31 de dezembro de 2002)
- Luiz I. Lula da Silva (de 1º de janeiro de 2003 a 31 de dezembro de 2006, reeleito de 1º de janeiro de 2007 a 31 de dezembro de 2010)
- Dilma Rousseff (de 1º de janeiro de 2011 a 31 de dezembro de 2014, deposta por *impeachment*).

– Michel Temer (de 31 de agosto de 2016, até atualidade; foi vice de Dilma Rousseff).

Parlamentarismo (tentativa)

O povo brasileiro em votação no plebiscito do dia 21 de abril de 1993, não autorizou a mudança da forma (república ou monarquia) nem do sistema de governo presidencialista para o parlamentarista. O plebiscito estava marcado para a data de 7.9.1993 (art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) e foi antecipado pela Emenda Constitucional nº 2/1992, e regulamentada pela Lei nº 8.624/1993.

Comissão Nacional da Verdade (CNV)

Foi instituída pelo governo brasileiro pela Lei nº 12.528/2011 para investigar violações contra os Direitos Humanos cometidas entre 18.9.1946 a 5.10.1988, especialmente no período de ditadura militar.

Comissão da Anistia

Criada pela Lei nº 10.559/2002 para reparação e memória das vítimas da ditadura civil-militar no Brasil.

3. Promulgação de tratados de Direitos Humanos anteriores e pós Constituição de 1988

A República Federativa do Brasil é Estado-Membro, com representação diplomática, junto a Organização das Nações Unidas, e dos Estados Americanos, a primeira universal e a segunda continental; em ambos os organismos o Brasil participa com “voz e vez”, isto é, com poder de voto sobre as decisões exaradas nas Assembleias-Gerais da ONU e da OEA.

Incumbe a União participar de organizações internacionais (art. 21, I, CF), porque os Direitos Humanos possuem prevalência e regem-se pelas normas e princípios civis e políticos fundamentais (art. 4º, II CF) com aplicação imediata (§ 1º, art. 5º CF), posto que são preceitos autoaplicáveis que independem de circunstância formal, cabendo ao Ministério Público a tutela e ao Poder Judiciário a aplicação da norma constitucional.

Após a devida aprovação pela Assembleia-Geral de instrumento internacional de Direitos Humanos, o Estado-Parte signatário (Brasil), subscreve o Tratado, Pacto ou Convenção (denominações similares) que poderão ser bilaterais ou multilaterais.

Ratificação significa confirmação, reafirmação e/ou autenticação para validação do prometido, votado e aprovado pela Assembleia-Geral.

Assim, o Tratado entra em vigor na data da sua ratificação (hipótese que se refere à forma simplificada) ou extraordinária, quando o instrumento internacional prevê cláusula necessária a “Aceitação”; necessita de algo mais, de depósito junto aos arquivos da Organização ou diretamente ao Secretário-Geral, neste caso, a formalidade poderá expressar tal excepcionalidade.

Do âmbito externo para o doméstico o processo legislativo de validação de Tratado de Direitos Humanos inicia no Poder Executivo federal via Ministério das Relações Exteriores (MRE). O presidente da república submete seu texto à análise e referendo ao Congresso Nacional (art. 84, VIII, CF), para promover solenidade e celebração ao ato internacional.

Ainda, sequencialmente, após o referendo do Poder Legislativo (art. 49, I, CF), por suas duas Casas (Senado da República e Câmara dos Deputados Federais), o

presidente da república sanciona, aprovando o texto, e determina sua promulgação e publicação tornando conhecido por todos, visto que o desconhecimento da lei é inescusável, bem como, para dar validade no seu inteiro teor e efeitos, ante o contido nos dispositivos ou cláusulas expressas.

Com a publicação, o Tratado internacional é aderido ao ordenamento jurídico interno, e passa ter vigência plena, como norma pátria prevalente ou suprallegal.

Destaque-se, a adesão como a ratificação possuem natureza jurídica, onde o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas adotará seus bons ofícios em consonância com o Direito Internacional reconhecido e assegurado com todos os recursos, podendo ser submetido à Corte Internacional de Justiça (principal órgão da ONU) questão de ordem jurídica.

Por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU/1966), pertence ao direito internacional e pátrio vigente.

DECRETA: (nº 592, em 6.7.1992)

Art. 1º O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém. Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação (Este texto não substitui o publicado no DOU de 7.7.1992.

Brasília, 06 de julho de 1992; 171º da Independência e 104º da República.

FERNANDO COLLOR

Celso Lafer

3.1 Instrumentos internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988

Desde a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (CPEC), em 18 de julho, de 1985 (Decreto nº 91.450/85), instituída para subsidiar os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, instalada em 01.02.1987 (Emenda nº 26/86), parlamentares e os membros constituintes tomavam como base jurídica para a melhor formatação do texto constitucional os instrumentos internacionais de Direitos Humanos já existentes, aprovados pelas Nações Unidas (ONU) e pela Organização dos Estados Americanos (OEA); dentre eles destacamos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948).

“A Declaração Universal dos Direitos do Homem (Humanos, nossa inclusão) ostenta, entretanto, aquele valor político superlativo que faz com que os Estados não tenham comodidade alguma quando se propõem repudiar suas regras. Isto sucede, em geral, com os tratados voltados para o direito da guerra, para o direito humanitário. Dizem alguns autores que esses tratados estão na categoria dos indenunciáveis, o que tecnicamente não é exato, mas politicamente é uma realidade”⁵.

Outros instrumentos de Direitos Humanos anteriores a Constituição de 1988, com reconhecimento tácito e valor jurídico-moral:

- Convenção sobre Sequestro Internacional de Crianças (Haia/ 1980);
- Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções religiosas (ONU/1981);
- Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (ONU/1981);

– Princípios Orientadores Relativos à Prevenção do Crime e à Justiça Penal no Contexto do Desenvolvimento e de uma Nova Ordem Econômica Internacional (ONU/ 1985);

– Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores “Regras de Beijing” (ONU/1985);

– Proteção dos Direitos Humanos das Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (ONU/1985).

E alguns instrumentos de Direitos Humanos, pertencentes ao ordenamento jurídico pátrio, pós Constituição de 1988, sejam os aprovados na Assembleia-Geral da ONU, aderidos ou ratificados pelo governo brasileiro a saber:

– Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (ONU/ 1966 – BR / 92);

– Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU/ 1966 – BR / 92);

– Convenção Americana sobre Direitos Humanos / Pacto de San Jose da Costa Rica (OEA / 1969 – BR / 1992);

– Convenção sobre Direito dos Tratados – Convenção de Viena (ONU/ 1969 – BR 2002);

– Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores “Regras de Beijing” (ONU/1989);

– Prevenção e Repressão do Crime Organizado (ONU/ 1990);

– Cooperação Internacional em Matéria de Prevenção do Crime e de Justiça Penal no Contexto do Desenvolvimento (ONU/ 1990);

– Protocolo Adicional Referente ao Tráfico de Pessoas (ONU/2000);

– Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros (Apostila de Haia/1961 – BR 2016);

– Convenção internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial (ONU/1965 – BR/1968);

– Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – “Convenção de Belém do Pará” (OEA/1994 – BR 1996);

– Convenção contra a Tortura e Outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (ONU/ 1984 – BR 1991, 2002);

– Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU/1989 – BR/ 1990);

– Aplicação da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (ONU/1989);

– Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (ONU/1990);

– Princípios Básicos para a Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal (ONU/2002);

– Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos (ONU / 1955 revisada pelas (Regras de Mandela – 2015);

– Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou de Prisão (ONU/ 1988);

– Regras Mínimas das Nações Unidas de Medidas não Privativas de Liberdade “Regras de Tóquio” (ONU/ 1990);

– Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas (OEA/ 2008);

– Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras – Regras de “Bangkok ou Bangkok Rules” (ONU/2010).

Os Tratados, Pactos e Convenções aderidos pelo governo brasileiro antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, foram e são juridicamente recepcionados por seu valor legal hierárquico e pelo princípio da parametricidade, vez que o contido na Carta Magna em seus dispositivos, coaduna-se com o espírito das cláusulas expressas nos instrumentos internacionais, e tanto a doutrina acadêmica como a literatura especializada ensina “é a Constituição que se adapta aos documentos de Direitos Humanos, e não os Direitos Humanos à Constituição”.

Art. 5º § 3º CF/88 “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”.

O parágrafo acima em referência possui descrição confusa ou duvidosa por faltar sentido ou método, no que dispõe; não é a quantidade de membros do Congresso Nacional que valida, recepciona ou integra um Tratado, Pacto ou Convenção ao ordenamento jurídico interno; mas sim a União no seu todo, pois a República Federativa do Brasil se compromete interna e externamente a dar prevalência aos Direitos Humanos, independente da quantidade de parlamentares que votam, aprovando ou não.

Imaginemos a hipótese de o quórum não se completar (3/5) por faltar apenas um parlamentar, o instrumento de Direitos Humanos não seria recepcionado ou aprovado, restaria sem valor e não pertenceria ao ordenamento jurídico pátrio, o que é um verdadeiro absurdo.

A Convenção sobre Direito das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (ONU/2007) foi o primeiro instrumento internacional aprovado pelo sistema jurídico-legal nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição de 1988, com promulgação no ano de 2009.

O respeito tácito e/ou expesso aos Direitos Humanos significa fundamento republicano em complemento a instituição do Estado Democrático de Direito, para a preservação das garantias fundamentais judiciais-processuais, civis, políticas, etc.) prol dignidade da pessoa humana, em outras palavras, em reverência a cidadania.

Leciona Konder Comparato: “Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas, a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à 2ª Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai-se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico”.⁶

Para o monismo internacionalista existe apenas uma ordem jurídica, visto que rege a teoria da incorporação incondicional ou automática, o que significa que o direito nacional se incorpora obrigatória e automaticamente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), estes servem como parâmetro e regra geral ao ordenamento jurídico interno, princípio da complementariedade e subsidiariedade.

4. Blindagem das garantias fundamentais: cláusulas pétreas na Constituição de 1988 à luz dos Direitos Humanos

As cláusulas pétreas e os dispositivos constitucionais que possuem estreito vínculo com os instrumentos internacionais de Direitos Humanos e com as normas penais ordinárias, substantivas, adjetivas e executivas vigentes na legislação doméstica, necessitam de correta aplicação e de boa interpretação à luz da teoria geral do ordenamento jurídico.

Deste modo, os dispositivos do código penal, de processo penal e da lei de execução penal, são obviamente inferiores às cláusulas expressas na Carta Magna, como também em relação àquelas estabelecidas nos Pactos e Convenções de Direitos Humanos, ante a vigência do princípio da soberania, validade e hierarquia vertical das normas.

Este princípio e outros formam a base do sistema penal democrático (acusatório), de acordo com o regime de governo adotado, assim vigoram as leis penais no tempo e no espaço.

Tanto na investigação criminal – na esfera da atuação da polícia judiciária – e como na instrução criminal – no âmbito judicial – se faz necessário o respeito aos princípios gerais, posto que estruturam o devido processo legal, formando um todo jurídico; por esta razão existem princípios que se adaptam ao regime democrático e outros ao regime anti-democrático, assim é preciso conhecê-los, interpretá-los e aplicá-los corretamente, na sintonia e em conexão, adequadamente para o asseguramento dos direitos fundamentais da cidadania.

A Constituição cidadã de 1988 e os instrumentos de Direitos Humanos ratificados pelo governo brasileiro, no contexto de um sistema jurídico constitucional democrático, encontra adesão aos princípios da legalidade, isonomia, humanidade, boa-fé, *pro homine*, da superioridade ética do Estado, e do saneamento genealógico, se assim não for configura um grande paradoxo⁷. Os direitos fundamentais da cidadania se manifestam através das cláusulas pétreas autoaplicáveis, posto que somente durante o Estado de Defesa ou de Sítio (arts. 136 e 137 CF/88), mediante declaração expressa por parte do Executivo e autorização do Parlamento, especificando a causa e o tempo da situação de emergência concreta, poderá suprimi-los, daí o conceito correto de blindagem das garantias individuais processuais no sistema penal democrático.

Ao Judiciário compete aplicar a lei vigente, não possuindo desta maneira a função constitucional legal executiva que autoriza com exclusividade e excepcionalmente a quebrar das garantias fundamentais. A mais alta Corte de Justiça, o Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Carta Magna e o controle da constitucionalidade das normas.

Assim, o art. 27 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José –, dispõe que a suspensão das garantias judiciais-constitucionais só se dará em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-Parte, podendo ser adotadas excepcionalmente medidas estritas por tempo restritamente limitado às exigências exclusivas da situação, devendo ser obrigatoriamente informado os demais Estados-Partes da Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), sobre o início e o término da suspensão das referidas garantias judiciais.

Estando ainda, tudo sujeito a verificação “in loco” por intermédio de inspeção da Comissão de Direitos Humanos, porque na hipótese de violações dos Direitos Humanos e desrespeito ao contido no Pacto de San José (art. 34 e segts), ante denúncia e queixa de qualquer pessoa ou grupo de pessoas, o Estado que suspendeu as garantias fundamentais da cidadania encontra-se sujeito a responsabilidades na ordem jurídica internacional dos Direitos Humanos, se infundadas, injustificadas ou abusivas as suspeições.

Da mesma forma, como é obrigatória a comunicação ao Secretário-Geral da OEA, na hipótese de suspensão ou supressão temporária de garantia judicial, ou de direito constitucional fundamental; também manda proceder desta forma o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, com a exigência de comunicação ao Secretário-Geral da ONU.

Trata-se, portanto, da chamada cláusula de proteção regional e internacional dos Direitos Humanos, na prática, controle e fiscalização dos compromissos assumidos após a ratificação e adesão dos instrumentos internacionais pela República Federativa do Brasil; bem como qualquer Estado-Parte pode fazer comunicação escrita denunciando o desrespeito às cláusulas não observadas.

Juridicamente os dispositivos internacionais implementam e declaram a ordem nacional, na chamada teoria da incorporação (Heinrich Triepel, 1899 in “*Volkerrecht und Landesrecht*”), ou da parametricidade.

A ordem interna recebe a ordem internacional e lhe dá valor superlativo, por osmose – pressão – ante os compromissos internacionais previamente assumidos para a existência, efetivação e manutenção de respeito à dignidade da pessoa humana, como parte constitutiva da ordem jurídica do próprio Estado, predominando a lei externa (de Direitos Humanos) sobre a interna (juntamente com a Constituição), e não a lei interna sobre a externa.

O direito natural humanitário estabelece a harmonia de relação entre o internacional e o doméstico, uma espécie de interseção bastante profunda e íntima.

Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988 significa que todos são iguais perante a lei e no tratamento ante os Tribunais (art.5º “caput”), e que a República Federativa do Brasil tem como prevalência os Direitos Humanos (art. 4º, II), para construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), especialmente no que se refere a uma prestação jurisdicional efetiva e que valorize o devido processo legal (art.5º, VLV e VIIIVII – seja na área administrativa, civil, tributária, trabalhista, criminal, etc.), em garantia dos direitos cívicos (art. 5º), políticos (art.14), econômicos (art.170), sociais (art.6º e 19) e culturais (art. 215), conforme consta na Carta Magna cidadã e nos Pactos internacionais ratificados pelo governo brasileiro; sem olvidar, ou melhor, com a máxima atenção à liberdade de expressão e a abolição definitiva da censura (art.5º, IV e IX); destacando-se também a liberdade de ir e vir (“*ius libertatis*”) protegida judicialmente pelo remédio do “*habeas corpus*” (art. XVIIIIXVIII); e ainda a limitação da execução da pena privativa de liberdade, com a exclusão da prisão perpétua, da pena de morte, das sanções infamantes e desumanas (art. art. 5º, XVIIIIXVII), visto que a tortura e maus-tratos (art. 5º, III e XVIIIIXLIII) devem ser punidos na forma da lei, para a preservação da integridade física e moral de todos (art. 5º, X e XLIX), sem distinção (dos que vivem ou estão “*intra e extra murus*”), tudo petrificado em respeito à dignidade da pessoa humana (art.1º, III).

O Poder Executivo, Legislativo e Judiciário emanam do povo (grafo § único do art. 1º CF) bem como a prestação jurisdicional como imperativo legal, pois o

Poder Judiciário não pode deixar de examinar qualquer ameaça ou lesão de direito (art.5º, XXXV CF/88).

4.1 Lei da “Fixa Limpa” e o princípio da presunção de inocência até decisão judicial firme na Constituição de 1988

O art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU/1966 – BR 1992), prevê: “1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, ... 2. Toda pessoa acusada de um delito terá **direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa**” (grifei).

As garantias fundamentais expostas na Constituição Federal de 1988 não excluem outras expressas em Tratados internacionais (§ 2º, art. 5º CF); incluem-se os direitos civis e políticos (art. 15, III cc. art. 5º, LVII CF) cuja cassação, perda ou suspensão só se darão com o devido processo legal, com condenação criminal transitada em julgado (decisão firme emanada pela Justiça criminal ou decisão da Justiça Eleitoral), enquanto durarem seus efeitos, impossibilitando revisão judicial, total ou parcial.

Citamos acima, dispositivo expresso na Carta Magna brasileira e não o que contém na Lei Complementar nº 135/2010, denominada lei da “Ficha Limpa”, esta com natureza infraconstitucional (art. 59, I CF); vale dizer, hierarquicamente inferior.

Resumindo e simplificando, o que está na Constituição possui superioridade legal-jurídica ao que consta na Lei da “Ficha Limpa”, como alguns pretendem impor erroneamente.

Ademais, devemos ressaltar que a Lei Complementar nº 135/2010, alterou o § 9º do art. 14 da Constituição, e *não modificou em nada o art. 15* (grifei); deste modo, permanecem válidos os direitos fundamentais civis e políticos, de todos aqueles que não tenham contra si, decisão judicial criminal condenatória com trânsito em julgado (seja ele formal = fim do prazo temporal para imposição recursal; ou material = quando ainda se discute o mérito da causa).

Observe-se que as garantias fundamentais constitucionais não podem ser objeto de deliberação tendente a suprimi-las ou aboli-las, nem mesmo por emenda constitucional, nos termos do art. 59, I cc. § 4º, IV do art. 60 CF; são cláusulas pétreas que nem mesmo um grande número de cidadãos possui legitimidade para propor modificação legal, seja em nome da proibidade, da moralidade ou de extrema necessidade social ou política.

As garantias fundamentais da cidadania somente se modificam com uma nova ordem constitucional instalada (com a formação de assembleia nacional constituinte eleita pelo povo); só outra Carta da República poderá alterar o regime, a forma de governo democrático instituído e as garantias fundamentais.

Nem sequer o Supremo Tribunal Federal (STF) possui poder e autorização para interpretar e excluir cláusula pétrea. O Pretório Excelso é o guardião mor da constitucionalidade.

O art. 5º I do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos estabelece: “Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir

os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau”; e no art. 46 consta: “Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento das disposições da Carta das Nações Unidas e das constituições das agências especializadas, as quais definem as responsabilidades respectivas dos diversos órgãos da Organização das Nações Unidas (dentre elas, cito e grifo o Comitê de Direitos Humanos) e das agências especializadas relativamente às questões tratadas no presente Pacto” (princípio da presunção de inocência, da não culpabilidade antecipada, e do trânsito em julgado de decisão judicial).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu (em 1980, com voto do Min. Celso de Mello: 12.3.80 STF – HC 87.585-TO e RE 466.343-SP), reconhecendo o valor constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos (Pactos e Convenções), quando na hipótese de conflito entre lei ordinária (verticalmente abaixo da Constituição, ex. “Lei da Ficha Limpa”) e Tratado, sempre prevalecerá o Tratado.

O sistema legal brasileiro não pode antecipar pena e causar esgotamento indevido de garantias, ou seja, limitando a proposição do direito de recurso em liberdade; e mais grave, suspender os direitos civis e políticos.

E analogicamente, no âmbito jurisdicional e continental da América latina, a Convenção sobre Direitos Humanos da OEA (“Pacto de San José da Costa Rica”, ratificada e aderida em 7/9/92, com Dec. nº 678/1992, de promulgação pelo Presidente da República e com publicação no DOU em 9.11.92), também assegura a presunção de inocência através da não culpabilidade antecipada (quando o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não for firme – art. 8.2 e “h”), e em especial reconhece a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (arts. 33 b, e art. 52/69) com função judicial desde 12.10.1998.

Reconhecimento da competência da Corte (texto oficial)

O Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o art. 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração.

Não poderíamos deixar de mencionar o Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 3689/1941, art. 3º), que se refere: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva (exclusivamente no sentido favorável e não prejudicial) e aplicação analógica (*in bonam partem, nunca in malam partem*), bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”; seja internacional e/ou doméstico de Direitos Humanos quando se adapta a ordem democrática atual.

Se o indispensável princípio da celeridade da duração e tramitação processual (inc. , LXXVIII do art. 5º, CF) fosse efetivamente respeitado nas instâncias da Justiça interna brasileira, nenhuma discussão restaria sobre o trânsito em julgado de sentença definitiva, pois a pena seria notificada ao condenado e não executada antecipadamente, no seu tempo e forma legal.

5. Abuso do Poder Econômico, Juros Bancários (usura pública autorizada) e a Constituição de 1988

O Brasil é o país com as maiores taxas de juros do mundo, onde os bancos estatais, nacionais e internacionais se locupletam em prejuízo do povo brasileiro. Verdadeira ganância autorizada pelo governo federal, sem limites e em flagrante impunidade.

O art. 192 da Constituição federal de 1988, no seu texto original previa:

“O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Portanto, configurava crime os abusos financeiros e as cobranças de taxas de juros superiores a 12% (doze pontos percentuais) ao ano, conforme determinava a Carta Magna (art. 192 CF).

Mas o COPOM (Comitê de Política Monetária do Banco Central – BC) e nem o Conselho Monetário Nacional (CMN), não respeitam o limite constitucional para a cobrança de juros, e mais, autorizam taxas bancárias altíssimas, inclusive juros sobre juros (compostos).

A **Súmula 121 do STF (1963) assim reza:** “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada” entre as partes, cidadão e instituição bancária.

Estava toda a diretoria do COPOM e do CMN praticando ato ilícito recorrente – crime continuado –, em coautoria com o Ministro da Fazenda e Min. do Planejamento⁸, e nada se fez para impedir a prática criminosa; nesse sentido, o Ministério Público omisso quanto ao seu dever de responsabilizar tais práticas delituosas.

Posteriormente, como forma de *abolitio criminis*, ou objetivando deixar impune as pessoas mencionadas (autoridades e gestores da coisa pública), excluiu de responsabilidade penal aprovando a Emenda Constitucional (nº 40/2003) ao revogar o § 3º do art. 192 da Carta Magna que descriminalizou os delitos do “colarinho branco”.

Tornando ademais “letra morta” os abusos financeiros (Lei nº 7.492/86), a Lei da Economia Popular e o Código do Consumidor (Leis nºs 1.521/51 e 8.078/90); o próprio “Crime Hediondo de Usura Pública”; agora cometido abertamente.

O crime de usura pública está autorizado e continua sendo praticado livre e impunemente, sem qualquer repressão e responsabilidade penal devida.

A legislação brasileira constitucional e infraconstitucional que disciplina a matéria, define o limite e controla a cobrança das taxas de juros pelas instituições ou entidades financeiras, de hoje e de outrora, que violentavam e continuam atentando gravemente contra os direitos fundamentais da cidadania, em flagrante desrespeito aos princípios do Estado Democrático de Direito instituído pela República Federativa do Brasil (art. 1º “caput” CF), que possui como um dos seus valores superlativos a proteção da dignidade da pessoa humana, a promoção social e o bem estar individual e coletivo.

O enunciado da **Súmula 596 do STF (1976)** reza: “As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integrem o Sistema Financeiro Nacional”.

Devemos lembrar que a referida Súmula 596 foi editada no ano de 1977, respectivamente, período de governo ditatorial do regime militar; portanto, não pode ter sido recepcionada pela Carta Magna de 1988.

A jurisprudência (digo, as súmulas) são fontes secundárias do direito, com valor inferior a fonte primária que é a Constituição Federal e as leis ordinárias, dentre elas os dispositivos constantes no Código Civil (2002) e no Código do Consumidor (1990).

O STJ – Superior Tribunal de Justiça, por sua jurisprudência tem admitido a capitalização mensal de juros (o anatocismo – capitalização de juros vencidos cobrados ao saldo em liquidação) nos contratos celebrados por instituições financeiras e assemelhados, desde que posteriores à edição da MP n. 1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01), e quando existe *pactuo expresso*.

No art. 5º da Medida Provisória nº 2.170/2001, a matéria, dispõe: “Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano”.

Por outro lado, a Lei nº 8.079/1990 (Código de Defesa do Consumidor) expressa que cláusulas abusivas contra o consumidor são nulas, ainda que expressas em contrato e acordo entre as partes.

O Código de Defesa do Consumidor é taxativo no art. 51, IV: “são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

E no que se refere à multa por inadimplemento o art. 52, § 1º, expressa: “as multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação no seu termo não poderão ser superiores a 2% (dois por cento) do valor da prestação”.

Os juros de mora não pactuados entre as partes devem ser de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil, “Quando os juros moratórios não forem convenccionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”; o Código Tributário Nacional, prevê: “O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária” (art. 161) e o § 1º “Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês”.

A multa por inadimplemento pode ser fixada em 2% sobre o valor da prestação, sem capitalização, por força da regulamentação expressa no Código de Defesa do Consumidor; ainda que o Código Civil autorize, segundo consta no art. 591, “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”.

Ressalte-se que o Código de Processo Civil brasileiro e os Direitos Humanos estabelecem expressamente que prevalecem as ações de boa-fé, “Aquele que de

qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé” (art. 5º CPC).

A má-fé, por si só caracteriza abusividade nas relações contratuais privadas, nos termos do art. 79 do processo civil “Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente”. Tudo em observância a condição do cidadão-consumidor sempre hipossuficiente nos contratos e litígios contra instituições financeiras.

No art. 1º do CPC encontramos: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, e com a disposição do art. 13, temos: “A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte”.

É um verdadeiro *aberratio iuris* (aberração jurídica) a infringência de princípios gerais (fontes formais mediatas) e do direito concreto (jurisprudencial, a exemplo de decisões democráticas em desfavor das vítimas do crime de usura), continua o grave desrespeito contra o estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e ao Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, de 1966, com validade e vigência para o ordenamento jurídico pátrio, desde 1992.

Ademais da inobservância a certos dispositivos da legislação universal de aceitação tácita e suprema no âmbito do Direito Público externo, possui influência no direito doméstico, econômico e social quando se trata de exploração abusiva em empréstimos bancários com forte prejuízo à cidadania e ao desenvolvimento nacional para a construção de uma sociedade justa capaz de autodeterminar-se economicamente, cito:

Declaração sobre o Progresso e Desenvolvimento Social (ONU – Res. 2542/69);

Declaração Universal sobre a erradicação da fome e da mal-nutrição (ONU – Res. 3348/74);

Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (ONU – Res. 41/128, 1986), etc.

Os documentos internacionais como Declarações possuem valor moral na esteira dos princípios das liberdades fundamentais da pessoa humana; mesmo que não tenham passado de certa forma pelo crivo da ratificação (*isnot in terms a treaty instrument*), não se negam seus efeitos jurídicos reais, muitas sentenças judiciais podem por eles serem inspiradas, nesta denominadas “cláusulas dos povos”, fonte universal de alto e evidenciado estágio jurídico.

Por outro lado, não se permite invocar dispositivos do direito interno como justificativa para o inadimplemento de uma obrigação ou de um compromisso internacional, não se permite também, interpretar dispositivos legais, no sentido de suprimir e excluir garantias individuais ou coletivas, em virtude de leis, regulamentos e resoluções, assim trilha o bom direito, seja ele público ou privado.

É preciso salientar que os atos, ações e contratos financeiros firmados anteriormente a data da entrada em vigência da malsinada Emenda Constitucional nº 40/2003, não encontram nenhum suporte jurídico que possa legalizar abusos e excessos na cobrança de juros superiores a 12% (doze pontos percentuais) ao ano, como estava previsto na Constituição de 1988.

Ainda, o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002) em seu art. 406 estabelece que a taxa, de juros moratórios, não pode ser superior aos dos impostos devidos à Fazenda Nacional (art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional).

Não se convencionam mais taxas de juros no Brasil, as instituições financeiras impõem e determinam, coagindo e “obrigando” o tomador do empréstimo a aceitar ante a sua real necessidade, mediante adesão e não convenção, sob os auspícios da Emenda Constitucional nº 40/03, ou seja, em nome da lei, que atende interesses camuflados dos poderosos do capital financeiro.

Faz parte do regime democrático os princípios da transparência na administração pública quanto aos atos políticos governamentais, a ética no processo legislativo, na apresentação de projetos, feitura, discussões e aprovações de leis sempre em benefício da sociedade em geral. E sobremaneira impera os princípios da legalidade e da isonomia, no sentido das normas vigentes não privilegiarem alguns (instituições financeiras) e prejudicarem a grande maioria (cidadania em geral).

A Emenda Constitucional nº 40/2003, indubitavelmente continua ferindo os mencionados princípios, atentando contra as regras que norteiam o bom e correto direito e prejudicando toda a população civil brasileira.

O Brasil é o paraíso das instituições financeiras internacionais⁹, e martírio dos empregadores e empresários que ao tentarem investir e ampliar seus negócios para gerar trabalho, são impedidos por normas da espécie da Emenda Constitucional n. 40/2003, que obstaculiza o desenvolvimento econômico causando a marginalização e o aumento da pobreza com o declínio do “status” socioeconômico da população.

Cito o renomeado penalista internacional, professor lusitano Jorge Figueiredo Dias “descriminalização consiste em abandonar a criminalização de certas condutas e fazer com que uma infração perda seu caráter criminal” – a Emenda nº 40/03, na verdade descriminalizou a usura pública e o crime de prevaricação –; os criminólogos Howard Becker e Richard Quinney indagam “quais são os critérios de legitimação da criminalização e da descriminalização”, e afirmam “o Estado é criado e dirigido pela classe social que detêm o poder de impor sua vontade ao resto da sociedade, o sistema legal está criado para servir a classe dirigente”.

Temos então, a prova que o direito possui mitos e ficções, na verdade uma forma de controle social público como meio daqueles que detêm o poder político e econômico, onde se usa a lei em nome do povo (princípio da representação popular), porém de maneira demagógica e em seu prejuízo.

Cito Leauté: “quando a polícia (sistema legal) lança as suas redes, não são os peixes pequenos que escapam, mais os maiores”¹⁰

Os “barões-ladrões” do passado e do presente que compõem a criminalidade obscura e a delinquência oculta não constam das estatísticas legais – oficial ou real –, são as chamadas “cifras douradas” da impunidade que imperaram, onde os juristas e profissionais do direito não podem e não devem permitir este escândalo *legis e juris*.

CONCLUSÃO

Do jeito que as coisas estão, pelo descrédito da política é previsível que surja como saída do caos, nova proposta de plebiscito para implementar o parlamentarismo-presidencialista, outra vez o “jeitinho brasileiro” na tentativa de salvar os velhos políticos e o sistema instalado.

Democracia é muito mais do que um modo de governo, são regras supremas que limitam o exercício do Estado, controlam ações de seus servidores e das autoridades constituídas, para fomentar a liberdade individual como objetivo maior, assim deveria ser sistema adotado pela República Federativa do Brasil chamado de Estado Democrático de Direito, nos termos da Constituição de 1988.

Já dizia o “águia de Haia”, eminente jurista pátrio, RUI BARBOSA: “a autoridade investida de seu múnus, ante seu juramento de servidor público, conhecedor de seu dever funcional, quando ultrapassa os limites legais, isto é o círculo da lei, torna-se o mais grave dos delinquentes”.

Sejam criminosos do “colarinho branco” pertencentes a elite social dentre empresários e políticos que praticam lavagem de dinheiro, corrupção, ilícitos financeiros e econômicos; ou pessoas desprovidas economicamente que cometem crimes violentos (de “sangue”: homicídio, latrocínio, roubo, etc.); os primeiros deveriam severamente ser responsabilizados, com a agravante por pertencer ao mundo dos letrados, ademais pelo compromisso e juramento, que fizeram publicamente de respeitar as leis e a Constituição.

Na história do Brasil constitucional (1824-1988) a maioria dos políticos se manteve no poder, se alinhando entre si, em surdina, por que estão interligados aos mesmos ideais de mal feitos, possuem apenas aspectos partidários, na simplória tentativa de aparentar algum vínculo ideológico, com pura enganção ao eleitor; são multipartidários sem ou com qualquer legenda, que utilizam como esconderijo para o agrupamento desavergonhado atrás do dinheiro fácil.

Para exigirmos probidade e moralidade nos atos da administração estatal, e coibir os desmandos políticos dos gestores e servidores públicos que atuam em coautoria com empresários também corruptos, é preciso aplicar, especialmente, o que dispõe a Carta da República (art. 37), as leis ordinárias internas (Ação Civil Pública – Lei nº 7347/1985; Lei nº 8.112/1990; Lei nº 8.429/1992; Lei nº 10.001/2000; LC nº 101/2000; e o Código Penal) e os instrumentos internacionais (Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA/ 1996 – BR/ 2002, promulgada pelo Decreto nº 4.410/2002), e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (ONU/ 2000 – BR 2004, promulgada pelo Decreto nº 5015/2004), aderidos e ratificados pelo governo brasileiro, pós Constituição de 1988.

República significa *res pública* ou coisa pública a favor do povo e segundo seu interesse maior, administrada por intermédio de representantes legais e morais, devidamente constituídos e eleitos democraticamente pelo voto soberano, com missão de servir a coisa pública.

Os políticos, quase todos tem demonstrado que são republicidas adverso ao republicanismo, porque destroem os ideais e valores republicanos.

Venha a mim, óh, suplica.

Apesar de tudo estamos sobrevivendo aos acontecimentos, precisamos sempre resistir, foi tão difícil chegar até aqui, enfrentando a herança deixada pelas gerações de políticos que se perderam no tempo e na corrupção, chuleando a verdade com erudições num mundo de fabulações para enfeitar o paraíso; são estelionatários e pústolas da gestão pública brasileira que governaram e ainda governam o Brasil, ante e pós Constituição de 1988.

Política é “ciência do bem comum”, para isto é preciso consciência e moral, em respeito à Constituição, a coisa pública e aos cidadãos trabalhadores, eleitores e contribuintes.

Está chegando ao fim a malversação sistêmica, e a melhor (re)constituição é dispor de políticos desejosos pela “saúde” nacional.

Parabéns para Constituição de 1988, pela comemoração de seu aniversário de 30 anos de vigência, e felicidades sempre ao povo brasileiro, eternamente sob a proteção de Deus (preâmbulo). 

NOTAS

- 1 A Constituição Política da Monarquia Portuguesa (de 23 de setembro de 1822), teve origem na revolução do Porto (de 29.08.1820), seguiu o modelo da Constituição Espanhola de Cádiz (de 1812) e das Cartas Magnas francesas (de 1791 e de 1795), com linha liberal cortou privilégios feudais dando fim ao absolutismo.
- 2 Laicismo: quando se tem autonomia e não depende ou não se vincula ao sacerdócio e nenhuma religião; já a laicidade refere a liberdade de culto ou de qualquer filosofia religiosa, trata-se da liberdade de expressão ou do direito de pensar sobre a existência de Deus, da criação e das criaturas, especialmente no porquê da vida. A Constituição de 1988, no seu art. 5º, vi reza “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos...” (todos sem distinção).
- 3 A Lei nº 1.079 que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo e julgamento do *impeachment* foi promulgada, mais tarde, só no ano de 1950, somente na vigência da 5ª Carta Magna.
- 4 99 Emendas Constitucionais ordinárias na Constituição de 1988, pelo Poder Constituinte Derivado. E 06 Emendas de Revisão Constitucional nos termos do art. 3º do Ato das Disposições Transitórias.
- 5 Rezek, Francisco: “A Constituição Brasileira e as Normas de Direito Internacional Humanitário”, in *Direitos Internacionais Humanitários*; Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais (IPRI), Brasília, 1989.
- 6 KONDER COMPARATO, Fábio. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo Saraiva, 1999, p. 48-49.
- 7 E. Raúl Zaffaroni, in “Derecho Penal – Parte General”, ed. Ediar Buenos Aires, 2001.
- 8 Comitê de Política Monetária do Banco Central- COPOM (membros: Presidente do Banco Central e seus diretores), órgão decisório de política monetária, responsável pelas taxas de juros. Conselho Monetário Nacional – CMN (membros: Ministro da Fazenda, Ministro do Planejamento e Presidente do Banco Central), órgão do sistema financeiro nacional responsável pela formulação da política da moeda e do crédito; criado pela Lei nº 4.595/1964.
- 9 As maiores taxas bancárias e de juros, no mundo, são praticadas no Brasil com auspício estatal; juros de crédito rotativo, juros sobre juros (juros compostos), etc. Juros determinados basicamente pela Selic (criado em 1996) onde o governo toma empréstimo dos bancos para pagar títulos públicos federais. Ademais os juros e as taxas possuem volatilidade com o câmbio de moedas estrangeiras (dólar americano e euro).
- 10 Aniyar de Castro, Lola “Criminologia da Reação Social”, ed. Forense, 1983, RJ; e Maia Neto, Cândido Furtado: in “Penitenciarismo en el Mercosur”, ed. Fabris, 1998, RS.



ARQUIVO PESSOAL

CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO é Procurador de Justiça – Ministério Público do Estado do Paraná. Pós-Doutor em Direito. Mestre em Ciências Penais e Criminológicas. Especialista em Direito Penal e Criminologia. *Expert* em Direitos Humanos (Consultor Internacional das Nações Unidas – Missão MINUGUA 1995-96). Professor Pesquisador e de Pós-Graduação. Docente para Cursos Avançados de Direitos Humanos e Prática de Justiça Criminal no Estado Democrático. Secretário de Justiça e Segurança Pública do Ministério da Justiça (1989/90). Membro do CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação, e Membro da Sociedade Europeia de Criminologia. Condecorado com Menção Honrosa na V edição do Prêmio Innovare (2008). Cidadão Benemérito do Paraná (Lei nº 15.721/2007). Conferencista internacional. Autor de inúmeros trabalhos jurídicos publicados no Brasil e no exterior.

À FRENTE DOS GRANDES TEMAS JURÍDICOS

REVISTA
**conceito
jurídico**



**Leitura indispensável para quem quer
estar em sintonia com as
tendências do Mundo Jurídico**

 **zakarewicz**
editora

www.zkeditora.com