

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas  
Brasília – Julho-Setembro/2008 – Ano 45 – N° 179  
Edição Especial – Vinte Anos da Constituição de 1988



# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 179  
julho/setembro – 2008

**Edição especial em comemoração  
aos vinte anos da promulgação da  
Constituição de 1988**

Organização  
Jorge Fontoura

REVISTA  
de  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

FUNDADORES  
Senador Auro Moura Andrade  
Presidente do Senado Federal – 1961-1967  
Isaac Brown  
Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967  
Leyla Castello Branco Rangel  
Diretora – 1964-1988

---

ISSN 0034-835x  
Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes  
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3311-3575, -3576 e -3579  
Fax: (61) 3311-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Cláudia Moema de Medeiros Lemos  
REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Marjorie Fernandes Gonçalves  
REVISÃO DE PROVAS: Bárbara de Almeida Bezerra e Marise de Faria Fiuza  
EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: Angelina Almeida Silva  
CAPA: Renzo Viggiano  
IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

---

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

Solicita-se permuta.  
Pídese canje.  
On demande l'échange.  
Si richiede lo scambio.  
We ask for exchange.  
Wir bitten um Austausch.

---

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.  
-- Ano 1, n. 1 (mar. 1964) – . -- Brasília: Senado Federal, Subsecretaria  
de Edições Técnicas, 1964– .  
v.  
Trimestral.  
Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº  
11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- , nº 34- , publ. pela  
Subsecretaria de Edições Técnicas.  
1. Direito — Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria  
de Edições Técnicas.

CDD 340.05  
CDU 34(05)

---

# Apresentação

É com imensa satisfação que trazemos a público a presente Edição Especial da Revista de Informação Legislativa, alusiva às comemorações do transcurso de 20 anos da promulgação da Constituição de 1988. A obra coletiva reúne artigos e depoimentos de juristas, homens públicos e atores políticos que estiveram de alguma forma vinculados aos trabalhos constituintes, no intuito de celebrar o importante acontecimento da recente vida republicana brasileira. Celebrar em seus significados primaciais: rememorar e enaltecer.

As duas décadas que nos separam da quarta-feira em que o Congresso Constituinte encerrou suas atividades parecem conformar eternidade, a considerar não só as ingentes mudanças ocorridas no país, como as diferenças radicais verificadas em todo o mundo. Vivíamos os tristes anos de 1980, depois designados “década perdida”, com sucessivas crises internacionais, com a derrocada do socialismo, e com a perplexidade do mundo que se desatrelava das certezas precárias da Guerra Fria. Sem contar ainda com o regionalismo e a com a proliferação de blocos econômicos, não havia sequer a Organização Mundial do Comércio, longe que estávamos da conclusão da Rodada do Uruguai, a dar-se apenas em 1994.

A instantaneidade da informação e o avanço das comunicações desabavam sobre as sociedades e mostravam quão inovadora poderia ser a “aldeia global” prevista por McLuhan, com mudanças que alteravam valores e comportamentos. Foi nesse roldão de novidades e de descobertas que o último quartel de século-milênio viu concretizarem-se os efeitos mirabolantes da mundialização *on line*, que produziu inaudita sociedade internacional *laissezfaire@laissezpasser*, como nunca dantes cogitada.

Na América Latina, o tempo foi de restauração paulatina das democracias, com o fim da longa treva de governos autoritários. Os países, atônitos pela perda de paradigmas, buscavam ansiosos economia de mercado e liberalismo, de acordo com o espírito do tempo em que se vivia e mesmo pela falta de opções. No entanto, a retórica e os argumentos seguiam o velho discurso socialista, a erodir-se com as ruínas do muro de Berlim e nas memórias pouco edificantes da Cortina de Ferro.

No Brasil, vivia-se o desvario da inflação e da estagnação econômica, de sucessivos planos com nomes de ministros voláteis, das UFIR e dos indexadores das coisas sem preço, ou com muitos preços, que mudavam “do dia para o dia”, na desvalorização monetária mensal de três dígitos a que o país sobreviveu. Passadas as benesses do milagre brasileiro, o aviltamento da vida no campo produzia êxodo rural sem precedentes, a constituir o inchaço patológico das cidades e a gerar a ocupação desordenada do território de que hoje padecemos. Com o refazer constitucional, todos reivindicavam seu espaço e queriam ver-se de alguma forma incorporados com seus direitos no texto da Lei Maior. Nesse cenário polimorfo e desordenado é que se deu a Assembléia Nacional Constituinte, na qual se vêem refletidas todas as contradições, tendências e tensões do país que se queria passar “a limpo”.

Os artigos reunidos no presente número especial da Revista de Informação Legislativa ano 45, nº 179, julho/setembro de 2008 abordam uma miríade de assuntos, tendo como motivo condutor os trabalhos realizados na Constituinte, até seu produto final. Prestigiada por expressiva parcela dos constitucionalistas nacionais e também estrangeiros que lidam com temas brasileiros, a publicação não é, no entanto, apenas de

direito constitucional. Reporta um sem número de assuntos, das mais variadas formas, com a mais plural abordagem e nos mais diversos contextos, fiel projeção do que foi o texto constitucional de 1988.

Convictos de que uma obra coletiva não é senão a excelência e a disponibilidade dos co-autores nela engajados, resta-nos agradecer o apoio de todos os ilustres participantes, sempre solícitos e incansáveis quando dos trabalhos de produção, editoração e de revisão final de textos. Os leitores habituais da Revista de Informação Legislativa vão constatar que a presente edição deixou de tomar em conta o rigorismo metodológico que a tem caracterizado como publicação padrão da produção doutrinária brasileira, a “revista referência”. Isso se deve ao caráter e ao apelo atípico do número, que reúne autores cujo peso dispensa apresentação na forma das publicações tradicionais. Valem por seus nomes e biografias notórias, sem a frieza técnica do enunciado curricular.

Ilustra a publicação, em sua parte introdutória, fac-símile da “Coluna do Castello” veiculada no dia da promulgação da Constituição de 1988. Por mais de três décadas, a coluna de Carlos Castello Branco foi, no Jornal do Brasil, o oráculo da política brasileira. Trata-se de expressivo flagrante da histórica jornada, com o qual também homenageamos o “imortal Castelinho”, de fardão e de espadim, que tentou em vão ensinar-me a escrever sem adjetivos.

Devemos agradecer ademais, em nome de todos os co-autores, à Presidência do Senado Federal, na pessoa do Senador Garibaldi Alves Filho, pelo apoio incontinente à iniciativa, bem como a sua Mesa Diretora, que bem soube avaliar o sentido e a abrangência do que aqui se pretendeu publicar. Agradecimentos extensivos à Subsecretaria de Edições Técnicas e a seus servidores, incansáveis no compromisso profissional de bem servir ao Poder Legislativo da República.

Conquista da cidadania, a galvanizar interesses dos mais diversos, como decorrência da realidade sincrética e plural de seu povo múltiplo, a Constituição de 1988 representa com particular ênfase o Brasil de ímpeto criativo e de esperança renovada. Ao final da sessão solene para a promulgação da nova Constituição, em 5 de outubro de 1988, no Plenário engalanado da Câmara Federal, uma chuva de papéis picados explodia da alegria espontânea dos constituintes, emulados em seu entusiasmo pela palavra forte do Doutor Ulysses: “Está promulgada a Constituição da liberdade!”. Rasgava-se com desafogo a papelada inútil e esquecida pelas bancadas e se cantava sem pompa e circunstância o Hino Nacional. Houve quem não dissimulasse uma ou outra lágrima, vertidas ao certo do justo sentimento de completude do dever. Já era noite em Brasília e amanhecia o novo Brasil. Meninos, eu vi.

Jorge Fontoura  
Organizador

## Coluna do Castello

### Quem está alegre com a Constituição

Às 15h30 de hoje encerra-se a transição. Cai em desuso a Constituição de 1967, modificada em 1969 pela Emenda nº 1 que a incorporou a essência do Ato 5, e entra em vigor a Carta de 1988. Vai assim para o museu o documento mediante o qual o presidente Castello Branco imaginou dar poder efetivo aos presidentes da República e dotar a União de meios para executar soberanamente, independente de pressões do Poder Legislativo e dos estados federados, uma política de controle das finanças e da economia programada por seu ministro do Planejamento, o atual constituinte senador Roberto Campos.



Centralizadora e autoritária, a Carta que consolidou o poder militar e projetou por mais de 20 anos a tutela imposta à nação, tornou-se um documento que não conseguiu dar aos negócios públicos a pretendida racionalidade na época imaginada pelos que temiam e temem a incidência na administração dos particularíssimos interesses partidários e regionais que haviam florescido sob o regime de 1946. Os inspiradores da Constituição de 67 alegaram que a Emenda nº 1 a inviabilizou. Na realidade ela consagrava mecanismos de intervenção e prepotência incompatíveis com a verdadeira prática democrática.

Quanto à ingovernabilidade demonstrada pela Constituição anterior, deve-se registrar que, com exceção do marechal Eurico Dutra, que primou em obedecê-la, todos os presidentes da República a denunciaram como sendo um instrumento inadequado para o exercício efetivo do governo. Getúlio Vargas quis reformá-la de cabo a rabo. Café Filho declarou ser impossível governar o país com aquela Constituição. Juscelino e Jânio tentaram reformá-la, os militares aceitaram sua transformação em Carta parlamentarista e Jango restaurou o presidencialismo mas queria modificá-la para permitir que se realizassem as reformas de base.

Sua reforma e sua final abolição seria promovida a partir do golpe militar de 1964 que instituiu um regime incompatível com as aspirações nacionais. Hoje remove-se a Carta que frutificou na ditadura e foi emendada várias vezes e por motivos diversos pelos ditadores rotativos. Coube ao presidente José Sarney propor a convocação de um Congresso constituinte cuja tarefa está sendo coroada com a promulgação da "Constituição cidadã", segundo a expressão com a qual o presidente da Assembléia paga seu tributo à província e ao juvenil espírito cívico das Arcadas. Sarney discordou dos rumos da Constituinte e denunciou o projeto como conducente a uma Constituição que tornaria o país ingovernável. O

deputado Ulysses Guimarães assegurou que a Assembléia seria guardiã da governabilidade do país num confronto que cessa hoje. O presidente da República anunciou que, como primeiro servidor público, zelou até aqui pela Constituição ainda em vigor, mas a partir de hoje zelará pela nova e fará com que todos a cumpram e respeitem. Para ele todos os compromissos assumidos foram cumpridos.

O Sr. Ulysses Guimarães pretende que com a Constituição removam-se "os escombros" do regime militar. Faz lembrar Getúlio Vargas quando, por motivos opostos, anunciou em 1940 estar na hora de "remover o entulho das idéias mortas". Não há idéias mortas a remover, mesmo porque todas elas, as que Getúlio queria enterrar e que sobreviveram e as que Ulysses pretende levar ao túmulo continuam vivas, como documentam as atas da reunião dos Exércitos latino-americanos realizada há um ano em Buenos Aires. As idéias estão por aí. O problema é impedir que elas promovam ajuntamentos e desencadeiem operações que terminem por deixar de lado as aspirações populares.

Vamos confiar no vigor do novo ordenamento jurídico nacional, que tanto estimula as esperanças de quem está sendo consagrado como "o pai da Constituição", o deputado Ulysses Guimarães, que, com o troféu na mão, pretende candidatar-se à gratidão popular que o situaria na Presidência da República. Ele quer chegar ao Palácio do Planalto para realizar, segundo disse, um "governo alegre". Diante do "dragão da inflação" que não se abate e que constitui o desafio que o atual governo não está enfrentando com êxito, não há muito como pensar em alegria. O falecido presidente Costa e Silva, que perdeu a alegria ao assumir o governo, costumava dizer, citando Milton Campos: "No século XX, o poder é triste." A frase, como se sabe, não é do senador mineiro, mas de Camus, e Milton, quando a citava, dava-lhe a real autoria. O que está alegre, hoje, e com razão, é a alma do deputado Ulysses Guimarães.

A propósito, aliás, de tristezas e alegrias, segunda-feira à noite, na casa do ministro Ronaldo Costa Couto, que fazia anos, o presidente José Sarney contou que sua mãe, dona Kyola, havia lhe dito pelo telefone: "Meu filho, desde que você está nesse cargo eu não vi você feliz." Mas o presidente disse estar também satisfeito. O que prometeu fazer está feito.

#### As festas de Brasília

Nas festas do dia de hoje em Brasília, uma presença visível é a de diversos governadores. O de Minas, Newton Cardoso, reúne a banda do seu estado num almoço.

E quem não perdeu seu senso de humor e continua rápido no gatilho é o inquieto consultor geral da República, Saulo Ramos, apesar de solenemente advertido pelo deputado Ulysses Guimarães.

#### Assessores

O ministro da Cultura, José Aparecido, nomeou seus dois assessores, São Lúcio Costa e Oscar Niemeyer. Nada menos.

*Carlos Castello Branco*

Fac-símile da "Coluna do Castello", publicada no "Jornal do Brasil" no dia da promulgação da Constituição de 1988.

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 45 · nº 179 · julho/setembro · 2008

Paulo Roberto de Almeida	A economia política do baixo crescimento: um Prometeu acorrentado pela Constituição 9
Luís Roberto Barroso	Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil 25
Maristela Basso	A tutela constitucional da propriedade intelectual na Carta de 1988: avanço indiscutível 39
Luiz Olavo Baptista	A dívida externa brasileira na agenda da Assembléia Nacional Constituinte: um depoimento 43
Luiz Fernando Bellinetti	A Constituição Federal de 1988 e o Direito Processual Civil 49
Paulo Bonavides	A primeira emenda à Constituição por iniciativa popular 53
Pedro Braga	O Ministério Público na Constituição de 1988 57
Bernardo Cabral	A palavra do relator: ontem, há vinte anos 81
Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros	A Constituição de 1988 e o poder de celebrar tratados 89
Carlos Eduardo Caputo Bastos	A Constituição Federal de 1988 e a requisição de forças federais em processo eleitoral 127
Antenor Madruga	Constituição brasileira de 1988: monista ou dualista? 135
Clèmerson Merlin Clève	Ação Direta de Inconstitucionalidade 141
Jorge Miranda	A Constituição de 1988: uma Constituição de esperança 155
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho	O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem 165
Bruno Dantas	Súmula Vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática 179
René Ariel Dotti	Da ditadura militar à democracia civil: a liberdade de não ter medo 191
Luiz Edson Fachin	O direito que foi privado: a defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boreste 207
Jorge Fontoura	A repercussão internacional da Constituição brasileira de 1988: alguns fragmentos 219

Márcio P. P. Garcia	Tratados e poder terminativo na Constituição de 1988 233
Eros Roberto Grau	Breve nota histórica sobre o artigo 171 da Constituição de 1988 241
Samuel Pinheiro Guimarães	Nação, Nacionalismo, Estado 245
Gilmar Mendes	O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional 257
Stéphane Monclaire	As grandes características do último processo constituinte brasileiro 277
Walter Costa Porto	A Constituição de 1988 297
Aldacy Rachid Coutinho	A Súmula Vinculante nº 4 como expressão de <i>deficit</i> constitucional 309
André de Carvalho Ramos	A integração regional e a Constituição: vinte anos depois 317
Miguel Reale Júnior	Constituição e Direito Penal: vinte anos de desarmonia 333
Francisco Rezek	Congresso Nacional e tratados: o regime constitucional de 1988 343
Agaciel da Silva Maia	A participação dos servidores na Assembléia Nacional Constituinte 365
Carlos Fernando Mathias de Souza	Um olhar sobre a Constituição de 1988, ao completar vinte anos 369
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha	A Justiça Militar da União na Constituição brasileira de 1988 385
Marcelo Dias Varella e Márcia Dieguez Leuzinger	O meio ambiente na Constituição de 1988: sobrevôo por alguns temas vinte anos depois 397
Arnoldo Wald	A evolução do regime constitucional da parceria público-privada e do capital estrangeiro 403
Friedmann Wendpap e Rosane Kolotelo	Poder Judiciário na Constituição de 88: da difusão à concentração de poder 411



# A economia política do baixo crescimento

## Um Prometeu acorrentado pela Constituição

Paulo Roberto de Almeida

### Sumário

1. Economia e política na ordem constitucional. 2. Características econômicas originais da Constituição de 1988. 3. Impacto da Constituição no ordenamento econômico e na inserção internacional. 4. As emendas constitucionais da ordem econômica. 5. Os grilhões constitucionais do Prometeu brasileiro.

#### *1. Economia e política na ordem constitucional*

Todo ordenamento institucional representa uma condensação jurídica da vida social. As relações sociais fundamentais, em qualquer sociedade, estão constituídas por dois princípios básicos: por um lado, as relações de *dominação* – organizadas sob a forma de poder político – e, por outro, as relações de *apropriação* – ou seja, o poder econômico.

A ordem constitucional pode ser interpretada como uma codificação das relações sociais que, num determinado momento histórico, regulam o exercício da *autoridade* legitimamente estabelecida e a utilização da *propriedade* socialmente reconhecida. À medida que uma sociedade se torna mais complexa, multiplicam-se os conflitos de interesses em torno desses dois princípios da organização social. Daí a necessidade de serem instituídas regras de administração de conflitos, que concorrerão para um funcionamento adequado da arena comunitária.

ria, seja como praça de mercado, seja como espaço de competição política.

Uma Constituição é, precisamente, a forma de organização especificamente política das sociedades economicamente complexas. Ela reflete a estrutura econômica e os interesses sociais diferenciados nelas existentes. As fontes do poder econômico e os mecanismos de poder político apresentam-se de forma mais ou menos centralizada ou, inversamente, de maneira relativamente dispersa. A concentração ou a dispersão desses dois poderes são, ao mesmo tempo, o reflexo da história social de uma nação e o resultado da ação consciente de grupos organizados de interesse.

A experiência histórica tem demonstrado que a multiplicidade e a fragmentação espacial e social das fontes de poder econômico e político – em outros termos, a dispersão relativa da autoridade e a repartição mais ou menos igualitária da riqueza social – são elementos essenciais de uma ordem democrática estável. Inversamente, a monopolização e a concentração desses bens socialmente escassos, que são a propriedade e o poder, conduzem a uma maior desigualdade de chances nos mercados econômicos e à imposição de formas de dominação política de natureza oligopólica. A teoria política – de Aristóteles a Max Weber – e a própria prática social podem confirmar, plenamente, a validade sociológica e a materialização concreta dessa realidade.

A Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988 parecia representar uma promessa de ordem democrática e de aperfeiçoamento da cultura política, ao operar uma dispersão relativa das fontes do poder político e uma desconcentração moderada dos mecanismos de poder econômico. Seus dispositivos pretendiam facilitar avanços no terreno dos direitos substantivos – em oposição à simples garantia formal de direitos políticos –, com ênfase nos mecanismos de participação social e de redistribuição econômica. Nesse particular, os legisla-

dores desejavam diminuir o alto grau de iniquidade social ainda embutido na ordem econômica.

No terreno institucional, a nova Carta confirmou, ampliou e corrigiu diversos princípios da tradição republicana: o federalismo, o presidencialismo, o multipartidarismo, o bicameralismo e a representação proporcional. Procurou, ainda, reforçar os elementos de estabilidade institucional mediante uma melhor divisão das competências constitucionais entre os Poderes da República. Introduziu, ao mesmo tempo, elementos de desconcentração estatal ao operar, por exemplo, uma revisão da estrutura fiscal e tributária em favor das unidades da Federação – estados e municípios – anteriormente dependentes da Administração executiva.

Não obstante, mesmo reconhecendo os diversos avanços sociais e políticos alcançados desde 1988, certamente estimulados e garantidos pela Carta – e que confirmam a democratização institucional do Brasil, ainda que reconhecendo tratar-se de uma democracia de baixa qualidade –, cabe registrar que o País enveredou, desde então, por uma fase de reduzido crescimento econômico e por um processo de avanços muito modestos nos terrenos da produtividade e da inovação tecnológica, redundando, assim, em um grau limitado de prosperidade e bem-estar para sua população. Uma atenção especial deve ser assim consagrada aos elementos constitucionais que possam ter afetado sua capacidade de crescimento e as suas chances de inovação tecnológica. Tal avaliação deve incidir sobre os possíveis efeitos de dispositivos constitucionais sobre as condições e requisitos do crescimento econômico e da inovação tecnológica, bem como aqueles afetando as relações econômicas externas do País e seu impacto potencial na inserção econômica internacional do Brasil.

O processo de elaboração constitucional em 1987-88 tinha coincidido com uma fase de crise econômica interna e de estrangu-

lamento financeiro externo, o que pode ter induzido o corpo constituinte a operar um realinhamento dos princípios e normas regendo a estrutura econômica do País. Mas ele antecedeu, também, notáveis mudanças no plano internacional – notadamente com o fim do socialismo –, que resultaram em alterações nas orientações das políticas econômicas a partir de então. Mudanças às quais ficaram imunes os constituintes, a maior parte deles imbuídos dos velhos padrões nacionalistas, protecionistas e autárquicos que sempre caracterizaram as práticas e o pensamento econômico no Brasil. Em conseqüência, várias orientações de política econômica tenderam a afirmar comportamentos bem mais “distributivos” do que propriamente “produtivos”. No vetor externo, observou-se, como seria de se esperar, uma ênfase particular na afirmação da soberania do País, bem como uma definição privilegiada dos interesses propriamente nacionais no campo do relacionamento econômico internacional.

Se a carta constitucional fornece, tão simplesmente, um quadro institucional mais amplo ao trabalho legislativo ulterior de elaboração detalhada de diretrizes mais específicas para o estabelecimento de medidas de política econômica e de opções de política internacional, ela determina limites precisos para uma ação autônoma por parte dos agentes do Estado. O tipo de “contrato social” que representa a Constituição se destina, logicamente, a realizar certos objetivos: os do desenvolvimento e da democracia são os mais evidentes na frente interna. Na frente externa, por sua vez, a Constituição deve poder conciliar esses objetivos – que passam pela afirmação do primado do Direito, da convivência pacífica e da cooperação internacional – com a defesa irrestrita do interesse nacional. Nesse particular, os agentes originais da vontade popular, que foram os constituintes de 1987-88, traçaram limites muito rígidos aos legisladores e agentes políticos da Nação: a inserção internacional do Brasil deveria

respeitar a afirmação da soberania nacional em todas as áreas de interesse econômico relevante; mas ela o fez num sentido restrito, o que nem sempre facilitou o esforço de inserção econômica internacional do Brasil, ou o próprio processo de crescimento econômico.

Em conseqüência, muitas das emendas constitucionais que foram adotadas menos de uma década após a promulgação da Constituição de 1988 incidiram sobre os regimes econômicos nela previstos e sobre as restrições então feitas à liberalização comercial e a uma maior abertura econômica do país. O presente trabalho tratará desses obstáculos constitucionais ao crescimento econômico e à abertura internacional do Brasil.

## *2. Características econômicas originais da Constituição de 1988*

Apesar de não apresentar nenhuma ruptura fundamental em relação aos padrões políticos de legitimidade produzidos pela rica experiência de elaboração constitucional republicana (se eliminarmos, é verdade, os hiatos autoritários da Carta outorgada em 1937 e da emenda de 1969 à constituição de 1937), a Constituição de 1988 representou o mais abrangente contrato social já efetuado pela sociedade brasileira. A Carta avançou na definição de direitos políticos, sociais e econômicos, codificou princípios de organização estatal, criou diretrizes para uma infinidade de matérias que permaneciam à margem dos textos constitucionais anteriores e tentou abrir caminho à superação da tradicional desigualdade social do Brasil. Essa iniciativa se manifesta desde o Art. 1º, no qual os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” são inscritos como um dos fundamentos do “Estado Democrático de Direito”. Nos “objetivos fundamentais” do Brasil, alinhados no Art. 3º, inclui-se não apenas “garantir o desenvolvimento nacional”, mas também “erradicar a pobreza e a

marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (incisos II e III).

O Título relativo à organização do Estado mantém logicamente entre os bens da União os “recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva” e os “recursos minerais, inclusive os do subsolo” (Art. 20, incisos V e IX). Cabe notadamente à União a exploração, diretamente ou mediante concessão: dos serviços públicos de telecomunicações (estes eram, anteriormente às emendas dos anos 1990, concedidos apenas a “empresas sob controle acionário estatal”); de difusão audiovisual; de produção e fornecimento de energia elétrica; de navegação aérea; de transporte ferroviário e aquaviário, mas, também, o rodoviário interestadual e internacional de passageiros, bem como dos portos marítimos, fluviais e lacustres; cabele, ainda, explorar serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre minerais nucleares, entendendo-se que “toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional” (Art. 21, incisos XI, XII e XXIII).

A competência privativa da União estendia-se aos mais diversos campos: ela cobre, naturalmente, as legislações sobre águas, energia, telecomunicações e radio-difusão, como, de forma mais tradicional, a legislação sobre o comércio exterior; mas também está reservado à União legislar sobre informática e atividades nucleares de qualquer natureza (Art. 22, incisos IV, VIII e XXVI). Em cooperação com os Estados e Municípios, a União foi, ainda, encarregada de proteger o meio ambiente, combater a poluição em qualquer de suas formas, preservar as florestas, a fauna e a flora (Art. 23, incisos V e VI) e, concorrentemente com eles, legislar sobre conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (Art. 24, inciso VI). O Senado Federal teve confirmada sua com-

petência para autorizar operações externas de natureza financeira. Mas ampliou sua faculdade de fixar limites sobre a dívida pública, passando, agora, a “dispor sobre os limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno” de todos os agentes do Poder Público, podendo, ainda, “dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo” (Art. 52, incisos VII e VIII).

A Ordem Econômica incluiu, entre seus diversos princípios, a “soberania nacional” e o “tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte” (Art. 170, incisos I e IX). Em função da eventual adequação ao conceito de empresa brasileira de capital nacional – definida como “aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País” –, a lei poderia não apenas “conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País”, mas, também, estabelecer exigências relativas ao efetivo controle nacional sobre atividades tecnológicas consideradas imprescindíveis ao desenvolvimento tecnológico nacional e definir percentuais de participação nacional no capital acionário, além de conceder preferência na aquisição de bens e serviços pelo Poder Público (Art. 171, inciso II, §§ 1º e 2º). As empresas estrangeiras ou brasileiras de capital estrangeiro, cujos investimentos deveriam ser disciplinados em lei apropriada, poderiam gozar de incentivos aos reinvestimentos de capital, mas teriam regulada a remessa de lucros, “com base no interesse nacional” (Art. 172).

A pesquisa e o aproveitamento de recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica “somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional”

(Art. 176, § 1º), dispoñdo as atuais empresas brasileiras titulares de autorização nesses setores de quatro anos para cumprirem esses requisitos, desde que tenham o produto de sua lavra e beneficiamento ou utilização em processo industrial no próprio território nacional (Art. 44, § 1º, das Disposições Transitórias). A Constituição estabelecia os princípios da predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira e registros brasileiros, o da nacionalidade brasileira para os armadores, proprietários, comandantes e de, pelo menos, dois terços dos tripulantes de embarcações nacionais e o da exclusividade destas últimas na navegação de cabotagem e interior (Art. 178, inciso II, §§ 2º e 3º).

No que se refere ao Sistema Financeiro Nacional – “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País” –, a lei deveria regular “as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições” do setor, “tendo em vista, especialmente... os interesses nacionais [e] os acordos internacionais” (Art. 192, inciso III); antes que tais condições fossem fixadas em lei, ficavam proibidos tanto a instalação no País de novas agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior, como o aumento da participação no capital de instituições brasileiras por parte de residentes no exterior (Art. 52 das Disposições Transitórias). No setor da Saúde, por sua vez, a Constituição veda “a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei” (Art. 199, § 3º).

Os dispositivos relativos à Ciência e Tecnologia indicam que “a pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional” e que “a lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa [e] criação de tecnologia adequada ao País” (Art. 218, §§ 2º e 4º). O mercado interno – que “integra o patrimônio nacional”

– será incentivado, de modo a viabilizar, entre outros objetivos, “a autonomia tecnológica do País” (Art. 219). Vale observar a esse propósito que, no Capítulo sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, a proteção à propriedade industrial, por meio de privilégio temporário relativo à invenção, será assegurada em lei “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (Art. 5º, inciso XXIX). O Capítulo sobre Comunicação Social confirma, por sua vez, disposição já contemplada em textos constitucionais anteriores, no sentido de reservar a brasileiro nato (ou naturalizado há mais de dez anos) a propriedade de empresas de comunicação de massa (Art. 222). Finalmente, o Ato das Disposições Transitórias estipulava que o Congresso promoveria, no prazo de um ano da promulgação da Constituição, “exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro”, podendo propor ao Poder Executivo, se apurada irregularidade, “a declaração de nulidade do ato” (Art. 26).

Cabe lembrar, desde já, que muitos desses dispositivos constitucionais nacionalistas ou claramente intervencionistas foram parcialmente revertidos, não durante o processo de revisão constitucional previsto em suas disposições transitórias, mas por meio de emendas constitucionais introduzidas a partir do primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002).

### *3. Impacto da Constituição no ordenamento econômico e na inserção internacional*

Elaborando a nova Constituição numa conjuntura econômica e política caracterizada pela transição entre o antigo regime autoritário de natureza militar e um regime democrático civil, e colocado sob o impacto essencialmente negativo de diversos elementos econômicos, inclusive externos – inflação ascendente, instabilidade ma-

croeconômica, peso das dívidas externa e interna, protecionismo comercial dos países desenvolvidos, dificuldades de acesso às novas tecnologias, pressões reiteradas nos campos das políticas ambiental, nuclear e de proteção à propriedade intelectual –, o corpo constituinte reagiu a esses desafios sob forma de um esboço de projeto constitucional, que pretendia impulsionar a melhoria imediata das condições de vida da população e que colocava o interesse do País acima de qualquer outro critério regulador de nossa inserção internacional.

Coerentemente com essa idéia, não se pode, por exemplo, dizer que a Constituinte tenha ignorado o compromisso básico da sociedade brasileira com o “desenvolvimento nacional”. Esse princípio é reafirmado a cada momento do texto constitucional – a começar pela definição inicial dos “objetivos fundamentais” da República Federativa – e parece, mesmo, constituir *la raison d’être* da maior parte dos dispositivos de caráter econômico, paralelamente aos objetivos, igualmente relevantes, de justiça social, de democracia política e de promoção dos direitos básicos dos indivíduos. O conceito de “desenvolvimento nacional” é, por assim dizer, a religião da nova Carta constitucional, no sentido em que ele condiciona ou justifica a maior parte das normas específicas introduzidas no capítulo da Ordem Econômica e nos diversos campos das políticas sociais, tributária, agrária, financeira e científica e tecnológica.

A reafirmação da opção preferencial pelo desenvolvimento econômico representa, nesse sentido, uma espécie de contrato social que a Constituinte passou com a Nação, contrato que o Congresso pretendia cumprir por meio da legislação infraconstitucional. Nem sempre, porém, a interpretação de um princípio de ordem geral, amplamente majoritário no momento de sua formulação, pode gozar depois do mesmo grau de consenso social, quando de sua atualização prática. De toda forma,

a materialização desse conceito teria de conciliar algumas opções básicas na implementação de políticas macroeconômicas e setoriais. A experiência decorrida desde então demonstra que o desejo desenvolvimentista, ou melhor, distributivista, em muito contribuiu para a aceleração do processo inflacionário e para a deterioração das finanças públicas, especialmente em virtude da criação de novas rubricas de despesas governamentais sem a fonte correspondente de recursos orçamentários.

Já se afirmou, por exemplo, que a Constituição é essencialmente liberal em seu princípio geral – pois que defende a “livre iniciativa” e a “propriedade privada” – mas marcadamente intervencionista na condução efetiva das atividades produtivas e especialmente estatizante na administração e aproveitamento dos recursos minerais. Ela provavelmente condensa, em seus diversos dispositivos, todas essas características, se bem que se possa igualmente afirmar que a Constituição seja basicamente nacionalista do ponto de vista econômico.

Ao lado do evidente nacionalismo, cabe considerar igualmente o forte intervencionismo econômico preconizado pela Constituição. As críticas do setor privado concentraram-se no risco de uma excessiva estatização das atividades econômicas de um modo geral, em decorrência, entre outros motivos, da longa lista de matérias colocadas sob competência da União nos Artigos 21 e 22. O temor era, entretanto, parcialmente infundado, pois que o Artigo 173 não apenas restringe a atuação direta do Estado aos casos de comprovada necessidade determinada por “imperativos da segurança nacional” ou por “relevante interesse coletivo”, como também veda às empresas públicas gozarem de privilégios fiscais que não possam ser igualmente estendidos às empresas do setor privado.

Os dispositivos tendentes à nacionalização de alguns setores de atividades – com destaque para as áreas de recursos minerais e de serviços financeiros – foram, provavel-

mente, os de maior impacto nos meios de comunicação. Mas, do ponto de vista da experiência histórica das últimas décadas, não parece que eles representassem ruptura fundamental com opções já anteriormente consagradas de política econômica nacional. De fato, o Brasil sempre foi um país marcadamente nacionalista e intervencionista no plano econômico, pelo menos desde os anos 1930, quando o mundo inteiro vivia sob a influência de idéias econômicas antiliberais e claramente dirigistas.

Em contrapartida, a “constitucionalização” do princípio da “reserva de mercado” em favor da empresa brasileira de capital nacional – implícito nos dois parágrafos do Art. 171 – exerceu maior impacto econômico e político, na perspectiva da atração de investimentos diretos estrangeiros. A Constituinte, ao atender demandas de setores “desenvolvimentistas”, nada mais fez do que se dobrar à forte tendência dirigista presente na burocracia de Estado, mas igualmente no seio do empresariado nacional. O que se pretendia, claramente, era afastar a concorrência estrangeira em áreas consideradas estratégicas para o desenvolvimento brasileiro (seria o caso, por exemplo, da indústria da informática) ou envolvendo fornecimento de bens e serviços ao setor público (empresas de construção, entre outras).

O corpo constituinte de 1987-1988 esforçou-se, assim, por preservar em bases nacionais o processo decisório julgado estratégico, isto é, aquele atinente às principais opções econômicas do País no controle do investimento industrial e na promoção do progresso tecnológico. A crença era a de que, com a atribuição de garantias quanto à preservação de um espaço de crescimento para as empresas nacionais, se poderia, simultaneamente, suscitar a modernização tecnológica do País, segundo o modelo da Lei de Informática (de 1984), então em vigor. O legislador acreditava que a preservação das tendências autárquicas, que sempre permearam as orientações políticas,

econômicas e sociais num país-continente como o Brasil, teria sido suficiente para fazer com que a Nação conseguisse realizar sua promessa de desenvolvimento econômico e social, combinando um grau razoável de abertura internacional com a manutenção da soberania econômica. O processo de dismantelamento das últimas economias nacionais ainda funcionando sob o regime de planejamento centralizado, iniciado pouco depois nos países então socialistas, assim como a marcha quase que “triumfal” da globalização capitalista começaram, entretanto, a erodir essa crença de maneira irreversível.

#### *4. As emendas constitucionais da ordem econômica*

O texto original da Carta de 1988 tinha previsto, como se viu, uma série de controles e monopólios públicos sobre atividades econômicas. O Título relativo à organização do Estado, por exemplo, atribuía à União a exploração, diretamente ou mediante concessão, dos serviços públicos de telecomunicações (estes, antes concedidos apenas a “empresas sob controle acionário estatal”); de difusão audiovisual; de produção e fornecimento de energia elétrica; de navegação aérea; de transporte ferroviário e aquaviário, mas, também, o rodoviário interestadual e internacional de passageiros, bem como dos portos marítimos, fluviais e lacustres (Art. 21, diversos incisos). Os Títulos relativos à Ordem Econômica e Financeira e à Ordem Social – neste último, no Capítulo dedicado à Ciência e Tecnologia – encerravam (alguns ainda encerram) diversos dispositivos, visando garantir a iniciativa e a competência propriamente nacionais na administração e usufruto de recursos naturais ou no desempenho de atividades econômicas específicas, contendo, ainda, diversas restrições à atuação do capital estrangeiro em setores considerados, então, como estratégicos do ponto de vista do desenvolvimento do País.

Foi provavelmente nesses setores em que o corpo constituinte mais exerceu sua faculdade soberana de regulamentar as relações sociais e econômicas fundamentais à vida do País, inclusive e principalmente no que se referem suas implicações e desdobramentos externos. Durante o processo de revisão constitucional, previsto na própria Constituição para realizar-se cinco anos após sua entrada em vigor, não se logrou modificar nenhum desses dispositivos discriminatórios ou tendentes a garantir uma espécie de “reserva de mercado” para as empresas brasileiras de capital nacional. As modificações foram introduzidas a partir da primeira gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso, com a introdução de propostas de emendas constitucionais desde os primeiros meses de seu Governo. As primeiras emendas de natureza econômica, que se encontram resumidas no Quadro 1 (*in fine*), foram aprovadas quase que simultaneamente, entre agosto e novembro de 1995.

Uma primeira emenda constitucional, a de nº 5, de 15 de agosto de 1995, modificou o parágrafo 2º do art. 25 da Constituição, no sentido de conceder aos Estados a faculdade de “explorar diretamente, ou mediante concessão [suprimindo aqui ‘a empresa estatal’], os serviços locais de gás canalizado”, rompendo, portanto, com um dos monopólios estatais mais tradicionais nesse terreno dos serviços públicos. A emenda constitucional nº 6, da mesma data, atacou, por sua vez, no Art. 170 (relativo aos princípios a serem observados na atividade econômica), o privilégio antes concedido às empresas brasileiras de pequeno porte, de “capital nacional”, que poderiam ter “tratamento favorecido” (supostamente por parte do Estado). A referida emenda, eliminando a discriminação ao tratamento nacional antes consagrada no inciso IX desse artigo, passou a determinar que o tratamento favorecido seria “para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no

País”, numa fórmula que seria aproveitada nos demais dispositivos modificadores relativos à antiga distinção entre empresa brasileira e empresa nacional.

No que se refere, por exemplo, à exploração dos recursos minerais, antes reservados, pelo Art. 176, às empresas brasileiras “de capital nacional”, adotou-se também, na mesma ocasião e pela mesma emenda, redação mais consentânea com a ausência de discriminação no tratamento nacional, uma vez que tais atividades puderam passar a ser feitas por qualquer “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País”, ou seja, de fato uma empresa estrangeira devidamente registrada e operando no Brasil.

Mais importante que tudo, porém, a mesma emenda constitucional nº 6 simplesmente revogou a totalidade do Art. 171, que se constituía no próprio cerne do tratamento desigual entre empresas brasileiras e estrangeiras. Em função da eventual adequação ao conceito de empresa brasileira de capital nacional — definida naquele artigo como “aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País” —, a lei poderia não apenas “conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional, ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País”, mas também estabelecer, como no modelo da antiga Lei de Informática, exigências relativas ao efetivo controle nacional sobre atividades tecnológicas tidas como imprescindíveis ao desenvolvimento tecnológico nacional, definir percentuais de participação nacional no capital acionário, além de conceder tratamento preferencial na aquisição de bens e serviços pelo poder público (Art. 171, inciso II, § 1º e 2º). A eliminação desse artigo foi saudada como a abolição prática e de direito do tratamento discriminatório em relação ao capital estrangeiro, numa reversão da tendência crescentemente



nacionalista observada no Brasil durante os anos 80.

O texto original da Constituição de 1988 estabelecia ainda, recorde-se, os princípios da predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira e registros brasileiros, bem como do país exportador ou importador, numa espécie de bilateralidade estrita, à exclusão de transportadores de terceiros países; ela determinava ainda a nacionalidade brasileira para os armadores, proprietários, comandantes e para, pelo menos, dois terços dos tripulantes de embarcações nacionais, bem como a exclusividade destas últimas na navegação de cabotagem e interior (Art. 178, inciso II, §§ 2º e 3º). Ora, a emenda nº 7, do mesmo dia 15 de agosto de 1995, alterou esse artigo, no sentido de fazer com que uma futura lei passasse a dispor “sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, ou seja, abrindo a possibilidade de se facultar a armadores estrangeiros a exploração desses serviços no Brasil, atendida certa reciprocidade a ser eventualmente estabelecida em acordo internacional. Essa mesma lei passaria a estabelecer “as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras”.

De fato, a Lei n. 9.432, de 8 de janeiro de 1997, passou a dispor sobre a ordenação do transporte aquaviário, determinando, por exemplo, seu Art. 5º que a “operação ou exploração do transporte de mercadorias na navegação de longo curso é aberta aos armadores, às empresas de navegação e às embarcações de todos os países, observados os acordos firmados pela União, atendido o princípio de reciprocidade”. Da mesma forma, o Art. 6º dessa lei indica que “a navegação interior de percurso internacional é aberta às empresas de navegação e embarcações de todos os países, exclusivamente na forma dos acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”.

Entretanto, essas embarcações estrangeiras somente podem explorar essas atividades, segundo o Art. 7º, “quando fretadas por empresas brasileiras de navegação”, o que pode ser considerado como uma espécie de equivalente funcional do dispositivo similar aplicado no caso da exploração mineral, por exemplo, que passa a ser aberta a empresas registradas no País.

No mesmo sentido da emenda nº 5, a emenda nº 8, da mesma data, suprimiu, do inciso XI do Art. 21, a menção a “empresas sob controle acionário estatal”, a exploração dos serviços de telecomunicações, que agora podem ser explorados, “diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”, nos termos de lei que disporia ainda sobre “a criação de um órgão regulador”, o que de fato foi feito posteriormente com a Anatel. Mais importante ainda: tais serviços, incluídos no programa de privatização, foram progressivamente, quando não totalmente, privatizados, garantindo-se também a necessária concorrência entre ofertantes com a instituição de empresas espelho na telefonia fixa. Por emenda supressiva ao inciso XII desse mesmo artigo, os demais serviços de telecomunicações foram retirados da esfera da União, procedendo-se, ainda antes que a própria telefonia fixa, à licitação, por regime de concessão, dos serviços de comunicação telefônica de tipo celular.

Ainda no terreno da ordem econômica, foi aprovada, em 9 de novembro de 1995, a emenda nº 9, alterando as formas de exercício do monopólio da União sobre petróleo e derivados. Onde antes se proibia, no § 1º do Art. 177, que a União cedesse seu monopólio sobre pesquisa, lavra, refinação, transporte e importação de petróleo e gás natural, ou concedesse qualquer tipo de participação (“contratos de risco”) na exploração de petróleo ou gás, a nova redação proposta pela emenda passou a estabelecer que a União “poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização [daquelas] atividades (...)

observadas as condições estabelecidas em lei". Novo parágrafo foi acrescentado a esse artigo, prevendo a instituição de "órgão regulador do monopólio da União", o que de fato ocorreu com a criação da Agência Nacional do Petróleo, rompendo assim com a exclusividade antes atribuída à empresa estatal Petrobrás.

No plano da comunicação de massa, o Art. 222 previa que a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deveria permanecer privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais caberia a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual. Seu § 1º vedava a participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão, exceto no caso de "sociedades cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros". A emenda nº 36, de 28 de maio de 2002, veio permitir que essa participação ascenda até 30% do capital da empresa, mas reforçou, em outros dispositivos, o controle nacional sobre o conteúdo da programação veiculada.

No que se refere ao Sistema Financeiro Nacional — "estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País" —, a Constituição previa que legislação complementar deveria regular "as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições" do setor, "tendo em vista, especialmente... os interesses nacionais [e] os acordos internacionais" (Art. 192, inciso III), o que jamais ocorreu desde sua promulgação. Antes que fossem fixadas em lei tais condições, ficavam proibidos tanto a instalação no País de novas agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior, como o aumento da participação no capital de instituições brasileiras por parte de residentes no exterior (Art. 52 das Disposições Transitórias). A lacuna não teria maiores implicações para a inserção econômica internacional do Brasil se tal ausência não significasse, por um lado, o cerceamento indesejado da capacidade

negociadora externa do Itamaraty — nas negociações comerciais sobre serviços, por exemplo — e se o fato não trouxesse, por outro, a preservação de mais uma reserva de mercado, desta vez em favor de banqueiros nacionais, contribuindo assim para diminuir o grau de competição interna (e portanto para a cartelização e o encarecimento dos serviços no setor).

A solução provisória encontrada pelo Governo, a partir de 1995, foi a utilização de disposição específica constante do mesmo artigo das Disposições Transitórias, no sentido de não se aplicar a vedação às novas agências de instituições financeiras estrangeiras ou aumento de seu capital ou participação no caso de "autorizações resultantes de acordos internacionais, de reciprocidade, ou de interesse do Governo brasileiro" (Art. 52 DT, parágrafo único). Com base em exposição de motivos do Ministro da Fazenda, de agosto daquele ano, o Presidente passou a aprovar por decreto, como correspondendo ao "interesse do Governo", após recomendação do Conselho Monetário Nacional, solicitações específicas feitas ao Banco Central para o ingresso de instituições financeiras estrangeiras em casos determinados (como a privatização de bancos estaduais ou, no setor privado, a participação ou compra de bancos deficitários), abrindo, assim, uma via para o saneamento do setor financeiro.

Posteriormente, pela emenda constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, esse artigo recebeu nova redação, tendo sido revogados todos os seus complementos. Ele passou a ser lido da seguinte forma: "O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram". A intenção, na verdade, foi mais a de fracionar o processo

de regulação desse imenso setor, mediante a elaboração de leis setoriais ou parciais, do que de, verdadeiramente, liberalizar o setor, que permanece, em princípio, fechado ao capital estrangeiro (salvo decisão tomada caso a caso, como referido acima).

Como se pode constatar pelo Quadro 2, não houve, em outras esferas da vida econômica, emendas que pudessem abrir o Brasil ao capital estrangeiro ou facilitar o próprio processo de integração no Mercosul. No setor da Saúde, por exemplo, a Constituição continua a vedar “a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei” (Art. 199, § 3º). O Capítulo sobre Comunicação Social, de toda forma, continua a ostentar a preferência majoritária para brasileiro nato (ou naturalizado) na propriedade de empresas de comunicação de massa e na elaboração de sua programação (Art. 222). Uma outra emenda constitucional, de nº 11, aprovada em abril de 1996, corrigiu, ao menos, uma distorção séria que vedava a “importação de cérebros” pelas instituições nacionais de ensino superior, ao permitir a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades brasileiras.

O texto da Constituição de 1988, apesar de *liberal* em seu princípio geral – pois que defendendo a “livre iniciativa” e a “propriedade privada” –, era (ainda é) *nacionalista* e *intervencionista* na condução efetiva das atividades produtivas e especialmente *estatizante* na administração e aproveitamento dos recursos minerais. Seus excessos mais evidentes, contidos nos dispositivos acima indicados, foram corrigidos, não sem protestos de partidos de esquerda e de sindicatos, que teriam preferido a continuidade das estatais – o que lhes garantia clientela política e afiliados – e de monopólios públicos, considerados como de “importância estratégica” para o desenvolvimento do País. As motivações principais das reformas introduzidas sob proposta do Governo foram as de aumentar

a concorrência e a qualidade em serviços públicos antes oferecidos unicamente por empresas estatais, a de atrair investimentos diretos estrangeiros em áreas defasadas tecnologicamente – como telecomunicações, por exemplo – e a de eliminar fontes de discriminação contra o princípio do tratamento nacional que não encontravam muita guarida na tradição jurídica brasileira (ainda que correspondendo a uma tendência nacionalista que vinha da era Vargas).

De todos os dispositivos tendentes à *nacionalização* de alguns setores de atividades, os das áreas mineral e de telecomunicações não faziam efetivamente muito sentido num mundo globalizado, no qual o Estado deve ocupar-se bem mais de concorrência e de formação de recursos humanos do que da produção de bens e serviços para o público consumidor. Em outra vertente, a “constitucionalização” do princípio da “reserva de mercado” em favor da empresa brasileira de capital nacional – presente nos dois parágrafos do antigo Art. 171 – era o elemento mais suscetível de exercer impactos numa perspectiva de largo prazo, dificultando o processo de integração e abrindo o flanco para potenciais contenciosos com parceiros estrangeiros. A “discriminação” seletiva contra o capital estrangeiro permanece, de forma clara, no dispositivo atinente ao setor de saúde, mas está indefinido, por enquanto, no que se refere às instituições financeiras, campo no qual o estatuto e a participação de empresas estrangeiras continuam dependentes de “lei complementar”.

Por outro lado, a simples afirmação, inscrita no Art. 218, de que “a pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional” não contribui muito, por si só, para alterar substancialmente os baixos coeficientes macro e microeconômicos de investimento em ciência e tecnologia em relação ao produto global. Para tanto, teria sido conveniente a introdução, no texto constitucional, de dispositivos específicos

obrigando a um determinado percentual de alocação de recursos nas atividades de pesquisa e desenvolvimento por parte do poder público, ou prevendo incentivos fiscais visando a seu estímulo no setor privado, de forma algo similar aos mecanismos de financiamento previstos para a educação no quadro dos vários parágrafos do Art. 212 (aplicação obrigatória de percentuais de receitas na manutenção e desenvolvimento do ensino). A preocupação do corpo constituinte – e, por extensão, da sociedade brasileira – em viabilizar a “autonomia tecnológica do País” denotou um primeiro passo no sentido da criação de uma “consciência tecnológica nacional”, condição essencial à elaboração de políticas públicas conducentes ao desenvolvimento científico e tecnológico do Brasil. A comunidade científica no Brasil continua, no entanto, a ostentar certo viés antiprivatista – e, portanto, no sentido inverso, uma atitude pró-financiamento estatal das atividades de pesquisa –, assim como um preconceito notório contra o patenteamento de certos produtos ou processos (geralmente ligados à biotecnologia) e a participação de empresas e indivíduos estrangeiros na exploração dos recursos da biodiversidade.

O grande problema de uma Constituição excessivamente intrusiva na ordem econômica, como a brasileira, encontra-se no fato de ela diminuir o grau de flexibilidade do legislador ordinário e do administrador público na regulamentação e implementação das normas executivas cobrindo aqueles setores já “constitucionalizados” pela Lei Maior. Tal é o sentido da crítica daqueles que preferiam a adoção do chamado “modelo anglo-saxão” para o texto constitucional brasileiro, esquecendo-se provavelmente que o processo de elaboração (ou, mais exatamente em nosso caso, de “incorporação”) constitucional é também o resultado de uma história política e de uma cultura jurídica sempre únicas e originais.

No campo das relações internacionais, uma dificuldade adicional decorrente do

caráter prolixo do texto constitucional no campo econômico reside nos limites impostos ao agente diplomático na negociação de normas ou obrigações de caráter multilateral que possam, potencialmente, entrar em conflito com diretrizes constitucionais em vigor no País. A título de ilustração, os antigos dispositivos relativos ao tratamento favorecido para a empresa nacional de pequeno porte e concedendo preferência às empresas nacionais nas compras do Governo poderiam, eventualmente, entrar em choque com o consagrado princípio do *tratamento nacional* no caso de abertura negociada no âmbito de negociações multilaterais abrangentes. Os resultados das rodadas de negociações comerciais multilaterais registrados ficaram notoriamente aquém das expectativas iniciais em termos de abertura econômica e de acesso a mercados. Mas o processo de constantes barganhas e pressões por maiores concessões nessas áreas, hoje regulado pela Organização Mundial do Comércio, promete continuar a exercer pressões contínuas sobre a economia brasileira.

##### 5. *Os grilhões constitucionais do Prometeu brasileiro*

O Brasil se apresenta, atualmente, como uma espécie de Prometeu, um gigante bem constituído, de aparência saudável, mas acorrentado a uma rocha por sólidos grilhões, tendo sido condenado a ter o fígado bicado por um abutre, que o debilita continuamente. No papel do abutre, muitos concordariam em colocar nesse personagem uma identidade precisa: ele seria o próprio Estado, que no passado já foi o principal indutor do processo de desenvolvimento, mas que hoje consome a seiva econômica do corpo no qual se enredou.

O Brasil é hoje um país sufocado em seu crescimento e no desenvolvimento social por um Estado disfuncional, excessivamente perdulário nos gastos correntes, e pouco instrumental para fins de investimento

produtivo e educacional. O nível dos gastos públicos condena o Brasil a figurar na faixa de baixo crescimento e de dinamismo insuficiente para enfrentar os desafios da modernidade global. Com a unificação de mercados e a multiplicação dos fluxos de capitais e de investimentos diretos, o mundo confronta países e economias antes separados por barreiras comerciais e regulatórias. Num cenário de economias consolidadas na sociedade do conhecimento e de países emergentes voltados para os setores dinâmicos dos intercâmbios internacionais – tecnologias de informação e de comunicação, novos materiais compostos, as inovações da biotecnologia e da nanotecnologia que compõem o âmago da quarta revolução industrial, atualmente em curso –, o Brasil aparece como uma economia pouco dinâmica.

O principal fator a travar o processo de desenvolvimento brasileiro é hoje constituído pela mesma entidade que, num passado não muito distante, foi a responsável por surtos de progresso que colocaram o país no caminho da modernidade tecnológica. O Estado brasileiro se converteu num abutre que não apenas consome as forças vitais do Prometeu acorrentado, como também inviabiliza seus movimentos pelos muitos grilhões tributários e regulatórios que o deixam parado no mesmo lugar, vendo concorrentes se distanciarem cada vez mais.

Um diagnóstico da situação presente teria de partir de uma análise realista das condições institucionais que são, em grande medida, responsáveis pelo atual quadro de baixo crescimento econômico, pela disseminação de comportamentos “desviantes” no setor formal da economia, pela enorme informalidade existente nos mercados de trabalho, pela corrupção generalizada em órgãos públicos e pelo sentimento de desalento que se percebe nos meios empresariais e entre os muitos jovens que preferem a segurança dos concursos públicos ou tentar a vida em arriscadas ope-

rações de migração ilegal. Essas condições institucionais poderiam ser esclarecidas por meio de uma radiografia da economia política da Constituição de 1988, que certamente criou a maior parte das amarras hoje existentes na economia. O quadro deveria ser completado pelo exame do meandro de dispositivos infraconstitucionais que atuam como ventosas sobre o corpo econômico da sociedade, seja na sua configuração diretamente tributária, seja, ainda, pela imensa burocracia criada para “vigiar e punir” os responsáveis por infrações fiscais ou regulatórias, e que acabam criando alguns dos incentivos para a corrupção generalizada que se constata na atualidade.

O Brasil padece de centralismo excessivo e concebe o sistema democrático apenas como um regime político, não como um sistema auto-regulado de organização social que deveria, em princípio, começar pelo próprio ordenamento da vida comunitária. O Estado adquiriu poderes extraordinários, que o habilitam a ir buscar recursos diretamente no bolso dos cidadãos e no caixa das empresas, mediante um sistema de captação extensiva – e preventiva, em muitos casos – que deixa todos e qualquer atividade à sua mercê. O mais dramático é que proporções crescentemente maiores desses recursos são canalizadas para os próprios gastos correntes do Estado, não para atividades produtivas ou investimentos de mais longa maturação, como podem ser as despesas com educação e saúde.

Tendo em vista a nítida imbricação dos regulamentos existentes, a selva de dispositivos constitucionalizados, a solidez dos interesses constituídos e dos privilégios legalizados, ademais da dificuldade notória que consiste em reformar aspectos importantes da vida nacional – sistema político, regime tributário, legislação trabalhista, instituições educacionais e outros mais –, parece claro que será muito difícil ao “Prometeu brasileiro” livrar-se do atual “abutre estatal”, inclusive porque o mais importante, que seria a reforma das mentalidades,

ainda precisa ser feito. Em outros termos, o “Prometeu” continuará acorrentado por muito mais tempo, pelo menos até que a sociedade se convença de que precisa se livrar do abutre explorador e libertar o personagem principal dos grilhões que o prendem, ainda, à miséria e à ignorância,

mediante um esforço de auto-organização da sua vida cotidiana e de liberação a mais completa possível das iniciativas individuais. Conhecendo-se as limitações existentes no quadro institucional brasileiro da atualidade, não se deve ter a ilusão de que essa liberação ocorra no futuro previsível.

*Quadro 1*  
*Emendas constitucionais com impacto econômico*

<i>Dispositivo</i>	<i>Texto original da Constituição de 1988</i>	<i>Emenda</i>	<i>Modificação introduzida</i>
art. 25 § 2º	Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão a empresa estatal, os serviços locais de gás canalizado.	5 15.08.95	Suprimiu a expressão “a empresa estatal”, rompendo com o monopólio público.
art. 170 inciso IX	Princípios a serem observados na atividade econômica: “tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”.	6 15.08.95	Redação determina que o tratamento favorecido é “para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.
art. 176 § 1º	As jazidas e demais recursos minerais e potenciais de energia hidráulica pertencem à União e somente podiam ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, “no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional...”.	6 15.08.95	A exploração passa a poder ser feita por “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei”.
art. 171 inciso II, §§ 1º e 2º	Para a empresa brasileira de capital nacional (“aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País”), a lei poderia “conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País”; estabelecer exigências relativas ao controle nacional sobre atividades tecnológicas imprescindíveis ao desenvolvimento tecnológico nacional, definir percentuais de participação nacional no capital acionário e tratamento preferencial na aquisição de bens e serviços pelo Poder Público.	6 15.08.95	Revogado em sua totalidade, desmantelando o tratamento desigual concedido às empresas registradas no País, mas cujo controle pertencesse a residentes e domiciliados estrangeiros.
art. 178 inciso II §§ 2º e 3º	A lei deveria dispor sobre a predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira e registros brasileiros; devem ser de nacionalidade brasileira os armadores, proprietários, comandantes e pelo menos dois terços dos tripulantes das embarcações nacionais; a navegação de cabotagem e a interior são privativas de embarcações nacionais.	7 15.08.95	Alterado o conjunto do art. 178: a lei disporá “sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”; no transporte aquático, a lei estabelecerá “as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras”.

<i>Dispositivo</i>	<i>Texto original da Constituição de 1988</i>	<i>Emenda</i>	<i>Modificação introduzida</i>
art. 21 inciso XI	Compete à União: XI: "explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações...".	8 15.08.95	Nova redação: "explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos de lei" que disporá sobre "a criação de um órgão regulador...".
art. 177 § 1º	Entre os monopólios da União (pesquisa, lavra, refinação, transporte e importação de petróleo e de gás natural), lhe era vedado "ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural..." (ou seja, os "contratos de risco").	9 9.11.95	Alterou a forma do exercício desse monopólio; a nova redação passou a estabelecer que a União "poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização [daquelas] atividades (...) observadas as condições estabelecidas em lei"; novo parágrafo previu a instituição de "órgão regulador do monopólio da União".
art. 222 § 1º e 2	Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais caberá a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual. § 1º É vedada a participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão, exceto a de partido político e de sociedades cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros. § 2º A participação referida no parágrafo anterior só se efetuará através de capital sem direito a voto e não poderá exceder a trinta por cento do capital social.	36 28.05.02	Modificou o § 1º, permitindo que a participação de pessoas ou empresas estrangeiras possa ser feita até o limite de 30% do capital; indica, no novo § 2º, que a "responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros"; informa, em seu § 4º, que "Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º." O novo § 3º, por sua vez, estabelece que a lei específica, prevista no art. 221 (que deve tratar da "produção e [d]a programação das emissoras de rádio e televisão"), "garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais".
art. 192	Art. 192. 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: (...) III – as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente: a) os interesses nacionais; b) os acordos internacionais.	40 29.05.03	Nova redação: "O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram." (Todas as alíneas e parágrafos foram revogados).

Fonte: Elaboração própria a partir da Constituição Federal e das emendas constitucionais, texto consolidado até a Emenda 52, de 8.03.2006 (ver o site: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>)

*Quadro 2*  
*Dispositivos constitucionais discriminatórios ao investimento estrangeiro*

<i>Dispositivo</i>	<i>Texto original da Constituição de 1988</i>	<i>Efeitos da discriminação</i>
art. 192 inciso III e art. 52 das Disposições Transitórias	O Sistema Financeiro Nacional, "estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País", será regulado em lei, que disporá sobre "as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições" do setor, "tendo em vista, especialmente... os interesses nacionais [e] os acordos internacionais"; até lá, ficam proibidos tanto a instalação no País de novas agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior, como o aumento da participação no capital de instituições brasileiras por parte de residentes no exterior.	Bloqueou a instalação de novas agências de instituições financeiras estrangeiras ou aumento de seu capital ou participação nas brasileiras; para contornar a situação, o Governo passou a utilizar-se do dispositivo do parágrafo único do art. 52 das DT, no sentido de não se aplicar a vedação no caso de "autorizações resultantes de acordos internacionais, de reciprocidade, ou de interesse do Governo"; com base em exposição de motivos de agosto de 1995 do Ministro da Fazenda, o Presidente passou a aprovar por decreto, após recomendação do Conselho Monetário Nacional, a eventual instalação de instituições financeiras estrangeiras no País. O artigo foi modificado, mas não liberalizado, pela Emenda 40/03 (vide Quadro 1).
art. 199 § 3º	"É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei."	Na ausência de autorização legal, o setor encontra-se fechado ao investimento estrangeiro, com diminuição da oferta de serviços e ameaça de cartelização (menor concorrência).
art. 222	"A propriedade de empresas jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos..."	A reserva de mercado para nacionais significa a diminuição da concorrência, uma baixa gama de serviços oferecidos e um isolamento em relação à pressão competitiva vinda de fora. Dispositivo atenuado pela Emenda 36/02 (vide Quadro 1).

Fonte: Elaboração própria a partir da Constituição Federal.



# Vinte anos da Constituição de 1988

## A reconstrução democrática do Brasil

Luís Roberto Barroso

### Sumário

I. Introdução: da vinda da família real à Constituição de 1988. II. A ascensão e o ocaso do regime militar. III. Convocação e atuação da Assembléia Constituinte. IV. O sucesso institucional da Constituição de 1988. V. Um balanço preliminar. VI. O desempenho das instituições. VII. Conclusão.

#### *I. Introdução: da vinda da família real à Constituição de 1988<sup>1</sup>*

Começamos tarde. Somente em 1808 – trezentos anos após o descobrimento –, com a chegada da família real, teve início verdadeiramente o Brasil. Até então, os portos eram fechados ao comércio com qualquer país, salvo Portugal. A fabricação de produtos era proibida na colônia, assim como a abertura de estradas. Inexistia qualquer instituição de ensino médio ou superior: a educação resumia-se ao nível básico, ministrada por religiosos. Mais de 98% da população era analfabeta. Não havia dinheiro e as trocas eram feitas por escambo. O regime escravocrata subjugava um em cada três brasileiros e ainda duraria mais oitenta anos, como uma chaga moral

<sup>1</sup> O presente texto é a versão condensada de artigo escrito por solicitação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, intitulado *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*, elaborado para integrar volume contendo a análise crítica das Constituições brasileiras e para publicação na Revista de Direito do Estado nº 10.

e uma bomba-relógio social. Pior que tudo: éramos colônia de uma metrópole que atravessava vertiginosa decadência, onde a ciência e a medicina eram tolhidas por injunções religiosas e a economia permaneceu extrativista e mercantilista quando já ia avançada a revolução industrial. Portugal foi o último país da Europa a abolir a inquisição, o tráfico de escravos e o absolutismo. Um Império conservador e autoritário, avesso às idéias libertárias que vicejavam na América e na Europa<sup>2,3</sup>.

Começamos mal. Em 12 de novembro de 1823, D. Pedro I dissolveu a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa que havia sido convocada para elaborar a primeira Constituição do Brasil<sup>4</sup>. Na abertura dos trabalhos constituintes, o Imperador procurara estabelecer sua supremacia, na célebre “Fala” de 3 de maio de 1823<sup>5</sup>. Nela,

---

<sup>2</sup> Sobre o tema, Cf. Oliveira Lima, *Dom João VI no Brasil*, 1945; Patrick Wilcken, *Império à deriva*, 2005; Laurentino Gomes, 1808, 2007; Ricardo Lobo Torres, *A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*, 1991; Waldemar Ferreira, *História do direito constitucional brasileiro*, 1954; Afonso Arinos de Mello Franco, *Curso de direito constitucional brasileiro*, v. 2, 1960; Marcelo Caetano, *Direito constitucional*, v. 1, 1987; Manoel Maurício de Albuquerque, *Pequena história da formação social brasileira*, 1981; Aurelino Leal, *História constitucional do Brasil*, 1915, edição fac-similar; e Paulo Bonavides e Paes de Andrade. *História constitucional do Brasil*, 1991.

<sup>3</sup> A crítica severa não nega, por evidente, o passado de glórias de Portugal e o extraordinário Império marítimo que construiu. Não desmerece, tampouco, o grande progresso trazido ao Brasil com a vinda da família real. Nem muito menos interfere com os laços de afeto e de afinidade que ligam os brasileiros aos portugueses.

<sup>4</sup> Curiosamente, a convocação da constituinte se dera em 3 de junho de 1822, antes mesmo da Independência, e fazia menção à união “com a grande família portuguesa”. A Independência veio em 7 de setembro, a aclamação de D. Pedro como imperador em 12 de outubro e a coroação em 1º de dezembro de 1822.

<sup>5</sup> “Como imperador constitucional, e mui principalmente como defensor perpétuo deste império, disse ao povo no dia 1º de dezembro do ano próximo passado, em que fui coroado e sagrado, que com a minha espada defenderia a pátria, a nação e a Constituição, se fosse digna do Brasil e de mim. (...) [E]spero, que a Constituição que façais, mereça a minha imperial aceitação...” (grifos acrescentados). V. A fala de D. Pedro I na sessão de abertura da constituinte. (BONAVIDES; PAES DE ANDRADE, 1991, p. 25).

manifestou sua expectativa de que se elaborasse uma Constituição que fosse digna dele e merecesse sua imperial aceitação. Não mereceu (CERQUEIRA, 2006, p. 387). O Projeto relatado por Antônio Carlos de Andrada, de corte moderadamente liberal, limitava os poderes do Rei, restringindo seu direito de veto, vedando-lhe a dissolução da Câmara e subordinando as Forças Armadas ao Parlamento. A constituinte foi dissolvida pelo Imperador em momento de refluxo do movimento liberal na Europa e de restauração da monarquia absoluta em Portugal. Embora no Decreto se previsse a convocação de uma nova constituinte, isso não aconteceu. A primeira Constituição brasileira – a Carta Imperial de 1824 – viria a ser elaborada pelo Conselho de Estado, tendo sido outorgada em 25 de março de 1824.

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. Do regime escravocrata, restou-nos a diversidade racial e cultural, capaz de enfrentar – não sem percalços, é certo – o preconceito e a discriminação persistentes. Não foi uma história de poucos acidentes. Da Independência até hoje, tivemos oito Cartas constitucionais: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, em um melancólico estigma de instabilidade e de falta de continuidade das instituições. 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 patrimonialismo, estigmas da formação nacional<sup>6</sup>. Nem tudo foram flores, mas há muitas razões para celebrá-la.

---

<sup>6</sup> Para uma densa análise da formação nacional, das origens portuguesas até a era Vargas, Cf. Raymun-

## II. A ascensão e o ocaso do regime militar

O colapso do regime constitucional, no Brasil, deu-se na madrugada de 31 de março para 1º de abril de 1964, quando um golpe militar destituiu o Presidente João Goulart. Veio o primeiro Ato Institucional – primeiro de uma longa série – e, na seqüência histórica, tornou-se inevitável a trajetória rumo à ditadura, que duraria mais de vinte anos. Em 1965, foram canceladas as eleições presidenciais e prorrogado o mandato do Presidente Castelo Branco. Em 1966, foram extintos os partidos políticos. Em 1967, foi editada uma nova Constituição, votada por um Congresso pressionado e sem vestígio de soberania popular autêntica. Em 1968, baixou-se o Ato Institucional nº 5, que conferia poderes quase absolutos ao Presidente, inclusive para fechar o Congresso, cassar direitos políticos de parlamentares e aposentar qualquer servidor público. Em 1969, em golpe dentro do golpe, impediu-se a posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo, quando do afastamento por doença do Presidente Costa e Silva, e uma nova Constituição foi outorgada pelos Ministros militares.

Nesse mesmo ano, indicado pelas Forças Armadas, toma posse o Presidente Emílio Garrastazu Médici. Seu período de governo, que foi de 30 de outubro de 1969 a 15 de março de 1974, ficou conhecido pela designação sugestiva de *anos de chumbo*. A censura à imprensa e às artes, a proscricção da atividade política e a violenta perseguição aos opositores do regime criaram o ambiente de desesperança no qual vicejou a reação armada à ditadura, manifestada na guerrilha urbana e rural<sup>7</sup>. A tortura generalizada de presos políticos imprimiu na história brasileira uma man-

cha moral indelével e perene<sup>8</sup>. A abertura política, “lenta, gradual e segura”, teve seu início sob a Presidência do General Ernesto Geisel, que tomou posse em 15 de março de 1974<sup>9</sup>. Apesar de ter-se valido mais de uma vez de instrumentos ditatoriais<sup>10</sup>, Geisel impôs sua autoridade e derrotou resistências diversas à liberalização do regime, que vinham dos porões da repressão e dos bolsões de anticomunismo radical nas Forças Armadas<sup>11</sup>. A posse do General João Baptista Figueiredo, em 15 de março de 1979<sup>12</sup>, deu-se já após a revogação dos atos institucionais, que representavam a legalidade paralela e supraconstitucional do regime militar<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Sobre o tema da tortura, Cf. *Brasil: nunca mais*, 1985, publicado pela Arquidiocese de São Paulo, com prefácio de D. Paulo Evaristo Arns, ex-Cardeal Arcebispo de São Paulo e figura proeminente na defesa dos direitos humanos durante o regime militar.

<sup>9</sup> Em convenção nacional realizada em 23 de setembro de 1973, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) lançou como candidatos à Presidência e à Vice-Presidência Ulysses Guimarães e Barbosa Lima Sobrinho, que se apresentaram como “anticandidatos”. Sobre o tema, Cf. Alzira Alves de Abreu, Israel Beloch, Fernando Lattman-Weltman e Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão (coords.), *O dicionário histórico-biográfico brasileiro*, v. 3, 2001, p. 2.709.

<sup>10</sup> Em abril de 1977, o Presidente decretou o recesso do Congresso Nacional e outorgou as Emendas Constitucionais nº 7, de 13.04.1977, e nº 8, de 14.04.1977, que continham, respectivamente, uma reforma do Judiciário, medidas casuísticas que asseguravam a preservação da maioria governista no Legislativo e mantinham eleições indiretas para governadores. Além disso, ao longo do seu governo, Geisel cassou o mandato de vereadores, deputados estaduais e federais.

<sup>11</sup> Sobre seu período na Presidência, Cf. o longo depoimento prestado pelo ex-Presidente em Maria Celina D’Araujo e Celso Castro (orgs.), *Ernesto Geisel*, 1997. Cf. tb. Elio Gaspari, *A ditadura derrotada*, 2003; e *A ditadura encurralada*, 2004, em que relata a parceria entre Geisel – o “Sacerdote” – e Golbery – o “Feiticeiro” – na terminologia que cunhou.

<sup>12</sup> O MDB lançou como candidatos à Presidência e à Vice-Presidência o General Euler Bentes Monteiro e o Senador Paulo Brossard. Na eleição realizada em 15.10.1978, venceu a chapa da situação, integrada por Figueiredo e Aureliano Chaves, que obtiveram 355 votos contra 226.

<sup>13</sup> A Emenda Constitucional nº 11, de 13.10.1978, revogou todos os atos institucionais e os atos complementares que lhes davam execução.

do Faoro, *Os donos do poder*, 2001 (1ª ed. 1957).

<sup>7</sup> Cf. Elio Gaspari, *A ditadura escancarada*, 2002. Sobre a luta armada, Cf. tb.: Fernando Gabeira, *O que é isso companheiro?*, 1979; Fernando Portela, *Guerra de guerrilha no Brasil: a saga do Araguaia*, 1979; Alfredo Sirkis, *Os carbonários*, 1980.

Figueiredo deu continuidade ao processo de descompressão política, promovendo a anistia<sup>14</sup> e a liberdade partidária<sup>15</sup>. Centenas de brasileiros voltaram ao país e inúmeros partidos políticos foram criados ou saíram da clandestinidade. A derrota do movimento pela convocação imediata de eleições presidenciais – as *Diretas Já* –, em 1984, após ter levado centenas de milhares de pessoas às ruas de diversas capitais, foi a última vitória do governo e o penúltimo capítulo do regime militar. Em 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral elegeu, para a Presidência da República, a chapa contrária à situação, encabeçada por Tancredo Neves, que tinha como vice José Sarney<sup>16</sup>. O regime militar chegava ao fim e tinha início a *Nova República*, com a volta à primazia do poder civil. Opositor moderado da ditadura e nome de consenso para conduzir a transição pacífica para um regime democrático, Tancredo Neves adoeceu às vésperas da posse e não chegou a assumir o cargo, morrendo em 21 de abril de 1985. José Sarney, que fora um dos próceres do regime que se encerrava – mas que ajudou a sepultar ao aderir à oposição –, tornou-se o primeiro Presidente civil desde 1964.

<sup>14</sup> A anistia política foi concedida pela Lei nº 6.683, de 28.08.1979, que, em seu art. 1º, previa: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares”.

<sup>15</sup> Em 1979, foi reformulado o sistema partidário, com a extinção de MDB e ARENA e a implantação do pluripartidarismo.

<sup>16</sup> Por 480 votos a 180, Tancredo Neves, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), derrotou Paulo Maluf, candidato do Partido Democrático Social (PDS), que era o partido de sustentação política do governo militar, sucessor da Aliança Renovadora Nacional (ARENA).

### III. Convocação e atuação da Assembléia Constituinte

Cumprindo compromisso de campanha assumido por Tancredo Neves, o Presidente José Sarney encaminhou ao Congresso Nacional proposta de convocação de uma constituinte. Aprovada como Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985, nela se previu que “os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” reunir-se-iam em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana<sup>17</sup>. Instalada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Carlos Moreira Alves, em 1º de fevereiro de 1987, a Assembléia Constituinte elegeu em seguida, como seu Presidente, o Deputado Ulysses Guimarães, que fora o principal líder parlamentar de oposição aos governos militares. Da constituinte participaram os parlamentares escolhidos no pleito de 15 de novembro de 1986, bem como os senadores eleitos quatro anos antes, que ainda se encontravam no curso de seus mandatos. Ao todo, foram 559 membros – 487 deputados federais e 72 senadores – reunidos unicameralmente. Não prevaleceu a tese, que teve amplo apoio na sociedade civil, da constituinte exclusiva, que se dissolveria após a conclusão dos seus trabalhos<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985: “Art. 1º – Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Art. 2º – O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente. Art. 3º – A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte”.

<sup>18</sup> Relator da Proposta de Emenda Constitucional nº 43, de 1985, que previa a convocação da Assembléia Constituinte, o Deputado Flavio Bierrenbach apresentou substitutivo no qual propunha que, mediante consulta plebiscitária, o povo se manifestasse diretamente sobre dois pontos: (i) se delegava o poder constituinte originário a uma assembléia exclusiva ou ao Congresso Nacional; (ii) se os senadores eleitos em 1982 poderiam exercer funções constituintes. O substitutivo não foi aprovado. Sobre o tema, v. Flavio Bierrenbach, *Quem tem medo da constituinte*, 1986.

A ausência de um texto que servisse de base para as discussões dificultou de modo significativo a racionalização dos trabalhos<sup>19</sup>, que se desenvolveram em três grandes etapas: (i) das Comissões Temáticas; (ii) da Comissão de Sistematização; e (iii) do Plenário<sup>20</sup>. O processo constituinte teve início com a formação de oito Comissões Temáticas<sup>21</sup>, cada uma delas dividida em três Subcomissões, em um total de 24 (JOBIM, 2004, p. 12). Coube às Subcomissões a apresentação de relatórios, que foram consolidados pelas Comissões Temáticas, surgindo daí o primeiro projeto de Constituição, que foi encaminhado à Comissão de Sistematização. Na elaboração do Projeto da Comissão de Sistematização, prevaleceu a ala mais progressista do PMDB, liderada pelo Senador Mário Covas, que produziu um texto “à esquerda do Plenário”: nacionalista, com forte presença do Estado na economia e ampla proteção aos trabalhadores. Em Plenário, verificou-se uma vigorosa reação das forças liberal-conservadoras, reunidas no “Centro Democrático” (apelidado de “*Centrão*”), que impuseram mudanças substantivas no texto ao final aprovado<sup>22</sup>.

Em 5 de outubro de 1988, após dezoito meses de trabalho, encerrando um processo constituinte exaustivo e desgastante, muitas vezes subjugado pela política ordi-

<sup>19</sup> Nem o Presidente da República, José Sarney, nem tampouco o Presidente da Assembléia Constituinte, Ulysses Guimarães, quiseram encampar o Anteprojeto elaborado pela “Comissão Afonso Arinos”.

<sup>20</sup> Cf. José Roberto Rodrigues Afonso, Memória da Assembléia Constituinte de 1987/88: as finanças públicas. In: [www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1102.pdf](http://www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1102.pdf).

<sup>21</sup> Para uma descrição detalhada dos trabalhos da Assembléia Constituinte, Cf. Bonavides; Paes de Andrade, 1991, p. 449. Cf. tb. José Adércio Leite Sampaio, *Teoria e prática do poder constituinte*. Como legitimar ou desconstruir 1988 – 15 anos depois. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), *Quinze anos de Constituição*, 2004, p. 36.

<sup>22</sup> Enviado à Comissão de Redação, o Projeto ainda sofreria acréscimos de natureza material, que obrigaram a uma nova votação em Plenário, em dois turnos e por maioria absoluta.

nária<sup>23</sup>, foi aprovada, em clima de moderada euforia, a Constituição da República Federativa do Brasil. Aclamada como “Constituição cidadã”<sup>24</sup> e precedida de um incisivo *Preâmbulo*<sup>25</sup>, a Carta constitucional foi promulgada com 245 artigos, distribuídos em nove títulos, e setenta disposições transitórias.

#### IV. O sucesso institucional da Constituição de 1988

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, realizaram-se cinco eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder.

<sup>23</sup> A Assembléia Constituinte, que teve a maioria de seus membros eleitos no embalo do sucesso temporário do Plano Cruzado, em novembro de 1986, teve o final dos seus trabalhos marcado pela disputa presidencial do ano de 1989 e pelos múltiplos interesses que ela engendrava.

<sup>24</sup> *Constituição cidadã* foi o título de discurso proferido por Ulysses Guimarães, na Presidência da Assembléia Constituinte, em 27 de julho de 1988, quando afirmou: “Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria”. Íntegra do texto em <[http://www.fugpmdb.org.br/frm\\_public.htm](http://www.fugpmdb.org.br/frm_public.htm)>. A expressão tornou a ser por ele utilizada quando da promulgação da nova Carta, em 5 de outubro de 1988, em discurso intitulado *Constituição coragem*. Cf. <[http://www.fugpmdb.org.br/frm\\_public.htm](http://www.fugpmdb.org.br/frm_public.htm)>. Acesso em: 5 abr. 2008.

<sup>25</sup> No texto do *Preâmbulo*, a fotografia, retocada pela retórica e pelo excesso de boas intenções, do momento histórico de seu nascimento e das aspirações de que deveria ser instrumento: “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, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional. E não foram tempos banais. Ao longo desse período, diversos episódios poderiam ter deflagrado crises que, em outros tempos, teriam levado à ruptura institucional. O mais grave deles terá sido a destituição, por *impeachment*, do primeiro presidente eleito após a ditadura militar, sob acusações de corrupção. Mas houve outros, que trouxeram dramáticos abalos ao Poder Legislativo, como o escândalo envolvendo a elaboração do Orçamento, a violação de sigilo do painel eletrônico de votação e o episódio que ficou conhecido como “mensalão”. Mesmo nessas conjunturas, jamais se cogitou de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Não há como deixar de celebrar o amadurecimento institucional brasileiro.

Até aqui, a trágica tradição do país sempre fora a de golpes, contra-golpes e quarteladas, em sucessivas violações da ordem constitucional. Não é difícil ilustrar o argumento. D. Pedro I dissolveu a primeira constituinte. Logo ao início do governo republicano, Floriano Peixoto, Vice-Presidente da República, deixou de convocar eleições – como exigia a Constituição – após a renúncia de Deodoro da Fonseca, permanecendo indevidamente na Presidência. Ao fim da República Velha, vieram a Revolução de 30, a Insurreição Constitucionalista de São Paulo, em 1932, a Intentona Comunista, de 1935, bem como o golpe do Estado Novo, em 1937. Em 1945, ao final de seu período ditatorial, Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas. Reeleito em 1950, suicidou-se em 1954, abortando o golpe que se encontrava em curso. Eleito Juscelino Kubitschek, foi necessário o contra-golpe preventivo do Marechal Lott, em 1955, para assegurar-lhe a posse. Juscelino ainda enfrentaria duas rebeliões militares: Jacareacanga (1956) e Aragarças (1959). Com a renúncia de Jânio Quadros, em 1961, os Ministros militares vetaram a posse do Vice-Presidente João

Goulart, levando à ameaça de guerra civil, diante da resistência do Rio Grande do Sul. Em 1964, veio o golpe militar. Em 1968, o Ato Institucional nº 5. Em 1969, o impedimento à posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo e a outorga de uma nova Constituição pelos Ministros militares. A enunciação é meramente exemplificativa, mas esclarecedora.

A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira. Nos últimos vinte anos, superamos todos os ciclos do atraso: eleições periódicas, Presidentes cumprindo seus mandatos ou sendo substituídos na forma constitucionalmente prevista, Congresso Nacional em funcionamento sem interrupções, Judiciário atuante e Forças Armadas fora da política. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

## V. Um balanço preliminar<sup>26</sup>

### 1. Alguns avanços

Em inúmeras áreas, a Constituição de 1988 consolidou ou ajudou a promover avanços dignos de nota. No plano dos *direitos fundamentais*, a despeito da subsistência de deficiências graves em múltiplas áreas, é possível contabilizar realizações. A centralidade da dignidade da pessoa humana se impôs em setores diversos. Para que não se caia em um mundo de fantasia, faça-se o registro indispensável de que uma idéia

<sup>26</sup> Vejam-se alguns balanços anteriores, aos dez e aos quinze anos da Constituição, em: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *Uma Década de Constituição: 1988 – 1998*, 1999; Alexandre de Moraes (coord.), *Os 10 anos da Constituição Federal*, 1999; Uadi Lammêgo Bulos, Decênio da Constituição de 1988, *Revista de Processo* 98:307, 2000; Luís Roberto Barroso, Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?), *Revista Forense* 346:113, 1999; Fernando Facury Scaf (org.), *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988, 2003*; Ordem dos Advogados do Brasil, *15 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988: comemoração: palestras: Carmen Lúcia Antunes Rocha, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva; Paulo Roberto Soares de Mendonça, A Constituição de 1988, a globalização e o futuro, Revista de EMERJ* 25:22, 2004.

leva um tempo razoável entre o momento em que conquista corações e mentes até tornar-se uma realidade concreta. Nada obstante isso, no âmbito dos direitos individuais, as liberdades públicas, como as de expressão, reunião, associação, e direitos como o devido processo legal e a presunção de inocência, incorporaram-se com naturalidade à paisagem política e jurídica do país. É certo que ainda não para todos<sup>27</sup>. Os direitos sociais têm enfrentado trajetória mais acidentada, sendo a sua efetivação um dos tormentos da doutrina<sup>28</sup> e da jurisprudência<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> “O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana é uma janela privilegiada de onde se avistam imagens de um Brasil real, tristemente real. Atávico, primitivo, violento. O Brasil dos excluídos. O País dos grupos de extermínio, de ponta a ponta, tolerados, incentivados; da violência policial – mas não de uma violência policial autônoma: a polícia serve os desígnios da sociedade –; o País das chacinas variadas, de índios, de crianças, de pobres em geral; o País do sistema penitenciário sórdido. (...) Desprestigiadas, desequipadas, mal-treinadas e mal-remuneradas, as forças policiais protagonizam, rotineiramente, espetáculos desoladores de truculência. São de triste e recente memória as chacinas do Carandiru, de Eldorado dos Carajás e de Vigário Geral, ocorridas na última década do século XX. E quando estes episódios começavam a se embotar na memória, a chacina de dezenas de pessoas nos Municípios de Queimados e de Nova Iguaçu, menos de um ano atrás, vieram nos lembrar, mais uma vez, que muitos brasileiros são vítimas daqueles que deveriam protegê-los. (...) Mas o Estado brasileiro tem faltado à causa dos direitos humanos não apenas por ação, mas também por omissão. Nas grandes cidades brasileiras, parcela da população encontra-se submetida ao arbítrio do tráfico de drogas. O Estado democrático de direito ainda não alcançou as partes do nosso território onde vivem os mais humildes. A exclusão social não se traduz apenas como privação de direitos econômicos e sociais. Implica também a privação dos direitos mais básicos, como a inviolabilidade do domicílio e a liberdade de locomoção. O que se nega aos favelados brasileiros não é só a igualdade. É também a liberdade, na sua dimensão mais nuclear” (BARROSO, 2005).

<sup>28</sup> Cf. Ricardo Lobo Torres, A jusfundamentalidade dos direitos sociais, *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro* 12:1, 2003, e A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, 2003; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 1998; e Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre

dência<sup>29</sup>. Nada obstante, houve avanços no tocante à universalização do acesso à educação, apesar de subsistirem problemas graves em relação à qualidade do ensino. Os direitos coletivos e difusos, por sua vez, como a proteção do consumidor e do meio ambiente, disciplinados por legislação específica, incorporaram-se à prática jurisprudencial e ao debate público<sup>30</sup>.

A Federação, mecanismo de repartição do poder político entre a União, os Estados e os Municípios, foi amplamente reorganizada, superando a fase do regime de 1967-69, de forte concentração de atribuições e receitas no Governo Federal. Embora a União tenha conservado ainda a parcela mais substantiva das competências *legislativas*, ampliaram-se as competências *político-administrativas* de Estados e Municípios, inclusive com a previsão de um domínio relativamente amplo de atuação *comum* dos entes estatais. A partilha das receitas *tributá-*

o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise, *Ajuris* 31:103, 2004; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002; Andreas Krell, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, 2002; Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1990; e Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003;

<sup>29</sup> V. Rogério Gesta Leal, A quem compete o dever de saúde no Direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional, *Revista de Direito do Estado* 8:91, 2007; e 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. Cf. o mesmo texto em: [http://www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=52582](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582) e em: <http://conjur.estadao.com.br/pdf/estudobarroso.pdf>. Sobre o mesmo tema, Cf. Fátima Vieira Henriques, *O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial – Limites e possibilidades*, mimeografado, dissertação de mestrado, UERJ, 2007; e Fábio César dos Santos Oliveira, *Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário*, *Revista dos Tribunais* 865:54, 2007.

<sup>30</sup> Questões envolvendo escolhas difíceis entre bens jurídicos protegidos pela Constituição, como o desenvolvimento nacional, de um lado, e a preservação do meio ambiente, de outro, estiveram presentes na imprensa e nos tribunais, como a transposição do Rio São Francisco e a construção de usinas hidroelétricas na Amazônia.

rias, de outra parte, embora um pouco mais equânime do que no regime anterior, ainda favorece de modo significativo a União, principal beneficiária da elevadíssima carga tributária vigente no Brasil. De parte isto, ao longo dos anos, a União ampliou sua arrecadação mediante contribuições sociais, tributo em relação ao qual Estados e Municípios não têm participação, o que colaborou ainda mais para a hegemonia federal. A verdade inegável é que os Estados brasileiros, apesar da recuperação de sua autonomia política, não conseguiram, em sua grande maioria, encontrar o equilíbrio financeiro desejável. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também seguiu, como regra geral, um lógica centralizadora<sup>31</sup>. O reequacionamento do federalismo no Brasil é um tema à espera de um autor (BARROSO, 2002, p. 141).

A nova Constituição, ademais, reduziu o desequilíbrio entre os Poderes da República, que, no período militar, haviam sofrido o abalo da hipertrofia do Poder Executivo, inclusive com a retirada de garantias e atribuições do Legislativo e do Judiciário. A nova ordem restaura e, em verdade, fortalece a autonomia e a independência do Judiciário, assim como amplia as competências do Legislativo. Nada obstante, a Carta de 1988 manteve a capacidade legislativa do Executivo, não mais com o estigmatizado decreto-lei, mas por meio das medidas provisórias. A Constituição, juntamente com suas emendas, contribuiu, também, para a melhor definição do papel do Estado na economia, estabelecendo como princípio fundamental e setorial a livre iniciativa, ao lado da valorização do trabalho. A atuação direta do Estado, tanto na prestação dos serviços públicos (diretamente ou por delegação), como na exploração de atividades econômicas, recebeu tratamento sistemático adequado.

<sup>31</sup> O STF exige que os Estados-membros observem o modelo federal e o princípio da simetria na maior parte dos temas relevantes, aí incluídos, por exemplo, o processo legislativo e as regras de aposentadoria.

## 2. Algumas circunstâncias

O processo constituinte teve como protagonista uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo. Na euforia – saudável euforia – de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. Nesse sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, essa abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a já referida ausência de um anteprojeto geraram um produto final heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos. Um texto que, mais do que analítico, era casuístico<sup>32</sup>, prolixo e corporativo<sup>33</sup>. Esse defeito o tempo não curou: muitas das emendas, inclusive ao ADCT, espicharam ainda mais a carta constitucional ao longo dos anos<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Para uma visão crítica severa nessa matéria, Cf. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *A revisão constitucional brasileira*, 1993, p. 5-6; e, tb., *Organizações sociais de colaboração (descentralização social e Administração Pública não-estatal)*, *Revista de Direito Administrativo* 210:184.

<sup>33</sup> “A Constituição de 1988 convive com o estigma, já apontado acima, de ser um texto excessivamente detalhista, que em diversos temas perdeu-se no varejo das miudezas – seja no capítulo da Administração Pública, como no título da ordem tributária ou no elenco de mais de 70 artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para citar apenas alguns exemplos. Não escapou, tampouco, do ranço do corporativismo exacerbado, que inseriu no seu texto regras específicas de interesse de magistrados, membros do Ministério Público, advogados públicos e privados, polícias federal, rodoviária, ferroviária, civil, militar, corpo de bombeiros, cartórios de notas e de registros, que bem servem como eloquente ilustração”. (BARROSO, 1999, p. 117-118)

<sup>34</sup> Em prática singularíssima, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi tendo novos artigos e disposições acrescidos por emendas constitucionais, passando de 70 para 89 artigos (o art. 89 foi acrescentado pela EC nº 38, de 2002), sendo que



Outra circunstância que merece ser assinalada é a do contexto histórico em que se desenrolaram os trabalhos constituintes. Após muitos anos de repressão política, o pensamento de esquerda finalmente podia-se manifestar livremente, tendo-se formado inúmeros partidos políticos de inspiração comunista, socialista, trabalhista e social-democrata. Mais organizados e aguerridos, os parlamentares dessas agremiações predominaram amplamente nos trabalhos das comissões, até a reação, de última hora, já narrada, das forças de centro e de direita. Ainda assim, o texto aprovado reservava para o Estado o papel de protagonista em áreas diversas, com restrições à iniciativa privada e, sobretudo, ao capital estrangeiro, aí incluídos os investimentos de risco. Pois bem: um ano após a promulgação da Constituição, caiu o muro de Berlim e começaram a desmoronar os regimes que praticavam o socialismo real. Simultaneamente, a globalização, com a interconexão entre os mercados e a livre circulação de capitais, impôs-se como uma realidade inelutável. Pelo mundo afora, ruíram os pressupostos estatizantes e nacionalistas que inspiraram parte das disposições da Constituição brasileira.

### 3. Alguns reveses

A Constituição brasileira, como assinalado, consubstanciou-se em um texto excessivamente detalhista e que, além disso, cuida de muitas matérias que teriam melhor sede na legislação infraconstitucional. De tais circunstâncias, decorrem conseqüências práticas relevantes. A primeira delas é que a constitucionalização excessiva

---

muitos deles tiveram sua redação alterada igualmente por emenda (a EC nº 56, de 2007, prorrogava prazo previsto no art. 76 do ADCT). Sobre o ponto, Oscar Dias Corrêa (2003, p. 19) afirma: "E foi o que se viu: o ADCT, ao invés de servir, como usual, de roteiro à passagem do regime velho para o novo, *normas de transição*, na verdade se transformou em espaço que passou a recolher todas as normas não transitórias que não encontrassem lugar no texto vigente, e servissem às conveniências da hora".

dificulta o exercício do poder político pelas maiorias, restringindo o espaço de atuação da legislação ordinária. Em razão disso, diferentes governos, para implementar seus programas, precisaram reunir apoio de maiorias qualificadas de três quintos, necessárias para emendar a Constituição, não sendo suficientes as maiorias simples próprias à aprovação da legislação ordinária. O resultado prático é que, no Brasil, a política ordinária – *i.e.*, a implementação da vontade das maiorias formadas a cada época – faz-se por meio de emendas constitucionais, com todo o incremento de dificuldades que isso representa.

Chega-se, assim, sem surpresa, à segunda conseqüência da constitucionalização excessiva e minuciosa: o número espantoso de emendas, que antes do vigésimo aniversário da Carta já somavam 56. Houve modificações constitucionais para todos os gostos e propósitos: limitação da remuneração de parlamentares, restrições à criação de Municípios, realização de reformas econômicas, administrativas, previdenciárias, do Judiciário, prorrogação de tributos provisórios, desvinculação de receitas, atenuação da imunidade parlamentar formal, contenção das medidas provisórias, redução do mandato presidencial, admissão da reeleição e daí por diante. Há risco de se perder o fôlego, a conta e a paciência. Tudo isso sem qualquer perspectiva de inversão de tendência. Naturalmente, essa disfunção compromete a vocação de permanência da Constituição e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as contingências da política.

### VI. O desempenho das instituições

Cabe, antes de concluir, fazer uma breve anotação sobre aspectos relevantes associados ao funcionamento dos três Poderes ao longo dos vinte anos de vigência da Constituição. São examinadas, ainda que brevemente, algumas das mudanças constitucionais que repercutiram sobre

a atuação de cada um deles, bem como o desempenho concreto de seus papéis constitucionais pelo Executivo, Legislativo e Judiciário.

No tocante ao *Poder Executivo*, o plebiscito previsto no art. 2º do ADCT, realizado em 21 de abril de 1993, manteve, por significativa maioria, o sistema presidencialista. Entre as emendas constitucionais aprovadas, merecem registro a que reduziu o mandato presidencial de cinco para quatro anos<sup>35</sup>, a que passou a admitir a reeleição<sup>36</sup> e a que criou o Ministério da Defesa, marco simbólico relevante da submissão do poder militar ao poder civil<sup>37</sup>. As medidas provisórias, concebidas como um mecanismo excepcional de exercício de competência normativa primária pelo Executivo, tornaram-se instrumento rotineiro de o Presidente *legislar*. A disfunção só veio a ser coibida, ainda que não integralmente, com a edição da Emenda Constitucional nº 32, de 12.09.2001<sup>38</sup>. Apesar da redemocratização, não se superou integralmente o presidencialismo hegemônico da tradição brasileira, que se manifesta em domínios diversos, inclusive e notadamente, no poder de contingenciar verbas orçamentárias.

Quanto ao *Poder Legislativo*, cabe assinalar a recuperação de suas prerrogativas após a Constituição de 1988, embora permaneça visível o decréscimo de sua importância na produção de leis. De fato, além das medidas provisórias já referidas, a maior parte dos projetos relevantes resultaram de iniciativa do Executivo. Nesse cenário, a ênfase da atuação do Congresso

<sup>35</sup> Emenda Constitucional de Revisão nº 5, de 9.06.1994.

<sup>36</sup> Emenda Constitucional nº 16, de 5.06.1997, que passou a permitir a reeleição, para um único período subsequente, do Presidente, governadores e prefeitos.

<sup>37</sup> Emenda Constitucional nº 23, de 3.09.1999.

<sup>38</sup> A EC nº 32, de 2001, prevê a vigência da medida provisória pelo prazo máximo de 60 dias, prorrogáveis uma única vez, por igual período, com trancamento da pauta até que haja deliberação sobre ela por parte de cada casa do Congresso Nacional.

Nacional deslocou-se para a fiscalização dos atos de governo e de administração. O principal instrumento dessa linha têm sido as comissões parlamentares de inquérito (CPIs). Por outro lado, um problema estrutural da representação política no Brasil é a desproporcionalidade da composição da Câmara dos Deputados. De fato o número máximo de setenta deputados e o mínimo de sete, determinados pelo art. 45, § 1º, da Constituição, provoca a sobre-representação de alguns Estados e a sub-representação de outros<sup>39</sup>. Por fim, a Emenda Constitucional nº 35, de 21.12.2001, introduziu modificação substantiva no regime jurídico da imunidade parlamentar, deixando de exigir prévia licença da casa legislativa para a instauração de processo criminal contra parlamentar.

O *Poder Judiciário*, por sua vez, vive um momento de expressiva ascensão política e institucional. Diversas são as causas desse fenômeno, entre as quais se incluem a recuperação das garantias da magistratura, o aumento da demanda por justiça por parte de uma sociedade mais consciente, a criação de novos direitos e de novas ações pela Constituição, em meio a outros fatores. Nesse cenário, ocorreu entre nós uma expressiva judicialização das relações sociais e de questões políticas. O Supremo Tribunal Federal (STF) ou outros órgãos judiciais têm dado a última palavra em temas envolvendo separação de Poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, regimes jurídicos dos servidores, sistema político e inúmeras outras questões, algumas envolvendo o dia-a-dia das pessoas, como mensalidade de planos de saúde ou tarifa de serviço públicos. Essa expansão do papel do Judiciário, notadamente do STF, fez deflagrar um importante debate na

<sup>39</sup> Sobre a questão, Cf. Vandrê Augusto Búrgio, Sistema eleitoral brasileiro – A técnica de representação proporcional vigente e as propostas de alteração: breves apontamentos, *RIL* 39:177, 2002; e Fabiano Santos, Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil, *Dados* 42, 1999, p. 8.

teoria constitucional acerca da legitimidade democrática dessa atuação.

## VII. Conclusão

### 1. O que ficou por fazer

A comemoração merecida dos vinte anos da Constituição brasileira não precisa do falseamento da verdade. Na conta aberta do atraso político e da dívida social, ainda há incontáveis débitos. Subsiste no país um abismo de desigualdade, com recordes mundiais de concentração de renda e *deficit* dramático em moradia, educação, saúde, saneamento. A lista é enorme. Do ponto de vista do avanço do processo civilizatório, também estamos para trás, com índices inaceitáveis de corrupção, deficiências nos serviços públicos em geral – dos quais dependem, sobretudo, os mais pobres – e patamares de violência que se equiparam aos de países em guerra<sup>40</sup>. Por outro lado, o regime de 1988 não foi capaz de conter a crônica voracidade fiscal do Estado brasileiro, um dos mais onerosos do mundo para o cidadão-contribuinte. Sem mencionar que o sistema tributário constitui um cipoal de tributos que se superpõem, cuja complexidade exige a manutenção de estruturas administrativas igualmente custosas.

Há, todavia, uma outra falha institucional, que, por sua repercussão sobre todo o sistema, compromete a possibilidade de solução adequada de tudo o mais. Nos vinte anos de sua vigência, o ponto baixo

<sup>40</sup> Cf. Ilona Szabó de Carvalho e Pedro Abramovay, O custo da violência. In: *O Globo*, 14 mar. 2008, p. 7, Opinião. À época em que publicaram o artigo, os autores eram, respectivamente, Coordenadora do Programa de Segurança Humana do Viva Rio e Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Ao comentarem a Declaração de Genebra sobre Violência Armada e Desenvolvimento, averbaram: “O país perde cerca de 50.000 brasileiros por ano, vítimas de homicídio. Segundo o IPEA, as perdas econômicas para a nação com a violência são de mais de 90 bilhões de reais por ano. A maior concentração de violência ocorre nas periferias das grandes cidades, locais de enorme desagregação social, sobretudo em consequência da ausência de políticas públicas consistentes para essas regiões”.

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, bem como 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.

É preciso desenvolver um modelo capaz de resgatar e promover valores como legitimidade democrática, governabilidade e virtudes republicanas<sup>41</sup>, produzindo alterações profundas na prática política<sup>42</sup>. Há

<sup>41</sup> A expressão “virtudes republicanas” é aqui utilizada para designar a preservação da integridade pessoal dos agentes públicos e a observância de padrões éticos de gestão da coisa pública, que levem à promoção do interesse público, e não dos interesses particulares dos governantes ou de terceiros identificados. Tais virtudes se expressam nos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da finalidade pública na ação política e administrativa. A expressão também é freqüentemente empregada, no debate político, para denotar o exercício consciente e ativo da cidadania.

<sup>42</sup> Com efeito, é preciso: 1. em relação à legitimidade democrática: a) propiciar maior identificação entre sociedade civil e classe política, com aumento da coerência entre discurso e prática, e maior visibilidade e controlabilidade da atividade parlamentar; b) conferir maior autenticidade programática aos parti-

inúmeras propostas na matéria, apesar da pouca disposição para o debate. Uma delas defende para o Brasil, como sistema de governo, o semipresidencialismo, nos moldes de França e Portugal; como sistema eleitoral, a fórmula do voto distrital misto, que vigora, por exemplo, na Alemanha; e, como sistema partidário, um modelo fundado na fidelidade e na contenção da pulverização dos partidos políticos (BARROSO, 2006).

## 2. O que se deve celebrar

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional, que procura combinar Estado de direito (supremacia da lei, *rule of the law*, *Rechtsstaat*) e soberania popular, a melhor forma de realizar os anseios da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância e – quem sabe? – até felicidade. Para evitar ilusões, é bom ter em conta que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano das idéias vitoriosas para a plenitude do mundo real. O curso do processo civilizatório é bem mais lento do que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante do que a velocidade.

dos políticos, fomentando a fidelidade e mitigando a pulverização partidária; c) reduzir a influência do poder econômico no processo eleitoral, com o barateamento das campanhas, a limitação dos gastos e, eventualmente, o financiamento público; 2. em relação à governabilidade: a) facilitar a formação de maiorias de sustentação política do governo; b) institucionalizar as relações entre Executivo e Legislativo, com predomínio dos partidos e não do poder individual atomizado de cada parlamentar; c) criar mecanismos de superação de crises políticas, que impeça a longa agonia de governos que perderam sua base de apoio no parlamento e na sociedade; 3. em relação às virtudes republicanas: a) eliminar o poder de barganha individual de cada parlamentar, gerador de mecanismos de troca de favores por votos; b) tornar o debate político mais programático e menos clientelista; c) esvaziar a necessidade de loteamento de órgãos públicos e de distribuição de cargos em troca de apoio.

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 idéia, 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.

## Referências

- BARROSO, Luís Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro de Estados e Municípios. In: *Temas de Direito Constitucional*. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistemas de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. v.3, n.287. *Revista de Direito do Estado*, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988: foi bom pra você também? v.346, n.113. *Revista Forense*, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Discurso de despedida como conselheiro de defesa dos direitos humanos*. Mimeografado. 2005.
- BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. *História constitucional do Brasil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- CERQUEIRA, Marcelo. *A Constituição na história: origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- CORRÊA, Oscar Dias. Os quinze anos da Constituição de 1988. v.6, n.15. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*. 2003.

JOBIM, Nelson de Azevedo. A Constituição vista por dentro. Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

# A tutela constitucional da propriedade intelectual na Carta de 1988

Avanço indiscutível

Maristela Basso

A Constituição Federal brasileira de 1988 consagra, nos incisos XXVII, XXVIII e XXIX do art. 5º, a propriedade intelectual entre o rol das garantias fundamentais do homem, no contexto da inviolabilidade da propriedade, como cláusula imodificável. Sua interpretação sistemática e finalística destina-se a todos os indivíduos, brasileiros ou estrangeiros, residentes, ou não, que se encontrem no território nacional, sem distinção de qualquer natureza. Pelo contexto constitucional brasileiro, os direitos intelectuais de conteúdo essencialmente industrial são objetos de tutela própria e não se confundem com a regulação patrimonial de cunho econômico do direito do autor.

Muito embora a definição da natureza jurídica do direito do autor seja trabalhosa, a perdurarem focos de resistências doutrinárias que insistem no já ultrapassado modelo histórico dicotômico, e que divide a propriedade imaterial em direito do autor (e os que lhe são conexos) e direito da propriedade industrial, fragilizando sua definição e classificação, o inciso XXVII do art. 5º pacifica qualquer debate. Nele se consagra o direito do autor entre as garantias fundamentais, no contexto da inviolabilidade da propriedade. É, portanto, a par das infundáveis discussões que se possam travar em doutrina sobre sua natureza jurídica, uma espécie de propriedade com matriz constitucional.

Vale lembrar que a Constituição Federal (inciso XXII do art. 5º) garante o direito de propriedade, de forma geral, como conteúdo mínimo essencial. Por outro lado, distingue claramente a propriedade urbana (art. 182, § 2º), a propriedade rural (art. 5º, XXVI, e arts. 184, 185 e 186), a propriedade de recursos minerais (art. 176), a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 222), cada espécie com seus regimes jurídicos próprios. Ainda, institui regras especiais para outras manifestações da propriedade. Ademais, entre as propriedades referidas como garantias fundamentais, encontram-se: a *propriedade autoral*, a *propriedade de inventos e de marcas e patentes* e a *propriedade bem de família*.

Assim, verifica-se que o conceito constitucional de propriedade é amplo, e compreende o complexo de direitos patrimoniais que podem ser economicamente traduzíveis; não se restringe à propriedade material. Por isso, inclui-se no sentido constitucional de propriedade o contexto patrimonial do direito do autor e os que lhe são conexos. Portanto, entende-se que o direito do autor é uma modalidade especial de direito de propriedade, que representa relação jurídica de natureza pessoal, patrimonial e também obrigacional – *sui generis*.

Ao fazer menção “ao direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução”, e ao fato de ser “transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”, estabelece apenas a proteção ao conteúdo patrimonial do direito autoral. Ou seja, cabe ao autor, exclusivamente, o direito de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica e, ainda, autorizar o uso e transmitir por sucessão os direitos sobre a criação. É esse aspecto patrimonial do direito do autor que a Constituição protege como direito fundamental, e que se extingue quando decorridos os prazos definidos na Lei, quando cai a obra em domínio público, tornando-se livre sua utilização e exploração.

Daí, concordamos com a posição de Guilherme Carboni (2006, p. 145) ao sustentar que “o constituinte falhou ao não fazer referência expressa ao direito de paternidade – o único direito moral do autor por excelência – no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Carta Magna”. E vai além, asseverando que apenas o direito de paternidade do autor que mereceria a classificação como direito fundamental, e não o direito patrimonial do autor que, para ele, “são reflexos de movimentos de política econômica e cultural”. E vai além, ao destacar que, apesar da dimensão constitucional social e solidária que limita o direito de propriedade (notadamente no inciso XXIII do art. 5º, que sujeita a propriedade, em geral, à sua função social), esse fenômeno não ocorreu com a mesma força no âmbito do direito do autor. Não há nesse inciso uma referência expressa à função que o direito do autor deveria desempenhar na sociedade. Mas, por não se realizar o direito do autor afastado da sociedade e levando-se em conta os demais preceitos expressos e implícitos dessa CF, pode-se afirmar, sem medo de errar, que o direito do autor também deve ser exercido nos limites de sua função social.

No inciso XXIX do art. 5º, o objetivo do legislador constituinte é a Propriedade Industrial, ou seja, os direitos do inventor, ou do autor de criações com resultados econômicos e aplicabilidades industriais. Nada mais justo é assegurar ao inventor e autor de criações industriais privilégio exclusivo de exploração econômica e industrial sobre seus inventos e progressos à técnica, no decorrer de determinado lapso de tempo. É uma recompensa para incentivar o espírito inventivo, visando ao bem do progresso industrial, ao desenvolvimento tecnológico-científico e econômico do país, fomentando a pesquisa e os esforços voltados para o aperfeiçoamento tecnológico.

Da mesma forma como ocorre com o direito do autor, a propriedade industrial não pertence apenas à categoria dos direitos

reais e tampouco ao direito da personalidade, em que se alojam os direitos morais, e nem mesmo a dos direitos obrigacionais. É exatamente pelo fato de conter, ao mesmo tempo, esses três feixes de direitos, que a propriedade industrial é um desdobramento da propriedade intelectual, que também constitui modalidade especial de direito privado – *sui generis*.

Discute-se na doutrina se a proteção à propriedade industrial deveria ter sido assegurada pela Constituição entre as garantias individuais, por não ter natureza de direito fundamental do homem. Isso porque, direito aí reconhecido é de garantia relativa, uma vez que decorrerá de legislação ordinária ulterior. É, portanto, uma norma de eficácia limitada, de aplicação mediata, contrastando com o § 1º do art. 5º que determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Muito embora exista na doutrina a discussão sobre sua natureza jurídica, o certo é que a propriedade industrial, nos termos da Carta de 5 de outubro de 1988, e desde a Constituição do Império de 1824, é uma espécie de propriedade com matriz constitucional, sendo um conceito de propriedade paralelo ao clássico, embora seja a nossa opinião que devesse fazer-se incluir no elenco das garantias fundamentais. E, estando a “propriedade geral” do art. 5º, inciso XXII, submetida ao atendimento de sua função social (art. 5º, XXIII), é possível relacionar essa condição também ao exercício da propriedade industrial. E sobre o sentido constitucional de propriedade, José de Oliveira Ascensão (1997, p. 48) ensina que

“quando se fala em propriedade na Constituição abrangem-se todos os direitos patrimoniais privados, e que são esses que se justificam, que se asseguram, que se limitam. Os direitos intelectuais exclusivos são, sem dúvida, direitos patrimoniais privados. A eventual presença de faculdades pessoais não lhes retira essa característica”.

Portanto, os direitos exclusivos de propriedade industrial não podem deixar de estar condicionados à mesma relativização da propriedade “em geral”, outrora absoluto, que a reconduz ao “interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”, a que se destinam servir. Nesse sentido, esses direitos exclusivos serão conferidos na medida em que houver interesse coletivo na sua concessão – que devem prevalecer sobre o interesse individual do proprietário – e são expressamente apresentados como privilégios temporários.

Conclui-se, assim, que a propriedade intelectual pode ser entendida como uma modalidade especial de direito de propriedade com matriz constitucional, que representa uma relação jurídica de natureza pessoal, patrimonial e obrigacional, ao mesmo tempo. Por isso, compõe uma categoria de direito privado autônoma, *sui generis*. Todavia, a proteção constitucional do direito do autor nos leva a entender que sua natureza jurídica pertence à noção clássica de direito real-patrimonial, porque o art. 5º, inciso XVII, da CF não faz referência ao conteúdo moral, personalíssimo, notadamente, ao direito de paternidade da obra. E, ao contrário do que ocorre com o inciso XXIX, sobre propriedade industrial, a proteção do direito do autor não está “expressamente” vinculada à função de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico do país. Entendimento a que se pode chegar recorrendo-se a princípios de interpretação mais amplos, retirados do próprio texto constitucional, que permeiam a exegese do inciso XXVII e condicionam o gozo dos direitos autorais à sua função social.

### Referências

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*. 2.ed. São Paulo: Reonovar, 1997.

CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006.



# A dívida externa brasileira na agenda da Assembléia Nacional Constituinte

## Um depoimento

Luiz Olavo Baptista

Houve, nos trabalhos constituintes e nas deliberações congressuais que lhe seguiram, particular atenção acerca da dívida externa brasileira, com especial ênfase nas renegociações que se faziam desde os primeiros anos 1980. Convocado a prestar depoimento de natureza jurídica sobre o tema, ao lado de outros professores do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, procurei ater-me a questões da matriz do direito comercial e de suas variantes, sem negligenciar aspectos históricos e mesmo políticos derivados dos contenciosos internacionais que se renunciavam.

Na presente contribuição à Edição Especial da Revista de Informação Legislativa alusiva aos vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, cito excertos do depoimento que prestei no Senado da República, sem editar ou atualizar o texto, com a preocupação de mantê-lo fiel ao tempo em que foi produzido:

“A questão da renegociação, ou, como querem alguns, da reestruturação (rescheduling) da dívida externa do Brasil e dos demais países em via de desenvolvimento, é tanto política quanto jurídica. A falta de ênfase nesses aspectos levou a duas conseqüências da maior importância – uma a de considerar que apenas organizando cronogramas de pagamento do principal e juros o problema se resolveria, e outra a da

implantação *de facto*, quiçá mesmo *de jure*, de um regime concordatário.

As cláusulas dos acordos negociados apontam para um processo pelo qual, em etapas, procedeu-se a uma reunião dos créditos e credores, de um lado, e de outro, na progressiva assunção pelo Banco Central e Tesouro Nacional das responsabilidades pelo pagamento. Esse processo levou a uma situação que apresenta características que muito se aproximam da concordata, tal como era vista em suas origens históricas na Itália Medieval. Com efeito, na situação atual temos:

- o estabelecimento da *conditio pars creditorum*, a igualdade entre os credores (temperada embora pela classificação dos créditos);

- a concessão de novos prazos e condições para o pagamento (aspira-se a uma redução da dívida); e

- a imposição de políticas econômicas ao devedor visando a sua recuperação.

Não se pode esquecer, também, mas sobre isso não me alongarei, que, em razão dos acordos de Bretton Woods, os EUA, por sua própria obra e insistência, e em benefício de uma posição hegemônica, assumiram responsabilidade face à comunidade internacional, no que concerne à adoção do dólar como moeda de conta. Agravaram essa responsabilidade ao desvinculá-lo do ouro, durante a presidência Nixon. Ao realizar uma política de combate à sua inflação interna pelo aumento dos juros (por decisão do Federal Reserve Board) ao invés de utilizar outros remédios ao seu alcance, como a redução do *deficit* interno, correram conscientemente o risco de provocar o agravamento das dívidas em dólar. Provocaram, assim, a chamada crise da dívida externa, que atingiu até mesmo países desenvolvidos, como a França no primeiro mandato Mitterand, por exemplo, a criar situação insustentável para os países em desenvolvimento. Verifique-se o aumento substancial da dívida brasileira em consequência desse incremento na taxa de

juros. Tal responsabilidade é reconhecida implicitamente com o plano Brady, que envolve o tema da co-responsabilidade, em análise política que transcende os objetivos da presente exposição.

Ao longo de sua história, tem o Brasil convivido com o endividamento externo. Pelo menos por uma vez, no curso de nossa centenária República, confrontamo-nos com um precedente de crise, em 1929 e nos anos seguintes.

A característica então, como agora, foi a de que a situação atingiu um ponto crítico e a insolvência se instalou em razão de fatores externos. Outrora, foi a crise que teve como marco a queda dos valores na Bolsa de New York, na famosa 'quinta-feira sangrenta'; recentemente, foram a crise do dólar e a inflação norte-americana, associadas à reação dos países da OCDE ao segundo choque do petróleo.

No atual pós-guerra, foi a Polônia que teve o duvidoso privilégio de, em março de 1981, convocar encontro com seus credores em Londres, para confessar a sua inadimplência e incapacidade de pagá-los. Entre esses credores, podia-se contar o Brasil. A reação dos Bancos foi otimista. Para eles a Polônia era um caso muito especial, mas serviu para estabelecer os precedentes do processo que se seguiria para as demais situações. Criou-se um *steering comitee* (comissão representativa dos bancos) apontada pelos credores e capitaneada pelo Dresdner Bank, assessorada por uma subcomissão econômica que deveria verificar as contas, números e projeções financeiras do devedor. Foi esta comissão que se ocupou de obter os dados necessários à formulação das estratégias de negociação e estabelecer uma ponte com os diversos bancos credores. Desde então, encontramos paralelismo com uma figura que desempenha papel conhecido nas concordatas - o síndico. Aí também se estabeleceu a regra de que os credores agiriam como se fossem um só, e que suas concessões seriam limitadas àquelas que cada um deles quisesse ou pudesse fazer.

Foi a partir da crise mexicana, desencadeada com o anúncio em 18 de agosto de 1982 de que o país não dispunha de fundos suficientes para pagar o serviço de sua dívida externa, que a situação internacional começou a deteriorar. Essa deterioração refletiu-se em restrição crescente por parte dos bancos a novos empréstimos. Anunciada a situação de insolvência, o México entabulou negociações com o FMI, o BIS, e os bancos privados, que desde logo concederam-lhe vultosos empréstimos. No dia 20 de agosto, foi decretada moratória de 90 dias e depois essa moratória foi estendida para 120 dias, com a entrega de carta de intenções ao FMI em 10 de novembro de 1982. O esquema esboçado no caso da Polônia aperfeiçoou-se com os bancos privados, os bancos centrais dos países ricos e o FMI procurando minimizar a crise, pois, certamente, previam conseqüências e desdobramentos gravíssimos da mesma.

Por essa época, a dívida mexicana era três vezes maior que a polonesa, alcançando 64,4 bilhões de dólares (a do Brasil, então, era de 55,3 bilhões de dólares) dos quais 50 bilhões eram a curto termo. O fato é que, apesar da preocupação que se estendia em ondas concêntricas no poço da segurança bancária, o Brasil ainda conseguiria levantar fundos. Mas já na reunião do FMI de setembro de 1982, em Toronto, uma autoridade brasileira confessava ao banqueiro David Lomax<sup>1</sup> encontrar dificuldades crescentes para levantar fundos no mercado.

Ao final de 1982, essas dificuldades levaram diversos outros países latino-americanos a atrasar seus pagamentos, inclusive o Brasil, cujo governo convocou encontro com os principais devedores em 20 de dezembro de 1982 para discutir a concessão de recursos emergenciais e a postergação do pagamento de juros vincendos em 1983. Ao final daquele ano, já havia mais de 30 países em estado de insolvência, pedindo o

reescalonamento ou reformulação de suas dívidas externas.

O processo de *rescheduling*, e não de *renegotiation*, o que daria em língua inglesa um entendimento político indesejável para aquele momento, já tinha tomado seus contornos definitivos. A dívida havia sido escalonada em várias categorias, segundo o tipo de devedor e de credor: as dívidas de Governo para Governo (inclusive aquelas contraídas por órgãos governamentais) eram discutidas no Clube de Paris; as dívidas para com organismos internacionais, tipo FMI, BIRD, BIS, eram liquidadas diretamente com estas entidades; finalmente as dívidas para com bancos privados eram divididas em duas categorias: aquelas de origem governamental ou garantidas pelo Estado devedor, e as de empresas privadas. A última categoria representava a maioria, e era a que mais preocupava os credores. Os precedentes de medidas legislativas que pudessem vedar o acesso ao câmbio aos devedores privados ou fazê-los pagar em moeda fraca e desvalorizada poderiam ser lembrados e preocupavam a todos. Assim, uma das metas da negociação para os bancos foi a de assegurar a todos eles, credores de dívidas públicas ou privadas, igualdade de tratamento, eis que o Estado não poderia, sem acarretar responsabilidade internacional, mudar unilateralmente obrigações que havia assumido. Era o estabelecimento da *conditio pars creditorum*, onde a República, comparecendo como garantidora do acordo, comprometia-se a conceder garantia incondicional a cada uma das obrigações.

Com o estabelecimento dessa garantia, os débitos que se fossem vencendo no país, depositados em cruzeiros no Banco Central, por quaisquer devedores, passariam a ser garantidos pela União, como principal devedora e pagadora; naturalmente o acordo visava a evitar que esses valores fossem considerados vencidos e não pagos, pelo que seriam considerados como reempréstados pelos credores ao Banco Central. A medida era duplamente

<sup>1</sup> The Developing Country Debt Crisis. Londres: Macmillan Press LTD, 1986, p. 91

favorável aos credores: primeiro, porque transformava a dívida privada em pública, com a garantia da União, e, segundo, porque, não ocorrendo o *default* mas sim 'novos empréstimos', em louvável ficção diplomática, não precisariam constituir reservas ou acusar prejuízos.

Outra garantia que nasceu para os credores nos novos contratos avançados é a de que o Tesouro não tem imunidade de jurisdição no Brasil, o que se estende à execução de decisão arbitral a respeito de questões relacionadas ao acordo. Assim, pode-se notar, de modo inequívoco, que a construção jurídica almejada pelos bancos era a de, tratando cada país como um caso à parte, colocar todos e cada um dos devedores na condição de concordatário segundo a visão norte-americana da *reorganization* ou da francesa do *dépot de bilan*, em que o devedor apresenta aos credores um plano de recuperação da empresa e esses o aprovam ou não. Há ademais a possibilidade da renegociação com o devedor, que fica sujeita à presença de um terceiro, que poderíamos chamar de fiscal ou curador, a quem compete acompanhar a boa e fiel execução do plano aprovado com vistas à recuperação da empresa.

Ao adotar a abordagem de tratar cada país como um caso isolado e reconduzi-lo ao mercado, os bancos e o FMI adotaram as seguintes diretrizes<sup>2</sup>:

- a) ajustamento da economia do país segundo as diretrizes do FMI;
- b) fornecimento de novos créditos (*new money*) solicitados, juntamente com a reformulação das dívidas vencidas;
- c) crescimento não inflacionário nos países da OCDE;
- d) manutenção do sistema de livre comércio internacional; e
- e) obtenção de taxas de juros relativamente baixas, nominais e reais.

Essas diretrizes eram decorrentes de necessidades administrativas e de uma

postura filosófica. Na falta de organismo que pudesse resolver todos os problemas em nível internacional, passou-se a cuidar dos problemas caso a caso, e a necessidade tornou-se método.

O objetivo dos bancos era duplo - renegociar os débitos vencidos e vincendos e obter novos créditos. Para isso buscavam-se soluções individuais, porém dentro do mesmo quadro de tratamento, constituindo equipes de advogados, economistas, psicólogos, negociadores, sociólogos, politólogos, e outros especialistas incumbidos de tratar da melindrosa questão. Criaram, ademais, mecanismos informais de organização coletiva, com delegação de poderes pela eleição dos *steering committees*. Estes eram geralmente compostos dos principais credores e levavam em conta a distribuição geográfica dos mesmos. Dentro de cada país, os bancos criaram, também, mecanismos informais de consulta e grupos de trabalho para tratar da problemática geral da dívida e, no plano individual, de cada uma, a individuar os países devedores. Aqui mesmo no Brasil, os advogados dos bancos estrangeiros reuniam-se para discutir aspectos de direito brasileiro e realizar pesquisas conjuntas.

Esse processo, do ponto de vista dos bancos, foi satisfatório, pois conseguiu-se reescalonar, durante o ano de 1983, 15,8 bilhões de dólares; 12,2 bilhões, em 1984; e 7 bilhões, em 1985, dos quais o Brasil obteve 4,628 bilhões em 1983 e 6,5 bilhões de dólares em 1984, sob a denominação de *new money*.

De forma particular, em relação aos demais países devedores, o Brasil, sem notificar seus credores da impossibilidade de cumprir seus compromissos, adotou uma aproximação diferente, a manter acesso aos mercados financeiros durante a renegociação. Para isso propôs que a renegociação fosse feita em quatro projetos; dois deles tratavam do reescalonamento da dívida, a médio termo, e do fornecimento de *new money*; os dois restantes relacionavam-se ao

<sup>2</sup> Lomax, op. cit. p. 97

mercado interbancário e de financiamento de exportações, visando a obrigar os bancos a manterem uma exposição mínima. Tal postura, que conduziu a resultados que hoje podemos considerar menos satisfatórios, foi a que consolidou a fórmula de concordata 'de fato', como juridicamente a concebemos.

Resta aduzir que a realidade derivada do aumento dos juros e de sua capitalização por meio de artifício contábil-jurídico aumentou a dívida de forma imponderável, impossível de pagar, como se bem realizou nos países desenvolvidos, em primeiro momento, e, depois, com altos custos políticos, nos países devedores.

Assim, já nos primórdios da crise, De Benedettis, presidente da empresa italiana Olivetti, apresentava plano pelo qual os países desenvolvidos adquiririam dos bancos toda a dívida externa dos países em desenvolvimento, para em seguida anulá-la, a permitir aos devedores novamente aumentar as suas importações. Com isso buscava-se relançar a economia internacional, então estagnada. Calculava ele que o valor poderia ser pago com um imposto extraordinário e que o aumento das exportações provocaria geração de empregos e receita tributária. Sua proposta não prosperou, pois o custo político de estabelecer novos impostos era elevado e aos bancos não conviria perder a fonte de receita que os juros, ainda que capitalizados, poderiam gerar.

O reconhecimento da situação concordatária é imprescindível como ponto de partida para qualquer renegociação. Esta deve levar em conta os aspectos jurídicos e políticos do problema e reposicionar o aspecto de fluxo de caixa ao seu devido lugar. Assim, será preciso ter em vista que os Bancos pretendem alcançar alguns objetivos: preservação do sistema financeiro internacional e de sua credibilidade – o que implica a necessidade de uma solução negociada juridicamente aceitável; a recuperação da maior parcela possível dos

seus créditos – o que significa que o Brasil, caso venha a conseguir, conseguirá apenas pequena redução de sua dívida; salvar a sua imagem perante os acionistas – o que envolve o aspecto político da situação, tanto quanto o jurídico.

Os países credores procurarão buscar soluções que não lhes acarretem custos políticos ou que possam justificar perante os respectivos cidadãos, e que a longo prazo protejam os seus interesses; nesse aspecto coincidem seus objetivos com a maioria dos objetivos dos bancos.

Qualquer solução proposta que não tome em conta esses aspectos não será aceitável negocialmente. Isso não significa, entretanto, a impossibilidade de negociar – é do reconhecimento da dificuldade da posição do nosso país que poderá surgir a resposta ou a solução para a crise, que, se no momento está latente, tende a se agravar em futuro próximo, com a elevação das taxas de juros dos EUA.

Muitos outros aspectos poderiam ser abordados, e um exame mais detalhado dos contratos deveria ser feito, o que o tempo impede nesta oportunidade. Lembraria, apenas a título de curiosidade, uma questão que ainda não foi suficientemente debatida nem pesquisada – a da responsabilidade internacional dos EUA em razão da situação a que as diversas economias foram levadas pela decisão do seu Governo de aumentar os juros e que decorre da necessidade de suprir seu *deficit* interno, tentar conter a inflação, e manter o dólar em nível aceitável.

No tocante aos limites de endividamento, a matéria é regulada pela Constituição e regulamentada legislativamente. Historicamente, desde a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que, no seu art. 55, dava ao Presidente da República o poder de legislar por decretos-leis em matéria de finanças públicas, uma pluralidade de diplomas, executivos ou do legislativo, regulamentou os empréstimos externos e a concessão de garantias pela União. Lembre-se o Decreto-lei 1245, de 6-11-72, e Decreto-lei 1312, de

15-2-74, que consolidou a legislação anterior, fixando limites de endividamento e concessão de garantias, depois modificados pelos de n. 1336 de 18-7-74, 1460 de 22-4-76, 1558 de 19-7-77, 1707 de 30-10-79, 1756 de 31-12-79, 2048 de 26-7-83, e 2277 de 2-4-85.

O mesmo Decreto-lei 1312-74 autorizava 'as cláusulas e condições usuais com organismos financeiros internacionais', bem como, em seu art. 8, permitia ao 'Poder Executivo contratar créditos obtidos no exterior, junto a entidades públicas ou privadas, destinados ao financiamento compensatório de desequilíbrio de balanço de pagamentos ou a promover a formação de adequadas reservas internacionais em moeda estrangeira'.

Também aceitaram os negociadores brasileiros, na cláusula arbitral, que fosse obrigatório ser o superárbitro inscrito na New York Bar, onde todos os especialistas em direito bancário internacional são, foram ou serão advogados dos credores, e portanto têm visível conflito de interesses. Aceitaram também cláusulas que

favorecem unilateralmente os bancos (tipo *paripassu*, *cross default* etc.), que, se tivessem sido bilateralizadas com a inclusão de um dispositivo da 'nação mais favorecida', teriam feito com que o Brasil tivesse as situações vantajosas concedidas a outros credores posteriormente.

Sem dúvida, deve-se levar em conta a dificuldade de avaliação, à época dos limites da negociação. Hoje, em visão retrospectiva, isso é mais fácil de se avaliar. Entretanto, o fato de que assumiram para si a decisão, que poderia ter sido partilhada com o Legislativo, e que não procuraram ouvir a sociedade nem cercar-se de especialistas, apoiando-se tão-só em assessores que deles dependiam e que não tinham suficiente liberdade para contrariá-los, faz com que os erros, se assim forem consideradas as negociações que fizeram, sejam-lhes atribuídos.

Agradeço a Vossas Excelências a oportunidade desta exposição e disponho-me a debater e responder às questões que houverem por bem formular".

# A Constituição Federal de 1988 e o Direito Processual Civil

Luiz Fernando Bellinetti

A despeito de todas as críticas que têm sido formuladas em face do extenso e minucioso texto de nossa vigente Constituição Federal, é inegável que produziu profundas alterações conceituais em nosso ordenamento jurídico.

No âmbito do direito processual civil, realçou, em sede constitucional, a garantia do devido processo legal e do conseqüente direito a uma tutela jurisdicional adequada, estabelecendo diversos princípios, garantias e institutos de direito constitucional processual.

A ênfase dada pela Constituição ao devido processo legal, à adequada tutela jurisdicional e à efetividade do processo, somada ao anseio da sociedade para que tais idéias se concretizassem em benefício da população, produziu uma ampla reforma da legislação infraconstitucional objetivando implementar os referidos princípios, garantias e institutos.

De um lado, no âmbito do processo civil individual, essa ampla reforma do Código de Processo Civil iniciou-se em 1994 - denominada pela doutrina primeira fase da reforma, com a edição das leis 8898, 8950, 8951, 8952, 8953, todas de 1994, completada com a lei 9079 de 1995, trazendo diversos dispositivos tratando de temas atinentes à liquidação de sentença, recursos, tutelas antecipada e específica, processo de execução, ação monitória, etc.

Posteriormente, em 2001 iniciou-se a chamada segunda fase da reforma, com edição das leis 10352 e 10358, que modificaram mais uma vez a disciplina recursal e também fizeram alterações esparsas no processo de tutela cognitiva, especialmente a atinente à denominada tutela mandamental. Completando essa fase da reforma, foi editada a Lei 10444, em 2002, tratando do processo de tutela executiva.

Por fim, em 2005 teve início a terceira fase da reforma do processo civil, com a edição da lei 11187, seguida das leis 11232, 11276, 11277, 11280, 11341, 11382, 11417, 11418 e 11419 em 2006 e 11441 em 2007, tratando de temas atinentes a recursos, tópicos do processo de tutela cognitiva, processo de tutela executiva, instituição da súmula vinculante, informatização do processo e procedimento de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais por via administrativa<sup>1</sup>.

Toda essa profusão de leis alterou profundamente a estrutura do processo civil, inserindo novos institutos e ampliando outros, sempre com o escopo de tornar o processo mais efetivo e menos moroso, tema que inclusive foi objeto de uma reforma no texto da própria Constituição Federal, efetivada pela Emenda 45.

Vê-se, portanto, que a Constituição de 1988 foi um dos elementos propulsores de toda essa alteração da arquitetura do processo civil brasileiro.

No entanto, todas essas modificações que rapidamente referi acima produziram efeito fundamentalmente em relação ao processo civil individual, tendente à solução dos conflitos envolvendo interesses individuais.

E essa observação é importante para introduzir o tema principal deste modesto trabalho, atinente à grande importância da Constituição Federal de 1988 relativamente à tutela dos interesses transindividuais.

Embora às vezes não se dê a devida ênfase à importância dos dispositivos da

<sup>1</sup> Deve ser lembrado que algumas propostas pontuais de alteração do CPC ainda poderão ser editadas, complementando as reformas apontadas.

Constituição no que diz respeito à tutela desses interesses, produziu ela uma substancial alteração em nosso ordenamento jurídico ao introduzir expressamente em seu Título II, atinente aos direitos e garantias fundamentais, em seu capítulo I, a disciplina constitucional DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS.

Deve ser notado que, no regime constitucional anterior, o capítulo IV do Título II tratava apenas dos Direitos e Garantias Individuais (art. 153 e seguintes).

A Constituição de 1988, portanto, inseriu no âmbito dos direitos e garantias fundamentais a tutela dos interesses transindividuais, criando institutos de direito processual constitucional, como, por exemplo, o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX), e elevando à categoria constitucional a ação civil pública, destinada à proteção dos interesses transindividuais (art.129, inciso III).

E é exatamente nesse âmbito que entendendo deva ser produzida a nova fase da reforma do processo civil, agora no atinente à tutela dos interesses transindividuais.

Embora as reformas até aqui produzidas tenham sido extremamente importantes, alterando profundamente a estrutura do processo civil individual, tornando-o, espera-se, mais efetivo e menos moroso, particularmente entendo que o passo mais importante em direção a uma tutela jurisdicional mais efetiva se dará com a edição de uma legislação mais aperfeiçoada para a tutela dos interesses transindividuais.

Isso porque a tutela desses interesses é que possibilitará dar atendimento aos anseios de justiça da parcela mais humilde de nossa população, que tem grande dificuldade de obter a tutela de seus interesses pela via tradicional.

Com o alargamento e aperfeiçoamento do processo civil coletivo, será possível dar melhor atendimento a essa grande parcela da população, por meio de ações coletivas visando a tutela de seus interesses.



Diversamente do que ocorre na tutela individual, destinada, em regra, a atender conflitos envolvendo poucas pessoas, pela tutela coletiva é possível, com uma única ação, atender os interesses de um grande número de pessoas que se encontrem em situação similar, como ocorre, por exemplo, em situações envolvendo consumidores, contribuintes, beneficiários da previdência, etc.

O nosso sistema processual coletivo, derivado fundamentalmente da Lei da Ação Civil Pública (7347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (8078/90), conquanto já possibilite uma razoável tutela dos interesses transindividuais, ainda é bastante fragmentado e lacunoso para possibilitar uma efetiva e real tutela desses interesses, dando margem a uma série de dúvidas e questionamentos que têm reduzido o alcance da sua proteção.

Basta lembrar a questão atinente à limitação territorial dos efeitos da decisão proferida em ações coletivas, derivada da absurda redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública.

É necessário, pois, que a reforma do processo civil tenha seguimento com uma melhor disciplina da tutela dos interesses transindividuais<sup>2</sup>.

Atualmente, em meio a grande divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a maioria dos temas que envolvem a tutela coletiva, existem três propostas fundamentais tratando do assunto, denominados anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo<sup>3</sup>.

Uma, produzida pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, coordenada pela Prof<sup>a</sup> Ada Pellegrini Grinover<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Sobre a definição dos interesses transindividuais (Cf. BELLINETTI, 2005, p. 666-671).

<sup>3</sup> Aparentemente, todas as propostas tiveram por base o anteprojeto de Código modelo de procesos colectivos para Iberoamerica, elaborada pelo Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, da qual participaram todos os coordenadores das três propostas referidas (GIDI; MAC-GREGOR, 2004b).

<sup>4</sup> A proposta pode ser obtida na página do IBDP na Internet (INSTITUTO BRASILEIRO DO DIREITO

Outra, vinculada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, coordenada pelo Prof. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2005).

Finalmente, uma terceira, elaborada pelo Prof. Antonio Gidi (2004a; 2007), fruto de sua tese de doutoramento na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e de estudos que vem desenvolvendo nos Estados Unidos da América, onde atualmente é professor na Universidade de Houston.

Vê-se, portanto, que estão em andamento propostas tendentes a complementar a reforma do processo civil brasileiro, com a edição de uma legislação infraconstitucional sobre processo civil coletivo.

Dois problemas, no entanto, parece-me, devem ser superados para que as propostas se concretizem em uma legislação adequada para a tutela dos interesses transindividuais.

O primeiro deles reside no fato de que todas as propostas partem de uma base epistemológica insuficiente para bem equacionar o problema.

Conforme já asseverei em trabalho anteriormente publicado (BELINETTI, 2000), entendo que a concepção tradicional de relação jurídica, adequada para equacionar conflitos individuais, é insuficiente para tratar de conflitos atinentes a interesses transindividuais, devendo ser utilizada uma concepção normativista.

Sem essa nova base epistemológica, a construção de um sistema teórico coerente para o processo civil coletivo ficará bastante prejudicada. Infelizmente, no entanto, esse aspecto ainda não foi assimilado pela maior parte da doutrina, trazendo, em todas as propostas formuladas, um vício capital em seu corte epistemológico.

De outro lado, há também o problema de que um processo civil coletivo ágil e eficaz não é conveniente para os detentores do poder econômico, pois permite que questões de grande repercussão, envolvendo

PROCESSUAL, [200-?]).

somas vultosas, sejam solucionadas no bojo de uma única ação, circunstância que tem gerado grande resistência ao adequado desenvolvimento das propostas existentes.

É essencial, pois, que esses dois problemas sejam superados para que a reforma do processo civil brasileiro possa ser finalizada com uma nova e adequada disciplina para o processo civil coletivo.

Como epílogo para essas reflexões, cabe lembrar que a Constituição Federal de 1988, que foi o ponto inicial para essas grandes alterações estruturais no sistema processual civil brasileiro, tem, nos seus princípios fundamentais, presentes em seus artigos 1º e 3º, a base ideológica que deve servir de inspiração para todas as reformas que venham a ser realizadas.

### Referências

BELINETTI, Luiz Fernando. Ações coletivas: um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro: a relação jurídica e as condições da ação nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 98, 2000.

\_\_\_\_\_. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARI-NONI, Luiz Guilherme (Org). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: um modelo para países de derecho civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004a.

\_\_\_\_\_; MAC-GREGOR; Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia um código modelo para Iberoamerica*. 2. ed. México: Porrúa, 2004b.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. Brasília, [200-?]. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 2007.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro (Coord.). *Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. Rio de Janeiro: UERJ; UNESA, 2005. Disponível em: <<http://www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc>>. Acesso em: [2007?].

# A primeira emenda à Constituição por iniciativa popular

Paulo Bonavides

O povo tem na formação das leis, segundo a Constituição de 1988, a iniciativa de legislador ordinário, mas não tem a de legislador constituinte.

Essa derradeira iniciativa é a mais importante, a mais fundamental, a mais sólida por garantir o exercício de sua capacidade legitimadora da ordem normativa, debaixo da qual se organizam e repousam as instituições do ordenamento jurídico nacional.

Sem embargo de haver o parágrafo único do art. 1º da Carta Magna proclamado em termos taxativos a presença normativa do povo na elaboração da vontade governante em virtude de ser ele no regime estabelecido – e não a intermediação representativa a que indissolivelmente se ligou – o verdadeiro titular do poder soberano da nação, essa presença, de extrema relevância, ficou todavia amesquinhada e diminuída em dois lugares contraditórios da Constituição.

Nestes houve redução de força participativa, de capacidade revisora, de energia criadora do povo, como supremo órgão autenticador da legitimidade dos poderes.

Em verdade, o reconhecimento da supremacia popular advém das cláusulas do pacto social e dos princípios que a Constituição mesma, pela mão do legislador constituinte, estampou nas primeiras linhas do texto constitucional. Sobre tais princípios se levanta o edifício de todas as democracias dignas desse nome.

O primeiro espaço de normatividade, na letra da Lei Magna, em que ao povo se traçaram porém limites de ação a uma competência extraída diretamente de sua qualidade de ente soberano foi o do art. 14. Tal espaço restritivo não se prende à falta ou ausência do veto popular, mas se define e caracteriza por limitações outras impostas às três grandes técnicas plebiscitárias, como logo assinalaremos, bloqueadas, em significativa parte, pela reserva legal daquele artigo, ou seja, pela maneira como ela se concretizou nos termos minúsculos da Lei Almino Afonso.

No artigo 14 se nomeiam os instrumentos plebiscitários da democracia direta; não todos, senão os três mais importantes: o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular.

Mas a Lei Almino Afonso, ato legislativo retardatário, ao preencher a reserva legal do sobredito artigo, chegou com uma década de atraso, reproduzindo e espelhando fielmente a má vontade das casas congressuais em repartir com o povo a participação legislativa, cuja força e densidade devem radicar na firmeza, alcance e extensão de um princípio e não na fragilidade de uma regra.

O juiz, na jurisprudência constitucional do País, desde o voto do Ministro César Asfor, deu um passo de amplitude bem mais larga na recente questão da fidelidade partidária, quando fez da norma superior – o princípio, avançar e prevalecer sobre a norma inferior – a regra.

Com efeito, a Corte eleitoral efetivou e consagrou ali com aquela decisão histórica a energia soberana dos princípios.

O segundo lugar da contradição principiológica, de que já se fez menção respeitante ao parágrafo único do artigo 1º, ocorre com o inciso XVI da Constituição Federal, que atribui ao Congresso Nacional, com exclusividade, competência para autorizar referendo e convocar plebiscito.

De todos os óbices constitucionais à concretização da democracia participativa, este o mais dificultoso de remover, não havendo porém inconstitucionalidade alguma se lhe fizermos a remoção.

Será essa a segunda fase da grande caminhada democrática começada com a campanha de introdução de emenda à Constituição por iniciativa popular, que ora recebe o apoio de distintas Assembléias Estaduais, onde o poder constituinte das unidades autônomas da Federação já escreveu em suas respectivas Cartas o dispositivo instituidor da iniciativa popular em matéria constitucional.

Senão, vejamos.

Dados ministrados a este publicista pelo insigne e doutíssimo Professor Fábio Comparato, da Universidade de São Paulo, dão conta que o movimento da democracia participativa já emergira, com significativa e profícua antecipação concretizadora, da obra constituinte dos autores das Cartas estaduais, subseqüentes à promulgação da Lei Maior de 1988.

Examine-se o quadro da página ao lado.

Afigura-se-nos, portanto, que o primeiro ato legislativo, de natureza constitucional, mediante iniciativa popular, após realizar-se, por obra das assembléias estaduais, a introdução bem-sucedida da sobredita iniciativa, há de ser, de necessidade, uma proposta de emenda à Constituição que retire do art. 49, XV, a exclusividade de competência deferida ao Congresso Nacional para autorização de referendo e convocação de plebiscito.

Os refutadores da democracia participativa, em geral, apresentam-se movidos menos da fé e lealdade a princípios do que do empenho em promover, executar e fazer, durante o exercício da função representativa, a defesa de interesses não raro oportunistas, egoístas e privatistas.

Temem, por conseguinte, que a perda, supressão, ou quebra do freio do art. 49, XV, no que toca à competência exclusiva do Congresso Nacional sobre a matéria ali estatuída, escancare a porta da expansão participativa do povo em assunto de legislação constitucional.

Se não for promulgada essa primeira emenda à Constituição por iniciativa popu-

lar, abolindo aquela exclusividade de competência do Congresso, jamais chegaremos neste País à preponderância da democracia

participativa sobre a democracia representativa de feição clássica.

BAHIA	PARÁ	PERNAMBUCO	SANTA CATARINA	SÃO PAULO
<p>Art. 74. Esta Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) IV – dos cidadãos, subscrita por, no mínimo, meio por cento do eleitorado do Estado.</p>	<p>Art. 8º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Assembléia Legislativa de projeto por, no mínimo, meio por cento do eleitorado do Estado. Parágrafo único. Tratando-se de projeto de emenda à Constituição, os subscritores devem estar distribuídos, pelo menos, por dez Municípios, sendo necessário, em qualquer hipótese, o mínimo de três décimos por cento dos eleitores de cada Município. Art. 103 – A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) V – popular, na forma do art. 8º.</p>	<p>Art. 17. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) III – de iniciativa popular, subscrita por, no mínimo, um por cento do eleitorado estadual, distribuído, pelo menos, em um quinto de Municípios existentes no Estado, com não menos de três décimos dos eleitores em cada um deles.</p>	<p>Art. 49. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) – de pelo menos dois e meio por cento do eleitorado estadual, distribuído por no mínimo quarenta Municípios, com não menos de um por cento dos eleitores de cada um deles.</p>	<p>Art. 22. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) IV – de cidadãos, mediante iniciativa popular assinada, no mínimo, por um por cento dos eleitores.</p>

# O Ministério Público na Constituição de 1988

Pedro Braga

## Sumário

1. A evolução de um conceito. 2. O MP na Constituição de 1988.

### *1. A evolução de um conceito*

No século XIII, em Portugal, sob o reinado de D. Diniz, O Lavrador, diploma legal, datado de 14 de janeiro de 1289, cria a figura do Procurador do Rei, em caráter permanente.

Na França, a *Ordonnance*, de 25 de março de 1302 (ou 1303), editada pelo Rei Filipe, O Belo, institui o *Procureur du Roi* (ou *Les gens du Roi*). O rei falava por intermédio de seu Procurador, daí a denominação dada a este de *La bouche du Roi*.

Ao Procurador do Rei, em Portugal e França, incumbia chamar à casa do Rei todos quantos tinham com ele alguma questão a resolver (Cf. CANTANHEDE, 2003, p. 24, 27).

Em Roma antiga, havia o “*defensor civitatis* (advogado do povo), constituído para proteger a população contra abusos dos funcionários.” (Cf. KASER, 1999, p. 469). O *defensor civitatis* assemelha-se, hoje, a nosso ver, muito mais ao ouvidor ou ao corregedor do que ao *Parquet*.

Houve tempos em Atenas, na Época Arcaica, que qualquer cidadão podia exigir justiça em favor das partes lesadas. Como na Subcomissão do Poder Judiciário e do

Ministério Público, da Constituinte de 1987/1988, cogitou-se atribuir a qualquer pessoa a prerrogativa de oferecer denúncia na defesa de terceiro ofendido, seria útil relembrar a legislação do estadista e legislador ateniense Sólon, no século VI a. C. No fragmento selecionado por Eberhard Ruschenbusch e transcrito por Delfim Ferreira Leão (estando em itálico a citação do excerto da lei e em redondo o comentário), Plutarco escreve a propósito dessa lei de Sólon:

“No entanto, convencido de que era mais urgente socorrer a fraqueza da turba, ele *concedeu a todo o cidadão o direito de mover um processo em favor do lesado*. Assim, se alguém fosse vítima de maus tratos, violência ou dano, era permitido, a quem pudesse e desejasse, acusar e perseguir o culpado. [...] Com esta lei está de acordo um dito seu de que se conserva a memória; na verdade, questionado, ao que parece, sobre qual seria a melhor cidade para se viver, ele respondeu: ‘Aquela onde mesmo os que não foram vítimas de injustiça perseguem e punem os culpados com não menor zelo do que os que sofreram a afronta.’” (LEÃO, 2001, p. 362).

Assinale-se que, no Brasil Império, a denúncia podia ser oferecida pelo Promotor Público e por qualquer cidadão.

Consoante Sergio de Andréa Ferreira (1985),

“No Brasil, as origens do MP encontram-se nas *Ordenações Manuelinas*. O Alvará de 7 de março de 1609, que criou o Tribunal de Relação da Bahia, com o nome de Relação do Brasil, é tido por muitos como ‘a primeira lei relativa ao Ministério Público neste País’. Aludia ao *Procurador dos feitos da Coroa, Fazenda e Fisco*, depois, também, *Promotor da Justiça*. Tais funções, com a criação da Relação do Rio de Janeiro – a partir de 1808, Casa de Suplicação do Brasil –, passaram a ser exercidas também junto a esta,

bem assim perante as Relações do Maranhão e de Pernambuco, com a sua posterior instituição.”

E continua Ferreira (1985, p. 14-15): “[...] segundo alguns, o primeiro diploma legal que, no Brasil, realmente tratou o Ministério Público como instituição foi o Decreto Federal nº 1.030, de 14 de novembro de 1890”. Ressalva, entretanto, o autor mencionado, em nota de rodapé, que “aponta-se o Decreto nº 5.618, de 02-05-1874 (art. 18), como o diploma que empregou, pela primeira vez entre nós, a expressão *Ministério Público*.”

No Brasil Império, a advocacia do Governo Imperial, a defesa da ordem jurídica e dos interesses do Estado, que não tinha, todavia, assento constitucional, era atribuição do Procurador da Coroa, Fazenda e Soberania Nacional, Promotor da Justiça da Corte, integrante do Conselho de Estado. Na Constituição republicana de 1891, é instituída a figura do Procurador-Geral da República, prevista no Capítulo V, Seção III – Do Poder Judiciário. A Constituição republicana não se refere à instituição Ministério Público, mas tão-somente à pessoa institucional do Procurador-Geral da República, escolhido entre os membros do Supremo Tribunal Federal; suas atribuições foram definidas em lei, tal como estatuiu o § 2º do art. 57 da referida Carta.

Na Constituição de 1934, em que o Ministério Público ganha dignidade constitucional, a instituição ministerial não foi inserida no Capítulo IV – Do Poder Judiciário, mas no Capítulo VI, que trata “Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”, inserido na Seção I, seguido do Tribunal de Contas (Seção II) e dos Conselhos Técnicos (Seção III). São os artigos 95 a 98 que dispõem sobre o *Parquet*, mas que não explicitam sua competência, o que não é de boa técnica legislativa. Apenas uma atribuição do Procurador-Geral da República é mencionada: no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato governamental pela Corte Suprema, cabia ao Procurador-Geral da República

comunicar a decisão ao Senado Federal, a fim de que este suspendesse a execução de tal norma, bem como a outra autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato. O texto constitucional de 1934 não englobou o § 1º do art. 63 do Anteprojeto da Constituição de 1934, “elaborado pela comissão nomeada pelo Chefe do Executivo do Governo Provisório”, que atribuía ao Ministério Público a condição de órgão da lei e da defesa social, nem o parágrafo 2º, que conferia ao Procurador-Geral a atribuição de defender pessoalmente a União perante o Supremo Tribunal.

A Constituição de 1937, que, em muitos casos, deixou de ser aplicada, refere-se ao Ministério Público no art. 99, sob o título “Do Supremo Tribunal Federal”, afirmando que a instituição ministerial terá como chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará juntamente ao Supremo Tribunal Federal, sendo de livre nomeação do Presidente da República.

A Carta de 1946 traz no Capítulo IV - Do Poder Judiciário - o Título III, todo ele concernente ao Ministério Público. Determina que “a lei organizará o Ministério Público da União junto a Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e a do Trabalho”. Tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, e demissível *ad nutum*. E que a “União será representada em juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local” (Parágrafo único do art. 126).

A Constituição de 1967 alberga o Ministério Público no Capítulo VII, referente ao Poder Executivo. O *Parquet* sai, então, da esfera do Poder Judiciário, como era nas duas constituições imediatamente anteriores, sendo vinculado ao Executivo, aproximando-se mais da sistemática da Carta de 1934, que o considera órgão de cooperação nas atividades governamentais. Está na Seção VII e compreende três artigos. Repete basicamente o disposto na Consti-

tuição de 1946, e remete, no parágrafo único do art. 96, para lei complementar as normas gerais, de iniciativa do Presidente da República, para a organização do Ministério Público estadual.

A Emenda Constitucional de 1969 retoma tudo da Constituição de 1967 sobre a matéria, suprimindo, no entanto, o parágrafo único do art. 96, acerca das normas gerais de organização ministerial nos estados.

Todas as constituições republicanas até então atribuíaam ao Ministério Público a defesa em juízo dos interesses da União.

## 2. O MP na Constituição de 1988

A Constituinte, de que resulta o texto de 1988, opera uma mudança qualitativa na natureza e, por conseguinte, nas atribuições do Ministério Público.

No processo de redemocratização pelo qual passava o país, o Presidente da República, José Sarney, enviou ao Congresso Nacional, em 28 de junho de 1985, mensagem propondo a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, de cuja mensagem resultou a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de setembro de 1985. Havia alguns anteprojetos de constituição, a exemplo, entre outros, o do Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, criada pelo Decreto nº 91.450/1985; o de Fábio Konder Comparato; o de Henry Macksoud. (Cf. OLIVEIRA, 1993, p. 11-12).

O relator da Comissão de Sistematização, Deputado Bernardo Cabral, em palestra no *Seminário 15 Anos da Constituição de 1988*, organizado pelo Instituto Legislativo Brasileiro (ILB), por determinação do então Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, discorreu sobre a organização da Constituinte, a metodologia de trabalho adotada, o seu *modus faciendi*.

A Assembléia Nacional Constituinte foi instalada em 1º de fevereiro de 1987. Em 24 de março, foi aprovado seu Regimento Interno. As 24 Subcomissões funcionaram



de 7 de abril a 25 de maio, e as Comissões Temáticas, de 26 de maio a 15 de junho daquele ano. A Comissão de Sistematização e o Plenário da Constituinte realizaram seus trabalhos no período de 17 de julho a 18 de novembro de 1987 quando se discutiram as matérias e apresentaram-se emendas.

“Em 7 de abril de 1987 – relata o Deputado Bernardo Cabral –, foram constituídas as Comissões e Subcomissões encarregadas de estudar os assuntos de interesse nacional e das matérias que constariam da futura Constituição. Foram criadas Comissões Temáticas: da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; da Organização do Estado, dos Poderes e Sistema de Governo; da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; da Ordem Econômica; da Ordem Social; da Família; da Educação, Cultura e Esporte; da Ciência e Tecnologia; e da Comunicação. Cada uma dessas Comissões foi subdividida em três Subcomissões, em um total de 24.” (CABRAL, 2004).

A primeira fase começou em 12 e 13 de abril de 1987 quando as Subcomissões iniciaram suas reuniões, recebendo “sugestões do povo, de entidades de classe, associações comunitárias, sindicatos, além das sugestões dos próprios parlamentares, seus membros ou não. Cerca de 10 mil sugestões foram apresentadas, sendo 6 mil de parlamentares e mais de 3 mil de não parlamentares”.

Na segunda fase de trabalhos das Subcomissões, cada uma elaborou um Anteprojeto, submetido à discussão entre os seus membros. Ainda na segunda fase, após 15 de maio, foi redigido “o texto final de cada Subcomissão e encaminhado para a respectiva Comissão Temática”. De 22 a 25 de maio, os Anteprojetos remetidos às Comissões Temáticas receberam cerca de 5 mil emendas, feitas por parlamentares e organizações da sociedade civil. As Comissões Temáticas, por seu turno, enviaram os textos para a Comissão de Sistematização.

Esta última apresentou a primeira versão do texto do Projeto, em 26 de junho, já consistente, coerente, escoimado das contradições e preenchidas as lacunas.

O trabalho do relator da Comissão de Sistematização compreendeu duas fases: “a primeira foi a de organizar as propostas e as Comissões Temáticas, eliminando, na medida do possível, as contradições lógicas”. O texto da Comissão de Sistematização possuía mais de 2 mil artigos! A segunda fase consistiu na apresentação de um substitutivo pelo relator.

A votação do Projeto em primeiro turno ocorreu em 27 de janeiro de 1988. O segundo turno, durante o período de 1º de julho de 1988 a 2 de setembro daquele ano. Finalmente, a votação da Redação Final, no interregno de 13 a 22 de setembro de 1988. Em 5 de outubro, foi promulgada solenemente a nova Constituição.

O relator da Comissão de Sistematização, no referido Seminário, arrolando alguns reflexos e conseqüências do texto constitucional, afirma no item 15: “o combate sem trégua à corrupção, por meio do fortalecimento do Ministério Público, ou as pessoas pensam que o Ministério Público estaria chamando a atenção, instaurando inquéritos, procurando por iniciativa própria? Não. A Constituição lhe deu essa força. É do texto constitucional, que ninguém quer reconhecer”.

A tradição, desde a Constituição de 1824, era de os anteprojetos serem feitos ou por um jurista de nomeada ou por uma comissão de juristas. Os constituintes de 1987 optaram por outro caminho: o recolhimento dos anseios, das idéias, das necessidades e das convicções emanadas da sociedade. Ademais, “tratava-se de reordenar democraticamente o país após a ruptura da ordem constitucional”. Com efeito, o método adotado pelo Congresso Constituinte “privilegiou a espontaneidade das contribuições ao invés de adotar o texto inicial”. Há que se referir a emendas populares, “algumas com mais de um milhão de

assinaturas". Criou-se uma estrutura compreendida por Subcomissões e Comissões Temáticas, que recolhessem e refletissem a visão da realidade nacional. As Comissões trabalhavam sobre temas específicos, setoriais: havia discussões das matérias entre os constituintes, assembléias públicas, e os trabalhos resultantes vinham consubstanciados em pareceres, submetidos à votação no âmbito da Subcomissão.

O processo escolhido pelos constituintes membros da *Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público*, existente no âmbito da *Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo*, consistiu em: 1) Recolher opiniões e análises de especialistas e de não especialistas; 2) Elaboração do Anteprojeto (Relatório); 3) Discussão e emendas ao Anteprojeto; 4) Parecer do relator às emendas, apresentando para cada instituição (Poder Judiciário e Ministério Público) uma subemenda que deu origem a outro Anteprojeto levado a plenário da Subcomissão.

O Relatório está dividido em três partes: diagnóstico da situação da Justiça; objetivos e pressupostos do Anteprojeto de Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público; texto do Anteprojeto.

Entre os pressupostos básicos para a consecução do Anteprojeto, no que concerne ao Ministério Público, estão sua autonomia e independência, o monopólio e a obrigatoriedade da ação penal pública e seu exercício por órgão independente.

Em seu Parecer às emendas apresentadas ao Anteprojeto de organização dessas duas instituições, em 23 de maio de 1987, o relator, Deputado Plínio de Arruda Sampaio, escreve (Diário da Assembléia Constituinte, 1987):

"O trabalho da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público iniciou-se com audiências públicas em que se fizeram ouvir não só representantes de diversos setores do sistema de distribuição de justiça como juristas de notório saber, líderes de diversos segmentos sociais

e dirigentes de colégios profissionais e sindicatos.

Das sessenta horas de depoimentos e das centenas de documentos, memórias e propostas enviadas à Comissão, tanto por juristas da maior nomeada quanto por associações de juizes, promotores, advogados, delegados, escrivães, juizes de paz e de cidadãos de todos os Estados, surgiu um diagnóstico bastante nítido da situação atual da prestação jurisdicional em nosso País.

Esse diagnóstico foi resumido no Relatório que acompanhou o Anteprojeto de Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público".

E mais adiante, acrescenta:

"Acolhendo sugestões das associações de magistrados e de promotores públicos, o Relatório incluiu dispositivos que asseguram, como em nenhum outro período da nossa história, a autonomia e a independência dessas duas instituições básicas da prestação jurisdicional - autonomia política, financeira, administrativa".

Na Primeira Reunião Extraordinária da Subcomissão, realizada em 13 de abril de 1987, foi ouvido em audiência pública para discutir projeto oferecido como sugestão pela Confederação Nacional do Ministério Público, o Presidente da Associação Paulista do Ministério Público e Secretário-Geral daquela Confederação, Dr. Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo. Em substância, disse ele naquele plenário:

"As sugestões que traz a Confederação Nacional do Ministério Público são o resultado de uma longa caminhada, encontros, seminários, pesquisas, congressos nacionais e até mesmo de um questionário distribuído, pesquisa entre todos os promotores do Brasil". "A vida, a liberdade, o meio ambiente são valores que, inegavelmente, contêm um conteúdo social que configura o interesse de toda a

sociedade, um interesse público, que é muito diferente, em sua natureza e conteúdo, daqueles outros interesses chamados meramente individuais. [...] E o Ministério Público se coloca justamente como uma das instituições que o ordenamento jurídico cria para a defesa e a preservação destes valores fundamentais". "Portanto, o Ministério Público, ao agir, representa a sociedade e não o Estado, enquanto pessoa jurídica de Direito Público". "O Ministério Público atua, basicamente, de três formas diferentes: fora do processo, na investigação e dentro do processo. Fora do processo, o Ministério Público desenvolve uma atividade preventiva e conciliatória. [...] Os promotores de justiça vêm cumprindo, silenciosamente, há muitos anos, o papel do ouvidor do povo, do *Ombudsman*". "Na atividade investigatória, porém, que é a segunda forma de atuação do Ministério Público, encontramos um descompasso terrível, porque na sua função tradicional, que é a de promotor criminal, encontra-se com pouquíssimos meios legais para proceder a uma investigação". "A atuação dentro do processo é a mais conhecida do Ministério Público. Ele faz isso ora propondo ações, ora intervindo em processos iniciados por outras pessoas, como no crime, como no cível, em inúmeras situações". "Apesar dessa variadíssima gama de atribuições, que dão à instituição a importância de elevá-la a nível de previsão constitucional, contraditoriamente, as Constituições brasileiras têm sido muito pobres ao discriminar as funções institucionais do Ministério Público, contrariando até mesmo uma regra elementar, de que a lei que cria o órgão deve estabelecer as suas funções básicas". "Isto é o que pretendemos em nossa sugestão, que ela [a Constituição] consagre

funções institucionais básicas, muitas das quais já exercemos, como a defesa da Constituição e da ordem jurídica, através das ações de representação por inconstitucionalidade. É necessário, também, que a constituição preveja a exclusividade do Ministério Público para promover a ação penal pública; a intervenção nos processos judiciais, em que haja interesse público; que consagre, de vez, a iniciativa do Ministério Público para promover o inquérito civil; que traga, no seu bojo, a previsão da ação civil pública, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e indisponíveis". "... que o Ministério Público seja uma das instituições responsáveis pela defesa do regime democrático". "Não basta conferir ao Ministério Público atribuições. É preciso que se lhe dê um sistema de garantias". "... autonomia administrativa e financeira para a instituição e para os membros do Ministério Público vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e paridade de vencimentos com a magistratura". "... a possibilidade de qualquer pessoa do povo provocar a atuação do Ministério Público, o ingresso na carreira através de concurso público, a colocação em disponibilidade de membro do Ministério Público e a aquisição da vitaliciedade após dois anos de exercício". "A defesa da sociedade tem sido o nosso norte, bem como a defesa da Constituição e da ordem jurídica" (Diário da Assembleia Constituinte, 1987).

No Parecer do relator, a subemenda do Ministério Público leva o nº 9, sendo o Capítulo II, e contempla as emendas aprovadas integralmente, cujos números são os seguintes: 512, 556, 555, 554, 446, 346, 156, 131, 270, 275, 252, 257, 557, 243, 269 e 121; e as aprovadas parcialmente, de números: 010, 081, 210, 165, 320, 264, 545, 506, 347, 011, 012, 026, 027, 044, 065, 447, 161, 280,

279, 545, 019, 033, 043, 058, 205, 106, 310, 264, 545, 008, 015, 022, 045, 208, 162, 242, 307, 545, 117, 016, 028, 209, 496, 163, 314, 349, 128, 182, 009 e 403.

O Anteprojeto, aprovado em 25 de maio de 1987, é basicamente o mesmo da subemenda elaborada no Parecer do relator, contendo apenas um acréscimo no inciso I do art. 43 (que no Parecer leva o nº 42). Eis o texto aprovado, estando o acréscimo em destaque:

“DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 43. O Ministério Público compreende:

I - Ministério Público Federal, que exercerá suas funções junto aos Tribunais Superiores, às Justiças Federal, Eleitoral, do Trabalho, Militar e Agrária, ao Tribunal de Contas da União e à Justiça do Distrito Federal e Territórios.

II - Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, que atuarão junto às respectivas Justiças e Tribunais de Contas, ou órgãos equivalentes.

§ 1º O Ministério Público Federal e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios serão organizados por leis complementares federais distintas e o Ministério Público dos Estados por leis complementares locais, de iniciativa de seus respectivos Promotores-Gerais.

§ 2º A superior administração de cada Ministério Público será exercida pelo Promotor-Geral, pelo Colégio Superior, pelo Conselho Superior e pelo Corregedor-Geral.

§ 3º O Promotor-Geral será eleito dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

Art. 44. Os membros do Ministério Público, aos quais se assegura independência funcional, terão as mesmas vedações e gozarão das mesmas garantias, vencimentos e vantagens

conferidas aos Magistrados, bem como paridade de regimes de provimento inicial na carreira, com a participação do Poder Judiciário e da Ordem dos Advogados do Brasil, promoção, remoção, disponibilidade e aposentadoria com a dos órgãos judiciários correspondentes.

Art. 45. As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, competindo-lhe, na defesa da ordem democrática, do interesse público, da Constituição e das leis:

I - privativamente:

- a) promover a ação penal pública;
- b) promover inquérito para instruir ação civil pública.

II - sem exclusividade:

- a) conhecer de representações por violação de direitos humanos e sociais, por abusos do poder econômico e administrativo, apreciá-las e dar-lhes curso, como defensor do povo, junto ao poder competente;
- b) promover ação civil pública e tomar medidas administrativas executórias, em defesa dos interesses difusos, coletivos e indisponíveis, bem como de outros interesses públicos;
- c) referendar acordos extrajudiciais;
- d) representar por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face desta Constituição e para fins de intervenção do Estado no Município;
- e) requisitar atos investigatórios criminais, podendo efetuar correição na Polícia Judiciária, sem prejuízo da permanente correção judicial;
- f) defender, judicial e extrajudicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, incluída a preservação e restauração de direitos, reparação de danos e promoção de responsabilidade dos ofensores.

III – o exercício de outras funções que lhe forem atribuídas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público.

§ 1º Qualquer cidadão poderá interpor recurso ao Colégio Superior do ato do Promotor-Geral que arquivar ou mantiver o arquivamento de qualquer procedimento criminal ou de peças de informação.

§ 2º A instauração de qualquer procedimento investigatório criminal será comunicada ao Ministério Público, na forma da lei.

Art. 46. Ao Ministério Público fica assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, com dotação orçamentária própria e global, competindo-lhe dispor sobre sua organização e funcionamento, criar, extinguir e prover seus cargos, funções e serviços auxiliares, obrigatoriamente por concurso público de provas e títulos.

§ 1º O Ministério Público proporá ao Poder Legislativo a fixação de vencimentos e vantagens de seus membros e dos serviços auxiliares, bem como o seu orçamento, aplicando-se o disposto no art. 11 e seus parágrafos, do Capítulo do Poder Executivo.”

No Capítulo IV – Das Disposições Transitórias do Anteprojeto, há ainda três artigos que dispõem sobre o Ministério Público:

“Art. 53. Os membros do Ministério Público Federal que estiverem em exercício quando da promulgação desta Constituição poderão optar por integrar a carreira jurídica de representação judicial da União, no prazo de sessenta dias a contar daquela data.

Art. 54. Os membros de carreira dos Ministérios Públicos do Tribunal de Contas da União, do Trabalho e Militar integrar-se-ão no quadro de

carreira do Ministério Público Federal, aplicando-se-lhes o disposto no artigo anterior.

Art. 55. Os atuais integrantes do Quadro Suplementar dos Ministérios Públicos do Trabalho e Militar, que tenham adquirido estabilidade nessas funções, serão aproveitados em cargo do quadro da carreira do Ministério Público Federal.”

Os constituintes de 1988 operaram uma mudança essencial na competência do Ministério Público, como já dissemos. De advocacia da União, passa a ser *advocacia do povo*; a ter legitimidade para promover *ação civil pública e tomar medidas executórias, em defesa dos interesses difusos, coletivos e indisponíveis, bem como de outros interesses públicos*; não lhe incumbe a *representação judicial e consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público*, que passa a ser atribuição de uma nova instituição, a Advocacia-Geral da União; tem assegurada *autonomia funcional, administrativa e financeira*. Os constituintes de 1988 retiram, destarte, o Ministério Público da esfera tanto do Judiciário quanto do Executivo.

O texto promulgado em 5 de outubro de 1988, mais aprimorado e de melhor técnica legislativa, levou a seguinte redação, acolhendo basicamente todo o conteúdo da subemenda do relator:

“Título IV

Da Organização dos Poderes

Capítulo IV

Das Funções Essenciais à Justiça

Seção I

Do Ministério Público

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada a autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 128. O Ministério Público abrange:

I – o Ministério Público da União, que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;
- b) o Ministério Público do Trabalho;
- c) o Ministério Público Militar;
- d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II – os Ministérios Públicos dos Estados.

§ 1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

§ 2º A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

§ 4º Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I – as seguintes garantias:

- a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;
- b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;
- c) irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;

II – as seguintes vedações:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b) exercer a advocacia;
- c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promo-

vendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

§ 2º As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação.

§ 3º O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada participação da

Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação.

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93, II e VI.

Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta Seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.”

No Quadro I (ao fim deste artigo), comparamos o resultado do início dos trabalhos dos constituintes (o Anteprojeto aprovado na Subcomissão) e o texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Para chegar ao texto promulgado, o Anteprojeto inicial passou pelo seguinte processo: discussão e votação na Comissão Temática; transforma-se no Primeiro Substitutivo na Comissão de Sistematização e, em seguida, no Segundo Substitutivo na mesma Comissão. Torna-se, ainda no âmbito dessa Comissão, Projeto Final (Projeto A). Levado a plenário da Assembléia Nacional Constituinte, em primeiro turno de votação, recebe emendas, dando origem ao Projeto B, que vai a segundo turno. Aprovado, vai à Comissão de Redação (Projeto C), transformando-se, finalmente, na Constituição Federal (Projeto D).

Conforme informações contidas na obra de Dilsson Emílio Brusco e Ernani Valter Ribeiro, em 24 de novembro de 1987, fez-se a “entrega solene do Projeto de Constituição ao Presidente da ANC (Projeto ‘A’). Contém ele 1.800 dispositivos, entre artigos, parágrafos, incisos e alíneas. Dos 335 artigos, 271 são disposições permanentes e 64, disposições transitórias”. Em 27 de janeiro de 1988, dá-se o “início da votação em plenário, 1º turno, do Projeto da Comissão de Sistematização e das respectivas emendas”. Em 20 de abril, “é instalada a Comissão de Redação, composta de 19 membros, destinada a depurar o texto já votado para deixá-lo jurídica e literariamente o mais perfeito possível. Foram designados dois

assessores especiais para colaborar com a Comissão: o Professor Celso Ferreira Cunha, filólogo e gramático, para cuidar do texto; o Professor José Afonso da Silva, tributarista de renome, para auxiliar nas questões tributárias". Em 25 de julho, "início da votação, em 2º turno, do Projeto B". Em 1º de novembro, "encerra-se a votação do Projeto e respectivas emendas". No dia 14 do mesmo mês, "é aberto prazo para a apresentação de propostas de redação, na Comissão de Redação. O texto é o Projeto 'C', constituído de 313 artigos, dos quais, 244 são disposições permanentes e 69, transitórias. São apresentadas 833 propostas". Ainda em novembro, no dia 22, "é votada e aprovada em Plenário a Redação Final do Projeto 'D'. Este texto contém 315 artigos, dos quais 245 são disposições permanentes e 70, transitórias". (BRUSCO, 1993, p. XXIX-XXX). Finalmente, em 5 de outubro daquele ano, é promulgada a Constituição que o saudoso Deputado Ulysses Guimarães chamaria de a Constituição Cidadã.

O Quadro II espelha as mudanças pelas quais passaram o Anteprojeto aprovado na Subcomissão até sua transformação no Projeto Final, na Comissão de Sistematização.

O texto aprovado em primeiro turno foi "renumerado e depurado" pelo seu relator, Deputado Bernardo Cabral, a fim de ser votado em segundo turno. A parte que se refere ao Ministério Público, levado à votação em segundo turno, segue de perto o aprovado em primeiro turno, com pouquíssimas emendas, sendo estas mais de redação, e melhor estruturação, para ficar na boa e devida forma.

Votado em segundo turno e uma vez promulgado, só viria a receber nova emenda quase dez anos depois. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, introduz diminutos aperfeiçoamentos. Apenas o § 2º do art.127 e a alínea c do inciso I do § 5º do art. 128, como demonstra o Quadro III.

Não é da época da Assembléia Nacional Constituinte, no entanto, a proposta de

conferir-se nova natureza e atribuições ao Ministério Público. Novo conceito vinha amadurecendo há alguns anos. Com efeito, em reunião na sede da Ordem dos Advogados do Brasil, no Rio de Janeiro, em 16 e 17 de junho de 1981, Procuradores e Promotores de Justiça do Estado aprovaram a *Carta de Princípios* que reivindicava, entre outros tópicos, os seguintes:

"I) Reforma constitucional que assegure ao Ministério Público situação de autonomia, que lhe permita, em sua plenitude, o livre exercício de sua missão de promover e fiscalizar o respeito, pelos Poderes Públicos e pelos jurisdicionados, da Constituição e das leis". [...] "V) Absoluta garantia de estabilidade e de irremovibilidade do Membro do Ministério Público em termos de lotação e exercício". [...] "VII) Vedação do exercício, pelo Ministério Público, da representação judicial da Fazenda Pública."

Ademais, grupo de juristas, cientistas políticos, sociólogos e psicólogos, em trabalho publicado no *Jornal do Brasil*, sob o título *Por uma transformação das instituições ligadas à Justiça e à Segurança*, edição de 6 setembro de 1981, escreveu, em certa passagem:

[...] "O Ministério Público é a instituição encarregada de promover e fiscalizar a execução da lei e da defesa da sociedade, por definição legal e pela natureza da instituição". [...] "A função e o papel que se requiere sejam desempenhados pelo Ministério Público, de advogado da sociedade e fiscal da lei, que importam o controle das ações do Estado, mormente o Executivo, exigem, para a instituição, posição de independência e autonomia em relação aos demais aparelhos do Estado."

E, como área de atuação, arrola as seguintes: defesa de direitos públicos, individuais, políticos e sociais; denúncia de abuso de autoridade; defesa do patrimônio público e social, patrimônio histórico e paisagístico e meio ambiente; proteção ao consumidor, dando "sentido de proteção



coletiva às relações jurídicas de interesse individual”, e às relações difusas.

Ainda, nas recomendações do V Encontro dos membros do Ministério Público do Rio de Janeiro, realizado em Nova Friburgo, no início de outubro de 1984, lê-se:

“Os Procuradores e Promotores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, participantes do V Encontro do Ministério Público fluminense, deliberaram recomendar a todos os membros do *Parquet* a ampla atuação cada vez maior no campo do interesse social, com vistas a atenuar efeitos de leis que têm fomentado antagonismos sociais e com vistas a augurar o equilíbrio justo e democrático das relações sociais, velando pelos interesses dos ostensivamente inferiorizados.” (Cf. FERREIRA, 1985, p. 23-27).

Numa perspectiva de Direito Comparado, há de assinalar-se que, analisando o texto constitucional de Portugal, França, Itália e Espanha concernente ao Ministério Público, é o espanhol o que mais se aproxima do nosso. Senão, vejamos: Na Constituição portuguesa, lê-se no art. 219: “Ao Ministério Público compete representar o Estado [...]”. Na carta francesa (art. 61), os membros do Ministério Público são denominados Magistrados do *Parquet*, remetendo-se para lei orgânica suas atribuições; defendem igualmente o Estado. A Constituição italiana refere-se ao Ministério Público no capítulo sobre a Magistratura, e assegura-lhe independência e garantias. Três artigos referem-se ao MP, remetendo um deles para lei orgânica de organização judiciária. São os seguintes os trechos: “Art. 107. [...] O Ministério Público goza de garantias estabelecidas a seu respeito por lei orgânica sobre organização judiciária. Art. 108. [...] A lei garante a independência dos juízes das jurisdições especiais, do Ministério Público atuando junto àquelas [...]. Art. 112. O Ministério Público tem obrigação de exercer a ação penal”. A lei orgânica a que se refere o texto italiano é o Decreto nº

12/1941, com alterações posteriores, que afirma em seu art. 73 – Atribuições Gerais do Ministério Público: “O Ministério Público vela pela observância das leis, pela pronta e regular administração da justiça, pela tutela dos direitos do Estado, da pessoa jurídica e do incapaz, requerendo, em caso de urgência, as providências cautelares que estime necessárias”. A Constituição espanhola, no art. 124, item 1, estatui: “O Ministério Público, sem prejuízo das funções requeridas a outros órgãos, tem por missão promover a ação da justiça na defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e do interesse público, tutelado pela lei, de ofício ou em virtude de petição dos interessados, assim como velar pela independência dos Tribunais e procurar diante destes a satisfação do interesse social”.

Atualmente, existe a controvérsia se o Ministério Público pode ou não proceder investigação criminal. Resumimos os argumentos a favor, os quais esposamos plenamente, de Roberto Livianu, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo e membro do Movimento do Ministério Público Democrático. Afirma ele:

“Em nenhuma parte de nossa Constituição Federal está escrito que o Ministério Público não pode fazer investigações criminais”. “É um contra-senso que possa investigar questões civis, mas seja impedido de colher provas criminais, uma vez que é o próprio destinatário do trabalho policial. Seu modelo é absolutamente compatível com o perfil de quem investiga [...]”. “Não é saudável que a investigação criminal seja monopólio da polícia civil”. “Até mesmo a Previdência Social e a Receita Federal investigam possíveis devedores e sonegadores. O próprio advogado precisa colher provas necessárias para defender uma causa”. “... há três anos, o Brasil subscreveu o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Entre várias cláusulas,

estabelece que o MP se posicione como instituição investigadora na área criminal.” (LIVIANU, 2007).

Assinale-se, a respeito desse último argumento, que tratados ou convenções multilaterais firmados pelo Estado brasileiro ingressam em nosso ordenamento como leis ordinárias, exceto os relativos a direitos humanos que, após a EC 45 de 2004, passam a ter assento constitucional (LIVIANU, 2007). Há, portanto, respaldo legal para que o Ministério Público proceda à investigação criminal.

Este é um pequeno esboço da evolução não só de uma instituição, mas de um conceito, através da história, de nossa História. Tem como pano de fundo a luta pela democracia, a defesa da ordem jurídica e dos interesses da sociedade. Aquele homem, aquela mulher simples da comarca do interior, perdida numa esquina solitária deste imenso país, ao trazerem seus problemas comezinhos, mas para eles importantes em suas vidas e em seus destinos, ao Promotor de Justiça, que não possuía máquina de escrever nem mesa de trabalho próprias, inquilino que era nos fóruns, não suspeitavam que estavam a contribuir para o desenho e engenharia de novas competências da instituição ministerial. O povo fez a sua parte, simplesmente, humildemente, inclusive na Constituinte; agora e sempre caberá ao Estado fazer a sua, sobretudo respeitar suas próprias leis.

## Referências

- BRUSCO, Dilsson Emílio; RIBEIRO, Ernani Valter. *O processo histórico da elaboração do texto constitucional*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1993. 3 v.
- CABRAL, Bernardo (Org.). *Quadro comparativo entre o texto aprovado em 1º turno, o texto reenumerado e revisado, e a redação para o 2.º turno*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.
- CANTANHEDE, Washington Luiz Maciel (Org.). *Ministério Público do estado do Maranhão: fontes para sua história*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2003. 1 v.
- CONSTITUIÇÕES Brasileiras. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Brasília: Senado Federal, a. 1, n. 53, 1 maio 1987.
- FERREIRA, Sergio de Andréa. *Princípios institucionais do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: S. A. Ferreira, 1985.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- LEÃO, Delfim Ferreira. *Sólon: ética e política*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- LIVIANU, Roberto. *Visão Jurídica*, São Paulo, n. 10, 2007.
- OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1993.
- PROJETOS de constituição: quadro comparativo. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.
- SEMINÁRIO 15 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, 2004, Brasília. *Anais...* Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro; Senado Federal, 2004.

Quadro I

Anteprojeto Aprovado na Subcomissão	Texto Promulgado em 1988
<p>Art. 43. O Ministério Público compreende:</p> <p>I – Ministério Público Federal, que exercerá suas funções junto aos Tribunais Superiores, às Justiças Federal, Eleitoral, do Trabalho, Militar e Agrária, ao Tribunal de Contas da União e à Justiça do Distrito Federal e Territórios.</p> <p>II – Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, que atuarão junto às respectivas Justiças e Tribunais de Contas, ou órgãos equivalentes.</p>	<p>Art. 128. O Ministério Público abrange:</p> <p>I – o Ministério Público da União, que compreende:</p> <p>a) o Ministério Público Federal;</p> <p>b) o Ministério Público do Trabalho;</p> <p>c) o Ministério Público Militar;</p> <p>d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;</p> <p>II – os Ministérios Públicos dos Estados.</p>
<p>Art. 44. Os membros do Ministério Público, aos quais se assegura independência funcional, terão as mesmas vedações e gozarão das mesmas garantias, vencimentos e vantagens conferidas aos Magistrados, bem como paridade de regimes de provimento inicial na carreira, com a participação do Poder Judiciário e da Ordem dos Advogados do Brasil, promoção, remoção, disponibilidade e aposentadoria com a dos órgãos judiciários correspondentes.</p>	<p>§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:</p> <p>I – as seguintes garantias:</p> <p>a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;</p> <p>b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;</p> <p>c) irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;</p> <p>II – as seguintes vedações:</p> <p>a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;</p> <p>b) exercer a advocacia;</p> <p>c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;</p> <p>d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;</p> <p>e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.</p>
<p>Art. 45. As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, competindo-lhe, na defesa da ordem democrática, do interesse público, da Constituição e das leis:</p>	<p>Art. 129. § 2º As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação.</p>
<p>II – sem exclusividade:</p> <p>[...]</p> <p>f) defender, judicial e extrajudicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, incluída a preservação e restauração de direitos, reparação de danos e promoção de responsabilidade dos ofensores.</p>	<p>Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:</p> <p>[...]</p> <p>V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;</p> <p>[...]</p>

Anteprojeto Aprovado na Subcomissão	Texto Promulgado em 1988
III – o exercício de outras funções que lhe forem atribuídas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público.	Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.
Art. 46. Ao Ministério Público fica assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, com dotação orçamentária própria e global, competindo-lhe dispor sobre sua organização e funcionamento, criar, extinguir e prover seus cargos, funções e serviços auxiliares, obrigatoriamente por concurso público de provas e títulos.	Art. 127. § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.
§ 1º O Ministério Público proporá ao Poder Legislativo a fixação de vencimentos e vantagens de seus membros e dos serviços auxiliares, bem como o seu orçamento, aplicando-se o disposto no art. 11 e seus parágrafos, do Capítulo do Poder Executivo.	§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

## *Quadro II*

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
Art.156. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.	Art. 149. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.	Art. 178. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica da legalidade democrática, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.	Art. 134. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.	
§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.	§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.	§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.	§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.	

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
§ 2º Ao Ministério Público fica assegurada autonomia funcional e administrativa, competindo-lhe dispor, na forma da lei, observado o parágrafo único do artigo 190, sobre a própria organização e funcionamento, provendo seus cargos, funções e serviços auxiliares por concurso público.	§ 2º Ao Ministério Público fica assegurada a autonomia funcional e administrativa, competindo-lhe dispor, na forma da lei, e obedecido o que dispõe o parágrafo único do artigo 190 sobre a sua organização e funcionamento, provendo seus cargos, funções e serviços auxiliares por concurso público.	§ 2º Ao Ministério Público fica assegurada a autonomia funcional e administrativa, competindo-lhe dispor, na forma da lei, e obedecido o que dispõe o parágrafo 1º do artigo 224 sobre a sua organização e funcionamento, provendo seus cargos, funções e serviços auxiliares por concurso público.	§ 2º Ao Ministério Público fica assegurada a autonomia funcional, administrativa e financeira, com dotação orçamentária própria e global, competindo-lhe dispor sobre sua organização e funcionamento, prover seus cargos, funções e serviços auxiliares, obrigatoriamente por concurso de provas e de títulos .	Art. 46. Ao Ministério Público fica assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, com dotação orçamentária própria e global, competindo-lhe dispor sobre sua organização e funcionamento, criar, extinguir e prover seus cargos, funções e serviços auxiliares, obrigatoriamente por concurso público de provas e títulos.
§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.	§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.	§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.	§ 3º O Ministério Público proporá ao Legislativo a fixação de vencimentos e vantagens de seus membros e servidores, a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, bem como seu orçamento, aplicando-se o disposto nos §§ 1º e 5º do Art. 97.	§ 1º O Ministério Público proporá ao Poder Legislativo a fixação de vencimentos e vantagens de seus membros e dos serviços auxiliares, bem como o seu orçamento, aplicando-se o disposto no art. 11 e seus parágrafos, do Capítulo do Poder Judiciário.
Art.157. O Ministério Público compreende:	Art. 150. O Ministério Público compreende:	Art. 179. O Ministério Público compreende:	Art. 135. O Ministério Público compreende:	Art. 43. O Ministério Público compreende:
I – o Ministério Público Federal;	I – o Ministério Público Federal;	I – o Ministério Público Federal;	I – O Ministério Público Federal, que oficiará perante o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas da União e os Tribunais e Juizes federais comuns;	I – Ministério Público Federal, que exercerá suas funções junto aos Tribunais Superiores, às Justiças Federal, Eleitoral, do Trabalho, Militar e Agrária, ao Tribunal de Contas da União e à Justiça do Distrito Federal e Territórios.
II – o Ministério Público Militar;	II – o Ministério Público Militar;	II – o Ministério Público Militar;	III – o Ministério Público Militar;	
III – o Ministério Público do Trabalho;	III – o Ministério Público do Trabalho;	III – o Ministério Público do Trabalho;	IV – o Ministério Público do Trabalho;	

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
IV – o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios;	IV – o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios;	IV – o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios;	V – o Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios;	II – Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, que atuarão junto às respectivas Justiças e Tribunais de Contas, ou órgãos equivalentes.
V – o Ministério Público dos Estados.	V – o Ministério Público dos Estados.	V – o Ministério Público dos Estados.	V – O Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.	II – Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, que atuarão junto às respectivas Justiças e Tribunais de Contas, ou órgãos equivalentes.
§ 1º O Ministério Público Federal formará lista tríplice para escolha do Procurador-Geral da República, e os demais Ministérios Públicos elegerão seu Procurador-Geral, em qualquer caso, dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida uma recondução .	§ 1º O Ministério Público Federal formará lista tríplice para escolha do Procurador-Geral da República e os demais Ministérios Públicos elegerão seu Procurador-Geral, em qualquer caso, dentre integrantes da carreira, dois anos, permitida uma recondução.	§ 1º Cada Ministério Público elegerá lista tríplice, na forma da lei, para escolha de seu Procurador-Geral, dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.	§ 1º Cada Ministério Público elegerá o seu Procurador-Geral, na forma da lei, dentre integrantes da carreira, para mandato de três (3) anos, permitindo-se uma recondução.	§ 3º O Promotor-Geral será eleito dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.
§ 2º Os Procuradores-Gerais poderão ser destituídos por deliberação de dois terços do Senado Federal ou da Assembléia Legislativa, conforme o caso, por abuso de poder ou grave omissão dos deveres do cargo, mediante representação da maioria dos integrantes daquelas Casas, do Presidente da República ou do órgão colegiado competente do respectivo Ministério Público.	§ 2º Os Procuradores-Gerais poderão ser destituídos por deliberação de dois terços do Senado da República ou das Assembléias Legislativas, conforme o caso, por abuso de poder ou grave omissão dos deveres do cargo, mediante representação da maioria dos integrantes daquelas Casas, do Presidente ou dos Governadores ou do órgão colegiado competente do respectivo Ministério Público.	§ 2º A exoneração de ofício de qualquer Procurador-Geral, antes do término de seu mandato, dependerá de anuência prévia de dois terços do Senado da República; no caso de Procurador-Geral de Estado, a anuência dependerá de dois terços da respectiva Assembléia Legislativa.		

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
§ 3º Leis complementares distintas, de iniciativa dos respectivos Procuradores-Gerais, organizarão cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus integrantes:	§ 4º Leis complementares distintas, de iniciativa de seus respectivos Procuradores-Gerais, organizarão cada Ministério Público, asseguradas:	§ 4º Leis complementares distintas, de iniciativa de seus respectivos Procuradores-Gerais, organizarão cada Ministério Público, asseguradas:	§ 2º Leis Complementares distintas, de iniciativa de seus respectivos Procuradores-Gerais, organizarão cada Ministério Público.	§1º O Ministério Público Federal e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios serão organizados por leis complementares federais distintas e o Ministério Público dos Estados por leis complementares locais, de iniciativa de seus respectivos Procuradores-Gerais .
I – as seguintes garantias:	I – as seguintes garantias:	I – as seguintes garantias:		
a) vitaliciedade após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;	a) vitaliciedade após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial, com eficácia de coisa julgada;	a) vitaliciedade após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial, com eficácia de coisa julgada;		
b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;	b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;	b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;		
c) irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, entretanto, aos impostos gerais inclusive os de renda e os extraordinários;	c) irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, entretanto, aos impostos gerais inclusive os de renda e os extraordinários;	c) irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, entretanto, aos impostos gerais inclusive os de renda e os extraordinários;		
II – as seguintes vedações:	II – as seguintes vedações:	II – as seguintes vedações:		
a) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;	a) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;	a) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;		

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
b) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;	b) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;	b) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;		
c) exercer a advocacia;	c) exercer a advocacia;	c) exercer a advocacia;		
d) participar de sociedade comercial, exceto como quotista ou acionista;	d) participar de sociedade comercial, exceto como quotista ou acionista;	d) participar de sociedade comercial, exceto como quotista ou acionista; e		
e) exercer atividade político-partidária, salvo prévio afastamento, na forma da lei.	e) exercer atividade político-partidária, salvo prévio afastamento, na forma da lei.	e) exercer atividade político-partidária.		
Art. 158. São funções institucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um dos seus órgãos:	Art. 151. São funções institucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um dos seus órgãos:	Art. 180. São funções institucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um dos seus órgãos:	Art. 137. São funções institucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um dos seus órgãos:	Art. 45. As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, competindo-lhe, na defesa da ordem democrática, do interesse público, da Constituição e das leis:
I – promover, privativamente, a ação penal pública;	I – promover, privativamente, a ação penal pública;	I – promover, privativamente, a ação penal pública;	I – promover, privativamente, a ação penal pública;	I – privativamente: a) promover a ação penal pública.
II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços sociais de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e promovendo as medidas necessárias à sua correção e punição dos responsáveis;	II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços sociais de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e promovendo as medidas necessárias à sua correção e punição dos responsáveis;			



PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
III – promover o inquérito civil e a ação civil para a proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos, notadamente os relacionados com o meio ambiente, o ambiente do trabalho, e os direitos do consumidor, dos direitos indisponíveis e das situações jurídicas de interesse geral, ou para coibir abuso da autoridade ou do poder econômico;	III – promover o inquérito civil e a ação civil para a proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos, notadamente os relacionados com o meio-ambiente, inclusive o do trabalho, e os direitos do consumidor, dos direitos indisponíveis e das situações jurídicas de interesse geral ou para coibir abuso da autoridade ou do poder econômico;	II – promover ação civil para a proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos, notadamente os relacionados com o meio ambiente inclusive o do trabalho e os direitos do consumidor, dos direitos indisponíveis e das situações jurídicas de interesse geral ou para coibir abuso da autoridade ou do poder econômico;	II – promover ação civil pública, nos termos da lei, para a proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos, notadamente os relacionados com o meio ambiente e os direitos do consumidor, dos direitos indisponíveis e das situações jurídicas de interesse geral ou para coibir abuso da autoridade ou do poder econômico;	I – privativamente: b) promover inquérito para instruir ação civil pública. II – sem exclusividade: b) promover ação civil pública e tomar medidas administrativas executórias, em defesa dos interesses difusos, coletivos e indisponíveis, bem como de outros interesses públicos;
IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para interpretação de lei ou ato normativo e para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;	IV – representar por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo e para fins de intervenção da União nos Estados e destes nos Municípios;	III – representar por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo e para fins de intervenção da União nos Estados e destes nos Municípios;	III – representar por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal quanto à Constituição do Estado, de lei ou ato normativo municipal em face desta Constituição e para fins de intervenção do Estado no Município;	d) representar por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição do Estado, de lei ou ato normativo municipal em face desta Constituição e para fins de intervenção do Estado no Município;
V – defender, judicial e extra judicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas, quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, e promover a responsabilidade dos ofensores;	V – defender, judicial e extra judicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas, quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, e promover a responsabilidade dos ofensores;	IV – defender, judicial e extra judicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas, quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, e promover a responsabilidade dos ofensores;	IV – defender, judicial e extra judicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas, quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, e promover a responsabilidade dos ofensores;	f) defender, judicial e extra judicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, incluída a preservação e restauração de direitos, reparação de danos e promoção de responsabilidade dos ofensores .

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
VI – expedir intimações nos procedimentos administrativos que instaurar, requisitar informações e documentos para instruí-los;	VI – expedir intimações nos procedimentos administrativos que instaurar, requisitar informações e documentos para instruí-los;	V – expedir intimações nos procedimentos administrativos que instaurar, requisitar informações e documentos para instruí-los e para instruir processo judicial em que ofício;	VIII – expedir notificações e requisitar informações e documentos;	
VII – exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público.	VIII – exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público.	VII – exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público.	X – exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público.	III – o exercício de outras funções que lhe forem atribuídas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público.
§ 1º Ao Ministério Público compete exercer controle externo sobre a atividade policial.	§ 1º Ao Ministério Público compete exercer controle externo sobre a atividade policial.	§ 1º A instauração de procedimento investigatório criminal será comunicada ao Ministério Público, na forma da lei.	§ 2º A instauração de procedimento investigatório criminal será comunicada ao Ministério Público, na forma da lei.	§ 2º A instauração de procedimento investigatório criminal será comunicada ao Ministério Público, na forma da lei.
§ 2º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem esta Constituição e a lei.	§ 2º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem esta Constituição e a lei.	§ 2º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem esta Constituição e a lei.	§ 4º A legitimação do Ministério Público para a ação civil prevista neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuser a lei.	
§ 3º As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação.	§ 3º As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir nas Comarcas de suas respectivas lotações.	§ 3º As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir nas Comarcas de suas respectivas lotações.	§ 5º As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira.	Art. 45. As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, competindo-lhe, na defesa da ordem democrática, do interesse público, da Constituição e das leis:

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
<p>§ 4º Serão sempre fundamentadas as promoções e as cotas dos membros do Ministério Público, inclusive para requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial.</p>	<p>§ 4º Serão sempre fundamentadas as promoções e as cotas dos membros do Ministério Público, inclusive para requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial.</p>	<p>§ 4º As promoções e os despachos dos membros do Ministério Público serão sempre fundamentados.</p>	<p>Art. 138. Os membros do Ministério Público, aos quais se assegura independência funcional, terão as mesmas vedações e gozarão das mesmas garantias, vencimentos e vantagens conferidas aos magistrados, bem como paridade de regimes de provimento inicial de carreira, com a participação do Poder Judiciário e da Ordem dos Advogados do Brasil, promoção, remoção, disponibilidade e aposentadoria com a dos órgãos judiciários correspondentes.</p>	<p>Art. 44. Os membros do Ministério Público, aos quais se assegura independência funcional, terão as mesmas vedações e gozarão das mesmas garantias, vencimentos e vantagens conferidas aos Magistrados, bem como paridade de regimes de provimento inicial na carreira, com a participação do Poder Judiciário e da Ordem dos Advogados do Brasil, promoção, remoção, disponibilidade e aposentadoria com a dos órgãos judiciários correspondentes.</p>
<p>§ 5º O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, exigindo-se do candidato o mínimo de dois anos de efetivo exercício da advocacia ou atividade que a lei especificar, observada na nomeação a ordem de classificação, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil na organização e realização do concurso, em todas as suas fases.</p>	<p>§ 5º O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, exigindo-se do candidato um mínimo de dois anos de efetivo exercício da advocacia ou atividade que a lei especificar, observada na nomeação a ordem de classificação, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil na organização e realização do concurso, em todas as suas fases.</p>	<p>§ 5º O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso de provas e títulos, exigindo-se do candidato um mínimo de dois anos de efetivo exercício da advocacia, observada na nomeação a ordem de classificação, assegurada a participação da magistratura e da Ordem dos Advogados do Brasil na organização e realização do concurso, em todas as suas fases.</p>		

PROJETO FINAL DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	SEGUNDO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO	PROJETO APROVADO NA COMISSÃO TEMÁTICA	PROJETO APROVADO NA SUBCOMISSÃO
§ 6º Aplica-se à função e à aposentadoria do Ministério Público, no que couber, o disposto no artigo 113, II e VI.	§ 6º Aplica-se à função e à aposentadoria do Ministério Público, no que couber, o disposto no artigo 109, II e V e suas alíneas.	§ 6º Aplica-se à função e à aposentadoria do Ministério Público, no que couber, o disposto no artigo 188, II e suas alíneas.	Art. 138. Os membros do Ministério Público, aos quais se assegura independência funcional, terão as mesmas vedações e gozarão das mesmas garantias, vencimentos e vantagens conferidas aos magistrados, bem como paridade de regimes de provimento inicial de carreira, com a participação do Poder Judiciário e da Ordem dos Advogados do Brasil, promoção, remoção, disponibilidade e aposentadoria com a dos órgãos judiciários correspondentes.	Art. 44. Os membros do Ministério Público, aos quais se assegura independência funcional, terão as mesmas vedações e gozarão das mesmas garantias, vencimentos e vantagens conferidas aos Magistrados, bem como paridade de regimes de provimento inicial na carreira, com a participação do Poder Judiciário e da Ordem dos Advogados do Brasil, promoção, remoção, disponibilidade e aposentadoria com a dos órgãos judiciários correspondentes.
Art. 159. Quando for necessário preservar, ou prontamente restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades naturais de grandes proporções, o Presidente da República, por solicitação do Primeiro-Ministro e ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, poderá decretar o estado de defesa, submetendo-o ao Congresso Nacional.	Art. 152. O Presidente da República poderá decretar, por solicitação do Primeiro-Ministro e ouvido o conselho de Defesa Nacional, o Estado de Defesa, submetendo-o ao Congresso Nacional, quando for necessário preservar, ou prontamente restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades naturais de grandes proporções.	Art. 102. O Presidente da República poderá decretar, por solicitação do Primeiro-Ministro e ouvido o Conselho de Defesa Nacional, o Estado de Defesa, submetendo-o ao Congresso Nacional, quando for necessário preservar, ou prontamente restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades naturais de grandes proporções.	Art. 13. O Presidente da República poderá decretar, ouvido o Conselho Constitucional, o Estado de Defesa, quando for necessário preservar, ou prontamente restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades naturais de grandes proporções.	Art. 1º O Presidente da República decretará o Estado de Defesa, quando necessário para preservar ou prontamente restabelecer, em locais determinados e restritos, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou perturbações cuja gravidade não exija a decretação do Estado de Sítio.

Fonte: *Projetos de Constituição (Quadro comparativo)*. Senado Federal.

*Quadro III*

Texto Promulgado em 1988	Alteração EC 19/1998
<p>Art. 127. § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.</p>	<p>Art. 127. § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.</p>
<p>Art. 128. § 5º I – [...] c) irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;</p>	<p>Art. 128. § 5º I – [...] c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;</p>

# A palavra do relator

## Ontem, há vinte anos

Bernardo Cabral

Longo e amadurecido processo de reflexão sobre os mais lídimos anseios da Nação brasileira encontrou há 20 anos no Congresso Nacional, em 5 de outubro de 1988, solene momento de coroamento e de concreção histórica. Àquela altura, após mais de ano e meio de estudos e acalorados debates, veio a lume a Constituição democrática do novo Brasil, há tempo reclamada e esperada.

Vale lembrar que sua promulgação ocorreu após sofrimentos e tensões, pondo fim à longa noite de arbítrio e de precariedade jurídica dos governos autoritários que se haviam abatido sobre o país. A partir daí, passamos a respirar os ares saudáveis e vivificantes das liberdades públicas e das garantias civis restauradas, com a superação da longa era de autoritarismo e da prolongada fase de transição que lhe sucedeu.

Como constituintes, foram titulados quinhentos e vinte e um brasileiros já no exercício de seus mandatos parlamentares, Senadores da República e Deputados Federais, portadores de mandatos congressuais considerados, pelas vicissitudes e pelas circunstâncias do processo histórico, como portadores de poderes de representatividade também constituinte. Os melindres da transição democrática e a urgência de refundação da República não contemplavam outra solução. Com respaldo dessa

legitimação conferida sem limitações, fundada no próprio ato convocatório da Assembléia Nacional Constituinte, decidiu-se *ab ovo* pelo mais difícil e pelo mais autêntico: estruturar aos poucos, tijolo sobre tijolo, piso sobre piso, o grande edifício da Lei Maior. Abriu-se mão da comodidade do pré-moldado e das estruturas pré-fabricadas, em nome da proposta de realizar-se artigo por artigo a construção político-jurídica do novo Brasil. Diversamente do que ocorrera a priori, e de forma contrária ao que era desejado por desautorizadas vozes tonitruantes, deliberou-se a partir do nada, até a redação final do texto definitivo. Preferiu-se à sólida estaca de um anteprojeto de encomenda, formulado por jurista ou comissões deles, o caminho mais árduo da abertura da senda constituinte primacial, a começar do próprio povo, de seus anseios, de suas idéias e convicções, de seus equívocos e de seus acertos.

Uma vez mais estava o Brasil mobilizado para a tarefa de elaborar nova Carta fundamental. Tratava-se de reordenar de forma democrática o país, e de reconciliá-lo com as suas convicções e tradições jurídicas, após rupturas recorrentes da ordem constitucional e dos desmandos derivados do exercício do poder fundado na precariedade da força. Com efeito, a necessidade para a sociedade brasileira de Constituição livremente votada era premente. Sem ela, valores fundamentais em que se deve basear o convívio civilizado, a ordem pública e o Estado democrático de direito permaneciam letra morta, como discursos inseqüentes da *intelighenzia* perdida nas propostas acadêmicas e nos devaneios filosóficos. A sobrepairar todas essas necessidades havia ademais o desafio de elaborar-se Constituição que, ao tempo que espelhasse relações sociais de sua época, sem engessar ou amordaçar as instituições, também estivesse apta a constituir instrumento de progresso social.

Logo nos albores dos trabalhos preparatórios, elegeu-se o método a ser utilizado

pelo Congresso Constituinte. Tratava-se de forma de trabalho que privilegiava a espontaneidade das contribuições em vez de adotar o texto de juristas notáveis a ser tomado como base rígida. Metodologia extremamente fluida e com acentuado potencial dispersivo, é verdade, era portadora, no entanto, dos vícios e das virtudes do “assembleísmo” democrático e republicano. Realizou-se conforme esse espírito de ampla consulta, desde os trabalhos iniciais, levantamento das aspirações nacionais mais intensas, expressas pelos constituintes e ainda pelo próprio povo, por meio das emendas populares. Nesse estágio, o objetivo era o de se elaborar documento que refletisse a consciência da maioria da população, como corolário do princípio basilar da vida em sociedade.

Em ritmo de ordem de batalha, foi montada logo ao início das atividades da Assembléia Nacional Constituinte, em 1º de fevereiro de 1987, estrutura singela, mas eficiente, composta de subcomissões e comissões temáticas, como fóruns de debates e de negociação. Tinha-se com isso um conjunto de núcleos aptos a dar visão abrangente da realidade brasileira. A partir deles, dispunha-se de suporte aos debates específicos que iriam seguir-se, conducentes à redação dos artigos e de seus consectários legais. Como resultado, temos hoje documento de marcante sincretismo e pluralismo, no qual se podem entrever os mais distintos segmentos sociais, com as diversas partes que compõem o todo social a fazer refletir diferentes clivagens ideológicas. Tratou-se, malgrado o vaticínio pesaroso de certos inimigos declarados da Constituinte congressual brasileira, de trabalho extremamente profícuo, que permitiu que soubéssemos aquilo que segmentos importantes da sociedade brasileira tinham a propor, quais os seus anseios e quais os seus temores.

Nesses palcos setoriais transcorreu a primeira etapa do grande esforço: justapondo idéias, amalgamando propostas,

formulando textos, classificando, cotejando e, ao final, buscando criar consenso para redação comum. As subcomissões foram paulatinamente construindo a parte que lhes cabia, da engenharia constituinte, a partir dos alicerces do que mais tarde seria uma grande construção. Seus trabalhos não eram um *diktat* setorial: pelo contrário, decorriam de intensas discussões entre os constituintes, a repercutir temas dissecados em assembléias públicas, com enorme participação popular, para ao final serem consolidados em cuidadosos pareceres. Ao fim e ao cabo, votados em sessões de grande atividade e por vezes eletrizantes, os pareceres davam forma a textos articulados com a melhor técnica legislativa possível. Dessa maneira, sem poder contar com os prodígios das televisões legislativas e institucionais que hoje dão tanta transparência aos trabalhos legislativos, a Constituinte ganhou o Brasil sem campanhas publicitárias ou divulgações de mídia paga. Todos queriam ver-se de alguma forma representados no texto constitucional, dos mais importantes segmentos profissionais às mais debilitadas minorias, a revelar a confiança popular de que as normas que estivessem na Lei Maior iriam impor-se com efetividade e realismo.

Nessa fase de maturação das grandes linhas a serem adotadas, em que o volume de contribuições era notável, foi importante o trabalho de apoio dado pelas assessorias técnicas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, por meio do Prodasen e da sua Gráfica. Dirigidas por executivos da mais alta qualificação, as instituições deram suporte valioso aos trabalhos constituintes, em momento que ainda havia grande carência de recursos informáticos e de engenharia industrial. Porém, a qualidade pessoal e a dedicação de funcionários e diretores que trabalharam na Constituinte supriram todas as possíveis carências materiais e técnicas dos idos anos 1980. Aliás, dedicação e doação profissional foram tônicas do Congresso Nacional naqueles dias,

com constantes tensões pairando no ar: os corredores estavam em dias de grandes deliberações, repletos de populares, cidadãos, muitos sem qualquer credencial, que circulavam de um gabinete a outro, de uma comissão a outra, a abordar constituintes, convocando-os a ouvirem suas idéias e aspirações, em sadia prática de lobismo *à outrance*. Não eram poucos os autores de idéias geniais, sempre dispostos a salvar o Brasil a qualquer preço, oferecendo suas inteligências em troca de um cafezinho ou apenas de alguma atenção. Vivia-se a democracia de fato, um momento em que a atividade política era genuinamente de *res publica*, como sempre deveria sê-lo, a seguir o sentido etimológico da palavra. É oportuno recordar que a participação da cidadania aqui mencionada foi poderoso vetor de atuação política, a aplacar iras e ressentimentos, e a reconverter conflitos potenciais em sinergias construtivas, com abundante exercício de ativa participação da sociedade. Aprendíamos o verdadeiro sentido da pluralidade republicana, e, como tal, a militância popular era valiosa ferramenta a serviço da transição democrática e da consolidação do estado democrático de direito. Etapa ali iniciada, mas sempre por fazer, em prol da consolidação das instituições públicas e do aprimoramento da prática e da cultura política.

Também merece referência, por coerência histórica, registrar o lado pesaroso do processo. Tanto na fase de instalação dos trabalhos, como já em fases avançadas do *iter* constituinte, lamentávamos a existência de poucas e agressivas especulações desairosas de críticos apressados, indisfarçados cultores de catástrofes. Marginalizados dos trabalhos constituintes senão por suas arrogâncias e limitações de comportamento, não se limitavam a criticar sem fundamento, para debochar e prever a falência do país. É provável que, na qualidade de Relator Geral da Assembléia Nacional Constituinte, tenha acabado por me transformar no destinatário dos rancores acumulados de



muitas dessas Cassandras desamadas de seu tempo e *pour cause* olvidadas até por seus contemporâneos. Perderam suas credibilidades e comprometeram suas biografias com bazófias de humor primitivo, a criticar de forma desarrazoada e rancorosa. A elas a história se incumbiu de corrigir, acabando por revelar o quanto estavam erradas e, no que diz respeito ao presente artigo, o quanto foram inimigos gratuitos da Constituição de 1988 e do povo brasileiro.

Entre ataques dos mais solertes, pela linha do escárnio e da pura provocação, questionava-se a natureza do Poder Constituinte, com argumentos precários e sem qualquer respaldo de juristas minimamente respeitáveis. Como clínicos gerais de tragédias políticas anunciadas, e com a soberba que costuma adornar os espíritos primitivos, tais aloprados de outras épocas afirmavam pretender com suas críticas delirantes “prevenir um desastre social”. Imbuído do dever de defender o processo constituinte que se desenvolvia com entusiasmo e rara participação popular, logo em fevereiro de 1988 dei resposta a tais ataques, na forma de publicação que denominei “O Poder Constituinte – Fonte Legítima – Soberania – Liberdade” (Centro de Documentação e Informação, Câmara dos Deputados, Brasília, 1988), jamais contraditada ou minimamente questionada, tendo sido referência em recorrentes trabalhos acadêmicos que se tem publicado acerca de nosso processo constituinte, tanto na doutrina brasileira, quanto em estudos comparatistas e em universidades estrangeiras. Não é sem razão que Jorge Miranda é constante em afirmar, do alto de sua cátedra, na Universidade de Lisboa, que a Constituição de 1988 propiciou o desenvolvimento dos estudos constitucionais de forma sem precedentes, colocando a doutrina brasileira no cerne da comunidade juscientífica mundial.

Em função desses ataques despropositados, torna-se imperioso lembrar o contexto em que foi elaborada nossa última Lei Maior, na segunda metade dos anos 80. O

primeiro ponto a destacar diz respeito ao perfil do órgão ao qual se houve por bem confiar a feitura do Pacto fundamental e os limites do possível com que se teve que lidar no decorrer dos trabalhos.

Instalada a Assembléia Nacional Constituinte em 1º de fevereiro de 1987, mereceu destaque o seguinte rol de fatos, aqui situados em sua seqüência cronológica: aprovação do Regimento Interno, em 24 de março de 1987, com a instalação e inauguração de 24 Subcomissões, entre 7 e 25 de abril de 1987; de 26 de maio a 15 de junho de 1987, instalação e inauguração de oito comissões temáticas. Logo em seguida, de 17 de junho a 18 de novembro de 1987, dá-se a instalação e o início do funcionamento da Comissão de Sistematização e de Plenário, fadada a transformar-se no núcleo centralizador de todo o processo em sua fase bruta, para a discussão e a apresentação de emendas. Ao final, realizadas 123 reuniões da Comissão de Sistematização, foram produzidos textos para discussão e votação, e apresentadas 35.111 emendas, das quais 122 delas de natureza popular. Em 27 de janeiro de 1988, ocorre a votação do Projeto-final em 1º turno. São apresentadas mais 2.045 propostas, muitas delas voltadas a propor reforma regimental, de iniciativa do autodenominado grupo político *Centrão*. Antes de se iniciar a votação do Projeto em Segundo Turno, de 1º de junho a 2 de setembro de 1988, já contávamos com a realização de 119 sessões e 732 votações, com o tempo de trabalho computado de 476 horas e 32 minutos. Em seguida, com a votação de Segundo Turno, foram apresentadas mais 1.834 emendas e realizadas 38 sessões, para as quais se utilizaram 142 horas e 10 minutos de trabalho.

Com o contentamento geral, chegou-se à votação da redação final do texto constituinte, o que ocorreu de 13 a 22 de setembro de 1988, ocasião em que ainda se fizeram presentes 833 emendas, com o objetivo de corrigir artigos em sua acepção formal, sanar omissões, falhas ou contradições.

Realizadas todas as oito sessões previstas, computou-se tempo de trabalho, apenas nessa fase, de 27 horas e 41 minutos.

Como resumo final de todas as atividades, foram realizadas 330 sessões plenárias, em 309 dias, com as Comissões Temáticas e as Subcomissões a trabalhar por um total de 1.109 horas. A Comissão de Sistematização esteve reunida por 263 horas e o Plenário, por 1.304 horas e 16 minutos. Como total geral de Emendas, tivemos 62.160, excetuadas as que foram examinadas apenas nas Comissões e Subcomissões, em um total de 21.337. Ao todo, foram mais de 80.000 emendas, lidas uma a uma por mim e por meus assessores diretos, em jornadas de trabalho insano, imbuídas de autêntico compromisso com o êxito da empreitada que a todos emulava.

Devo fazer particular menção a um dos fatos marcantes de todo o processo constituinte, verificado em 22 de março de 1988, a chamada super-terça, quando se votou em definitivo o sistema de governo. Venceu sem surpresas a Emenda Humberto Lucena pelo presidencialismo, por 344 contra 212, com três abstenções. Confesso que à época me perguntava como era possível abster-se em relação a tema tão candente para a definição do processo político. Afonso Arinos liderou os discursos pelo parlamentarismo, como não poderia deixar de ser, seguido, entre outros, por José Viana Filho e José Fogaça. Vivaldo Barbosa, depois de Humberto Lucena, encaminhou a votação pelo presidencialismo, seguido de outros inflamados oradores. Tratou-se de uma das mais longas e flamantes sessões do Congresso Constituinte, na qual se aprovou ainda o mandato de cinco anos para o Presidente da República. Depois de horas de antológicos debates, discursos e apartes, Doutor Ulysses, ao meu lado, comandou: "Acionem o botão do painel vermelho, vamos votar!". A sorte do Brasil parecia estar lançada e só restava esperar pelo iminente resultado. Porém essa é outra história, que ainda haverá de ser contada.

Abstraídos os detratores mencionados, o texto da Constituição de 1988 é prodigioso, descontados os naturais problemas de qualquer obra decorrente do labor humano. Hoje, não são poucos os tratadistas de direito constitucional comparado que citam o modelo brasileiro, classificando-o de diploma exemplar, profundamente renovador, à altura do melhor que o constitucionalismo moderno pode produzir, incluídas nesse rol inexcusáveis virtudes das Constituições de Espanha e de Portugal.

Em análise abrangente que possamos realizar sobre a Constituição brasileira, o primeiro dado a destacar é de natureza topográfica, por assim dizer, mas igualmente de conteúdo: o texto se instaura com a indicação dos princípios fundamentais, direitos individuais, garantias fundamentais e direitos sociais. Em vez de clássica exposição vestibular da estrutura do Estado e de seus Poderes, deu-se prevalência ao cidadão e ao trabalho: não apenas uma questão de ordem das coisas, mas uma cabal opção axiológica. Afinal, uma verdadeira Constituição cidadã, como bem a qualificou o saudoso e notável homem público Ulysses Guimarães, bastando examinar de forma sumária seus títulos para reforçar tal convicção.

No que concerne ao conteúdo material do texto constitucional brasileiro, cumpre destacar alguns atributos de seus dispositivos, para a consecução e a consolidação do Estado democrático de direito. Nesse sentido, vale referir: a expressa consagração do respeito aos direitos humanos como princípio fundamental; o alargamento das garantias fundamentais, com ênfase para o "habeas data", o mandado de injunção, a garantia do devido processo legal, o mandado de segurança coletivo, a imprescritibilidade de certos delitos gravíssimos; a consagração constitucional dos direitos fundamentais do trabalhador, com particular referência ao fortalecimento do sindicato e à ampliação do direito de greve; a maior dimensão do sufrágio universal e do direi-

to de votar e de ser votado; a redefinição das competências normativas, conferindo aos Estados e ao Distrito Federal poderes jamais antes concedidos; a atribuição ao Município de efetivos instrumentos de autonomia; o fortalecimento e aumento de atribuições do Legislativo, que é a casa do povo, deslocando o Executivo da posição majestática, antes detida; os poderes de investigação próprios das autoridades judiciais conferidas às Comissões Parlamentares de Inquérito; a reformulação da partilha tributária, de sorte a viabilizar a federação; o estabelecimento, pioneiro no patamar da Constituição, de uma clara e ordenada política urbana; o regramento, voltado para os interesses da sociedade, do sistema financeiro nacional; a elaboração, por vez primeira, de uma estrutura integral da seguridade social; a total reformulação da disciplina fundamental da educação e da cultura, assentando a amplitude de seus fins e a generalização de seus beneficiários, priorizando o sistema público como destinatário dos recursos arrecadados da população; os capítulos absolutamente inovadores e exemplares da comunicação social, ciência e tecnologia, desportos; o do meio ambiente, primeira consagração mundial do tema em sede constitucional, com a dignidade de direito público subjetivo, de natureza difusa; o combate sem trégua à corrupção, com o fortalecimento do Ministério Público; a preocupação específica com o idoso, a criança, o adolescente e as populações indígenas, todos enfim justamente considerados como titulares de atenção especial; a revalorização da família, com o reconhecimento de seu novo perfil e a abolição das discriminações entre os filhos; o fim da censura.

Por oportuno, cumpre tecer alguns comentários sobre o problema da revisão constitucional. Surgiu de emenda de autoria do deputado Joaquim Bevilacqua, com a justificativa de que – imitando, em parte, a Carta portuguesa –, logo após a promulgação da nossa Constituição, no ano

seguinte, teríamos a eleição para Presidente da República, o que de resto efetivamente aconteceu. Haveria, ainda, três anos para concluir a legislação ordinária e complementar faltante, bem como para sanar as arestas, os senões, as imperfeições que porventura permanecessem no texto original. Infelizmente, as legislações ordinária e complementar não foram realizadas com a expediência que se esperava e a revisão prevista tampouco logrou êxito. Como se vê, os Constituintes de 1988 tinham a mais absoluta razão de incluir tantos anos como prazo para a revisão.

Quanto à apregoada ingovernabilidade que a nova Lei Maior causaria, trata-se de argumento que não se põe de pé, por razões inarredáveis. A mais veemente delas, a decorrer da natureza dos fatos, é a que sinaliza para a realidade circunstante: afinal, vivemos período dos mais estáveis da história republicana, não obstante grandes dificuldades verificadas, com crises inauditas superadas, dentro da mais perfeita ordem constitucional. Presidente da República à época da promulgação da Constituição, José Sarney concluiu seu mandato em 15 de março de 1990, data em que assumiu o novo Presidente eleito, Fernando Collor. Este, afastado pelo *impeachment*, teve o restante do seu mandato cumprido pelo Vice-presidente Itamar Franco, na mais perfeita ordem jurídico-política. A seguir, tivemos oito anos de mandato de Fernando Henrique Cardoso, até a eleição e reeleição do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. É importante referir que, sob a ordem da Constituição de 1988, sucessivos planos econômicos foram implantados no país, desde os mais ortodoxos até os mais experimentais, para que se pudesse finalmente pôr cobro à inflação que corroía o país e as esperanças de seu povo.

Ora, se o país fosse ingovernável, só para citar o período Collor, nem o Vice-presidente Itamar Franco teria assumido, tal como aconteceu com o Pedro Aleixo, no ciclo anterior, nem o mandato ter-se-ia

concluído com forma e figura do direito constitucional à época vigente. Vale dizer, deve-se à Constituição de 88 a continuidade, a solidez e a estabilidade de período democrático sem precedentes na história republicana do Brasil, e mesmo inaudito em relação a nossos vizinhos e a nosso sofrido subcontinente.

Houve, no entanto, quem pretendesse debitar à Constituição todos os equívocos presumíveis de uma sociedade portadora de problemas seculares. Isolar a Constituição brasileira e o processo constituinte de seu contexto sócio-histórico é esquecer a natureza humana do processo, a par de suas vicissitudes e de suas contingências. Em período de acirramentos ideológicos incontornáveis, da queda do muro de Berlim, agravados pelas circunstâncias internacionais do fim do bipolarismo e da Guerra Fria, o Brasil da Constituinte vivia no plano interno as agruras econômicas da década perdida. Claro que tudo isso refluía na qualidade dos trabalhos, quando participaram da sua feitura atores das mais diversas origens, de banqueiros a operários, ex-cassados, ex-guerrilheiros convertidos à vida democrática, banidos de volta à pátria, revanchistas, e toda uma gama de personagens de variadas tendências e intenções. Se por um lado tal pluralidade conspirava para o detalhismo condenável do texto final, como se vê na parte referente às relações de trabalho e ao papel do Estado na economia, por outro, enriquecia a massa crítica que falava pelo Brasil. Era o respaldo do país de fato que tal pluralismo proporcionava à Assembléia Nacional Constituinte. País não rara vez desordenado e ilógico, sempre passional, representado com fidelidade no meio constituinte, como projeção mais que verossímil, a refletir realidade incontestada do que somos de fato, dos condomínios de luxo aos grotões, “do Brasil e dos Brasis” na expressão insuperável de Josué de Castro.

Parece-me necessário agregar uma palavra sobre a questão federativa e de seu deslinde no texto constitucional. Apesar

de ser o Brasil uma Federação, as principais decisões sempre foram tomadas pelo Governo Central. Com a Constituição de 1988, a Federação ficou restabelecida, inclusive com a possibilidade de o Estado membro legislar de forma concorrente sobre uma série de matérias e, o que é digno de destaque, dispor de recursos para pôr em prática sua administração. Foi com a Constituição que fizemos que se desse ênfase à descentralização administrativa, comprovando que o melhor governo é o que governa mais perto do cidadão, apto a reclamar os seus direitos à Prefeitura ou ao Governo do Estado, com as facilidades de que jamais disporia se fosse obrigado constantemente a recorrer ao Poder Central, no Planalto Central. Como decorrência, houve a elevação do percentual de arrecadação dos dois mais produtivos impostos federais: o imposto de renda e o imposto sobre produtos industrializados, destinados a integrar o Fundo de Participação dos Municípios e o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal.

É imperioso registrar que a perda do poder central determinado pela Constituição de 1988 foi de natureza política e não derivado de questão orçamentária, tendo a Lei Maior estipulado que a destinação das verbas a que tinham direito os Estados membros a eles fossem repassadas diretamente, sem intermediários. No passado – e esse ambiente parece não de todo superado –, prefeitos e governadores vinham sistematicamente ao Poder Central, em atitude indevida de pedir e pleitear favores, sendo com frequência destinatários de cooptação e de barganha de política menor. Em troca, a pretender apenas a percepção do que lhes era de direito, eram agravados com a obrigação de orientar suas bancadas para apoiar políticas oficiais. Quanto à volta nociva de tal ambiência, isso se dá contra o espírito constitucional. E mais, decorre do abuso de impostos indiretos e cumulativos, como a COFINS, o PIS, a Contribuição Sobre o Lucro Líquido, CSLL, sem ocorrer

o mesmo com impostos diretos sobre a renda. Enfim, não há repasse apropriado para Estados e Municípios.

Quanto à convocação de uma miniconstituinte ou das especulações acerca de novo pacto constituinte, como algumas vezes isoladas têm aventado, é necessário contrapor importantes argumentos. Quando vamos à gênese da Constituinte de 1988, verificamos ter ela decorrido de um claro processo histórico: no primeiro semestre de 1964, sob os impulsos de um movimento popular, fruto ou não de equívoco, as Forças Armadas, com o apoio, manipulado ou não, de significativa parcela da classe política (parlamentares, governadores e prefeitos), destituíram o Presidente da República e operaram lesões na ordem político-institucional vigente, por meio dos atos institucionais. Após breve convivência entre a Constituição de 1946 e os atos institucionais, o Congresso Nacional foi chamado a institucionalizar o quadro jurídico resultante, com nova Constituição, que foi promulgada a 24 de janeiro de 1967, em vigor a 15 de março do mesmo ano.

Durou pouco e, no curto espaço de tempo de sua vigência, ouviram-se os primeiros clamores em favor da convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, idéia que, informalmente, foi defendida, desde abril de 1964, pelo saudoso Senador pela Bahia, Aluísio de Carvalho Filho. A idéia não prosperou, e, a 13 de dezembro de 1968, o estamento militar impôs ao Presidente da República a edição do Ato Institucional nº 5 que promoveu a completa ruptura político-institucional.

Eis aí o motivo forte, de então, para a convocação da Assembléia Nacional Constituinte: a completa ruptura político-institucional. E dela decorreram todas as ações políticas que então tiveram curso.

Como no momento é imponderável que se cogite de qualquer crise institucional ou de rupturas jurídicas sob qualquer plano,

com o pleno funcionamento dos Poderes do Estado, livres e independentes entre si, em tempo excepcional de liberdade de imprensa e da plenitude do Estado de Direito, a idéia de novo pacto constituinte é de todo perfunctória.

A doutrina consiste em ver a Constituição como lei fundamental, na qual se resguardam, acima e à margem das lutas de grupos e tendências, princípios básicos que, incorporados ao seu texto, tornam-se indiscutíveis e insuscetíveis de mudanças banais. Como não são todos os dias aqueles em que uma comunidade política adota novo sistema constitucional ou assume novo destino, cumpre extrair da Constituição tudo o que comporta a sua virtualidade, em vez de, a todo instante, modificar-se-lhe o texto, a reboque de interesses circunstanciais.

Tendo procurado traçar – ainda que com cores esmaecidas – o retrato desses anos da instalação da Assembléia Nacional Constituinte e de seus resultados; devo, agora, à guisa de consideração final, registrar que a memória da história presente não permite a quem quer que seja – nem ao mais competente nem ao mais arguto – agredir a verdade, sob pena de ser confrontado pela realidade circunstante. E os fatos não são mera opinião: decorridas duas décadas da vigência da Constituição de 1988, período em que o país tem vivido estabilidade política paradigmática, com avanços econômicos e sociais particularmente positivos, é sempre curioso lembrar os famosos pessimistas ou inimigos da Assembléia Nacional Constituinte. Seu brado de guerra era no sentido de que a Constituição de 1988 tornaria o país ingovernável. E, de forma mais ácida, que “o único artigo irrecusável era o que previa, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a revisão em cinco anos”. Estavam errados. Viveram por códigos errados, não conseguiram ser protagonistas lúcidos de seu próprio tempo.

# A Constituição de 1988 e o poder de celebrar tratados

Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros

## Sumário

1. Introdução. 2. Debates na Assembléia Constituinte e histórico dos artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição de 1988. 2.1. Sugestões de Constituintes. 2.2. Sugestões de juristas e de partidos políticos. 2.3. Sugestões do Itamaraty. 2.4. Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais. 2.5. Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. 2.6. Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. 2.7. Compatibilização dos Anteprojetos das Comissões Temáticas pela Comissão de Sistematização. 2.8. Projeto do Relator da Comissão de Sistematização. Primeiro e Segundo Substitutivos. Projeto de Constituição (A). 2.9. Primeiro turno de discussão e votação em plenário. Projeto de Constituição (B). 2.10. Segundo turno de discussão e votação em plenário. Projeto de Constituição (C). 2.11. Comissão de Redação. Projeto de Constituição (D). 2.12. Votação final. Constituição promulgada a 5 de outubro de 1988. 3. Interpretações doutrinárias. 3.1. A Constituição exige a aprovação do Congresso para todos os acordos internacionais. 3.2. Certos acordos internacionais podem ser concluídos pelo Executivo sem necessidade de aprovação congressional. 4. Conclusão.

## 1. Introdução

A competência para celebrar tratados foi tema de intensos debates na Assembléia Constituinte de 1987-1988.

No encerramento dos trabalhos, a Comissão de Redação não foi fiel à vontade do

Plenário e provocou o surgimento de dois dispositivos antinômicos: os artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição.

Neste artigo, serão recordadas, em primeiro lugar, as deliberações da Constituinte sobre as normas determinadoras da competência dos poderes do Estado brasileiro para a celebração de tratados internacionais.

As interpretações doutrinárias serão analisadas, em seguida, culminando com o exame dos artigos citados à luz dos modernos métodos hermenêuticos.

## *2. Debates na Assembléia Constituinte e histórico dos artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição de 1988*

A Assembléia Nacional Constituinte brasileira de 1987-1988 dividiu o processo de elaboração do texto constitucional em duas etapas, previstas na Resolução nº 2, de 25 de março de 1987 (Regimento Interno)<sup>1</sup>: 1ª) feitura de Projeto de Constituição por uma Comissão de Sistematização, com base em Anteprojetos setoriais confeccionados por oito Comissões e vinte e quatro Subcomissões Temáticas; 2ª) discussão e votação do Projeto de Constituição pelo Plenário da Assembléia.

A primeira etapa começou com a apresentação de sugestões pelos próprios constituintes, Assembléias Legislativas, Câmaras de Vereadores, Tribunais e entidades representativas de segmentos da sociedade. Essas contribuições, juntamente com os depoimentos prestados diretamente por pessoas convidadas para audiências em Brasília, serviram para que as Subcomissões elaborassem, nos meses de abril e maio de 1987, vinte e quatro Anteprojetos, contendo dispositivos sobre os temas específicos atribuídos às mesmas.

A seguir, oito Comissões apreciaram, cada uma, os Anteprojetos de três Subcomissões e, com base na aglutinação destes,

<sup>1</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 25 de março de 1987, p. 871-84.

terminaram por apresentar, em junho, seus Anteprojetos. Apenas a Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação não conseguiu aprovar Anteprojeto, ficando o relator da Comissão de Sistematização, nos termos do Regimento Interno, encarregado de redigi-lo.

Na Comissão de Sistematização, inicialmente foi preparado Anteprojeto resultante da compatibilização das matérias aprovadas pelas Comissões Temáticas.

Esse texto recebeu muitas emendas, passando pelas fases de Projeto, 1º Substitutivo e 2º Substitutivo, até converter-se no "Projeto de Constituição (A)", apresentado pela Comissão de Sistematização, a 24 de novembro de 1987, para ser apreciado pelo plenário da Assembléia Nacional Constituinte.

Principiou, então, a segunda etapa do processo de feitura da Constituição: a discussão e votação do Projeto em plenário.

Neste passo, entretanto, constituintes propuseram modificações nas normas regimentais da Assembléia, que impediam alterações mais profundas no Projeto da Comissão de Sistematização, vedando a apresentação de emendas substitutivas da íntegra ou concernentes a mais de um dispositivo do Projeto, a não ser que se tratassem de modificações correlatas.

Foi aprovada, em consequência, a Resolução nº 3, de 5 de janeiro de 1988<sup>2</sup>, que abriu a possibilidade de se oferecer, além de emendas a dispositivos específicos do Projeto da Comissão de Sistematização, ainda emendas substitutivas do conjunto de preceitos contido em um Título, Capítulo, Seção ou Subseção do texto, e ainda estabeleceu que, sendo firmados pela maioria absoluta dos constituintes, os substitutivos seriam votados em igualdade de condições com o Projeto da Sistematização.

Amparado pelas novas regras regimentais, um grupo de constituintes, conhecido

<sup>2</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 6 de janeiro de 1988, p. 6.277-78.

como “Centrão”, apresentou substitutivo ao Projeto, compelindo o plenário da Assembléia a votar, no primeiro turno, em dois textos alternativos: o da Sistematização e o do Centrão.

Chegou a Constituinte, destarte, ao “Projeto de Constituição (B)”, para ser apreciado em segundo turno, só admitidas, então, emendas supressivas ou emendas para sanar omissões, erros, contradições e para correção de linguagem.

Encerrada a votação, a matéria foi encaminhada a uma Comissão de Redação, que confeccionou o “Projeto de Constituição (C)”, abrindo-se prazo para recebimento de emendas exclusivamente visando corrigir imperfeições de redação.

Depois de apreciadas as emendas, a Comissão de Redação elaborou o “Projeto de Constituição (D)”. Este, aprovado pelo plenário da Assembléia Constituinte, foi promulgado solenemente a 5 de outubro de 1988.

### 2.1. Sugestões de Constituintes

Nos termos do artigo 14, § 2º, da Resolução nº 2, de 1987 (Regimento Interno), cada constituinte estava autorizado a oferecer sugestões, até trinta dias a partir da promulgação do Regimento, que foram encaminhadas às Comissões pertinentes.

Quanto ao processo de celebração de tratados, foram apresentadas, nessa fase inicial dos trabalhos da Assembléia, numerosas sugestões, que podem ser divididas, quanto ao seu conteúdo, em duas vertentes: I) propostas que estabelecem a compulsoriedade absoluta da deliberação do Legislativo acerca de todo e qualquer compromisso internacional celebrado pelo Executivo; II) propostas que admitem certos acordos internacionais concluídos unicamente pelo Executivo, sem necessidade de aprovação congressional.

I – As sugestões no sentido de submeter todos os tratados ao controle do Legislativo foram as mais abundantes e serão referidas a seguir, com indicação do nome

do constituinte proponente e com resumo da sua justificativa, caso esta tenha sido apresentada.

#### 1. Francisco Rollemberg

“Art. \_\_\_\_ É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e quaisquer atos ou contratos internacionais celebrados pelo Presidente da República e que, direta ou indiretamente, obriguem o Brasil;

II – autorizar e aprovar empréstimos, operações e obrigações de qualquer natureza, contraídas ou garantidas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, pelas entidades de sua administração indireta ou sociedades sob o seu controle, os quais só vigorarão a partir da data do Decreto Legislativo de sua aprovação;

(...)

Parágrafo único. É vedado ao Congresso Nacional, no exercício da competência de que tratam os itens I e II deste artigo, conceder antecipada e genericamente aprovação a quaisquer atos ou contratos internacionais ou autorização para futuros compromissos a serem assumidos pelo Poder Executivo.

(...)

Art. \_\_\_\_ Compete privativamente ao Presidente da República:

I – celebrar, *ad referendum* do Congresso Nacional, tratados, convenções e quaisquer atos ou contratos internacionais que, direta ou indiretamente, obriguem o Brasil”<sup>3</sup>.

O constituinte Francisco Rollemberg justificou a sugestão argumentando que, nos últimos anos, se tem observado tendência para a adoção de práticas que visam evitar

<sup>3</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 51, de 29 de abril de 1987, p. 105-6.



o controle do Legislativo sobre os atos internacionais celebrados pelo Executivo. Essa tendência é perniciososa, pois, livre de controle e de fiscalização, o Poder Executivo compromete internacionalmente o País, e os efeitos desses compromissos atingem duramente os cidadãos.

No Brasil, sustentou Rollemberg, a experiência tem mostrado a necessidade não de afrouxar, mas de intensificar o controle do Executivo pelo Legislativo.

Se a soberania pertence ao povo, é necessário que este, por seus representantes legítimos, dê a sua aprovação prévia a qualquer ato internacional.

## 2. Humberto Lucena

“Art. \_\_\_\_ É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e quaisquer atos internacionais que, direta ou indiretamente, obriguem o Brasil.

(...)

Parágrafo único. A competência de que trata o item I deste artigo é indelegável, não sendo permitida a autorização genérica e antecipada, ainda que sob certas condições e dentro de certos limites”<sup>4</sup>.

A experiência dos últimos anos, conforme Humberto Lucena, tem corroborado a assertiva de que não se deve permitir ao Executivo a celebração de compromissos internacionais sem a audiência do Legislativo. Não que as Constituições brasileiras anteriores a tenham admitido; ao contrário, elas, expressamente, a vedavam. Mas, por interpretação doutrinária, o Executivo tem procurado fugir ao controle do Legislativo, evitando submeter ao Congresso o texto de certos acordos, com sérios e graves prejuízos para o povo, titular da soberania.

Destarte, “para evitar tais interpretações”, Humberto Lucena recomendou

<sup>4</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 61, 16 de maio de 1987, p. 147.

a mencionada redação abrangente, que impõe a necessidade de aprovação do Congresso Nacional para todo e qualquer compromisso internacional a ser assumido pelo Executivo.

E ainda, para evitar que o Parlamento se furte a esse dever de “fiscalização concreta e individualizada de cada caso”, propôs se declare indelegável a competência que lhe é atribuída.

## 3. Afonso Arinos de Melo Franco

(Anteprojeto de Constituição da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, “Comissão Afonso Arinos”, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985).

“Art. 7º Os pactos, tratados e acordos internacionais dependem da ratificação do Congresso.

(...)

Art. 174. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais, inclusive os executivos, ou qualquer de suas alterações;

(...)

Art. 229. Compete ao Presidente da República, na forma e nos limites estabelecidos por esta Constituição:

(...)

XV - firmar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional;”<sup>5</sup>

## 4. Alfredo Campos

“Art. \_\_\_\_ Ao Congresso Nacional compete aprovar, mediante Decreto Legislativo, os tratados, convenções e quaisquer atos internacionais que, direta ou indiretamente, obriguem o Estado brasileiro.

§ 1º Serão nulos os atos previstos neste artigo, não submetidos ao Con-

<sup>5</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 56, 8 de maio de 1987, p. 373, 375 e 392.

gresso Nacional dentro de sessenta dias da sua assinatura.

§ 2º Recebido o texto dos atos internacionais pelo Congresso Nacional, terá este o prazo de trinta dias, contados do seu recebimento, para aprová-los.

Art. \_\_\_\_ Os tratados, convenções ou quaisquer atos internacionais somente adquirirão vigência e eficácia após terem sido aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República”<sup>6</sup>.

#### 5. Nilson Gibson

“Art. \_\_\_\_ É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

II – resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e demais atos internacionais, inclusive os executivos, ou sobre as alterações dos já concertados.

(...)

Art. \_\_\_\_ Compete privativamente ao Presidente da República:

I – celebrar tratados, convenções e demais atos internacionais, os quais somente importarão em compromisso do Governo do Brasil após ratificados pelo Congresso Nacional”<sup>7</sup>.

O proponente frisou que o resguardo dos interesses do País relativamente a quaisquer ajustes externos exige tratamento mais eficaz, mediante ampliação das hipóteses em que a audiência prévia dos representantes do povo, no Congresso Nacional, deva ser exigida.

#### 6. Odacir Soares

“Art. \_\_\_\_ É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos interna-

cionais celebrados pelo Presidente da República.

§ 1º Para execução do item I do *caput* deste artigo, o Congresso Nacional deverá ter conhecimento prévio dos tratados, convenções e atos internacionais a serem celebrados pelo Presidente da República.

§ 2º Em caso de urgência, os tratados, convenções e atos internacionais poderão ser celebrados sem o prévio conhecimento a que se refere o parágrafo anterior, obrigatório seu encaminhamento ao Congresso Nacional, no prazo de 30 (trinta) dias contados da respectiva celebração.

§ 3º O Congresso Nacional poderá encaminhar ao Poder Executivo, dentro do período antecedente ao ato de celebração dos tratados, convenções e atos internacionais, as recomendações decorrentes do seu conhecimento prévio, nos termos do § 1º deste artigo”<sup>8</sup>.

A intervenção *a posteriori* do Congresso Nacional no processo de celebração de tratados internacionais, que coloca o Poder Legislativo em situação de instância referendaria de atos do Presidente da República, não corresponde, conforme Odacir Soares, às grandes responsabilidades imanentes ao Poder Legislativo, visto que o momento mais importante no relacionamento internacional é aquele em que se discute as bases sobre as quais se fundamentarão os acordos e ajustes decorrentes.

O Congresso Nacional não pode permanecer abúlico em relação aos interesses postos em confronto na fase que precede à ratificação dos atos internacionais, porque, como órgão representativo da vontade popular, compete-lhe ativa participação nos comprometimentos que condicionam a nacionalidade como um todo.

Com tal argumentação, o constituinte Odacir Soares pretendeu assegurar ao Le-

<sup>6</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 65, 23 de maio de 1987, p. 268.

<sup>7</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 64, 22 de maio de 1987, p. 393.

<sup>8</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 67, 28 de maio de 1987, p. 74.

gislativo conhecimento prévio dos termos dos tratados, convenções e atos internacionais, a fim de que, em tempo, possa também oferecer a sua contribuição na espécie, como participe das responsabilidades públicas.

7. *Brandão Monteiro*

“Art. \_\_\_\_\_. Os pactos, os acordos e atos internacionais dependem da ratificação do Congresso Nacional.”<sup>9</sup>

8. *Antonio Carlos Konder Reis*

“Art. \_\_\_\_\_. Compete ao Presidente da República, na forma e nos limites estabelecidos por esta Constituição:

(...)

XIV – firmar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Poder Legislativo;”<sup>10</sup>

9. *Fernando Henrique Cardoso*

“Art. \_\_\_\_\_. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Poder Executivo, bem como, na forma e nos limites fixados em Decreto Legislativo, sobre todos os atos internacionais que impliquem compromissos de qualquer espécie para o país”<sup>11</sup>.

10. *Siqueira Campos*

“Art. \_\_\_\_\_. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre os tratados, as convenções e os contratos celebrados com Estados estrangeiros.

(...)

Art. \_\_\_\_\_. Compete ao Presidente da República:

(...)

<sup>9</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 61, 16 de maio de 1987, p. 138.

<sup>10</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 65, 23 de maio de 1987, p. 73.

<sup>11</sup> Idem, p. 173.

XII – firmar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional”<sup>12</sup>.

11. *Antonio Mariz*

“Art. \_\_\_\_\_. Os pactos, tratados e acordos internacionais dependem de ratificação do Congresso Nacional”<sup>13</sup>.

12. *Adylson Motta*

“Art. \_\_\_\_\_. Nas suas relações internacionais, o Brasil participará através de pactos, acordos e tratados, mediante ratificação pelo Congresso Nacional”<sup>14</sup>.

13. *Nelton Friedrich*

“Art. \_\_\_\_\_. A celebração, pelo Presidente da República, de tratados, convenções e atos internacionais será nula se dentro de 60 (sessenta) dias da assinatura não forem submetidos ao Poder Legislativo”<sup>15</sup>.

14. *Agassez Almeida*

“Art. \_\_\_\_\_. Cabe ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República, bem como sobre todos e quaisquer acordos, convenções, protocolos ou contratos efetivados por entidades públicas nacionais, com países ou instituições estrangeiras, que possam influir, sob qualquer aspecto, na economia nacional”<sup>16</sup>.

O intuito manifestado pelo constituinte Agassez Almeida foi o de acrescentar na competência congressional de apreciar os

<sup>12</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 67, 28 de maio de 1987, p. 152-53.

<sup>13</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 62 “A”, 20 de maio de 1987, p. 31.

<sup>14</sup> Ibid., p. 127.

<sup>15</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 51, 29 de abril de 1987, p. 229.

<sup>16</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 59 “A”, 14 de maio de 1987, p. 102.

tratados internacionais ainda a faculdade de aprovar todos e quaisquer acordos ou contratos efetivados por entidades públicas brasileiras com Países ou instituições estrangeiras que afetem a economia nacional.

Técnicos a serviço do Executivo não têm compromisso com os anseios e interesses dos mais variados segmentos da sociedade, daí a necessidade de fortalecer as prerrogativas do Congresso para permitir sua participação nas decisões políticas e econômicas dos Países.

15. Aldo Arantes e outros

“Art. \_\_\_\_\_. Os pactos, tratados e acordos internacionais dependem da ratificação do Congresso Nacional. Os pactos, tratados e acordos militares, além da ratificação, só terão vigência após submetidos a plebiscito nacional”<sup>17</sup>.

16. Borges da Silveira

“Art. \_\_\_\_\_. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IX – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional;

(...)

XVIII – autorizar que se executem, em caráter provisório, antes de aprovados pelo Congresso Nacional, os atos, tratados ou convenções internacionais, se a isto o aconselharem os interesses do País;

(...)

Art. \_\_\_\_\_. O Congresso Nacional, sob a direção de sua própria Mesa, reúne-se em sessão conjunta dos Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para:

I – resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos interna-

cionais, ou qualquer de suas alterações, celebrados pelo Presidente da República;”<sup>18</sup>

17. Vivaldo Barbosa

“Art. \_\_\_\_\_. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XI – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, firmar acordos, empréstimos e obrigações externas, depois de aprovados pelo Congresso Nacional;”<sup>19</sup>

18. Floriceno Paixão

“Art. \_\_\_\_\_. Os pactos, tratados e acordos internacionais dependem, para sua validade, da ratificação prévia do Congresso Nacional, sob pena de crime de responsabilidade”<sup>20</sup>.

O Poder Legislativo, representante do povo, que é o titular da soberania nacional, deve ser o juiz único da conveniência e da oportunidade de decidir sobre todos os pactos, tratados e acordos internacionais de que o País seja signatário, salientou o constituinte Floriceno Paixão.

19. Bancada do Partido dos Trabalhadores na Constituinte

(A sugestão provém do Anteprojeto de Constituição preparado pelo professor Fábio Konder Comparato, da Faculdade de Direito da USP, a pedido da Direção Nacional do Partido dos Trabalhadores).

“Art. \_\_\_\_\_. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – dirigir a política internacional do País;

(...)

<sup>18</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 67, 28 de maio de 1987, p. 92, 93 e 103.

<sup>19</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 64, 22 de maio de 1987, p. 211.

<sup>20</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 64, 22 de maio de 1987, p. 141.

<sup>17</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 51, 29 de abril de 1987, p. 259.

Art. \_\_\_\_ É igualmente da competência privativa do Congresso Nacional, mediante resolução:

I - ratificar os tratados, convenções e outros atos internacionais, celebrados pelos representantes diplomáticos do Brasil<sup>21</sup>.

II - As sugestões no sentido de que se enumere na Constituição os tratados que precisam da aprovação do Congresso, deixando margem de atuação independente para o Governo, ou mesmo admitindo expressamente a existência de acordos concluídos pelo Executivo sem a participação do Legislativo, foram as seguintes:

### 1. Lúcio Alcântara

(Subsídios coligidos pelo Instituto Tancredo Neves, órgão de estudos políticos do Partido da Frente Liberal).

“Art. 4º Serão aprovados pelo Congresso Nacional e sancionados pelo Presidente da República os tratados de caráter político, os de natureza militar e os que impliquem obrigações para a Fazenda Pública.

Parágrafo único. O Senado será informado sobre outros atos internacionais”<sup>22</sup>.

### 2. Sérgio Spada

“Art. \_\_\_\_ Os tratados de paz, os tratados comerciais, os tratados ou acordos relativos à organização internacional, os que comprometem as finanças do Estado, e determinem o endividamento externo do País, os que impliquem em cessão, permuta ou anexação de território, não poderão ser firmados senão em virtude de lei expressa previamente discutida e aprovada pelo Congresso Nacional pelo voto da sua maioria absoluta, presente a maioria dos seus membros”<sup>23</sup>.

Alegou o constituinte Sérgio Spada que o Legislativo tem sido, ao longo dos tempos, um cartório chancelador da vontade onipotente do Executivo.

Fazer com que os atos internacionais de maior relevo passem por prévio exame do Parlamento é uma das mudanças que conduzirá o Brasil à prática da verdadeira democracia.

### 3. Roberto D’Avila

“Art. \_\_\_\_ É atribuição do Presidente da República concluir tratados e convenções *ad referendum* do Congresso Nacional.

§ 1º Os acordos do Executivo, concluídos sobre matéria da competência exclusiva do Poder Executivo ou para executar tratado aprovado pelo Congresso Nacional, serão levados ao conhecimento do Congresso Nacional até o prazo de três meses após a sua conclusão. Se eles forem considerados relevantes para a segurança do País só será dado conhecimento às Comissões de Relações Exteriores do Senado e da Câmara dos Deputados.

§ 2º Os acordos que criem obrigações financeiras para a União Federal serão sempre submetidos à aprovação do Poder Legislativo.

Art. \_\_\_\_ Os tratados e convenções sobre direitos do homem, direito humanitário e convenções internacionais do trabalho serão submetidos pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo no prazo máximo de seis meses após a sua conclusão e, se aprovados pelo Poder Legislativo, serão obrigatoriamente ratificados, aceitos ou aprovados pelo Poder Executivo no prazo máximo de um ano.

Parágrafo único. Os tratados e convenções mencionados no presente artigo não poderão ser denunciados sem a aprovação prévia do Poder Legislativo”<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 68, 29 de maio de 1987, p. 395 e 398.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 207, 215 e 217.

<sup>23</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 62 “A”, 20 de maio de 1987, p. 264.

<sup>24</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 64, 22 de maio de 1987, p. 143-44.

O constituinte Roberto D'Avila considerou que os acordos do Executivo são hoje "uma necessidade da política externa", proibindo-os somente na hipótese de criarem obrigações financeiras, quando quaisquer acordos precisam ser submetidos, sempre, à aprovação do Legislativo.

Reconhecendo a tradição constitucional da maioria dos Países do envio dos tratados, para aprovação, ao Parlamento, sendo a ratificação posterior ato discricionário do Executivo, Roberto D'Avila sugeriu a obrigatoriedade da ratificação nos casos excepcionais de convenções aprovadas pelo Parlamento em que o interesse humanitário se sobrepõe ao político.

Recomendou, outrossim, a proibição da denúncia desses tratados sem o prévio consentimento do Congresso.

## 2.2. *Sugestões de juristas e de partidos políticos*

Professores de Direito e partidos políticos também divulgaram sugestões interessantes que, mesmo não apresentadas em caráter formal à Constituinte, certamente contribuiram para os debates, como, por exemplo, as seguintes:

### 1. *Celso de Albuquerque Mello*

Com as credenciais de quem há tempos se dedica a estudar e publicar trabalhos sobre as normas constitucionais da ação exterior do Estado, o professor Celso de Albuquerque Mello sugeriu duas alternativas para estabelecer a competência dos poderes constituídos na celebração de tratados internacionais:

1ª - Enumerar, no texto, as matérias importantes que não poderão prescindir da aprovação do Congresso Nacional, como atos que criem compromissos financeiros, do tipo dos "acordos com o FMI".

2ª - Estabelecer a prescindibilidade da aprovação específica do Congresso Nacional nos acordos sobre matéria econômica, social e administrativa com prazo de validade e de denúncia

restrita, desde que haja uma "autorização geral" dada pelo Legislativo ao Executivo. Nesta hipótese, uma cópia do acordo deverá ser enviada ao Legislativo e, se este não o aprovar, o Executivo ficará obrigado a denunciá-lo.

Recomendou, outrossim, a inclusão de dispositivo obrigando o envio ao Congresso Nacional, no prazo de 30 ou 60 dias, para conhecimento, dos tratados, convenções, acordos do Executivo, etc.

A competência do Congresso Nacional para deliberar acerca dos tratados não deve ser referida pela expressão "resolver definitivamente", por ser imprópria. Nos casos de aprovação, é o Poder Executivo que resolve de modo definitivo, ao ratificar ou não o tratado, sublinhou Celso de Albuquerque Mello (1987, p. 33-35).

Finalmente, propôs que, para a denúncia dos tratados e convenções, relativos aos Direitos do Homem e ao Direito Humanitário, das convenções internacionais do trabalho, dos tratados que criam organizações internacionais, deve-se exigir a aprovação do Legislativo.

### 2. *Luís Ivani de Amorim Araújo*

Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Luís Ivani sugeriu formulação do teor seguinte:

"Art. \_\_\_\_ O Presidente da República tem competência exclusiva para negociar e celebrar tratados.

§ 1º O Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional, até 15 (quinze) dias após a sua assinatura, todos os tratados celebrados pelo Presidente da República.

§ 2º O Congresso Nacional deverá examinar o tratado dentro de 120 (cento e vinte) dias a contar de sua recepção. Caso não seja o tratado examinado nesse prazo, será considerado como aprovado.

§ 3º Aprovado o tratado, este será promulgado pelo Presidente do Congresso Nacional e, no prazo de 15

(quinze) dias, será remetido ao Presidente da República para que este, aquiescendo, o ratifique” (ARAÚJO apud DOLINGER, 1987, p. 42).

### 3. Proposta do Partido Comunista Brasileiro

“Art. \_\_\_\_ Compete especialmente ao Conselho de Ministros:

(...)

III - negociar e ajustar tratados, participar de reuniões internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional;

(...)

Art. \_\_\_\_ Compete ao Presidente da República, especialmente:

(...)

IX - firmar tratados, convenções e atos internacionais, aprovados na forma da Constituição e da lei;

(...)

Art. \_\_\_\_ Cabe ao Congresso Nacional, especialmente:

(...)

II - resolver sobre os tratados e convenções internacionais;” (NOVOS..., 1986, p. 52-60)

### 4. Proposta do Partido Comunista do Brasil

“Os acordos internacionais de qualquer natureza serão submetidos à aprovação do Congresso Nacional. Nenhum acordo militar com outros Países terá validade se não tiver sido aprovado pelo povo em plebiscito nacional” (CONSTITUINTE..., 1986, p. 31).

#### 2.3. Sugestões do Itamaraty

O Ministério das Relações Exteriores não poderia ficar alheio ao processo de elaboração das novas normas constitucionais destinadas à regulamentação da atividade externa do Estado brasileiro.

No decorrer dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, o consultor jurídico da Casa de Rio Branco, Antonio Augusto Cançado Trindade (1990, p. 3-4), preparou subsídios, que foram transmitidos a alguns constituintes, almejando a

que “os dispositivos pertinentes do novo texto constitucional se mostrassem sensíveis às necessidades e justas expectativas do Itamaraty”.

A informação CJ/05, de 21 de outubro de 1985, do mencionado consultor, deixa entrever que o Ministério estudava a possibilidade de recomendar fórmula que estipulasse, a par do princípio geral da competência exclusiva do Congresso Nacional para aprovar os tratados internacionais celebrados pelo Executivo, os casos em que - restritivamente - a aprovação do Legislativo estaria dispensada (atos que visem tão-somente a executar ou interpretar obrigações ou direitos estabelecidos em tratados anteriores, que ajustem a prorrogação de tratados, ou de natureza administrativa). Nesses casos, o Executivo poderia comprometer-se a notificar o Legislativo da celebração e conteúdo de tais atos, assim que concluídos, inaugurando nova era de cooperação entre os dois Poderes no tocante à processualística de atos internacionais.

Segundo Cançado Trindade (1985, p. 17), a adoção de semelhante sistema:

“viria, a um tempo, resguardar a área constitucionalmente reservada ao Executivo, atender aos anseios compreensíveis do Legislativo e acolher a realidade do dinamismo da prática contemporânea do Estado sobre a matéria”.

Na Informação CJ/27, de 27 de julho de 1986, o referido consultor sugeriu que as normas constitucionais poderiam seguir dois caminhos (TRINDADE, 1986, p. 3):

“Por um primeiro método, reconhecer-se-ia o princípio geral do controle do Legislativo na formação dos acordos internacionais, excetuados ajustes de natureza administrativa ou de rotina; por um segundo método, relacionar-se-iam os acordos para os quais se impõe a aprovação do Legislativo, ficando para os demais atos dispensado o assentimento do Legislativo (e.g., modelo espanhol)”.

Entendeu Antonio Augusto Cançado Trindade oportuno que se desse um tratamento constitucional mais detalhado ao tema, como meio de contribuir a esclarecer as dúvidas e incertezas que pairam sobre a matéria, embora advertindo que a dinâmica da vida internacional moderna desafia tanto o primeiro método (dificuldades de caracterizar certos ajustes), quanto o segundo (dificuldade para elaborar lista exaustiva de acordos que devam requerer a prévia autorização do Legislativo).

#### *2.4. Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais*

As normas delimitadoras da competência dos poderes constituídos no processo de celebração dos tratados internacionais foram examinadas, em um primeiro momento, por três células da Assembléia Nacional Constituinte: a Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais (vinculada à Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher); a Subcomissão do Poder Legislativo e a Subcomissão do Poder Executivo (vinculadas à Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo).

A Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, devido à especificidade do tema a ela atribuído, foi o foro da Constituinte que registrou debate mais intenso sobre as questões de Direito Constitucional Internacional.

Presidida pelo constituinte Roberto D'Avila e tendo como relator o constituinte João Hermann Neto, a Subcomissão ouviu, em audiências públicas, as opiniões e sugestões de várias autoridades, tanto acadêmicas como vinculadas ao Serviço Exterior do País.

#### *A – Opiniões de personalidades ouvidas pela Subcomissão em audiências públicas*

Na primeira audiência, realizada no dia 22 de abril de 1987, o embaixador Paulo Tarso Flecha de Lima, Secretário-Geral das Relações Exteriores, apresentou à

Subcomissão o ponto de vista do Itamaraty quanto à interpretação das regras constitucionais brasileiras sobre a participação do Legislativo no exame e aprovação dos tratados internacionais, ao afirmar:

“Mandamos, normalmente, para o Legislativo aqueles atos internacionais cuja hierarquia e cujo conteúdo representem algum tipo de alteração na forma da relação ou na substância da relação internacional. Há um número grande de atos meramente executivos que poderiam ser classificados, por exemplo, em termos formais, estabelecendo-se inclusive um paralelo entre o decreto e a lei, ou seja, o ato executivo seria, vamos dizer, a regulamentação ao tratado que terá sido objeto de aprovação e de participação legislativa na sua formulação”<sup>25</sup>.

O diplomata sugeriu à Constituinte que defina regras claras que permitam, em primeiro lugar, um controle efetivo sobre os atos que tenham efeito político real sobre a inserção internacional do Brasil, porque não se deve ter um sistema de controle que bloqueie o Executivo em seu campo próprio de ação e nem eliminar a agilidade que a política externa precisa ter. Entendeu, contudo, “absolutamente legítimo e legitimante” que haja um “diálogo amplo entre o Legislativo e o Executivo”, sustentando concretamente:

“(…) a necessidade de se definir (na Constituição), seja através de um mecanismo de lista positiva de atos a serem submetidos necessariamente ao controle do Legislativo, seja através de uma lista negativa – ambas as formas são constitucionalmente cabíveis, inclusive adotadas pelas Constituições de vários Países – de atos que, por sua natureza, não tenham necessidade de uma apreciação legislativa”<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Ata da 2ª reunião (1ª reunião de audiência pública), de 22 de abril de 1987, da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais da Assembléia Nacional Constituinte.

<sup>26</sup> Idem.



Na segunda audiência, em 28 de abril de 1987, os membros da Subcomissão ouviram as exposições de dois renomados professores brasileiros de Direito Internacional Público: Celso de Albuquerque Mello, do Rio de Janeiro, e Vicente Marotta Rangel, de São Paulo. O primeiro recomendou que se adotasse regra obrigando a submissão dos acordos em forma simplificada ao Congresso Nacional, sempre que venham a criar obrigações financeiras para o País; quanto aos demais acordos executivos, entendeu que devam ser levados apenas ao conhecimento do Legislativo. Vicente Marotta Rangel expressou estar convicto de ser “indispensável que a Constituição estabeleça, com clareza, em que casos o Poder Executivo pode e deve atuar independentemente do Congresso”.<sup>27</sup>

Na reunião seguinte, em 29 de abril, compareceu o embaixador Ramiro Elysis Saraiva Guerreiro que, recordando sua passagem pela função de Ministro das Relações Exteriores (15/3/79-15/3/85), asseverou:

“Um aspecto da aprovação de tratados, que, às vezes, cria alguns problemas e dúvidas, é saber que tipos de acordos podem deixar de vir ao Congresso. Tive algumas dúvidas nesse sentido, em alguns casos isolados”.<sup>28</sup>

O ministro do Supremo Tribunal Federal José Francisco Rezek, professor de Direito Internacional da Universidade de Brasília, apresentou aos constituintes, na quarta reunião de audiência pública da Subcomissão, em 30 de abril, uma das mais minuciosas colaborações.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Ata da 3ª reunião (2ª reunião de audiência pública), de 28 de abril de 1987, da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais da Assembléia Nacional Constituinte.

<sup>28</sup> Ata da 4ª reunião (3ª reunião de audiência pública), de 29 de abril de 1987, da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais da Assembléia Nacional Constituinte.

<sup>29</sup> Ata da 5ª reunião (4ª reunião de audiência pública), de 30 de abril de 1987, da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais da Assembléia Nacional Constituinte.

Rezek sugeriu que os artigos 44, I, e 81, X, da Carta de 1969, passassem a ter a seguinte redação:

“É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

– resolver sobre os compromissos internacionais negociados pelo Presidente da República, salvo quando previamente autorizados por lei, ou por tratado em vigor.

(...)

Compete, privativamente, ao Presidente da República:

– negociar tratados e outros compromissos internacionais quando autorizados por lei ou por tratado anterior, submetendo-os, nos demais casos, à aprovação do Congresso Nacional, antes de ratificá-los”.

Caso tais preceitos viessem a ser adotados, sustentou Rezek, eliminar-se-ia toda a argumentação possível no sentido de retirar do controle congressional qualquer faixa de compromisso exterior, seja à base da terminologia, seja à base de argumento de fundo.

Salientou que os pregoeiros da tese que sustenta a validade dos acordos do executivo costumam dizer que, nesse torvelinho trepidante que é a vida internacional contemporânea, não há lugar para demora. É preciso agilidade, é preciso expeditura. E quem é o senhor natural da agilidade e da expeditura? É o Poder Executivo. Os Paramentos, em geral, são lentos, trabalham devagar, submetem-se a certos rituais. Não é possível que o Estado dependa, no seu comprometimento internacional, tantas vezes urgente, exigindo tanta plasticidade, de um processo congressional, de um processo legislativo que pode atrasar o bom andamento das relações exteriores.

A propósito desses argumentos, sublinhou o ministro Rezek:

“Por mais de uma vez, e em textos escritos, destaquei que não se sabe mais o que deplorar nesse raciocínio: se o que ele tem de frívolo ou se o que ele tem de falso. Frívolo em razão de

sua falta de consistência científica: este é um argumento de salão, este não é um argumento de cátedra. Falso, em razão da circunstância de que a história diplomática prova – e volto a dizer, não só neste País como em vários outros – que a apregoada demora no trabalho congressional sobre determinado compromisso exterior é companheira inseparável ou da insignificância, da inexpressividade, da falta de urgência do próprio compromisso, ou da indiferença do próprio Executivo, que é quem toma a iniciativa de encaminhar as coisas, destacando ou não destacando a necessidade de maior expeditura”.

Sua proposta à Constituinte, afirmou Rezek, encerra basicamente a idéia nuclear de que não há compromisso internacional factível só pela autoridade do Governo, pois nenhum compromisso internacional escapa àquela regra que o constituinte brasileiro, desde 1891, quis escrever com tanta clareza e que, não obstante, nesses anos todos foi tantas vezes inobservada: a regra segundo a qual o controle congressional dos compromissos externos da República é um controle total, é um controle que não comporta evasões.

Sendo assim, Rezek perguntou:

“Como se pode atender a certos reclamos, aparentemente razoáveis, do Executivo, que preferiria agir com desembaraço no caso de alguns tratados padronizados, seriados, como os de extradição, de licença de pesca no mar territorial e assim por diante? Como se poderia evitar tais procedimentos, poupando-se até mesmo o próprio Congresso de voltar sobre suas próprias palavras e repetir aquilo que já disse, aprovando continuamente tratados bilaterais que nada mais são do que a repetição de outros já aprovados?”.

Far-se-ia – respondeu – à luz da idéia de “exigir, sim, a submissão tópica, individual,

singular, de todos os tratados ao Congresso Nacional, antes da sua ratificação”. Exceção feita, porém, a dois casos: primeiro, “aquele em que o tratado é uma emanção necessária de um tratado anterior que o Congresso já aprovou. Por exemplo, um tratado protocolar, complementar e de detalhamento de um tratado de cooperação cultural que esta Casa abonou no passado”; segundo, o da “aprovação prévia, pelo Congresso, de tratados mediante leis”, o que seria uma inovação, pois, salientou Rezek, nessa hipótese não temos tradição. Esclareceu que seriam leis com este tipo de linguagem:

“Fica o Poder Executivo autorizado a celebrar com todas as nações, indiscriminadamente, ou com as nações da América Latina ou com as do Cone Sul, dependendo do assunto, tratados relativos ao tema extradição, guardando-se fiel obediência aos princípios da lei brasileira de extradição”.

Rezek também criticou a argumentação às vezes apresentada pelo Itamaraty (inclusive pelo próprio Secretário-Geral das Relações Exteriores, Paulo Tarso Flecha de Lima, em audiência anterior, citada acima) de que certas competências são executivas por sua própria natureza e assim como o Poder Executivo, exercendo tais competências, pode baixar decretos no plano interno, igualmente pode celebrar acordos executivos, no plano externo, sem ouvir o Congresso.

O paralelo que se tenta fazer, disse o citado jurista, é, mais ou menos, este:

“Existem matérias sobre as quais o Executivo pode baixar decretos no plano interno? Sim, existem. Sobre estas matérias supomos que o Executivo também possa compactuar internacionalmente sem consultar o Congresso”.

Entretanto, essa tese de que o Governo é livre para pactuar externamente sozinho em todos os temas sobre os quais pode internamente baixar decretos é, segundo Rezek, totalmente errônea. Sobretudo,

“porque os decretos do Executivo, como normas, são sempre emanações do acervo legal congressional”. E exemplificou:

“Quando o Executivo atribui a alguém licenças de pesquisa e lavra mineral está executando aquilo que o Congresso, por lei, disciplinou. Se o Executivo, entretanto, partisse para celebrar tratados, concedendo, a nível internacional, certas franquias de lavra, pesquisa mineral ou coisas semelhantes, estaria criando, com soberanias estrangeiras, um compromisso que não se sabe onde ficaria na hipótese de o Congresso valer-se de sua prerrogativa de mudar a lei. Quando se muda a lei, a cujo arrimo fizeram decretos executivos, muda-se todos estes decretos. Eles perecem, caducam. Mas se tivessem celebrado tratados ao aparente argumento de que a lei existe e concede ao Governo certas prerrogativas executivas, no momento em que o Congresso, mudando de idéia, transformasse o texto da lei, como ficaria o compromisso governamental com soberanias estrangeiras? Ora, o raciocínio só poderia levar a situações de embaraço e de impasse jurídico”.

Para reforçar seu ponto de vista, citou “exemplo caricatural”: ninguém duvida da exclusividade do poder presidencial para nomear e demitir Ministros de Estado sem consulta formal ao Congresso. Nem por isso, frisou Rezek, diríamos que o Presidente da República, no assunto nomeação e demissão de ministros de Estado, é livre para celebrar um pacto internacional, subordinando ao parecer prévio de certa organização internacional, ou de governo estrangeiro, ou da Santa Sé, a nomeação ou destituição de Ministros de Estado.

Depois da participação do ministro José Francisco Rezek, a Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais ouviu ainda sugestões de outras autoridades, mas que não aborda-

ram a questão da competência dos poderes constituídos na celebração de tratados.

#### *B - Anteprojeto do Relator*

A 11 de maio de 1987, o relator da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais da Assembléia Nacional Constituinte, João Hermann Neto, apresentou o seu anteprojeto, que, no tocante ao tema em foco, assim dispunha:

“Artigo 26. Compete privativamente ao Chefe de Estado:

(...)

VI - negociar tratados e outros compromissos internacionais quando autorizados por lei ou por tratado anterior, submetendo-os, nos demais casos, à aprovação do Congresso Nacional, antes de ratificá-los;

VII - ratificar e denunciar tratados e providenciar o depósito de instrumentos de ratificação ou de denúncia junto aos órgãos competentes;

VIII - comunicar ao Congresso Nacional o teor de todos os tratados e compromissos negociados sem necessidade de autorização prévia do Poder Legislativo;

(...)

Artigo 27. Os tratados e convenções sobre direitos do homem, direito humanitário e as convenções internacionais do trabalho serão submetidos pelo Chefe de Estado ao Congresso Nacional no prazo máximo de três meses de sua conclusão e, se aprovados pelo Poder Legislativo, serão obrigatoriamente ratificados pelo Chefe de Estado, no prazo máximo de nove meses.

Parágrafo único. Os tratados e convenções mencionados no *caput* deste artigo não poderão ser denunciados sem aprovação prévia do Congresso Nacional.

Artigo 28. Os tratados e compromissos internacionais que, nos termos do artigo 26, inciso VI, dispensam

aprovação pelo Poder Legislativo, serão comunicados ao Congresso Nacional num prazo de até três meses de sua conclusão.

Parágrafo único. Se se tratar de matéria concernente à segurança nacional, ou de segredo de Estado, só será levada ao conhecimento das Comissões de Relações Exteriores do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, em sessão secreta, a critério do Chefe de Estado.  
(...)

Artigo 30. Compete privativamente ao Congresso Nacional:

(...)

II - resolver sobre os tratados e compromissos internacionais negociados pelo Chefe de Estado, salvo quando previamente autorizados por lei ou tratado;

III - autorizar o Chefe de Estado a denunciar os tratados e convenções sobre direitos do homem, direito humanitário e as convenções internacionais do trabalho;

IV - informar-se de todos os tratados e compromissos internacionais negociados pelo Chefe de Estado e que independam de aprovação prévia do Poder Legislativo para fins de ratificação;

(...)

Artigo 31. O Congresso Nacional, no seu Regimento Interno, estabelecerá normas e procedimentos para a instalação de uma Comissão de Acompanhamento e Fiscalização das Relações Internacionais que o capacitem a exercer de forma eficiente, permanente e ágil a competência que lhe é conferida pelo artigo 30 desta Constituição<sup>30</sup>.

No relatório anexado ao anteprojeto, João Hermann Neto ressaltou que, do seu

<sup>30</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais. Anteprojeto de Constituição. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. p. 3-4.

modo de ver a questão, só a lei autorizativa ou o tratado-quadro aprovado pelo Congresso Nacional, e suscetível de ser complementado por atos dele derivados, podem ser causas legítimas para a não submissão de certos acordos à aprovação legislativa.

Frisou que os compromissos externos precisam passar pelo crivo do Parlamento, não mais se admitindo que acordos do Executivo ou ajustes complementares sejam feitos regularmente, sem conhecimento do órgão fiscalizador, e sem maiores discriminações deles no tocante às obrigações que impõem à Nação.<sup>31</sup>

Depois de distribuído em avulsos, o anteprojeto foi alvo de discussão e emendas dos constituintes, tendo o relator e a Subcomissão acolhido as emendas de Luiz Viana Neto e de Aécio Neves.

O primeiro propôs que os preceitos determinadores da competência do Poder Executivo fizessem referência ao “Presidente da República” e não ao “Chefe de Estado”, pois essa é a tradição do Direito Constitucional Brasileiro.<sup>32</sup>

Aécio Neves, por sua vez, recomendou nova redação ao artigo 30, II, do anteprojeto, que ficaria assim:

“Artigo 30. Compete privativamente ao Congresso Nacional:

(...)

II - aprovar os tratados internacionais celebrados pelo Presidente da República, exceto os que visam simplesmente a executar, aperfeiçoar ou interpretar obrigações ou direitos estabelecidos em tratados preexistentes; os que ajustem a prorrogação de tratados e os de natureza administrativa. O Congresso Nacional será notificado, para seu conhecimento, da celebração destes

<sup>31</sup> Idem, p. 10.

<sup>32</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais. Parecer do Relator sobre as emendas apresentadas ao Anteprojeto. Redação final do Anteprojeto. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. p. 16.

tratados, com indicação precisa de seu caráter e conteúdo, imediatamente após a conclusão dos mesmos”<sup>33</sup>.

Segundo o autor da emenda, é necessário dar maior flexibilidade ao Executivo na conclusão de ajustes internacionais rotineiros, sem importância transcendente ou de natureza administrativa.

Muito provavelmente, Aécio Neves foi buscar inspiração para a referida emenda em sugestão oriunda do Itamaraty, como se pode deduzir sem dificuldade pela leitura atenta da Informação CJ/05, de 21 de outubro de 1985, do consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Antonio Augusto Cançado Trindade (1985, p. 3-4).

Apesar de ter como opinião predominante entre os constituintes, pelo número de sugestões e de emendas recebidas, a de não se admitir que o Executivo seja o juiz da transcendência ou não de certos atos internacionais, o relator da Subcomissão, constituinte João Hermann Neto, opinou pela aprovação da emenda de Aécio Neves, entendendo, porém, que a fixação do elenco de atos internacionais dispensados da aprovação congressional deve ser deixada para um “Comitê Parlamentar de Acompanhamento e Fiscalização das Relações Internacionais”.<sup>34</sup>

*C – Anteprojeto da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais*

A Subcomissão aprovou, por unanimidade, a versão final de seu anteprojeto, em reunião de 22 de maio de 1987.

Os dispositivos concernentes ao assunto em tela foram os seguintes:

“Artigo 26. Compete privativamente ao Presidente da República:  
(...)

<sup>33</sup> Idem, p. 23.

<sup>34</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais. Parecer do Relator sobre as emendas apresentadas ao Anteprojeto. Redação final do Anteprojeto. Op. cit., p. 23.

VI – negociar e celebrar tratados e outros compromissos internacionais quando autorizados por lei ou por tratado anterior, submetendo-os, nos demais casos, à aprovação do Congresso Nacional, antes de ratificá-los;

VII – ratificar e denunciar tratados e providenciar o depósito de instrumentos de ratificação ou de denúncia junto aos órgãos competentes;

VIII – comunicar ao Congresso Nacional o teor de todos os tratados e compromissos negociados sem necessidade de autorização prévia do Poder Legislativo;

(...)

Artigo 27. Os tratados e convenções sobre direitos do homem, direito humanitário e as convenções internacionais do trabalho serão submetidos pelo Presidente da República ao Congresso Nacional no prazo máximo de três meses de sua conclusão e, se aprovados pelo Poder Legislativo, serão obrigatoriamente ratificados pelo Presidente da República no prazo máximo de nove meses.

Parágrafo único. Os tratados e convenções mencionados no *caput* deste artigo não poderão ser denunciados sem aprovação prévia do Congresso Nacional.

Artigo 28. Os tratados e compromissos internacionais que, nos termos do artigo 26, inciso VI, dispensam aprovação pelo Poder Legislativo, serão comunicados ao Congresso Nacional num prazo de até três meses de sua conclusão.

Parágrafo único. Se se tratar de matéria concernente à segurança nacional, ou de segredo de Estado, só será levada ao conhecimento das Comissões de Relações Exteriores do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, em sessão secreta, a critério do Presidente da República.

(...)

Artigo 30. Compete privativamente ao Congresso Nacional:

(...)

II – aprovar os tratados internacionais celebrados pelo Presidente da República, exceto os que visem simplesmente a executar, aperfeiçoar ou interpretar obrigações ou direitos estabelecidos em tratados preexistentes; os que ajustem a prorrogação de tratados e os de natureza administrativa. O Congresso Nacional será notificado, para seu conhecimento, da celebração destes tratados, com indicação precisa de seu caráter e conteúdo, imediatamente após a conclusão dos mesmos;

III – autorizar o Presidente da República a:

a) denunciar os tratados e convenções sobre direitos do homem, direito humanitário e as convenções internacionais do trabalho.

(...)

IV – informar-se de todos os tratados e compromissos internacionais negociados pelo Presidente da República e que independam de aprovação prévia do Poder Legislativo para fins de ratificação.

(...)

Artigo 31. O Congresso Nacional, no seu Regimento Interno, estabelecerá normas e procedimentos para a instalação de um Comitê de Acompanhamento e Fiscalização das Relações Internacionais que o capacitem a exercer de forma eficiente, permanente e ágil a competência que lhe é conferida pelo artigo 30 desta Constituição<sup>35</sup>.

### *2.5. Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*

O anteprojeto da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações

<sup>35</sup> Idem, p. 26-7.

Internacionais convergiu para a Comissão Temática da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Foi, então, objeto de apreciações e críticas de um número mais amplo de integrantes da Assembléia.

Farabulini Júnior chamou a atenção para a circunstância de que o anteprojeto da Subcomissão do Poder Legislativo, já conhecido dos constituintes, traçava normas distintas das fixadas pela Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, no campo da competência para celebrar tratados, pois sujeitava-os ao veredicto do Congresso, sem quaisquer exceções.<sup>36</sup>

O relator da Comissão, José Paulo Bisol, divulgou, a 8 de junho de 1987, seu anteprojeto, regulando a matéria da seguinte maneira:

“Artigo 28. Os tratados e compromissos internacionais dependem da aprovação do Congresso Nacional, excetuados os que visem simplesmente a executar, aperfeiçoar e interpretar os textos de tratados preexistentes, os que ajustem a prorrogação de anteriores e os de natureza meramente administrativa.

§ 1º Os tratados a que se refere a parte final deste artigo serão levados, dentro de trinta dias, ao conhecimento do Congresso Nacional que poderá revogá-los, caso modificarem substancialmente o ato que lhes deu origem”<sup>37</sup>.

Aécio Neves propôs melhorias na redação e no conteúdo do dispositivo, acrescentando-se os acordos que visem simplesmente prorrogar tratados preexistentes aos que visem a executar, a aperfeiçoar e a interpretar, dispensados todos da aprovação do Congresso, e suprimindo-se a parte final do § 1º, onde se lê que o Legislativo

<sup>36</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 79, 18 de junho de 1987, p. 2.

<sup>37</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Parecer e Substitutivo. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. p. 11-2.

“poderá rejeitá-los, caso modificarem substancialmente o ato que lhes deu origem”.

Entendeu que, caso fosse incorporada ao texto, essa possibilidade de rejeição parlamentar eventualmente se constituiria em argumento contra o Brasil, pois países estrangeiros desconfiariam que as negociações em andamento pelo governo nacional poderiam ser, a qualquer tempo, suprimidas pelo Congresso.<sup>38</sup>

O relator, constituinte José Paulo Bisol, aceitou as emendas, considerando que a competência congressional de reativar a discussão de um tratado está implícita no *caput* do artigo 28 do anteprojeto.

Isto é, se o Legislativo entender que o ato internacional levado ao seu conhecimento contiver substanciais modificações daquele ao qual está ligado, poderá rejeitá-lo.<sup>39</sup>

A redação final do anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher da Assembléia Nacional Constituinte, aprovada a 12 de junho de 1987, ficou assim composta:

“Artigo 28. Os tratados e compromissos internacionais dependem da aprovação do Congresso Nacional, excetuados os que visem simplesmente a executar, aperfeiçoar, interpretar ou prorrogar tratados preexistentes e os de natureza meramente administrativa.

§ 1º Os tratados a que se refere a parte final deste artigo serão levados, dentro de trinta dias, ao conhecimento do Congresso Nacional”<sup>40</sup>.

#### 2.6. *Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo*

A Comissão Temática da Organização dos Poderes e Sistema de Governo também

<sup>38</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 87, 2 de julho de 1987, p. 40-1.

<sup>39</sup> Idem, p. 41.

<sup>40</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Anteprojeto da Comissão. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. p. 22.

estudou a divisão de competência em matéria de celebração de tratados internacionais, recebendo, inicialmente, subsídios das Subcomissões do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

#### *A - Anteprojeto da Subcomissão do Poder Legislativo*

O constituinte José Jorge, relator da Subcomissão do Poder Legislativo, sugeriu em seu anteprojeto inicial a seguinte fórmula:

“Artigo 5º É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e acordos internacionais celebrados pelo Presidente da República, bem como sobre os atos deles decorrentes”<sup>41</sup>.

Com essa redação, sustentou José Jorge, pretendia coibir a interpretação que o Executivo tem dado aos dispositivos constitucionais, no sentido de submeter somente os tratados-quadro ao crivo do Parlamento, retirando-lhe a capacidade de interferir, de qualquer forma, sobre os atos deles decorrentes, ainda que estes sejam lesivos aos interesses do País.<sup>42</sup>

A ótica, portanto, era diametralmente oposta à da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais e à da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, supramencionadas.

Houve interessante debate desencadeado por emenda proposta por Fernando Henrique Cardoso, que, segundo Bocayuva Cunha, presidente da Subcomissão do Poder Legislativo, tinha formulação recomendada pelo Ministério das Relações Exteriores.<sup>43</sup>

A redação sugerida era a seguinte:

“Artigo 5º É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

<sup>41</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Subcomissão do Poder Legislativo. Relatório e Anteprojeto. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. p. 7.

<sup>42</sup> Idem, p. 2.

<sup>43</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Suplemento ao nº 103, 24 de julho de 1987, p. 12.

I – resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e acordos internacionais celebrados pelo Poder Executivo, bem como, na forma e nos limites fixados em Decreto Legislativo, sobre todos os atos internacionais que impliquem compromisso de qualquer espécie para o País”<sup>44</sup>.

O constituinte Fernando Henrique Cardoso alegou, em defesa de sua emenda, que, na medida em que se tornam mais densas e complexas, as relações internacionais passaram a gerar uma variedade de atos e documentos oficiais de hierarquia inferior aos tratados, convenções e acordos.

Exigir que todos passem pelo crivo do Poder Legislativo emperraria a condução da política externa.

O próprio Legislativo, no entanto, deve determinar, soberanamente, quais as classes de atos internacionais passarão pelo seu crivo e até onde irá a autonomia do Executivo nessa matéria, concluiu Fernando Henrique Cardoso.<sup>45</sup>

Ao ser examinada a emenda pela Subcomissão, contra ela insurgiu-se o constituinte Itamar Franco.

Criticou o uso da expressão “resolver definitivamente”, que, segundo instou, deve ser substituída por “aprovar previamente”, pois precisa ficar proibida “a praxe que vem sendo adotada pelos órgãos executivos de dar executoriedade provisória aos atos internacionais firmados em nome do País até o final pronunciamento do Congresso Nacional”.

Assim, julgou mais adequada a redação que propôs:

“Artigo 5º É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – aprovar previamente os tratados, convenções, acordos e atos internacionais, firmados *ad referendum* pelo Presidente da República, bem como quaisquer outros instrumentos que tenham por objeto implementá-los”<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> Ibid., p. 13.

<sup>46</sup> Ibid.

Contudo, a Subcomissão rejeitou tanto a emenda de Fernando Henrique Cardoso quanto a de Itamar Franco, prevalecendo a redação do relator, José Jorge, ampliada com outras emendas aprovadas de Eduardo Bomfim e do próprio Itamar Franco, que recomendaram condicionar a vigência dos atos decorrentes de tratados à publicação do respectivo Decreto Legislativo de aprovação.<sup>47</sup>

A redação final do anteprojeto da Subcomissão do Poder Legislativo da Assembléia Nacional Constituinte, aprovada em reunião de 22 de maio de 1987, foi a seguinte:

“Artigo 5º É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e acordos internacionais celebrados pelo Presidente da República, bem como sobre os atos deles decorrentes, que só terão vigência com a publicação do Decreto Legislativo de aprovação”<sup>48</sup>.

#### *B – Anteprojeto da Subcomissão do Poder Executivo*

A Subcomissão do Poder Executivo, determinada a sugerir um sistema de governo parlamentarista para o Brasil, pouca atenção dispensou à competência dos poderes constituídos para celebrar tratados.

No relatório do constituinte José Fogaça, percebe-se desinteresse pelo assunto, pois, enquanto na parte expositiva colocou entre os pontos fundamentais do anteprojeto a regra segundo a qual “compete ao Presidente celebrar tratados internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional,”<sup>49</sup> no texto proposto inseriu preceito dispondo, paradoxalmente, que “compete ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e

<sup>47</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Subcomissão do Poder Legislativo. Relatório Final. Anteprojeto aprovado pela Subcomissão. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. p. 20.

<sup>48</sup> Idem, p. 31.

<sup>49</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Subcomissão do Poder Executivo. Anteprojeto. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. p. 10.



atos internacionais, *ad referendum* do Senado Federal.”<sup>50</sup> E foi com essa última redação que o anteprojeto recebeu o assentimento final da Subcomissão do Poder Executivo, em reunião de 25 de maio de 1987.<sup>51</sup>

### C – Anteprojeto da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo

Os anteprojeto das Subcomissões do Poder Legislativo e do Poder Executivo foram rediscutidos na Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo.

Itamar Franco insistiu que se emendasse o texto, sugerindo as seguintes fórmulas:

“É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

– resolver definitivamente sobre tratados, convenções, acordos e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República, bem como sobre todos os demais instrumentos que vinculem o País externamente a qualquer título, ainda que complementares ou regulamentares de outros já ratificados.”<sup>52</sup>

“Compete privativamente ao Presidente da República:

– celebrar tratados, convenções e quaisquer atos internacionais, sempre *ad referendum* do Senado Federal, vedada a vigência provisória em qualquer hipótese”<sup>53</sup>.

A primeira foi rejeitada pelo relator da Comissão, constituinte Egídio Ferreira Lima, por entender que, se aprovada, “paralisaria as relações internacionais do País e o Congresso Nacional,”<sup>54</sup> e a segunda também não foi aceita, por ser a matéria da competência exclusiva do Congresso e não apenas do Senado.<sup>55</sup>

A disparidade entre os anteprojeto oriundos das Subcomissões do Legislativo

e do Executivo, um submetendo os tratados à aprovação do Congresso e outro exigindo apenas o assentimento do Senado, foi apontada pelo constituinte Bocayuva Cunha, que propôs a correção do equívoco, deixando claro que a matéria entra na esfera da competência do Congresso, isto é, da Câmara dos Deputados e do Senado<sup>56</sup>.

O texto final da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo da Assembléia Nacional Constituinte foi aprovado a 12 de junho de 1987 e não fez alusão aos atos decorrentes de tratados, adotando a seguinte redação:

“Artigo 5º É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e acordos internacionais celebrados pelo Presidente da República;

(...)

Artigo 54. Compete ao Presidente da República, na forma e nos limites desta Constituição:

(...)

XIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, firmar acordos, empréstimos e obrigações externas, *ad referendum* do Congresso Nacional.”<sup>57</sup>

### 2.7. Compatibilização dos Anteprojeto das Comissões Temáticas pela Comissão de Sistematização

A primeira tarefa do relator da Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte, Bernardo Cabral, foi compatibilizar as matérias recebidas das Comissões Temáticas, de modo a apresentar um anteprojeto geral, que servisse para uma visualização de conjunto do trabalho até então desenvolvido.

<sup>50</sup> Idem, p. 16.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Emenda 00887, apresentada a 9 de junho de 1987.

<sup>53</sup> Emenda 00906, apresentada a 9 de junho de 1987.

<sup>54</sup> Parecer sobre a emenda 00887, de 9.6.1987.

<sup>55</sup> Parecer sobre a emenda 00906, de 9.6.1987.

<sup>56</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 118, 8 de agosto de 1987, p. 72.

<sup>57</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. Anteprojeto. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. p. 9 e 26.

No dia 26 de junho de 1987, o relator divulgou o anteprojeto geral de Constituição que, no pertinente à processualística dos atos internacionais, dispunha:

“Artigo 12. Os tratados e compromissos internacionais dependem da aprovação do Congresso Nacional, excetuados os que visem simplesmente a executar, aperfeiçoar, interpretar ou prorrogar tratados preexistentes e os de natureza meramente administrativa.

§ 1º Os tratados a que se refere a parte final deste artigo serão levados dentro de trinta dias ao conhecimento do Congresso Nacional.

(...)

Artigo 99. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver, definitivamente, sobre tratados, convenções e acordos internacionais celebrados pelo Presidente da República;

(...)

Artigo 162. Compete ao Presidente da República, na forma e nos limites desta Constituição:

(...)

XIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, firmar acordos, empréstimos e obrigações externas, *ad referendum* do Congresso Nacional.”<sup>58</sup>

#### 2.8. Projeto do Relator da Comissão de Sistematização. Primeiro e Segundo Substitutivos. Projeto de Constituição (A)

Distribuído o anteprojeto em avulsos, começou prazo para apresentação de emendas.

O artigo 12 foi alvo de várias emendas, visando a inclusão da idéia contida no parágrafo primeiro no *caput* do dispositivo, o que foi aceito pelo relator.

<sup>58</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Anteprojeto de Constituição. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. p. 3-4, 16 e 23.

A 9 de julho de 1987, Bernardo Cabral apresentou o Projeto de Constituição, que prescreveu:

“Artigo 11. Os tratados e compromissos internacionais dependem da aprovação do Congresso Nacional, excetuados os que visem simplesmente a executar, aperfeiçoar, interpretar ou prorrogar tratados preexistentes e os de natureza meramente administrativa, que serão levados, dentro de trinta dias, ao conhecimento do Congresso Nacional.

(...)

Artigo 100. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver, definitivamente, sobre tratados, convenções e acordos internacionais celebrados pelo Presidente da República;

(...)

Artigo 158. Compete ao Presidente da República, na forma e nos limites desta Constituição:

(...)

XIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, firmar acordos, empréstimos e obrigações externas, *ad referendum* do Congresso Nacional”<sup>59</sup>.

Os constituintes analisaram o texto e formularam outras emendas.

O artigo 11 continuou recebendo críticas. Siqueira Campos propôs emenda dispondo exatamente o contrário do que ele estipulava:

“Os tratados internacionais dependem da aprovação do Congresso Nacional, mesmo em se tratando de matéria de interpretação ou prorrogação de tratados preexistentes ou de natureza meramente administrativa”<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Projeto de Constituição (da Comissão de Sistematização). Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. p. 6, 17 e 22.

<sup>60</sup> Emenda nº 19386, apresentada a 13.8.1987.

Embora não tenha sido aprovada, a emenda convenceu o relator a suprimir o artigo 11 do Projeto.

Assim, no primeiro substitutivo que apresentou, em 26 de agosto de 1987, o relator da Comissão de Sistematização eliminou do projeto de 9 de julho o artigo 11 e as expressões “firmar acordos, empréstimos e obrigações externas” do inciso XIII do artigo 158. Ademais, trocou a expressão “resolver definitivamente” por “aprovar ou não” quanto à competência do Congresso Nacional no terreno dos tratados internacionais.

O primeiro substitutivo apresentou, então, a seguinte fórmula:

“Artigo 77. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - aprovar ou não tratados, convenções e acordos internacionais celebrados pelo Presidente da República;

(...)

Artigo 115. Compete ao Presidente da República, na forma e nos limites desta Constituição:

(...)

XII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, referendado pelo Congresso Nacional.”<sup>61</sup>

Em seguida, diante da possibilidade de emendar-se o texto mais uma vez, foi apresentada importante proposição pelo constituinte Octávio Elísio, recomendando nova redação ao artigo 77, I, que viria a permanecer, com poucas alterações, até a conclusão dos trabalhos da Assembléia.

Segundo Octávio Elísio, deveria ficar estabelecido que é da competência exclusiva do Congresso Nacional:

“aprovar, ou não, tratados, convenções e acordos internacionais celebrados pelo Presidente da República, ou atos assinados por autoridade governamental que acarretem en-

cargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”<sup>62</sup>.

Alegou em sua justificativa que é imperiosa a aprovação congressional para os compromissos de endividamento externo do País e não apenas para os tratados internacionais.

O relator acolheu a emenda, com a redação do segundo substitutivo, que apresentou no dia 15 de setembro de 1987:

“Artigo 55. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - aprovar ou não tratados, convenções e acordos internacionais celebrados pelo Presidente da República ou atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

(...)

Artigo 91. Compete ao Presidente da República:

(...)

XII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional”<sup>63</sup>.

O Projeto de Constituição (A), apresentado em 24 de novembro de 1987, pela Comissão de Sistematização, para ser apreciado em primeiro turno pela Constituinte, manteve, no tema ora analisado, a mesma redação do segundo substitutivo do relator, com mínimas alterações no dispositivo que fixa a competência do Presidente:

“Artigo 59. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - aprovar ou não tratados, convenções e acordos internacionais celebrados pelo Presidente da República ou atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

(...)

<sup>61</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição. Substitutivo do Relator. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. p. 26 e 30.

<sup>62</sup> Emenda nº 23587, apresentada a 2.9.1987.

<sup>63</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição. Substitutivo do Relator (Segundo). Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. p. 41 e 48.

Artigo 95. Compete ao Presidente da República, na forma e nos limites desta Constituição:

(...)

XIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, com o referendo do Congresso Nacional”<sup>64</sup>.

## 2.9. Primeiro turno de discussão e votação em plenário. Projeto de Constituição (B)

Mediante a aprovação da Resolução nº 3, de 5 de janeiro de 1988, que alterou as regras regimentais, o plenário da Constituinte passou a deliberar, no primeiro turno, sobre dois textos básicos alternativos: o Projeto de Constituição (A) da Comissão de Sistematização e o substitutivo ao mesmo apresentado pelo grupo parlamentar conhecido como “Centrão”, embora em algumas partes tenham prevalecido outras emendas coletivas e também individuais.

O substitutivo do Centrão disciplinou a faculdade do Legislativo de examinar os atos internacionais da seguinte forma:

“Artigo 58. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – aprovar, ou não, tratados e acordos internacionais ou atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”<sup>65</sup>.

As diferenças deste com relação ao texto do Projeto de Constituição (A) consistem na supressão do termo “convenções”, falando apenas em tratados e acordos, e na eliminação da expressão “celebrados pelo Presidente da República”.

O plenário optou pelo texto do substitutivo do Centrão, em votação efetuada a 15 de março de 1988.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Projeto de Constituição (A) da Comissão de Sistematização. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. p. 31 e 47.

<sup>65</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Estudo comparativo correlacionando o Projeto de Constituição (A) com as emendas do “Centrão” e as demais emendas do Plenário com os destaques apresentados. Título IV – Da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. p. 12.

<sup>66</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 16 de março de 1988, p. 8.472.

Com a aprovação do projeto do Centrão, duas emendas individuais ficaram prejudicadas e não foram apreciadas pelo plenário. Contudo, merecem ser mencionadas. São as seguintes: 1) emenda do constituinte Aloysio Chaves, propondo a supressão do termo “convenções”, pois é sinônimo de “tratados”, e recomendando revisão geral do projeto neste particular, de modo que não fossem empregadas palavras diferentes para expressar o mesmo objeto jurídico;<sup>67</sup> 2) emenda do constituinte Roberto Campos, recomendando suprimir a referência a “atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, uma vez que existem certas operações de crédito e atos internacionais, como crédito de fornecedores, financiamentos de importações, exportações, acordos de créditos recíprocos e outros, realizados pelo Banco Central, Petrobrás, Vale do Rio Doce, etc., que requerem pronta deliberação, não podendo ficar ao aguardo de uma autorização congressional, sob pena de se interromper todo o processo produtivo.<sup>68</sup>

O dispositivo do Projeto de Constituição (A) sobre a competência do Presidente da República para celebrar tratados igualmente não foi aprovado pelo plenário da Assembléia, que preferiu sufragar a fusão de duas emendas: a emenda coletiva nº 2P01830-1, subscrita, em primeiro lugar, pelo constituinte Humberto Lucena, e a emenda individual nº 2P00093-2 do constituinte Maurílio Ferreira Lima.<sup>69</sup>

O texto, aprovado em sessão de 22 de março de 1988, retomou a fórmula tradicional de constituições republicanas brasileiras anteriores ao dispor no *caput* sobre a competência “privativa” do Presidente da República e foi mantido até a redação final:

<sup>67</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Projeto de Constituição (A). Emendas oferecidas em Plenário. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. v. I, p. 17-8.

<sup>68</sup> Idem, p. 311.

<sup>69</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 23 de março de 1988, p. 8.733-47.

“Artigo 95. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”<sup>70</sup>.

No dia 5 de julho de 1988, o relator geral apresentou o Projeto de Constituição (B) para ser apreciado em segundo turno de discussão e votação.

Embora garantindo, na apresentação do Projeto, que se preocupava em “guardar absoluto respeito à integridade do conteúdo das fórmulas literais normativas aprovadas no primeiro turno, promovendo alterações de linguagem e na colocação dos dispositivos no corpo do texto somente nos casos em que a aplicação das regras técnico-normativas não implicassem mudanças capazes de despertar a idéia de haver modificado o sentido das normas,”<sup>71</sup> o relator geral em verdade modificou o texto do artigo pertinente à competência do Congresso para deliberar acerca de tratados internacionais, substituindo a expressão “aprovar ou não” por “resolver definitivamente”, alegando no relatório que esta lhe “pareceu a mais adequada”.<sup>72</sup>

O texto do Projeto de Constituição (B) ficou redigido da seguinte maneira:

“Artigo 50. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

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

(...)

Artigo 86. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”<sup>73</sup>.

2.10. Segundo turno de discussão e votação em plenário. Projeto de Constituição (C)

O Projeto (B) foi alvo de duas emendas individuais, no segundo turno de discussão e votação, formuladas por Roberto Campos e Acival Gomes, respectivamente.

Roberto Campos insistiu na supressão das expressões “atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, enquanto Acival Gomes propôs a supressão do termo “gravosos”, apenas.

As expressões cuja eliminação sugeriu representam, no entender de Roberto Campos, indébita interferência legislativa, inviabilizando a execução de atos ordinários de gestão, que cabe ao Executivo efetuar, ao Legislativo fiscalizar e ao Judiciário punir, em caso de malversação.<sup>74</sup>

Acival Gomes argumentou que a redação do Projeto (B) estabeleceu restrição incabível ao exercício da competência do Congresso Nacional, excluindo da sua apreciação os tratados e acordos internacionais ou atos que não sejam “gravosos” ao patrimônio nacional, segundo a interpretação que venha a ser dada pelas autoridades celebrantes desses atos. Para evitar essa discriminação geradora de ambigüidades e estabelecer a competência do Congresso Nacional para resolver sobre todo e qualquer tratado, acordo ou ato que acarrete encargos ou compromissos ao patrimônio nacional, gravosos ou não, torna-se necessário eliminar da redação do texto a palavra “gravosos”, como propôs.<sup>75</sup>

O constituinte Bernardo Cabral, relator geral, recomendou à Assembléia a aprovação de ambas as emendas, na forma proposta por Roberto Campos, isto é, suprimindo-se as expressões “atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.<sup>76</sup>

<sup>70</sup> Idem, p. 8.734.

<sup>71</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Projeto de Constituição (B). Segundo Turno. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. p. 3.

<sup>72</sup> Idem, p. 9.

<sup>73</sup> Idem, p. 52 e 70.

<sup>74</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Secretaria-Geral da Mesa. Projeto de Constituição (B). Emendas oferecidas em Plenário. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. p. 172.

<sup>75</sup> Idem, p. 187.

<sup>76</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Secretaria-Geral da Mesa. Projeto de Constituição (B). Parecer

No plenário, Roberto Campos defendeu a emenda, alegando que as aludidas expressões configuram exorbitância nas atribuições do Poder Legislativo, pois invadem a esfera do Executivo, ao atingirem atos ordinários de gestão interna e não apenas compromissos internacionais do Estado soberano.

Além do mais, disse Campos, o dispositivo é inexequível, pois, muitas vezes, somente *a posteriori* se pode apurar a gravosidade ou lucratividade de um ato qualquer. Essa descoberta *a posteriori* resulta, por exemplo, de acidentes imprevistos de mercado, ou de variação de moedas, no caso de empréstimos.

Exemplificou com o Acordo Nuclear do Brasil com a Alemanha que foi inicialmente aplaudido pelo Congresso. Ninguém imaginava que se tornaria um ato profundamente gravoso, em virtude de simples acidente de mercado, de vez que a moeda, o marco, na qual os empréstimos foram contratados, experimentou extraordinária valorização relativamente à nossa moeda mais corrente na contratação de empréstimos, que é o dólar norte-americano.

Assim, um ato patriótico, *a priori*, tornou-se, *a posteriori*, extremamente gravoso.

É impossível, destarte, definir-se, *a priori*, quais são os atos ou compromissos gravosos para o patrimônio nacional, e essa disposição, se aprovada, seria, segundo Roberto Campos, “condenada a um esquecimento tumular” posto que o Poder Executivo ficaria manietado em suas ações de gestão ordinária.<sup>77</sup>

Bernardo Cabral opinou, em plenário, pela aprovação da emenda, alegando que efetivamente há certas operações de crédito externo que não podem ficar dependentes de autorização do Congresso, sob pena de graves consequências ao processo produtivo.<sup>78</sup>

do Relator sobre as Emendas oferecidas em Plenário. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. p. 140 e 153.

<sup>77</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 27 de agosto de 1988, p. 13.273.

<sup>78</sup> Idem.

Apesar do parecer favorável do relator, a emenda foi rejeitada pelo plenário, em 26 de agosto de 1988, permanecendo, portanto, a redação integral do Projeto (B).<sup>79</sup>

O Projeto de Constituição (C), apresentado pela Comissão de Redação da Assembléia Nacional Constituinte, após a aprovação completa do texto, em segundo turno, no dia 2 de setembro de 1988, manteve, assim, no tocante à processualística dos acordos internacionais, idêntica redação à do Projeto (B):

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

I - resolver definitivamente sobre tratados e acordos internacionais ou atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

(...)

Artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”<sup>80</sup>.

#### 2.11. Comissão de Redação. Projeto de Constituição (D)

Iniciado prazo para propostas de alterações exclusivamente de redação, dois constituintes apresentaram emendas por escrito ao artigo 49, I, do Projeto (C):

1) Carlo De’Carli sustentou que o dispositivo se refere à competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre atos internacionais. E, na forma como ficou redigido, conferiu ao Congresso a faculdade de resolver definitivamente sobre tratados e acordos internacionais, ou atos, não necessariamente internacionais, que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Necessá-

<sup>79</sup> Ibid., p. 13.274.

<sup>80</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Comissão de Redação. Projeto de Constituição (C). Redação final. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. p. 37 e 53.

rio, pois, restabelecer o escopo verdadeiro do texto, que é o de submeter ao Congresso os atos internacionais gravosos ao patrimônio nacional. Assim, sugeriu a substituição do inciso I do artigo 49 pelo seguinte texto:

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

I – resolver definitivamente sobre tratados ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”<sup>81</sup>.

2) Marco Maciel, percebendo também que a fórmula original enseja o entendimento de que os atos que acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional são inclusive os de ordem interna (operações de crédito, alienação de bens públicos, etc.), o que manifestamente não é o caso, propôs nova redação:

“Artigo 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”<sup>82</sup>.

O constituinte Paes Landim, por outro lado, formulou verbalmente proposta de alteração, igualmente do texto do artigo 49, I, na quarta reunião da Comissão de Redação, em 14 de setembro de 1988, considerando não ser de boa técnica constitucional o uso do termo “gravosos”, e recomendando a seguinte composição:

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

I – resolver definitivamente sobre tratados e acordos internacionais ou atos que acarretem encargos ou compromissos para as finanças do Estado ou para o patrimônio nacional”<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Comissão de Redação. Projeto de Constituição (C). Propostas exclusivamente de redação. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. p. 29.

<sup>82</sup> Idem, p. 30.

<sup>83</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento “B” ao nº 307, 23 de setembro de 1988, p. 116.

A Comissão de Redação apreciou de imediato a emenda proposta pelo constituinte Paes Landim.

O presidente da Comissão e da própria Assembléia Constituinte, Ulysses Guimarães, opinou que, tendo sido objeto de emendas rejeitadas pelo plenário, o texto não poderia ser alterado na Comissão.<sup>84</sup>

Roberto Freire, por sua vez, sublinhou que a menção no texto aos atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos objetivou fazer com que os acordos com o Fundo Monetário Internacional passassem necessariamente pelo Congresso. Buscou-se outra fórmula melhor, durante os trabalhos de elaboração constitucional, que garantisse a apreciação dos referidos acordos pelo Congresso, sem necessidade de empregar a expressão “gravosos ao patrimônio nacional”, mas, conforme Roberto Freire, não fora encontrada.<sup>85</sup>

Bonifácio de Andrada sugeriu passar o qualificativo “internacionais” para depois de “atos”,<sup>86</sup> ficando a redação idêntica à da emenda proposta por Marco Maciel, isto é:

“Artigo 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”.

Adolfo Oliveira, porém, apresentou objeção que liquidou, naquele momento, com tal formulação, argumentando que podem existir tratados de mais alta relevância que não são gravosos em termos financeiros, como, por exemplo, convenções internacionais sobre direitos humanos. Se a gravosidade dos atos for generalizada para os tratados e acordos, não irão mais ao Congresso, para a devida aprovação, tratados que comprometam o Brasil mas que não importem em ônus ou despesas.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> Idem.

<sup>85</sup> Ibid., p. 116-17.

<sup>86</sup> Ibid., p. 117.

<sup>87</sup> Ibid.

Imediatamente, o relator concordou com a objeção e o presidente deu o veredito, rejeitando qualquer alteração no artigo 49, inciso I: “Vamos manter o texto!”.<sup>88</sup>

Transcorridas apenas mais duas sessões, a Comissão voltou a examinar a matéria, na sétima reunião, de 20 de setembro, quando entrou em pauta a emenda proposta por Marco Maciel, que havia sido destacada.

A pretensão de Maciel, como já visto, era no sentido de deslocar o qualificativo “internacionais” para depois de “atos”, como recomendara também Bonifácio de Andrada, sem lograr êxito, na quarta reunião.

O relator, Bernardo Cabral, lembrou-se imediatamente da decisão anterior e disse que a Comissão já resolvera não aceitar essa modificação.

Bonifácio de Andrada contestou, alegando que não houvera deliberação, mas tão-somente discussão.

Surpreendentemente, após curto debate, Ulysses Guimarães sentenciou: “Com a concordância do relator, aprovado!”.<sup>89</sup>

Assim, o texto do Projeto de Constituição (D), apresentado pela Comissão de Redação, a 20 de setembro, para deliberação final da Assembléia Nacional Constituinte, foi o seguinte:

“Artigo 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;

(...)

Artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> Ibid., p. 163.

<sup>90</sup> Assembléia Nacional Constituinte. Comissão de Redação. Projeto de Constituição (D). Redação final. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. p. 36 e 51.

No espaço de seis dias, a Comissão de Redação, a quem competia apenas cuidar dos aspectos formais, da técnica legislativa e da correção de linguagem do texto e que, como declarou Ulysses Guimarães, “não podia exorbitar das suas funções”,<sup>91</sup> alterou substancialmente o conteúdo do artigo 49, inciso I.

#### 2.12. *Votação final. Constituição promulgada a 5 de outubro de 1988*

O projeto (D) foi submetido a votos dos constituintes, em bloco, na sessão plenária de 22 de setembro de 1988.

Houve protestos contra alterações promovidas pela Comissão de Redação.

Domingos Juvenil manifestou sua indignação por constatar mudanças de mérito ao cotejar os textos dos Projetos (C) e (D).<sup>92</sup>

Theodoro Mendes votou favoravelmente ao Projeto (D), mas, em declaração de voto por escrito, registrou seu protesto “contra a atuação da Comissão de Redação que, sob o pretexto regimental de consertar erros de linguagem, incluiu matéria não submetida a plenário e, portanto, não votada pela Assembléia Nacional Constituinte”.<sup>93</sup>

Contudo, era tarde para promover alterações. O Projeto (D) foi aprovado por 474 votos a favor, 15 contra e 6 abstenções,<sup>94</sup> e promulgado, como nova Constituição da República Federativa do Brasil, a 5 de outubro de 1988, dispondo quanto à celebração de tratados internacionais:

“Artigo 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;

<sup>91</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento “B” ao nº 307, 23 de setembro de 1988, p. 7.

<sup>92</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 23 de setembro de 1988, p. 14.278.

<sup>93</sup> Ibid., p. 14.359.

<sup>94</sup> Ibid., p. 14.321.



(...)  
Artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)  
VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional<sup>95</sup>.

### 3. *Interpretações doutrinárias*

A decepção dos juristas, principalmente com o artigo 49, I, logo se tornou conhecida.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1992, p. 21) constatou “redação inadequada”; José Sette Câmara (1987-1989), “texto confuso”; Oscar Dias Corrêa (1991, p. 122), “letra defeituosa”.

A redação “não foi das mais felizes”, afirmou Celso de Albuquerque Mello (1994, p. 227); “não prima pela clareza”, concluiu Elcias Ferreira da Costa (1989, p. 115); “manteve-se fiel à nossa má tradição constitucional na matéria, não tendo nem mesmo incorporado no texto os poucos avanços contidos no Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização”, declarou João Grandino Rodas.

Efetivamente, a Constituição de 1988 perdeu a oportunidade para disciplinar de forma moderna e clara a competência para celebrar tratados e ampliou ainda mais as divergências sobre o tema.

Os comentários divulgados pelos doutrinadores, a propósito dos artigos 49, I, e 84, VIII, demonstram que continuam existindo duas vertentes no pensamento jurídico brasileiro sobre a interpretação das normas constitucionais relativas à competência para celebrar tratados:

1 – a vertente doutrinária que se pronuncia pela compulsoriedade absoluta da deliberação do Legislativo para todos os acordos internacionais celebrados pelo Executivo;

2 – a vertente doutrinária que se pronuncia pela admissibilidade da

celebração de certos acordos internacionais unicamente pelo Executivo, sem aprovação congressional.

Na primeira vertente, filiaram-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Cretella Júnior, Pinto Ferreira, Luís Ivani de Amorim Araújo, Oscar Dias Corrêa, Elcias Ferreira da Costa e Roberto de Bastos Lellis.

A segunda recebeu a adesão de Celso de Albuquerque Mello, Guido Fernando Silva Soares, José Francisco Rezek, José Sette Câmara, Antonio Augusto Cançado Trindade e Vicente Marotta Rangel.

#### 3.1. *A Constituição exige a aprovação do Congresso para todos os acordos internacionais*

Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1992, p. 21), o intento do artigo 49, I, é nítido: sujeitar à aprovação do Congresso Nacional todo ato internacional que acarrete encargo ou gravame para o patrimônio nacional, isto é, que traga ônus para o País.

Mas acrescentou:

“A redação, inadequada, deste inciso, não importa em excluir, como parece, a necessidade de aprovação, por parte do Congresso Nacional, de atos internacionais, celebrados pelo Presidente da República, como tratados e convenções, que não pesem diretamente sobre o patrimônio nacional. Cumpre lembrar que o artigo 84, VIII, prevê tal aprovação, ‘referendo’ como diz”.

Assim, concluiu o referido jurista que, em face do Direito pátrio,

“a vontade do Estado brasileiro, relativamente a atos internacionais, inclusive a tratados e a convenções, surge de um ato complexo, onde se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os ratifica” (Idem).

A necessidade de todos os tratados celebrados pelo Presidente da República serem apreciados pelo Congresso Nacional

<sup>95</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento ao nº 308, 6 de outubro de 1988, p. 10 e 14.

- e não apenas os que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional - é, na opinião de Luís Ivani de Amorim Araújo (1992, p. 43), um “impe-rativo categórico”.

José Cretella Júnior (1991, p. 2.907), por sua vez, sustentou que os tratados, convenções, atos internacionais não adentram, no mundo jurídico, como atos perfeitos e acabados, sem o referendo ou chancela do Congresso Nacional.

Os acordos em forma simplificada me-receram especificamente a atenção de Pinto Ferreira (1992, p. 570), que asseverou, nos seus Comentários:

“(…) é necessária a aprovação dos acordos executivos pelo Congresso Nacional, salvo emenda constitu-cional que discipline a matéria, como na França”.

O objetivo do texto constitucional, se-gundo Oscar Dias Corrêa (1991, p. 122), foi o de conferir competência ao Congresso Nacional para examinar e aprovar, ou não, todos os atos internacionais firmados pelo Executivo.

A letra do inciso I do artigo 49 é defeitu-osa quando refere encargos ou compromi-ssos gravosos ao patrimônio nacional.

O legislador constituinte, supõe Oscar Dias Corrêa (1991, p. 121-122), pretendeu dizer encargos ou compromissos que envolvam ônus, gravames, para o patrimônio nacional, porque o adjetivo “gravosos” já envolve julgamento, juízo de valor: o Congresso só cuidaria dos que fossem “gravosos” ao patrimônio nacional, o que não é a finalidade do dispositivo.

Acrescentando aos tratados e convenções, os “atos que acarretem encargos ou compro-missos gravosos ao patrimônio nacional”, o legislador constituinte teve em vista atos que dizem respeito a entendimentos de natureza econômico-financeira, envolvendo graves compromissos do País no exterior.

Como surgiram dúvidas sobre a regula-ridade de acordos e compromissos firma-dos em anos anteriores pelo Governo (acor-

dos com o FMI, BID, Clube de Paris), tanto que, no artigo 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ficou determi-nado o exame dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro, o legis-lador constituinte de 1988 decidiu armar o Congresso de poderes para examiná-los e resolver definitivamente sobre eles.

Elcias Ferreira da Costa (1989, p. 115) advertiu, igualmente, que, se a oração “que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” fosse entendida como cláusula restritiva, ficari-ariam por fora da competência deliberativa do Congresso quaisquer outros tratados, acordos ou atos cujo objeto não implicasse encargo gravoso ao patrimônio nacional, o que não terá sido o sentido objetivado pelo legislador constituinte.

Roberto de Bastos Lellis destacou que as questões da dívida externa inspiraram os constituintes na redação do inciso I do artigo 49:

“(…) o passado recente mostrou a ne-cessidade de intensificar o controle do Executivo pelo Legislativo nas ques-tões que impliquem compromissos internacionais, controle esse que não deve ficar restrito apenas aos trata-dos, aos acordos e a outros atos mais convencionais, mas, também, que se estenda às operações de crédito e aos contratos de qualquer natureza que criem obrigações onerosas que venham a comprometer a riqueza nacional.” (BONFIM, 1990, p. 231)

### *3.2. Certos acordos internacionais podem ser concluídos pelo Executivo sem necessidade de aprovação congressional*

Os dispositivos da Constituição de 1988 não mudaram as opiniões de Celso de Albuquerque Mello, de Guido Fernando Silva Soares e de José Francisco Rezek sobre a competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados.

Celso (1994, p. 276) continuou susten-tando que “os acordos do Executivo são plenamente admissíveis”.

Guido Soares (1991, p. 506-507) manteve a opinião de que existe um entendimento implícito entre o Executivo e o Legislativo de que os acordos de implementação de outros mais gerais, aprovados pelo Congresso, podem ser celebrados em forma simplificada.

Rezek (1995, p. 66-68) conservou sua tese da admissibilidade de acordos executivos no sistema brasileiro de celebração de tratados em duas hipóteses: o acordo executivo como subproduto de tratado vigente e como expressão da diplomacia ordinária.

A teoria da existência de um costume no Brasil, autorizando o Executivo a concluir acordos em forma simplificada, foi novamente defendida, desta vez, por José Sette Câmara.

Declarou o antigo Juiz da Corte Internacional de Justiça:

“O fato é que se consolidou uma norma costumeira, que legitimou os acordos executivos ao longo de quase um século de prática constante e coerente, sem que jamais o Legislativo contestasse a iniciativa do Poder Executivo na conclusão, promulgação e publicação de acordos em forma simplificada, sem a sua concomitante aprovação. O silêncio complacente do Congresso afasta qualquer dúvida sobre a legalidade do processo de conclusão de acordos executivos, sem necessidade de aprovação legislativa” (CÂMARA, 1987, p. 66).

A decisão sobre a submissão de um acordo internacional ao Congresso é tomada pelo Executivo, considerando a substância do acordo.

Quando versar matéria pertinente à esfera de competência do Executivo, o acordo é concluído sem necessidade de aprovação parlamentar, asseverou Sette Câmara.

A Constituição de 1988, estabelecendo que compete ao Congresso Nacional “resolver definitivamente” sobre os tratados ou atos internacionais que “acarretem

encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, afastou-se da regra tradicional de que todos os tratados, exceto os acordos executivos, ficam submetidos ao regime da aprovação legislativa, para fins de ratificação.

Encargo é palavra vaga, que pode incluir toda a espécie de obrigações.

Mas, lido o artigo 49, inciso I, na estrita significação das palavras, os “encargos” visados são os que afetam o “patrimônio nacional”, da mesma maneira que os “compromissos gravosos”.

Assim, concluiu Sette Câmara (1987, p. 73):

“(…) parece evidente que o Congresso Nacional só tem competência exclusiva para ‘decidir definitivamente’ sobre tratados e atos internacionais quando esses ‘acarretem encargos e compromissos gravosos ao patrimônio nacional’. A decisão sobre qualquer outro tratado, por maior que seja a sua importância, passa a ser da competência exclusiva do Executivo. Se o ‘patrimônio nacional’ não for de qualquer modo atingido, o Executivo tem as mãos livres para ratificar qualquer tratado independentemente de aprovação legislativa”.

Reconheceu José Sette Câmara que os constituintes certamente visaram limitar a liberdade do Executivo para a conclusão de acordos na área financeira internacional, sem audiência do Legislativo, como sempre se fez.

Mas, com esse objetivo em mente,

“operaram uma revolução no nosso processo de conclusão de tratados e presentearam o Executivo com a liberdade ampla de ratificar sem o referendo do Congresso Nacional qualquer tratado que não envolva encargos ou compromissos gravosos para o patrimônio nacional” (Idem).

O referendo do Congresso Nacional, previsto no artigo 84, VIII, ficou restrito a essa última categoria de tratados.

Essa conclusão, admitiu José Sette Câmara (1987, p. 74), é “desconcertante” e provavelmente “será repudiada pelos autores do confuso texto”.

Entretanto, insistiu que “a regra *inclusio unius exclusio alterius* não foi ainda revogada, nem mesmo pelos constituintes de 1988”.

Em circunstanciado parecer, emitido na qualidade de consultor jurídico do Itamaraty, Antonio Augusto Cançado Trindade (1989, p. 9) enfatizou que a prática constitucional do Ministério das Relações Exteriores, atinente à celebração de atos internacionais, não se afasta da prática dos Países democráticos da Europa Ocidental sobre a matéria.

Cançado Trindade (1989, p. 9-10) endossou os argumentos desenvolvidos por José Sette Câmara, filiando-se, destarte, à linha do pensamento “internacionalista” de Hildebrando Accioly e outros, aduzindo um novo argumento: enquanto o artigo 84, VIII, da Constituição de 1988 refere-se a “tratados, convenções e atos internacionais”, o artigo 49, I, fala de “tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Assim, os constituintes de 1988, ao inserirem no artigo 49, I, da Constituição a expressão “atos internacionais” precedida de “ou”, teriam tido em mente os “atos internacionais” equiparáveis por sua matéria e substância aos “tratados” e “convenções”, e não evidentemente todo e qualquer expediente do Ministério das Relações Exteriores em seus contatos por escrito com as Chancelarias de outros Países.

Não seria uma desconsideração para com o Congresso Nacional, perguntou Cançado Trindade, onerá-lo com todo e qualquer ajuste relativo a acordos já por ele aprovados, que a estes dê tão-somente execução, sem revisá-los ou modificá-los?

Se o Congresso “insistir em sustentar posição contrária, haverá então ele – que mal encontra tempo para examinar os ‘tratados e convenções’ submetidos ao seu

crivo – que assumir a responsabilidade pelas conseqüências de sua atitude”, concluiu Antonio Augusto Cançado Trindade (Idem, p. 10).

Vicente Marotta Rangel (1990, p. 7), sucedendo a Cançado Trindade na consultoria jurídica do Itamaraty, também teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema, ao emitir parecer a respeito da necessidade, ou não, de ser submetido ao Congresso Nacional um acordo celebrado com a Venezuela sobre circulação de turistas.

Em trabalhos doutrinários, Marotta Rangel (1960, p. 253-271; 1965, p. 11-20; 1983, p. 537-550) já havia-se debruçado sobre a matéria, na vigência de Constituições anteriores, propugnando para que a Lei Suprema do Brasil tivesse disposições claras e precisas sobre a esfera de competência dos poderes constituídos no âmbito da formação dos compromissos internacionais.

O fato de a consulta ter sido formulada indica, segundo Vicente Marotta Rangel (1990, p. 1), que malogrou a expectativa de que a nova Constituição eliminasse dúvidas sobre a delimitação de competência entre o Executivo e o Legislativo na conclusão de atos internacionais.

A Constituição de 1988 manteve o texto de 1969 quanto à competência do Presidente da República: “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (artigo 84, VIII).

Mas há modificações no tocante ao referendo do Congresso Nacional.

O artigo 49, I, estatui competir exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Marotta Rangel assinalou, de imediato, duas dissonâncias entre as disposições dos artigos 84, VIII, e 49, I, da Constituição de 1988.

Aquele a referir-se a “tratados, convenções e atos internacionais”, este a mencionar

“tratados, acordos ou atos internacionais” (Idem).

Um submete ao Congresso Nacional “tratados, convenções e atos internacionais” (artigo 84, VIII), outro submete-lhe “tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (artigo 49, I).

Desse modo, a questão da delimitação de competência entre o Presidente da República e o Congresso Nacional em matéria de conclusão de atos internacionais teria alcançado solução surpreendente e, de certo modo, inédita no Direito Constitucional Comparado.

O critério da delimitação seria o dos “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”?

Somente quando os acarretasse é que um tratado, acordo ou ato internacional deveria ser submetido à decisão do Legislativo?

A antinomia entre os artigos 84, VIII, e 49, I, da Constituição de 1988 é, conforme Marotta Rangel, apenas aparente.

Essa conclusão se arrima em três espécies de argumentação:

1<sup>a</sup> - Razões hermenêuticas. Todo ordenamento jurídico se guia, em princípio, por sistema coerente e harmônico. A mente do legislador se norteia por critérios de lógica e por objetivos de bem comum. Logo, há de entender-se das disposições dos artigos 84, VIII, e 49, I, da Constituição, que os “tratados, convenções e atos internacionais” precisam ser submetidos ao Congresso Nacional, dando-se, porém, especial ênfase à submissão dos “tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

2<sup>a</sup> - Razões históricas. O período da feitura da Constituição foi bastante influenciado por discussões sobre a juridicidade dos acordos de empréstimos, que levaram ao crescimento

assustador da dívida externa. Reflexo dessas preocupações, a emenda do constituinte Octavio Elísio, reiterando a competência do Congresso para resolver sobre tratados, acordos ou atos internacionais, adicionou ao preceito os atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Visou, com isso, modificar a situação de aprovação dos compromissos de endividamento externo do País, até então não sujeitos à aprovação legislativa. Dos motivos inspiradores da emenda se infere o propósito de enfatizar a competência do Congresso em relação a um tipo específico de ato internacional e não o propósito de subtrair dessa competência atos internacionais que não acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Ademais, dominava na Constituinte o propósito de prestigiar o Congresso.

3<sup>a</sup> - Razões propriamente constitucionais. Cabe ao Congresso Nacional exercer o Poder Legislativo e dispor, com a sanção do Presidente da República, sobre todas as matérias de competência da União, arroladas na Constituição Federal (artigos 44, 48, 21, 22). Ora, os tratados internacionais promulgados se incorporam à ordem jurídica interna, não havendo nenhuma dúvida de que modificam leis anteriores, que lhes sejam contrárias (e mesmo, segundo parte da doutrina, prevalecem sobre leis posteriores antagônicas). Assim, os acordos internacionais, mesmo quando não acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, devem ser submetidos ao Congresso Nacional, desde que introduzam normas no ordenamento jurídico interno ou as modifiquem.

Vicente Marotta Rangel (1990, p. 5-6) concluiu que:

“Ao Congresso Nacional não se devem submeter apenas os tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Então, perguntou o aludido jurista: “Deve-se concluir que todos os tratados, acordos ou atos internacionais devam ser submetidos ao Congresso Nacional?”. “Não”, respondeu, “por vezes, esses tratados, acordos ou atos internacionais remanescem na esfera do Poder Executivo” Idem, p. 6).

Isso ocorre, do ponto de vista de Marotta Rangel, nos seguintes casos:

- a) acordos de armistício negociados por comandantes militares no limite de suas atribuições;
- b) acordos de mera interpretação ou de mera suplementação de anteriores, já aprovados pelo Poder Legislativo;
- c) *modus vivendi* ou *pactum de contrahendo*, ou seja, acordos que se restringem à declaração e à formulação de bases de futuras negociações;
- d) acordos caracterizados por reversibilidade, isto é, a “possibilidade de sua desconstituição por vontade unilateral, expressa em comunicação à outra parte sem delongas” (apud REZEK, 1995, p. 68).

#### 4. Conclusão

O método de interpretação filológica, que procura estabelecer o sentido das normas jurídicas com base no significado literal das palavras que as expressam possui importância relativa na ótica da moderna Hermenêutica do Direito.

A Escola da Exegese, que via o intérprete como escravo da lei e as palavras desta como fator de grande relevância para a interpretação jurídica, está superada.

Considera-se, atualmente, que o sentido e o alcance das normas jurídicas devem ser determinados com o auxílio de elementos de natureza histórica, lógica, sistemática,

sociológica, filosófica, além do elemento filológico.

O método lógico-sistemático procura o sentido das normas por meio do exame lógico das palavras e mediante investigação das condições e fundamentos de sua origem e elaboração, de modo a determinar a *ratio* ou *mens* do legislador.

Buscando reconstruir a intenção ou o pensamento do legislador, para fixar a vontade precisa da lei, o método lógico possui prolongamentos históricos e teleológicos.

A interpretação sistemática completa a interpretação lógica, vislumbrando a norma como parte de um sistema coerente, que lhe empresta o verdadeiro sentido. Este seria impossível de obter-se no caso de a norma ficar insulada, fora do contexto e das conexões lógicas do sistema.

Nada impede que o intérprete passe do método lógico-sistemático para o histórico-teleológico.

O elemento histórico retrocede no tempo para investigar o ambiente em que a lei se originou.

Afirmou Carlos Maximiliano (1918, p. 102), com propriedade:

“A história da Constituição, em geral, e a de cada um dos seus dispositivos, em particular, auxiliam a interpretar com segurança os dizeres controvertidos. Estude-se as origens do Código Fundamental, as fontes de cada artigo, as causas da inserção das diversas providências na lei, os fins que se teve em mira ao criar determinado instituto, ou vedar certos atos”.

Contudo, a utilização isolada do elemento histórico não serviria ao jurista, e sim unicamente ao historiador.

Por isso, é necessário associar o elemento histórico ao elemento teleológico, que indaga sobre a finalidade da norma.

O elemento teleológico proporciona ao intérprete uma incursão na própria alma do legislador.

O verdadeiro sentido dos artigos 49, inciso I, e 84, inciso VIII, da Constituição

de 1988 só pode ser encontrado com o emprego dos métodos mencionados.

A interpretação do artigo 84, inciso VIII, não oferece dificuldades.

A norma simplesmente reproduz a que já continha a Carta de 1969, com a única diferença que substituiu a expressão latina *ad referendum* pela equivalente em língua portuguesa “sujeitos a referendo”:

“Artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República:  
(...)

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

Importante notar que a Subcomissão do Poder Executivo da Assembléia Nacional Constituinte sugeriu que os tratados, convenções e atos internacionais fossem submetidos à aprovação apenas do Senado.

A Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo não concordou e decidiu que deveriam continuar sendo aprovados pelo Congresso Nacional.

Além dos tratados, convenções e atos internacionais, o anteprojeto da referida Comissão conferia ao Presidente da República competência para firmar acordos, empréstimos e obrigações externas, submetendo-os todos a referendo do Congresso.

A expressão “firmar acordos, empréstimos e obrigações externas” foi retirada no primeiro substitutivo que o relator apresentou à Comissão de Sistematização.

O surgimento e a consolidação do artigo 84, VIII, durante a Constituinte, deixam claríssimo que o Presidente da República precisaria do assentimento do Congresso para os tratados, convenções e atos internacionais.

A discordância de que esses fossem submetidos só ao Senado Federal demonstra a nítida intenção de preservar na matéria o controle das duas casas do Congresso Nacional.

É o artigo 49, inciso I, que requer atenção do intérprete.

A Comissão de Redação da Assembléia Nacional Constituinte não foi fiel à vontade do Plenário.

No primeiro turno de votação do Projeto de Constituição, o Plenário aprovou a seguinte redação:

“Artigo 58. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – aprovar, ou não, tratados e acordos internacionais ou atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”.

E, no segundo turno, ficou aprovado:

“Artigo 50. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

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

Logo, a Comissão de Redação, cuja competência não ia além de cuidar dos aspectos formais, da técnica legislativa e da correção de linguagem, extrapolou indiscutivelmente seus poderes ao aprovar a seguinte fórmula:

“Artigo 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”.

Os textos aprovados em sessão plenária conferiam ao Congresso competência para resolver sobre tratados e acordos internacionais, bem como sobre atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Não havia referência a atos internacionais, mas a atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos.

Ao trocar no texto a posição do qualificativo “internacionais” de “tratados e acordos” para “atos”, a Comissão de Redação alterou completamente o artigo 49, inciso I.

A redação passou a dar a entender que a competência do Congresso é restrita à aprovação dos tratados que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, pois, ao não falar em “atos” apenas, mas em “atos internacionais”, equiparou-os aos tratados e acordos. Na prática brasileira, “ato internacional” é o mesmo que “acordo internacional”.

Assim, literalmente, o artigo 49, I, estabelece que cabe ao Congresso dar a palavra final sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; enquanto o artigo 84, VIII, dá ao Presidente da República poderes para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, mas exige sejam todos submetidos ao referendo congressional.

Considerando que a Comissão de Redação desrespeitou a vontade do Plenário, o artigo 49, inciso I, seria um dispositivo espúrio da Constituição.

Todavia, uma vez que o texto do Projeto de Constituição da Comissão de Redação foi aprovado em bloco pelo Plenário, pode-se dizer que o vício foi sanado.

O cansaço de tantos meses de trabalho e os embaraços regimentais impediram a reação de membros da Assembléia Constituinte.

Ficou, assim, uma antinomia entre os artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição, que pode ensejar interpretações restritivas sobre a competência do Congresso Nacional para apreciar os tratados internacionais.

José Sette Câmara (1987), por exemplo, concluiu que o Congresso só tem competência exclusiva para decidir definitivamente sobre tratados e atos internacionais quando acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, pois a regra *inclusio unius exclusio alterius* não foi ainda revogada.

Mediante a citação deste brocardo jurídico, Sette Câmara quis dizer que, se a Constituição incluiu no dispositivo referente à competência do Congresso a aprovação

só dos tratados que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, é porque excluiu da competência do Legislativo a aprovação dos demais tratados, convenções e atos internacionais.

Ora, só com a maior cautela e com o emprego concomitante de outras regras de hermenêutica, pode-se aplicar a regra de que a especificação de um caso particular pressupõe o propósito de não abranger os demais casos; ou de que a inclusão de um só importa na exclusão de quaisquer outros.

A regra *inclusio unius alterius est exclusio* é uma das bases do argumento a contrario sensu, prestigioso outrora, mal visto hoje pela doutrina, pouco usado pela jurisprudência.

Do fato de se mencionar uma hipótese, não se deduz necessariamente a exclusão de todas as outras. O argumento é perigoso e pode ser combatido pela parêmia oposta: *positio unius non est exclusio alterius* (a especificação de uma hipótese não redundando em exclusão das demais).

A única interpretação razoável para o artigo 49, inciso I, da Constituição, é a extensiva.

Forçoso admitir que se trata de caso em que o legislador constituinte disse menos do que pretendia: *lex minus dixit quam voluit*.

A fórmula final do artigo 49, inciso I, não traduziu, em sua plenitude, o sentido colimado pelo legislador constituinte.

É evidente que o desejo da Assembléia era estabelecer a necessidade da aprovação dos tratados internacionais pelo Congresso Nacional.

O Direito não tolera antinomias.

Antinomia, para Norberto Bobbio (1991, p. 86-88), é a situação na qual são colocadas em existência duas normas, inseridas no mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.

Devido à tendência de cada ordenamento jurídico se constituir em sistema, a



presença de antinomias é um defeito que o intérprete precisa eliminar.

Norberto Bobbio (1991, p. 92) classifica as antinomias em solúveis e insolúveis.

Antinomias solúveis ou aparentes são as que podem ser resolvidas pela aplicação das regras da Hermenêutica Jurídica.

Antinomias insolúveis ou reais são aquelas em que o intérprete é abandonado a si mesmo, ou por falta de critério de interpretação, ou por conflito entre os critérios.

Os critérios para a solução de antinomias são o cronológico, o hierárquico e o da especialidade.

No caso de conflito entre duas normas, para o qual não se aplique nem o critério cronológico, nem o hierárquico, nem o da especialidade, o intérprete tem à sua disposição três alternativas: 1) eliminar uma (interpretação ab-rogante); 2) eliminar as duas (interpretação duplamente ab-rogante); 3) conservar as duas, mediante a demonstração de que a incompatibilidade é aparente.

Neste último caso, para chegar ao objetivo, o intérprete pode precisar introduzir alguma leve ou parcial modificação no texto, pela interpretação chamada corretiva.

Assim, é possível a conciliação entre duas normas aparentemente incompatíveis, conservando-as no sistema, evitando o remédio extremo da ab-rogação.

Carlos Maximiliano (1933, p. 149) legou aos juristas brasileiros lição de profunda sabedoria:

“Sempre que descobre uma contradição deve o hermeneuta desconfiar de si; presumir que não compreendeu bem o sentido de cada um dos trechos ao parecer inconciliáveis, sobretudo se ambos se acham no mesmo repositório. Incumbe-lhe, preliminarmente, fazer tentativas para harmonizar os textos; a este esforço ou arte os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, denominavam de Terapêutica Jurídica”.

A conciliação entre os artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição brasileira de 1988 requer a utilização dessa terapêutica jurídica.

À primeira vista, são contraditórios. Entretanto, se forem examinados atentamente, *subtili animo*, ver-se-á o nexos que os concilia.

Para a solução da antinomia aparente dos citados dispositivos, não pode ser utilizado o critério cronológico (ambos foram emitidos ao mesmo tempo); nem o critério hierárquico (ambos possuem a mesma hierarquia); nem o critério da especialidade (não se trata de conflito entre uma lei geral e outra especial, quando esta anula a primeira).

São normas constitucionais; logo, não se pode admitir a ab-rogação de qualquer delas, restando ao intérprete, assim, a alternativa de demonstrar que a incompatibilidade é aparente.

Do ponto de vista histórico-teleológico, a conclusão só pode ser que o legislador constituinte desejou estabelecer a obrigatoriedade do assentimento do Congresso para os tratados internacionais, dando ênfase para aqueles que acarretarem encargos, gravames, ônus financeiros, para o patrimônio nacional.

Do ponto de vista lógico-sistemático, há que considerar que os dispositivos em questão fazem parte do mesmo título da Constituição (Da Organização dos Poderes) e são como que as duas faces de uma mesma moeda: o artigo 84, VIII, confere ao Presidente da República o poder de celebrar tratados, convenções e atos internacionais, mas especifica que estão todos sujeitos a referendo do Congresso Nacional; o artigo 49, I, destaca que os tratados, acordos ou atos internacionais, assinados por quaisquer autoridades do Governo brasileiro, que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, precisam ser aprovados pelo Congresso.

Na prática, porém, são utilizados no Brasil, como em muitos outros Países de-

mocráticos, dois processos para a celebração de tratados internacionais: o *processo completo*, que compreende as etapas da negociação, assinatura, mensagem ao Congresso, aprovação parlamentar, ratificação e promulgação (ou, quando for o caso, mensagem ao Congresso, aprovação, adesão e promulgação); e o *processo abreviado*, que compreende as etapas da negociação, assinatura ou troca de notas e publicação.

O processo abreviado é o seguido pelos chamados acordos em forma simplificada, cuja admissibilidade no Direito brasileiro é sustentada por parte da doutrina jurídica nacional desde a vigência da Constituição de 1946.

A prática desses acordos vem de longa data e não foi interrompida pela Constituição de 1988.

Os mais numerosos são os ajustes complementares a tratados preexistentes, que se destinam a operacionalizar tratado anterior, devidamente aprovado pelo Congresso Nacional. Em geral, são concluídos no quadro de acordos de cooperação científica, técnica ou tecnológica.

O Congresso Nacional firmou entendimento de que só requerem referendo do Legislativo os ajustes complementares que possam resultar em revisão do tratado preexistente do qual decorrem ou os que possam acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Logo, os demais acordos complementares estão dispensados da aprovação tópica do Legislativo.

### Referências

ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. *Constituição e relações internacionais*. In: DOLINGER, Jacob (Org.). *A nova constituição e o direito internacional*: propostas e sugestões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito internacional público*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Polis/ Editora UnB, 1991.

BOMFIM, B. Calheiros (Org.). *Comentários à constituição federal*. v. 2. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1990.

CÂMARA, José Sette. A conclusão dos tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. 69/71:74. Brasília, 1987.

CONSTITUINTE: proposta do PCdoB. 3 ed. São Paulo: Editora Anita Garibaldi, 1986.

CORRÊA, Oscar Dias. *A constituição de 1988*: contribuição crítica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

COSTA, Elcias Ferreira da. *Comentários breves à constituição federal*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. v. 5. São Paulo/ Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Constituição e relações internacionais*. In: DOLINGER, Jacob (Org.). *A nova constituição e o direito internacional*: propostas e sugestões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

NOVOS rumos. *Constituição nova para o Brasil*: proposta para a constituinte. PCB. São Paulo: Novos Rumos, 1986.

PINTO FERREIRA. *Comentários à constituição brasileira*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992.

RANGEL, Vicente Marotta. Acordo celebrado com o governo venezuelano sobre circulação de turistas. Necessidade ou não de ser esse acordo submetido ao congresso nacional. Interpretação do inciso 1 do artigo 49 da constituição. Parecer CJ/004 do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, 21 de agosto de 1990.

\_\_\_\_\_. La procédure de conclusion des accords internationaux au Brésil. *Revista da Faculdade de Direito*. p. 253-271. Universidade de São Paulo: LV, 1960.

\_\_\_\_\_. A constituição brasileira e o problema da conclusão dos tratados internacionais. *Problemas brasileiros*. São Paulo, 31: 11-20, out./ dez. 1965.

\_\_\_\_\_. O comércio internacional e os interesses dos países em desenvolvimento. In: Congresso Nacional

de Advogados Pró-Constituinte. *Anais...* São Paulo: Ordem dos Advogados do Brasil, 1983.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SOARES, Guido Fernando da Silva. The treaty-marking process under the 1988 federal constitution of Brazil. *Chicago-Kent Law Review*. Chicago, 67 (2): 506-7, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Fundamentação jurídica da prática constitucional do Itamaraty em matéria de celebração de acordos internacionais. *Parecer CJ* do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, 8 de março de 1990.

\_\_\_\_\_. Fundamentação jurídica da prática constitucional do Itamaraty em matéria de celebração de acordos internacionais. *Parecer CJ/161* do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, 3 de abril de 1989.

\_\_\_\_\_. A questão da aprovação pelo legislativo de atos internacionais. *Informação CJ/05* do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores para o Senhor Ministro de Estado, 21 de outubro de 1985.

\_\_\_\_\_. A participação do poder legislativo no processo de celebração de acordos internacionais. *Informação CJ/27* do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores para o Senhor Ministro de Estado, 27 de junho de 1986.

# A Constituição Federal de 1988 e a requisição de forças federais em processo eleitoral

Carlos Eduardo Caputo Bastos

## Sumário

1. Dispositivos que delineiam o objeto do estudo. 2. Da legitimidade e competência para requisição. 3. Conteúdo e extensão das requisições. 4. Conclusão.

O tema objeto do presente artigo é instigante pelas inúmeras questões de ordem constitucional e infraconstitucional que suscita. Demanda, por conseguinte, exame amplo e cuidadoso, em especial dos dispositivos que regem a matéria em sua perspectiva hierárquico-normativa. Por igual, induz a que as reflexões contemplem a imperiosa necessidade de compatibilizar diferentes preceitos, inclusive os de natureza constitucional, em face das autoridades competentes para sua requisição ou execução.

Na mesma linha de raciocínio, embora não se possa falar em conflito de interesse das unidades federativas, os Estados e a União, a simples distribuição de competências constitucionais – *no que tange à preservação da ordem pública, a cargo dos Estados membros, e ao uso das forças federais, submetidas à competência da União* –, por si só, indica necessária precisão que deve delinear a análise do assunto sob risco de conclusões precipitadas.

Por isso, a incursão prospectiva que objetive traçar um terreno seguro no que respeita à participação de forças federais no processo eleitoral é tarefa que, sem dú-

vida, requer cautela não só pelo tema em si, mas, também, pela sensibilidade que nele se contém. A par disso, é reconhecer que até o presente momento a questão não tem merecido a devida atenção da comunidade jurídica constitucional e eleitoral.

Na consideração de que o exercício do direito de voto, livre e secreto, sem interferência do que ou de quem quer que seja, em ambiente de normalidade, lisura e ordem, é condição *sine qua non* à preservação do regime democrático e do Estado de direito, a intenção é trazer para a agenda eleitoral tema de indiscutível relevância, sobretudo para estimular que os atores diretamente envolvidos na realização das eleições e na garantia de manutenção da ordem possam, com desprendimento, debater, dividir dúvidas e angústias, bem como avaliar as experiências até aqui vividas na condução de suas responsabilidades institucionais.

Demais disso, na consecução do binômio requisição–execução é preciso ter presente a indispensável identificação de qual das forças federais deve ser chamada a atuar. A advertência tem origem na preocupação de: (a) averiguar o grau de especialização e compatibilidade da força requisitada em face do fato que anima sua requisição; e (b) impedir o uso indevido de qualquer das forças federais, com o máximo de aproveitamento da respectiva formação, evitando-se, inclusive, eventual banalização do complexo instituto da requisição de forças federais para atuação nos entes da federação.

### 1. *Dispositivos que delineiam o objeto do estudo*

Por questão metodológica e apenas para encaminhar o raciocínio, permito-me inverter, nas minhas considerações, a ordem hierárquica normativa, para iniciar dizendo que, nos termos do art. 23<sup>1</sup> do Código Elei-

<sup>1</sup> Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: (...) XIV – requisitar força federal necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos Tribunais Regionais que o solicitarem, e para garantir a votação e a apuração.

toral, compete *privativamente ao Tribunal Superior Eleitoral* a requisição de força federal necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos Tribunais regionais que a solicitarem, e para garantir os trabalhos de votação e de apuração<sup>2</sup>.

No Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, é de ler-se, também, que, nas atribuições da Corte, está contemplada a competência para requisitar força federal necessária, assim como a de examinar as solicitações emanadas dos tribunais regionais (alínea “e” do artigo 8º do RITSE<sup>3</sup>).

No plano constitucional, o art. 142<sup>4</sup> – após enunciar que as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, Exército e Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, destinadas à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem – remete à lei complementar<sup>5</sup> a disciplina das *normas gerais* na organização, preparo e emprego das Forças Armadas.

E a Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, dispõe, no § 1º do art. 15<sup>6</sup>,

<sup>2</sup> Na expressão do mencionado dispositivo, se tomado ao pé da letra, é dizer que a requisição de força objetiva, tão-somente, os trabalhos de votação e de apuração. Com a introdução da urna eletrônica no sistema de votação e apuração de votos, a disposição perdeu muito da sua razão de ser. Mantém-se a força normativa do dispositivo, embora haja o reconhecimento público e notório, desde 1996, quando da realização das primeiras eleições informatizadas, da segurança do processo eleitoral de votação e apuração por meio do voto informatizado.

<sup>3</sup> Art. 8º São atribuições do Tribunal: (...) e) requisitar a força federal necessária ao cumprimento da lei e das suas próprias decisões, ou das decisões dos tribunais regionais que a solicitarem.

<sup>4</sup> Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

<sup>5</sup> § 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

<sup>6</sup> Art. 15. O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais,

que compete ao Presidente da República – na condição de Comandante Supremo das Forças Armadas (inciso XIII do artigo 84 da Constituição Federal) – a decisão do emprego das Forças Armadas em atendimento a pedido manifestado pelos poderes constitucionais, nomeadamente solicitação encaminhada pelos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

O artigo 144<sup>7</sup> da Constituição Federal, por sua vez, estabelece os bens protegidos pela segurança pública, enumera os órgãos encarregados do mister constitucional e define a competência de cada qual, prescrevendo, no seu § 5º,<sup>8</sup> que a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública são de incumbência das polícias militares.

O art. 30º do Código Eleitoral, por seu turno, estabelece que compete privativamente aos tribunais regionais a requisição de força necessária ao cumprimento de suas decisões e, via Tribunal Superior Eleitoral, a requisição de força federal.

Com o advento da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001<sup>10</sup>, foi instituído o Fun-

---

da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais, observada a seguinte forma de subordinação: I – diretamente ao Comandante Supremo, no caso de Comandos Combinados, compostos por meios adjudicados pelas Forças Armadas e, quando necessário, por outros órgãos.

<sup>7</sup> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

<sup>8</sup> § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

<sup>9</sup> Art. 30. Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais: (...) XII – requisitar a força necessária ao cumprimento de suas decisões e solicitar ao Tribunal Superior a requisição de força federal;

<sup>10</sup> Institui o Fundo Nacional de Segurança Pública – FNSP e dá outras providências; decorrente da conversão da MPv nº 2.120-9, de 2001.

do Nacional de Segurança Pública. A partir do Decreto nº 5.289, de 29 de novembro de 2004<sup>11</sup>, a Força Nacional de Segurança Pública teve disciplinada sua competência, estabelecendo-se que sua atuação deve limitar-se às atividades de policiamento ostensivo. Com isso, preservou-se a regra constitucional designada às polícias militares, nos termos do artigo 144.

De igual modo, a Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007<sup>12</sup>, reiterou a vocação constitucional da Força Nacional de Segurança Pública, ao estabelecer que, entre suas atividades e serviços imprescindíveis à preservação da ordem pública, está o policiamento ostensivo<sup>13</sup>.

Dessa perfunctória remissão aos principais dispositivos que regem a matéria, já se pode, ao menos introdutoriamente, chegar a algumas afirmações de maneira a orientar o trabalho e a reflexão dos que lidam ou pretendem lidar com o tema.

## 2. Da legitimidade e competência para requisição

No âmbito da Justiça Eleitoral, mais precisamente no Código Eleitoral e no Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, está bem definido que apenas o Tribunal Superior Eleitoral tem legitimidade para requisitar força federal, seja por sua iniciativa seja em atendimento a solicitação dos tribunais regionais<sup>14</sup>.

Todavia, é de ver-se que a questão da legitimidade para solicitar força federal trouxe, no passado, dúvida quanto à autoridade competente para seu encaminhamento. E, no presente, a lei complementar

---

<sup>11</sup> Publicado no DOU de 30.11.2004.

<sup>12</sup> Conversão da MPv nº 345, de 2007.

<sup>13</sup> Inciso I do seu artigo 3º.

<sup>14</sup> Registro que os Juízes Eleitorais, em entendendo que se verifica situação de requisição de força federal, devem encaminhar-se ao Tribunal Regional de sua jurisdição, a quem cabe, com exclusividade, dirigir a solicitação ao Tribunal Superior Eleitoral (v.g. Processo nº 12.990 – Tocantins, Resolução 18.487, de que foi relator o eminente Ministro Carlos Velloso).

em vigor (L.C. 97/99), à semelhança do que dispunha o § 1º do art. 8º da revogada Lei Complementar nº 69, de 1991, indica que a requisição deve promanar do Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Mesmo diante da reiteração constante na lei complementar em vigor, parece-me que a solução a ser dada a eventual indagação não deve distanciar-se daquilo que já foi objeto de deliberação pelo Tribunal Superior Eleitoral. Refiro-me à Consulta nº 13.005, que deu ensejo à Res. TSE nº 18.504/92, de que foi relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence.

Naquela oportunidade, ao assentar a competência da Corte nos termos do art. 23 do Código Eleitoral, Sua Excelência – após afastar a inconstitucionalidade formal superveniente da norma codificada em face do advento da Constituição Federal de 1988 e expressar o reconhecimento da natureza de lei complementar do Código Eleitoral – assinalou, com todas as letras, que, fosse a hipótese de conflito de normas, haveria de prevalecer o preceito do Código, em razão do princípio de que a norma geral (inscrita na lei complementar e editada com fundamento no artigo 142 da Constituição Federal) não revoga a norma especial (Código Eleitoral) ainda que lhe seja antecedente.

No ponto, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence registrou, com sua habitual precisão, que a solução alvitada não destoava do sistema constitucional de repartição de competências dos órgãos do Poder Judiciário. Nesse sentido, invocou a título de fundamento de sua colocação o que preceitua o inciso II do art. 36<sup>15</sup> da Constituição Federal, quando reconhece legitimidade ao Tribunal Superior Eleitoral para postular em tema de intervenção federal a fim de garantir o cumprimento de suas ordens e decisões.

<sup>15</sup> Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: (... II – no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral.

### 3. Conteúdo e extensão das requisições

Passo seguinte, julgo interessante notar – no que tange à extensão do pedido de requisição de força federal – que a atribuição dessa competência aos órgãos da Justiça Eleitoral vem sempre enunciada com a expressão “necessária”. A meu ver, a utilização do termo “necessária” é uma recomendação positiva. Entretanto, na ausência de uma definição de critérios objetivos para sua aferição, a matéria, em realidade, fica à discricção e ao prudente arbítrio do órgão solicitante, bem como do órgão executor o atendimento da prescrição legal.

De ver-se, contudo, que a norma legal não se limitou a estabelecer a competência dos órgãos da Justiça Eleitoral para solicitar (Tribunais Regionais Eleitorais) e requisitar (Tribunal Superior Eleitoral) força federal; ao fazê-lo, o legislador introduziu fator limitativo, de maneira clara, no sentido de que a requisição deve atender apenas e tão-somente ao indispensável. Nem mais nem menos. Isto é, ao formular a solicitação, o órgão da Justiça Eleitoral deve consubstanciar o pleito com a exata – ou a mais precisa possível – dimensão da necessidade<sup>16</sup>.

No particular, já se nos permite uma primeira inquietação: qual seria a razão dessa limitação ou, ao menos, aparente limitação?

A resposta, a meu sentir, tem fundamento primordial na realidade institucional do Estado brasileiro. Na condição de República Federativa, o Estado brasileiro é formado pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal<sup>17</sup>, e, no que concerne à sua organização

<sup>16</sup> Ao apreciar o Processo nº 4.320 – Espírito Santo, Resolução nº 8.910, julgado em 5 de novembro de 1970, o eminente relator, Ministro Antonio Neder, condicionou a requisição de força federal à demonstração de “imperiosa necessidade”.

<sup>17</sup> 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.

político-administrativa, preconiza-se – no que respeita aos entes federados – o regime de autonomia nos termos da Constituição Federal<sup>18</sup>.

Nessa linha de exposição, é bem de ver-se que os Estados membros organizam-se e regem-se pela suas Constituições e leis que adotarem, observados, por evidente, as normas e os princípios acolhidos pela Constituição Federal<sup>19</sup>. Por isso, e exatamente em face da autonomia contemplada na organização federativa, é que os Estados membros *não* se submetem à intervenção da União, a não ser nas hipóteses do art. 34 da Constituição Federal<sup>20</sup>, em que se destacam os incisos III (grave comprometimento da ordem pública) e IV (garantia do livre exercício de qualquer dos poderes nas unidades da Federação).

O objetivo de prestigiar a autonomia dos Estados membros e, por conseguinte, valer-se da utilização *preferencial* das forças estaduais está em que as eleições,

<sup>18</sup> Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

<sup>19</sup> Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

<sup>20</sup> Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I – manter a integridade nacional; II – repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III – pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV – garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V – reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI – prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

normalmente, são e devem ser garantidas pelo próprio Estado membro, por meio dos seus órgãos competentes. Foi nessa linha, frise-se, que o Tribunal Superior Eleitoral firmou seu entendimento ao examinar a Consulta nº 4.987, de que foi relator o eminente Ministro José Boselli<sup>21</sup>.

Ademais, é de se considerar que a requisição de força estadual está contemplada na competência dos tribunais regionais<sup>22</sup>, prescindindo, assim, da intervenção do Tribunal Superior Eleitoral. De ver-se, também, que, nas situações de insuficiência numérica e de parcialidade da força estadual, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral<sup>23</sup> indica que os tribunais regionais devem, *primeiramente*, dar ciência do fato ao Senhor Governador do Estado para as providências de direito.

A orientação está a revelar, sem dúvida, que a requisição de força federal deve ser objeto tão-somente de *situações excepcionais*<sup>24</sup> e de justificada relevância – por medida extrema que é<sup>25</sup> – para os propósitos a que se

<sup>21</sup> Esquema de mobilização e deslocamento de agentes idealizado pela Divisão de Polícia Federal, para o pleito de 15.11.74. Consulta do TRE sobre possibilidade de concessão de destaque para atender a despesas com pagamento. Pedido desatendido. (Res. TSE nº 9.764, Consulta nº 4.987, Rel. Min. José Boselli, publicada no DJ de 19.12.1974).

<sup>22</sup> A requisição de força estadual pelos Tribunais Regionais independe de aprovação do Tribunal Superior. (Res. TSE nº 3.599, Consulta nº 2.202/PB, Rel. Min. Alfredo Machado Guimarães Filho, julgada em 22.8.1950).

<sup>23</sup> Normas a que deve obedecer a requisição de força federal pelos Tribunais Regionais Eleitorais. (Res. TSE nº 4.396, Processo Administrativo nº 2.798/RS, Rel. Min. Luiz Otávio Gallotti, julgado em 29.11.1951).

<sup>24</sup> Requisição de força federal para garantir trabalhos de apuração de eleições, somente em casos excepcionais e deferida; devendo ser preliminarmente demonstrada a ineficiência da Polícia Estadual para controlar a situação. (Res. TSE nº 4.486, Processo Administrativo nº 2.869/MA, Rel. Min. Afrânio Antônio da Costa, julgado em 24.7.1952).

<sup>25</sup> Ao apreciar a Petição nº 1.528, julgada em 30 de setembro de 2004, o eminente relator Gilmar Mendes assinalou que a requisição de força federal “é medida extrema, e com tal, requer que seja tratada com as cautelas exigidas na legislação. Para que seja deferida,



destina. A título de ilustração, cito precedente do Tribunal Superior Eleitoral, tirado do Processo Administrativo nº 19.686, de que foi relator o eminente Ministro Cesar Rocha.<sup>26</sup>

No referido aresto, tomado à unanimidade, entendeu-se que, diante do histórico dos fatos relatados e das circunstâncias peculiares do caso, era necessária a requisição de tropas federais. Na justificação do pleito, invocou-se a existência de “notória e tradicional animosidade entre os indígenas e policiais militares e federais”, sendo que as mencionadas corporações não estavam autorizadas a ingressar nas aldeias. Portanto, para garantia plena da ordem e segurança no dia das eleições é que se deferiu a requisição solicitada.

Mais recentemente, o tema voltou a ser agitado no Tribunal Superior Eleitoral<sup>27</sup> e mereceu calorosos debates, em especial no que concerne à necessidade, ou não, da audiência dos governadores de Estado. Propus, e o Tribunal referendou, que os Processos Administrativos de requisição de forças federais devem estar instruídos com a manifestação expressa dos governos estaduais, seguida de apreciação dos Regionais Eleitorais, ainda que não tenha partido deles a primária solicitação.

Como se vê, a requisição de força federal deve estar fundamentada, primeiramente, na imperiosa necessidade da requisição, devendo ser demonstrada, de modo circunstanciado, a incapacidade das forças estaduais de manter a ordem e a normalidade das eleições, sejam elas municipais, estaduais ou federais.

---

deve ter por fundamento a garantia do cumprimento da lei, das decisões da Justiça Eleitoral, da votação e da apuração das eleições”.

<sup>26</sup> Deferimento, requisição, força federal, garantia, ordem, segurança, seção eleitoral, localização, área, índio, ausência, autorização, acesso, local, polícia militar, polícia federal, dificuldade, relacionamento. (Indexação). (Processo Administrativo nº 19.686/TO, Rel. Min. Cesar Rocha, julgado em 19.6.2006).

<sup>27</sup> Processos Administrativos nºs 19.908, do Pará (relator originário o senhor Ministro Eros Grau) e 19.912, do Amazonas (relator originário o senhor Ministro Felix Fischer).

Na fundamentação de seu voto, o eminente contrerâneo salientou que a segurança das eleições municipais há de ser atendida pelo Executivo estadual e *apenas em circunstâncias excepcionais* é que se justifica a convocação das Forças Armadas. Nessa linha de pensamento, assinalou, ainda, que a requisição só deve ocorrer quando o Estado membro se mostrar incapaz de proporcionar as necessárias garantias, ou se houver fundadas suspeitas de que do próprio governo local possa partir alguma tentativa de perturbação do pleito eleitoral. E finalizou acentuando a credibilidade que devem merecer as garantias – quando oferecidas – pelos governos estaduais.

Achei por bem trazer o tema da audiência dos Governadores de Estado<sup>28</sup>, na medida em que a matéria *não foi*, expressa ou explicitamente, disciplinada na Res. TSE nº 21.843/2004, que dispõe sobre a requisição de força federal de que trata o art. 23, inciso XIV, do Código Eleitoral e sobre a aplicação do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.064, de 24 de outubro de 1969.

Quero crer, todavia, que a eventual ou propositada omissão da normativa regulamentar eleitoral *não* significa impedimento ou obstáculo a que os tribunais eleitorais assim procedam. A providência, a meu ver, emana inexoravelmente – a não ser que circunstâncias excepcionais indiquem diversa iniciativa – do respeito à *autonomia federativa*, bem como do dever de harmonia entre os poderes estaduais constituídos, norma e princípio constitucional de aplicação simétrica e de observância obrigatória<sup>29</sup>.

Por fim, gostaria de tecer uma consideração sobre a participação da Polícia Federal, já que mencionei o DL nº 1.064, de 1969.

O referido diploma legal, em seu art. 2º, estabelece que “o Departamento de Polícia Federal ficará à disposição da Justiça Eleitoral sem-

---

<sup>28</sup> Processos Administrativos nºs 19.908 e 19.912.

<sup>29</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

*pre que houver de se realizar eleições, gerais ou parciais, em qualquer parte do Território Nacional*". Diante da generalidade da enunciação normativa em tela, originou-se, ao menos para alguns tribunais regionais, margem de dúvida à exata extensão das atribuições e competência da Polícia Federal.

A título de ilustração, recorde curioso precedente de que foi relator o saudoso e eminentíssimo Ministro Oscar Corrêa. Refiro-me ao Processo nº 9.534<sup>30</sup>, em que o Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal solicitava instruções e normas de orientação quanto ao acionamento da corporação, tendo em vista o pleito de 15.11.88. Em sua missiva, o ilustre Diretor pretendia evitar o chamamento para "ações estranhas à sua competência", indicando, no ponto, a "limpeza de logradouros públicos e retirada de cartazes de propaganda eleitoral, tal como vem ocorrendo em algumas unidades da Federação".

Ao examinar a postulação em tela, o eminente relator registrou, de modo peremptório, que cabe à Polícia Federal tão-somente o exercício das funções que lhe são próprias, e, *no que respeita à Justiça Eleitoral*, a função de Polícia Judiciária, tendo por fim a instauração de inquéritos para apuração de infrações penais, valendo-se, para tanto, das disposições da legislação eleitoral, bem como da penal e processual penal aplicáveis subsidiariamente.

---

<sup>30</sup> Polícia federal. Atribuições quando à disposição da Justiça Eleitoral nos termos do art. 2º, do DL 1064/69. À polícia federal, quando posta à disposição da justiça eleitoral, compete exclusivamente, além das funções que lhe são próprias, o exercício das atribuições de polícia judiciária, objetivando a apuração das infrações penais e da sua autoria, mediante inquérito policial, obedecidas as regras da legislação eleitoral e processual penal, aplicáveis subsidiariamente (Res. n. 8.906, de 05.11.70, art. 3º). Não cabe aos Tribunais Regionais Eleitorais, a pretexto de garantir a normalidade das eleições, atribuir-lhe atividades outras, tal como a limpeza de logradouros públicos e retirada de cartazes contendo propaganda eleitoral irregular. (Res. TSE nº 14.623, Petição nº 9.534, Rel. Min. Oscar Dias Corrêa, julgado em 22.9.1988, publicado no DJU de 15.3.1989).

É necessário entender e ter presente com muita precisão que a requisição das Forças Armadas e da Polícia Federal deve, precipuamente, ter o cuidado e a cautela devidos no que tange à estrita observância das definições, constitucional e legal, de suas atribuições e competências.

Nesse diapasão, não poderia deixar de me referir a outro importante precedente<sup>31</sup> da relatoria também do saudoso e eminente Ministro Oscar Corrêa, quando assinala o dever que se impõe – nas hipóteses de requisição de forças federais – de ponderar a avaliação que fazem os responsáveis locais, pela própria condição e situação em que se encontram, tanto mais quando lhes cabe o dever de assegurar, *primacialmente*, a regularidade e normalidade dos pleitos eleitorais.

Pela lição de prudência, de respeito aos poderes constituídos, ao devido processo legal, à democracia e à ordem, julgo oportuno transcrever o seguinte trecho de lavra do saudoso Ministro Oscar Corrêa:

"Não há como minimizar ou subestimar a decisão do Tribunal local. Se a competência para a requisição é deste TSE, que ajuíza dos fatos e decide, por seu próprio convencimento, nada há de desprezar acerca do juízo de conveniência e da apreciação das condições locais que incumbe aos TREs.

A proximidade dos fatos, o conhecimento e a vivência das condições locais não podem ser desprezados quando se trata de ponderar e de decidir. Antes, é mais provável que se disponham a aumentar-lhes a gravidade, temerosos das res-

---

<sup>31</sup> Mandado de Segurança – Requisição de força federal, considerada desnecessária pelo TRE e pelo governador, que asseguram a normalidade do pleito. Impõe-se ponderar a avaliação que fazem os responsáveis locais, pela própria situação em que se encontram, tanto mais quanto a eles, primacialmente, cabe o dever de assegurar essa regularidade. Mandado de segurança indeferido. (Acórdão nº 8.055, Mandado de Segurança nº 685, julgado em 12.11.1985, publicado nº DJU de 28.11.1985).

ponsabilidades e riscos, do que a menosprezá-la.

Nem se omita o Sr. Governador, responsável maior pela ordem pública no Estado, pela normalidade e lisura do pleito, expressa e formalmente, que, ao rejeitar o pedido, reafirma a capacidade do Governo Estadual e da Polícia Militar para assegurar as garantias essenciais do pleito. A preocupação da ordem e da decência no pleito há de ser de todos. Se se compreende o temor de que a radicalização procure empanar-lhe a normalidade, incumbe-nos – ao Governo, à Justiça eleitoral, aos Partidos e candidatos e aos eleitores – pugnar por que não prevaleçam os apelos à violência ou mesmo à incompreensão. Quando tanto se apregoa a volta à democracia, todos têm o dever de comprovar sua aptidão para exercitá-la. A menos se pretenda dar razão aos que, tantos, por meios ostensivos ou furtivos, buscam desmerecê-la.”

#### 4. Conclusão

No momento em que o Congresso Nacional e a nação brasileira celebram os 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, é oportuno trazer à reflexão assunto que não tem merecido muita atenção da comunidade jurídica, mas que envolve aspectos constitucionais relevantes e muito sensíveis da organização federativa. A par disso, enseja uma necessária

e cuidadosa interação entre os poderes Judiciário e Executivo.

É indiscutível que o tema *ordem* permeia todos os debates. Nesse sentido, a requisição das Forças Armadas no contexto das forças federais causa certa perplexidade. E, no exame da causa, verificar-se-á que o núcleo da questão está em distinguir “ordem” como elemento de defesa da pátria e garantia da lei e dos poderes constitucionais e “ordem” enquanto elemento do contexto de segurança pública.

Por essa razão, em respeito à autonomia federativa bem como à norma constitucional que atribui às polícias militares a preservação da ordem pública, é que se deve observar a audiência dos governadores de Estado antes de se deliberar sobre requisição de forças federais. Mais se convence dessa precedência institucional quando se verifica que, para manutenção do policiamento ostensivo, há, igualmente, a possibilidade de utilização da Força Nacional de Segurança Pública.

No âmbito constitucional e dentro da perspectiva de colaboração mútua e de boa-fé entre as unidades federativas e seus respectivos poderes, é imprescindível que todos observem suas responsabilidades institucionais, seja no tocante ao perfeito cumprimento de suas competências e atribuições, seja, por evidente, para o prestígio do Estado de direito.

# Constituição brasileira de 1988

## Monista ou dualista?

Antenor Madruga

Ao julgar o Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8279, em 17/06/1998, o Supremo Tribunal Federal, em voto do eminente Ministro Celso de Mello, faz referência à controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo para registrar que o mecanismo de recepção do direito internacional na Carta Política brasileira “constitui a mais eloqüente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República”<sup>1</sup>:

A afirmação de que “a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno” deve ser lida com cautela, pois não se dirige a toda e qualquer norma internacional, mas apenas à norma derivada de fonte normativa convencional do direito internacional. Somente os tratados internacionais têm a sua eficácia e aplicabilidade na esfera doméstica dependente “de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus

<sup>1</sup> STF, Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8279, julgado em 17/06/1998, Relator Ministro CELSO DE MELLO.

aspectos básicos, na própria Constituição da República”.

Em direito internacional, como no direito interno, existem vários modos de formação do direito. O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em seu artigo 38, relaciona os *tratados*, os *costumes* e os *princípios gerais de direito* como fontes de direito internacional, e faz referência à *jurisprudência* e à *doutrina* como meios auxiliares na determinação das regras jurídicas, facultando, sob certas condições, o emprego da *equidade*. Basear a análise da eficácia imediata de normas internacionais na peculiaridade do procedimento de incorporação dos tratados empobrece o já inócuo debate sobre monismo e dualismo e, pior, torna míope a visão dos juízes em relação ao direito internacional.

A falta de um tratado internacional não significa, ao contrário do que sugere a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Ordinário nº 6, em 23/03/1999 (Rel. Min. Garcia Vieira), que não exista norma de direito internacional de outra fonte.

Ao analisar apenas os tratados e não encontrar, neles, norma que obrigue o juiz a reconhecer imunidade de jurisdição a Estado estrangeiro<sup>2</sup>, o STJ não esgotou a pesquisa de todas as fontes de direito internacional. Faltou procurar nos costumes e nos princípios gerais de direito, como fez Cosnard (1996, p. 16-17):

“En l’absence de toute convention internationales traitant des immunités des Etats de manière générale, une éventuelle règle internationale, déterminant avec plus ou moins de les cas ou un Etat peut bénéficier de ce privilège, ne peut qu’un principe général de droit ou une coutume.”

Os princípios gerais de direito são os princípios comuns aos diferentes sistemas

<sup>2</sup> “Não existe nenhum código, convenção ou tratado que obrigue o juiz brasileiro a reconhecer a imunidade absoluta de jurisdição a todos os atos praticados pelo Estado estrangeiro no Brasil”. (Trecho do acórdão).

jurídicos nacionais (DINH, 2003, p. 318), são as máximas repetidas sem hesitação nos tribunais da maior parte dos países. O princípio *exceptio non adimpleti contractus* foi apontado na Corte Internacional de Justiça, pelo Juiz Schwebel, como um exemplo de princípio geral de direito<sup>3</sup>, enquanto o juiz Carl-August Fleischhauer negou essa qualidade para o direito ao controle judicial do governo (*judicial review*), em face da inexistência de universalidade<sup>4</sup>:

“Judicial review, in varying forms, is found in a number of democratic polities, most famously that of the United States, where it was developed by the Supreme Court itself. But it is by no means a universal or even general principle of government or law. It is hardly found outside the democratic world and is not uniformly found in it. Where it exists internationally, as in the European Union, it is expressly provided for by treaty in specific terms. The United Nations is far from being a government, or an international organization comparable in its integration to the European Union, and it is not democratic.”

Não se pode afirmar a existência de princípio geral de direito estabelecendo a imunidade de jurisdição dos Estados soberanos. Se o direito à recusa da jurisdição interna somente pode ser encontrado no sistema jurídico que determina as relações entre Estados, não existindo nos ordenamentos jurídicos internos senão por aplicação do direito internacional, logo, não se pode falar em princípio *geral* de direito, mas sim em princípio *especial* de direito internacional. Cosnard (1996, p. 16-17), partindo de um outro ponto de vista, também não encontra nos princípios gerais de direito a norma que

<sup>3</sup> I.C.J. Reports, 1986, p. 14.

<sup>4</sup> Questões de Interpretação e Aplicação da Convenção de Montreal de 1971 Surgidas do Incidente Aéreo em Lockerbie (Líbia v. Reino Unido). Objeções Preliminares. Julgamento de 27/02/1988. I.C.J Reports 1998, p. 9.

determina a imunidade de jurisdição. Para ele, a imunidade soberana, ainda que tenha fonte em direito internacional, aplica-se apenas em conflitos internos, não podendo, portanto, ser transportada para o direito internacional:

“Or l’immunité des Etats ne déploie ses effets que dans l’ordre interne. Même si la première condition est remplie, l’immunité n’est pas transposable en droit international public.”

Não nos parece correto esse raciocínio, pois não se está tratando dos efeitos de uma regra internacional, mas de sua constituição. A norma internacional, seja ela convencional, seja consuetudinária, seja extraída dos princípios gerais de direito, pode ter os seus efeitos dirigidos exclusivamente às ordens jurídicas internas.

Como exemplo de norma internacional com efeito eminentemente interno, poderíamos mencionar a própria regra consuetudinária que determina a imunidade de jurisdição dos Estados soberanos e dirige-se somente aos tribunais internos, não se constituindo em exceção oponível aos tribunais internacionais. Quanto a esta afirmação — de que a regra consuetudinária da imunidade de jurisdição não é uma defesa aceita diante de tribunais internacionais —, é preciso ressaltar a interessante reflexão de Sir Robert Jennings. Apesar de reconhecer distinções entre o princípio da imunidade dos Estados diante de cortes domésticas de outros Estados e o princípio da jurisdição consensual de cortes internacionais, Sir Jennings concentra-se nas semelhanças entre esses dois princípios, ressaltando que a imunidade jurisdicional na ausência de renúncia e a jurisdição criada pelo consentimento são dois lados da mesma moeda, tendo, ambas, fundamento e causa histórica na soberania do Estado<sup>5</sup>. Assim, conclui

<sup>5</sup> “... jurisdictional immunity in the absence of waiver, and jurisdiction created by consent, are the observe and reverse of the same coin. In either case it is State sovereignty that is the underlying *rationale* and historical cause.” (JENNINGS, 1987, p. 4)

haver imunidade de jurisdição — absoluta — dos Estados diante de cortes internacionais, ainda que disfarçada em expressões como “jurisdição consensual”:

“... if it sought to be referred to an international court, there will be no jurisdiction without consent; or, in the language used of municipal jurisdictions, there will still be absolute immunity unless (by treaty or otherwise) there has been a waiver of immunity.

... So now we have a somewhat curious situation. The principle of a State’s jurisdictional immunity (or consensual jurisdiction) is still virtually absolute in its application before international courts, but has apparently come to be importantly, even severely, restricted in its application before domestic courts.

... The position we now seem to have reached, or be tending towards, is that the State of Utopia may never, without its prior consent, be impleaded before the International Court of Justice on a question of public international law ; and yet may be both impleaded by an Atlantis court applying Atlantis law in a case brought by a foreign individual”.

A posição de Sir Jennings é uma crítica, pertinente, à permanência da necessidade de consenso para estabelecer a jurisdição dos tribunais internacionais, enquanto a imunidade de jurisdição perante tribunais internos vem sendo cada vez mais restringida. Entretanto, a semelhança entre os dois institutos de direito internacional — regra de jurisdição consensual para tribunais internacionais e regra de imunidade de jurisdição para tribunais internos — não significa perfeita identidade e não desautoriza a utilização da imunidade de jurisdição como exemplo de uma norma internacional com efeitos dirigidos exclusivamente às ordens jurídicas internas, diferentemente da jurisdição consensual, que se dirige exclusivamente à ordem jurídica internacional.

O direito internacional de origem consuetudinária, ao contrário do convencional, não reclama qualquer procedimento formal de incorporação para ser válido e eficaz no Brasil, sendo a norma de imunidade de jurisdição dos Estados soberanos uma comprovação dessa afirmação. No julgamento do Recurso Ordinário nº 94.804, em 12/03/1986, o Supremo Tribunal Federal, ainda aplicando uma interpretação extensiva da imunidade de jurisdição dos Estados, reconheceu, para surpresa daqueles que cerram fileiras em favor do dualismo, sede constitucional para a aplicação direta da regra consuetudinária internacional. Vejamos, de início, o voto do Ministro Rezek<sup>6</sup>:

“Sabe-se, com efeito, que em mais de um caso concreto sucedeu que juízes federais, ou juízes do trabalho, negassem a referida imunidade por não encontrá-la prescrita nas Convenções de Viena de 1961 e 1963, nem em qualquer outro tópico do nosso direito escrito. As Convenções, efetivamente, versaram imunidades e outros privilégios do pessoal diplomático e do pessoal consular. Aos Estados pactuantes — entre os quais o Brasil — não pareceu necessário lançar no texto daquelas avenças *a expressão escrita de uma norma costumeira sólida, incontrovertida, plurissecular e óbvia como a que poupa todo Estado soberano de uma submissão involuntária ao juízo doméstico de qualquer de seus pares.*”

O importante no voto do Ministro Rezek é observar a fonte consuetudinária da norma de imunidade de jurisdição dos Estados soberanos. Após terem concordado quanto à origem consuetudinária da norma de imunidade, os Ministros do STF procuraram um sustento constitucional para a aplicação direta do direito internacional geral, produzindo um debate digno de nota:

<sup>6</sup> STF, Recurso Extraordinário nº 94.084, julgado em 12/03/1986, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO.

Ministro Aldir Passarinho: “O princípio de direito internacional, segundo o qual um Estado estrangeiro não pode subordinar-se à jurisdição de outro, é postulado que diz com o respeito aos outros Estados e a sua soberania é tema sobre o qual se tornaria ocioso dissertar. De observar que o recorrente invoca o art. 153, § 36, da Constituição Federal, o que a mim parece bastante.”

Ministro Rezek: “Em princípio, portanto, parece-me razoável a invocação do § 36 do rol das garantias como corretivo para um dos erros mais comuns que se têm produzido, em juízo e em sede doutrinária, a propósito da imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição local”.

Ministro Néri da Silveira: “Ora, não é admissível afastar do complexo dos princípios inerentes às garantias implícitas, aí previstas, o postulado da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. É certo, desde logo, que esse princípio tem tranqüila aceitação nesta Corte. (...) Ora, a questão única que se discute nos autos, desde o início, é a da imunidade de jurisdição, matéria que não vem claramente explicitada no texto constitucional — tão ampla e tão assente — pelo que só se expressou no RE, na invocação do § 36 do art. 153 da Constituição Federal. (...) Se representa inovação, quanto à inteligência que empresta ao § 36 do art. 153 da Constituição Federal, insere-se na que o vê consagrando os ‘direitos difusos’ e vê nele norma abrangente das garantias inespecíficas de que deve dispor a ordem constitucional para atender a quaisquer inovações que os fatos lhe imponham. (...) É essa, assim, a oportunidade de explicitar que se agasalham elas [as normas internacionais consuetudinárias sobre imunidade do Estado] no § 36 do art. 153 da Constitui-

*ção Federal, suscetíveis, desta forma, de invocação perante esta Corte Suprema, à qual cabe definir-lhes o alcance no âmbito interno.”*

O Ministro Rafael Mayer procura um outro fundamento, igualmente constitucional, para incorporar no direito interno a imunidade própria do direito internacional, considerando-a uma ressalva ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, previsto no artigo 153, § 4º, da Constituição de 1967/69, e no artigo 5º, inciso XXXV, da atual Constituição (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão”):

“Entendo que esta questão constitucional foi posta com relação ao § 4º do art. 153 da Constituição, onde se estabelece o problema da jurisdição: nada pode ser subtraído à jurisdição brasileira, salvo o que se subtrai necessariamente em razão dos princípios do Direito Internacional. Mas como eles não souberam localizar, chamaram o § 36, onde está implícito também este e suas implicações.” (p. 306).

Finalmente, o Ministro Moreira Alves vem discordar de todos os demais:

“Ora, a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro não tem nada que ver com princípios e garantias adotadas pelo regime, até porque todos os regimes, quaisquer que sejam, podem respeitá-la ou não.”

A despeito das críticas que se possa fazer à localização, no rol dos direitos e garantias individuais, do fundamento para a aplicação direta da norma internacional consuetudinária, é interessante assemelhar o raciocínio do STF ao princípio do direito inglês consubstanciado na máxima “International law is part of the law of the Land”. Ao buscar nos princípios constitucionais implícitos (*law of the Land*) o fundamento de um princípio de direito internacional (*international law*), o STF claramente admitiu a incorporação imediata do direito in-

ternacional ao direito interno (*international law is part of the law of the land*), pelo menos no que diz respeito às normas que emanam de fonte consuetudinária.

O acórdão do STF no Recurso Extraordinário nº 94.084, embora ainda faça uma interpretação desatualizada da regra de imunidade de jurisdição dos Estados, filiando-se, já em 1986, à teoria da imunidade absoluta, é uma referência na jurisprudência do STF para a correta compreensão do fundamento normativo dessa prerrogativa soberana, especialmente no sentido de se afastar a fundamentação incorreta nas Convenções de Viena sobre relações diplomáticas e sobre relações consulares, situando-a corretamente no direito internacional consuetudinário. Esse precedente sobre a correta fonte normativa da imunidade de jurisdição dos Estados seria confirmado posteriormente em um caso de maior repercussão, a Apelação Cível 9.696 (Caso Genny de Oliveira)<sup>7</sup>, no qual o STF finalmente reconhece que o costume internacional não abriga uma interpretação tão extensiva dessa prerrogativa. Transcrevemos o voto do Ministro Francisco Rezek na Apelação Cível 9.696, no trecho sobre a fonte normativa da imunidade de jurisdição dos Estados:

“Numa vertente, temos as imunidades pessoais resultantes das duas Convenções de Viena, de 61 e de 63, ambas em vigor para o Brasil e relacionadas a primeira com serviço diplomático e a segunda com serviço consular. Quando se cuide, portanto, de um processo de qualquer natureza, penal ou cível, cujo pretendido réu seja membro do serviço diplomático estrangeiro aqui acreditado, ou em determinadas hipóteses bem reduzidas do serviço consular estrangeiro, operam em sua plenitude textos de Direito Internacional escrito, Tratados, que, num certo momento,

<sup>7</sup> STF, Apelação Cível nº 9.696, julgada em 31/05/1989, Relator: Ministro SYDNEY SANCHES.



se convencionam lá fora e que entraram de vigor para o Brasil, sendo aqui promulgados. Ficou claro, não obstante, que nenhum dos dois textos de Viena, do romper da década de 60, dizem da imunidade daquele que, na prática corrente, é o réu preferencial, ou seja, o próprio Estado estrangeiro.”

Como disse o advogado americano Stephan Bird (1979, p. 626), “perhaps the true explanation lies in the fact that however much practicing lawyers may deride their academic colleagues and the authority of writers, there is, after all, a single law of nations which is part of the common law and, indeed, of the civil law”<sup>8</sup>.

## Referências

BIRD, Stephan. The state immunity act of 1978: na english update. v.13. n.4. *International Lawyer*, 1979.

COSNARD, Michel. La soumission dès Etats aux tribunaux internes face à la théorie dès immunités des Etats. Paris: Pédone, 1996.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito internacional público. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

JENNINGS, Robert. The place of the jurisdictional immunity of state in international and municipal law. In: *Vorträge, Reuen und Berichte aus dem Europa Institut*. v. 108, 1987.

---

<sup>8</sup> BIRD, Stephan. “*The State Immunity Act of 1978: An English Update*”. *International Lawyer*, Fall 1979, Vol. 13. n° 4, p. 626.

# Ação Direta de Inconstitucionalidade

Clèmerson Merlin Clève

## Sumário

Introdução. 1. Primeiros apontamentos. 2. Natureza, finalidade e procedimento. 3. Legitimidade processual ativa e passiva. 4. Participação dos *amici curiae*. 5. Os atos impugnáveis por meio de ação direta genérica. 6. A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. Considerações finais.

## Introdução

Se, até o advento da Constituição Federal de 1988, a via mais comum de manifestação do controle da constitucionalidade brasileiro era a difusa, a partir de então se destacou a fiscalização abstrata. Isso pela previsão de novas ações que desencadeiam a fiscalização em tese<sup>1</sup>, pelo aumento do rol de legitimados ativos e pela previsão de mecanismos que potencializam o controle abstrato.

O número de ações diretas que tramitam no STF é significativo<sup>2</sup> e reflete não só o in-

<sup>1</sup> Como mecanismo de controle abstrato, a Constituição de 1988 trouxe a ação direta de inconstitucionalidade por ação, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevendo também a representação de inconstitucionalidade estadual. Com a Emenda nº 03/93, incorporou-se ao sistema constitucional a ação declaratória da constitucionalidade.

<sup>2</sup> Em 2006, foram distribuídas 192 ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo. Em 2007, 158 e no corrente ano já constam 63 ações diretas distribuídas (Relatório de atividades do Supremo Tribunal Federal-biênio 2006/2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 ago. 2008).

Com a colaboração das alunas do programa de pós-graduação em Direito da UFPR Heloísa da Silva Krol (doutoranda), Cláudia Honório e Ana Lucia Pretto Pereira (mestrandas).

cremento do controle abstrato, mas também da própria jurisdição constitucional brasileira<sup>3</sup>. Com a Constituição de 1988, fez-se valer a tese da força normativa das disposições constitucionais, o que acarretou maior atuação da jurisdição constitucional<sup>4</sup>.

Mas se, por um lado e em um primeiro momento, a tônica do constitucionalismo brasileiro foi a efetividade das normas constitucionais, aprendida essa lição, chega-se

<sup>3</sup> Não só ocorreu o incremento da fiscalização abstrata, mas também se observa uma “abstrativização” do controle concreto. Em decisões recentes, o Supremo aplicou a técnica da modulação de efeitos (natural do controle abstrato) em sede de controle incidental (*RE-AgR 516296*, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10-4-2007); conferiu efeitos gerais à decisão proferida no Mandado de Injunção nº 670 (MI n. 670, rel. Min. Gilmar Mendes, 25-10-2007, Informativo STF/485), instrumento que desencadeia uma fiscalização incidental da constitucionalidade. Inclusive, há uma tendência de reduzir o papel do Senado Federal (artigo 52, X, da CF) no controle concreto da constitucionalidade. Na Reclamação nº 4335, discute-se afronta à decisão proferida pelo STF no HC nº 82.959, no qual se declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8072/90. Na decisão, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes assentou que se alterou de forma radical a concepção sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Assim, entende necessária a reinterpretação dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Para o Ministro, a suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. A questão não foi decidida ainda pelo STF, aguardando-se voto do Ministro Ricardo Lewandowski. O Ministro Eros Grau acompanhou o relator, julgando procedente a reclamação. O então Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, votou pela improcedência, porém concedendo *habeas corpus* de ofício. O Ministro Joaquim Barbosa não conheceu da reclamação, mas se manifestou a favor da concessão *ex officio* do *habeas corpus* (Rcl 4.335, rel. Min. Gilmar Mendes, 19-04-2007, Informativo STF/463).

<sup>4</sup> A doutrina brasileira da efetividade valeu-se de uma pedagogia constitucional para assentar, no âmbito acadêmico e jurisprudencial, que as disposições

ao momento de pontuar as tensões que o crescimento da atividade judicial encerra com os postulados democráticos<sup>5</sup>. Não se trata de defender uma postura deferente da jurisdição constitucional em todos os momentos, mas, sim, de considerar que a sua atuação pode ser problemática em um ambiente marcado pelo compromisso democrático, sendo esse o pano de fundo da presente abordagem.

## 1. Primeiros apontamentos

O constituinte de 1988 foi feliz nas inovações que trouxe à fiscalização de constitucionalidade, atendendo ao espírito de uma Constituição democrática, igualitária e pluralista. A partir da Carta de 1934, e até a de 1946, havia um modelo difuso incidental de constitucionalidade das leis, fortemente influenciado pelo constitucionalismo norte-americano.

A ação direta interventiva, embora prevista já na Constituição de 1934, inaugurou um controle direto, porém tendo em vista a análise de um caso concreto no qual se alegava a violação de princípios constitucionais sensíveis (organização federativa e republicana). Assim, além de ser um controle concentrado/concreto, a

constitucionais têm normatividade e podem ser aplicadas de forma imediata, embora, devido à natureza principiológica de alguns dispositivos, admita-se a ponderação e a restrição do âmbito de proteção no caso concreto. Sobre o tema: (BARROSO, 2005, p. 61-77; CLÈVE, SOUZA NETO, 2006. p. 1-18).

<sup>5</sup> Um dos principais debates no direito constitucional contemporâneo envolve a tensão entre democracia e constitucionalismo, que se manifesta de modo significativo quando os juízes e tribunais exercem a jurisdição constitucional. Trata-se de discussão que pode ser enfrentada com base em argumentos intertemporais, na linha desenvolvida por John Elster (2002. p. 115; ELSTER, 1999. p. 41); procedimentalistas, conforme faz Jürgen Habermas (1997), entre outros; ou substancialistas como John Rawls (2000. p. 262-264, 281-290). Devido à complexidade do tema, faz-se aqui apenas o registro do debate, observando que nenhuma discussão séria sobre a fiscalização da constitucionalidade pode ignorar a tensão imanente e constitutiva do Estado Democrático de Direito.

parametricidade da ação interventiva era restrita<sup>6</sup>.

A Emenda Constitucional nº 16/65 trouxe o embrião da ação direta de inconstitucionalidade – a *representação de inconstitucionalidade* –, podendo ser aforada apenas pelo Procurador-Geral da República perante o STF, para impugnar ato normativo federal ou estadual que ofendesse a Constituição (incluindo seus princípios implícitos). Houve, portanto, significativa ampliação do âmbito material de controle. O que se incorporou no ordenamento foi um mecanismo de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. A Constituição de 1988 transforma a antiga representação de inconstitucionalidade na *ação direta de inconstitucionalidade*, além de manter o controle difuso incidental.

O elasticamento do âmbito material da ADI veio acompanhado da ampliação do rol de legitimados ativos. Apesar de serem pontos positivos, é verdade que o incremento do controle abstrato principal pode significar a compressão do controle difuso incidental. A Constituição de 1988, ao trazer, ao lado da ADI, a ADPF, e a criação da ADC, por meio da Emenda Constitucional nº 3, continua essa tendência. O processo de concentração avança ainda mais com a Emenda Constitucional nº 45, que institui a súmula vinculante e traz nova normatividade para o Recurso Extraordinário (a repercussão geral). Tais inovações demonstram a verticalização dos órgãos jurisdicionais no exercício da jurisdição constitucional, caracterizando-se o sistema brasileiro pela tendencial *concentração*. Enquanto se comprime o controle difuso incidental, amplia-se o controle abstrato principal.

<sup>6</sup> Peculiaridade da ação direta interventiva é a natureza da decisão proferida pelo STF, que não nulifica o ato impugnado, mas se limita a declarar a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Portanto, há muito tempo o sistema brasileiro conhece essa técnica de decisão. Sobre o tema: (BARROSO, 2004. p. 251; CLÈVE, 2000. p. 125; MENDES, 2007. p. 370).

## 2. Natureza, finalidade e procedimento

A ADI configura verdadeira ação. Envolve inauguração de processo *objetivo*, por prestar-se à defesa da ordem constitucional objetiva, sem a existência de *lide*, *controvérsia subjetiva* e *partes* (entendidas no sentido *material*<sup>7</sup>) que lhe componham o fundo. Daí ser instrumento de verificação da validade de norma *em tese* ou *em abstrato*<sup>8</sup>. Por ser processo especial, constitucional, admite, com cautela, a recepção de normas da legislação processual subjetiva<sup>9</sup>.

O *parâmetro* de controle da fiscalização abstrata é amplo, compreendendo toda a Constituição, independentemente das normas apontadas pelo requerente<sup>10</sup>. Isso porque o STF vincula-se, apenas, ao *pedido* declaratório da ADI, e não à *causa de pedir* (CLÈVE, 2000, p. 154-155). Afinal, a Constituição há de ser interpretada em seu todo, sistematicamente, e não *em tiras*<sup>11</sup>.

Nesse ponto, observe-se que a jurisprudência do Supremo incorreu em pequena flexibilização, ao estender a declaração de inconstitucionalidade a dispositivos não impugnados na ADI, quando a decisão implicar o esvaziamento da lei em tese. É a inconstitucionalidade *por arrastamento*<sup>12</sup>, que não configura, registre-se, espécie de

<sup>7</sup> “Natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas. Não identificação de réus ou de partes contrárias. Os eventuais requerentes atuam no interesse da preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio” (ADI 2.982-ED, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 22-9-2006).

<sup>8</sup> ADI 1.552-MC, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ, 7-3-2002.

<sup>9</sup> Exemplos de não recepção das regras processuais comuns: ADI 2.130-AgR, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 14-12-2001, AI 646.265 e AI 639.017.

<sup>10</sup> AI 413.210-AgR-ED-ED, rel. Min. Ellen Gracie, DJ, 10-12-2004.

<sup>11</sup> Cf. GRAU, 2007.

<sup>12</sup> ADI 2.982-ED, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 22-9-2006. Também: ADI 1.144. Situação diversa é a hipótese de *inconstitucionalidade reflexa*, quando, realmente, o parâmetro de controle é legal, e não constitucional, no que se afasta, pois, a competência do Supremo. Cf. ADI 2.535-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 21-11-2003.

inconstitucionalidade *consequente*<sup>13</sup>, tampouco ampliação do pedido, mas, simplesmente, resultado que decorre do próprio conteúdo veiculado pela norma atacada.

Passados onze anos da promulgação da Constituição, o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de ADI e ADC recebem regulamentação (ora específica, ora compartilhada<sup>14</sup>), com a Lei nº 9.868/99. No que toca à ação direta, temos na referida lei a previsão de um procedimento abreviado, em virtude da natureza objetiva da ação: apresenta-se petição inicial, fundamentada, sob pena de inépcia<sup>15</sup> (art. 3º); em seguida, são prestadas as informações pelos órgãos ou autoridades requeridos (art. 6º), quando, então, poderão ser ouvidos outros órgãos ou entidades, em virtude da relevância da matéria (art. 7º, § 2º); na seqüência, são ouvidos o AGU e o PGR (art. 8º), podendo, ainda, ser desig-

<sup>13</sup> Consoante José Manuel M. Cardoso da Costa (*apud* CLÈVE, 2000, p. 155), ao afirmar que, “se o Tribunal concluir pela inconstitucionalidade de uma dessas normas, nem por isso pode declarar a inconstitucionalidade por identidade de razão, ou sequer a inconstitucionalidade *consequente*, de outras normas do mesmo diploma que o requerente não haja nomeado”.

<sup>14</sup> No ponto, é interessante observar que, em sua origem, a *representação interventiva* poderia ser entendida como *ação de caráter ambivalente*, porque eficaz tanto como ação direta de inconstitucionalidade, quanto como ação declaratória de constitucionalidade. É o que o Supremo Tribunal Federal deu a entender quando julgou procedentes embargos infringentes opostos pelo próprio Procurador-Geral da República, contra decisão procedente sobre representação de inconstitucionalidade por ele movida (MENDES, 2007, p. 183). Todavia, embora definidas, na Constituição, como ações distintas, em recentes julgados o STF tem manifestado o antigo entendimento, admitindo ADI e a ADC enquanto ações iguais, porém, “com sinal trocado”, por: a) guardarem objeto semelhante, que é a decisão definitiva sobre a conformidade do ato normativo em relação à Constituição da República; e b) surtirem o mesmo efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e da administração pública direta e indireta. RE 431.715-AgR, Rcl 2.256 e Rcl 1.880-AgR.

<sup>15</sup> Na ADI 1.775, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18-5-2001, a petição inicial foi considerada inepta por ter sido indicada genérica e abstratamente a ofensa da lei à Constituição, restando ausentes os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, com suas especificações.

nada, pelo relator, audiência pública para a oitiva de expertos na matéria discutida (art. 9º, §1º). Depois disso, havendo medida cautelar, esta será decidida pela maioria absoluta dos membros da Corte (art. 10), ou, em caso de relevância da matéria e especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, o processo poderá ser diretamente submetido a julgamento (art. 12). Tocante à decisão de mérito, o *quorum* qualificado para instalação da sessão (art. 22) bem como a maioria qualificada exigida para a decisão (art. 23) refletem a importância que assume a decisão definitiva sobre a adequação do ato normativo à Constituição. Será, afinal, uma decisão irrecorrível (art. 26)<sup>16</sup>, irrevogável (art. 26)<sup>17</sup>, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 28, parágrafo único), podendo, nada obstante, ter seus efeitos manipulados quando presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (art. 27).

### 3. Legitimidade processual ativa e passiva

A maior alteração da ADI, em relação à antiga representação de inconstitucionalidade, é a ampliação do leque dos legitimados para sua propositura<sup>18</sup>. Trata-se de novo estatuto voltado à garantia dos direitos das minorias. Não se chegou, contudo, a configurar a ADI como *actio popularis*. O

<sup>16</sup> Salvo a possibilidade de interposição de embargos de declaração, opostos, somente, em face de decisão colegiada do Tribunal, consoante art. 337 do Regimento Interno do STF.

<sup>17</sup> O Supremo já teve oportunidade de manifestar-se sobre a constitucionalidade do art. 26 da Lei nº 9.868/99, quando, então, afastou a alegação de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, decorrente, em tese, da vedação à propositura de ação rescisória sobre decisão no âmbito da ação direta. ADI 2.154 e ADI 2.258, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14-2-2007, Informativo 456.

<sup>18</sup> No regime anterior, como visto, apenas o Procurador-Geral da República tinha legitimidade para desencadear a fiscalização abstrata, mas o artigo 103 da Constituição trouxe um rol muito maior de legitimados, o que a doutrina identifica como uma democratização do controle abstrato, não obstante a não-atribuição de legitimidade a qualquer cidadão. A respeito do tema: CLEVE, 2007, p. 88-90; FERRARI, 2004, p. 97-103; MENDES, 2007, p. 86-87.

controle difuso, em alguma medida, supre essa lacuna<sup>19</sup>.

A ampliação do rol de legitimados à arguição abstrata de inconstitucionalidade, somada ao que se chamou de *inflação legislativa*<sup>20</sup>, acarretou um aumento significativo do volume de demandas. Assim, o Tribunal foi levado a criar mecanismos para restringir o número de ações diretas<sup>21</sup>. Um exemplo é o requisito da *pertinência temática*<sup>22</sup>, exigido, inicialmente, apenas das entidades de classe de âmbito nacional<sup>23</sup>, sendo estendido, em seguida, às confederações sindicais<sup>24</sup>, aos partidos políticos<sup>25</sup>,

<sup>19</sup> A admissibilidade da ADI não está condicionada à inviabilidade do controle difuso (ADI 3.205). Por sua vez, o debate constitucional em sede de controle difuso, em princípio, é obstado em razão de decisão já proferida em sede de ação direta, salvo a discussão de questões eminentemente singulares, relacionadas ao caso concreto em exame.

<sup>20</sup> Uma breve comparação quanto ao número de ações de inconstitucionalidade ajuizadas antes e depois da Constituição de 1988, bem como notas acerca da inflação legislativa podem ser consultadas em nosso A Fiscalização..., p. 161-162.

<sup>21</sup> O que deve ser visto com certa cautela, sob pena de serem criadas restrições não autorizadas pela Constituição, incompatíveis não apenas com o sistema normativo, mas também com o caráter democrático que deve permear a jurisdição.

<sup>22</sup> Que nada mais é do que a congruência temática entre as finalidades estatutárias ou os interesses da unidade federativa e o conteúdo da norma impugnada. Cf. ADI 2.618-AgR-AgR, ADI 2.656, ADI 2.747 e ADI 3.059-MC.

<sup>23</sup> Exceção à interpretação restritiva conferida pelo STF é a mudança de entendimento com relação à ilegitimidade ativa das entidades de classe de segundo grau, também chamadas *associações de associações*. Com efeito, entendia o Supremo que tais entidades não representavam, diretamente, interesses de seus associados como pessoas físicas, e, sim, das pessoas jurídicas associadas. O posicionamento foi revisto, admitindo-se a legitimidade ativa dessas entidades. Cf. ADI 3.153-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 9-9-2005; ADI 2.797 e ADI 2.860, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 19-12-2006.

<sup>24</sup> Ressalte-se que os sindicatos e federações não possuem legitimidade para suscitar o controle concentrado de constitucionalidade. Cf. ADI 1.599-MC, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 18-5-2001.

<sup>25</sup> Mesmo que tenham perdido sua representação no Congresso Nacional após a propositura da ADI. É o que tem entendido o STF, revendo posicionamento

Governadores de Estado ou do Distrito Federal<sup>26</sup> e Mesa de Assembléia Legislativa do Estado ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal. A partir disso, é possível distinguir os *legitimados especiais* – de quem o Supremo tem exigido a comprovação do requisito da pertinência temática como condição de admissibilidade da ação – dos *legitimados universais* (o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da OAB). Esse é, portanto, o conjunto dos legitimados ativos.

Os legitimados passivos da ADI são os órgãos legislativos ou autoridades responsáveis pela edição do ato impugnado, sem olvidar que, uma vez que se trata de processo objetivo, a demanda não se volta *contra* alguém, e sim se dirige contra ato normativo ilegítimo do ponto de vista constitucional.

Questão que merece atenção diz respeito à participação obrigatória do Advogado-Geral da União na defesa do ato impugnado. Embora o STF já tenha pacificado o entendimento de que a defesa do ato impugnado, pelo AGU, é compulsória<sup>27</sup>, é importante salientar, como já dissemos em outra oportunidade (CLÉVE, 2001, p. 180-181), a posição difícil do Advogado-Geral da União, ao vincular-se à propositura da ADI, na qualidade de assessor jurídico da Presidência, e ao vincular-se à defesa do ato por ela impugnado, na qualidade de curador especial da norma. Reitera-se a desnecessidade de curador especial em processo objetivo. Ademais, as informações prestadas pelos legitimados passivos asse-

anterior: Cf. ADI 3.867, rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, DJE, 29-2-2008.

<sup>26</sup> O STF já se manifestou pela necessidade da pertinência temática em ADI proposta pelo Governador do Distrito Federal, tal como entende em relação aos Governadores de Estados, consoante se extrai do voto do Min. Eros Grau, relator da ADI 3.312.

<sup>27</sup> Cf. ADI 1.350, ADI 72-QO, ADI 1.434-MC, ADI 1.254-AgR e ADI 242. Exceto, contudo, quando a Corte já tenha firmado posicionamento sobre a tese a ser defendida, quando, então, o Advogado-Geral é dispensado da defesa: ADI 1.616.

guras não só o contraditório, mas ampla cognição da matéria.

#### 4. Participação dos amici curiae

As decisões da Corte podem apresentar menor legitimidade caso a discussão restrinja-se aos argumentos do legitimado ativo, do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União e do órgão que produziu o ato normativo. Questões relevantes podem não ser suscitadas pelos participantes do processo. Por essa razão, apesar de o *caput* do art. 7º da Lei nº 9.868/99 vedar a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade<sup>28</sup> (pois se trata de processo de natureza objetiva), o seu § 2º consagra<sup>29</sup>, excepcionalmente, a intervenção de quaisquer órgãos e entidades no processo<sup>30</sup>. Para tanto, devem ser atendidos, conforme apreciação do relator, os requisitos (i) da relevância da matéria discutida (pertinência com os interesses protegidos por aquele que pretende ingressar no feito) e (ii) da representatividade do postulante<sup>31</sup>. A idéia é de que todos são intérpretes da Constituição (HABERLE, 1997).

A participação dos interessados – os *amici curiae*, *amicus curiae*, no singular (instituto originário do direito anglo-saxão) – qualifica-se como fator de legitimação das decisões da Suprema Corte, aperfeiçoando o sistema

<sup>28</sup> Desde a Emenda Regimental nº 2, de 1985, editada pelo STF, não mais foi admitida a presença de assistente na via direta de controle de constitucionalidade.

<sup>29</sup> Utiliza-se o verbo “consagrar” pelo fato de o STF ter admitido a manifestação de interessados na ação direta mesmo antes da norma autorizadora. Cf. ADI-AgR 748/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 18-11-1994, p. 31392.

<sup>30</sup> Discute-se a natureza jurídica da intervenção do *amicus curiae*. Gustavo Binenbojm e Antonio do Passo Cabral (2003, p. 119-123) sustentam ser um terceiro especial; Edgard Bueno Filho entende se tratar de assistente qualificado.

<sup>31</sup> “Art. 7º - Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

de controle abstrato da constitucionalidade ao favorecer sua democratização. A participação enriquece o processo com elementos de informação e a experiência que o *amicus curiae* pode transmitir à Corte. Considerando que do controle abstrato de constitucionalidade decorrem implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais, a abertura da discussão adquire grande significado<sup>32</sup>.

Com o veto ao § 1º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, ficou indefinido o prazo para a manifestação dos órgãos e entidades. O STF entende que o pedido de admissão deve ser formulado no prazo de que dispõem as autoridades das quais emanou o ato impugnado para prestar informações. Todavia, é possível cogitar a admissão de *amicus curiae* fora desse prazo, considerando a relevância do caso ou a notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa<sup>33</sup>. Há sempre o cuidado de impedir transtornos ao procedimento, o que pode suceder, por exemplo, quando o pedido de intervenção ocorrer na

<sup>32</sup> Sobre a importância da intervenção dos *amici curiae*, conferir o pronunciamento marcante do Min. Celso de Mello na ADI-MC nº 2130/SC. Citem-se também: ADI 3.921, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ, 31-10-2007; ADI 3.819-ED, rel. Min. Eros Grau, DJ, 13-6-2007; ADI 3.620, rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 8-5-2007; ADI 3.494, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, de 8-3-2006; ADI 2.321-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 10-6-2005; ADI-MC nº 2130/SC, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 02-2-2001. Não se olvide, contudo, que, apesar de a participação dos *amici curiae* ser saudável para a democratização do controle abstrato de constitucionalidade, a sua participação não elide a dificuldade do Judiciário em lidar com temas técnicos ou específicos, nem supre o *deficit* de legitimidade de suas decisões.

<sup>33</sup> ADC 18, rel. Min. Menezes Direito, DJE, 2-5-2008; ADI 3.725, rel. Min. Menezes Direito, DJE, 7-8-2008. Tal entendimento se coaduna com o disposto no art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99: “Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

véspera da sessão de julgamento<sup>34</sup> ou após terem sido prolatados votos<sup>35</sup>. Uma vez admitido o ingresso no feito, o requerente terá o prazo de trinta dias para apresentar suas razões<sup>36</sup>. Ressalte-se que os “amigos da corte” não têm legitimidade para recorrer de qualquer decisão proferida em processo de ação direta, com exceção daquela que indeferiu sua intervenção na causa<sup>37</sup>.

Por fim, saliente-se que a salutar permeabilidade aos fatos e a democratização do controle concentrado de constitucionalidade têm sido fortalecidas também pela possibilidade de realização de audiências públicas<sup>38</sup> e pelo acolhimento de pareceres

<sup>34</sup> ADI 4.001, rel. Min. Eros Grau, DJE 21-5-2008.

<sup>35</sup> ADI 1.923, rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, decisão proferida pela Min. Ellen Gracie no exercício da Presidência, DJ, 1<sup>a</sup>-8-2007.

<sup>36</sup> A manifestação não se restringe à apresentação de razões por escrito. Em 26-11-2003, na ADI 2.777, rel. Min. Cezar Peluso, foi decidida questão de ordem a fim de permitir a sustentação oral na ação direta de inconstitucionalidade dos *amici curiae*. Em 30-3-2004, o STF, por meio da Emenda Regimental nº 15, acrescentou o § 3º ao art. 131 do Regimento Interno, no seguinte sentido: “Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento”.

<sup>37</sup> ADI 4.022, rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJE, 25-4-2008; ADI 2.591-ED, rel. Min. Eros Grau, DJ, 13-4-2007. Em sentido contrário: Gustavo Binenbojm (2005, p. 92), sustentando-se nos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal defende ser “lícito ao *amicus curiae* interpor qualquer recurso cabível, de acordo com a legislação processual”.

<sup>38</sup> A primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal foi instalada em 20 de abril de 2007, no curso da ADI nº 3.510, em que se questionava a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança), que permitiam a pesquisa com células-tronco embrionárias. Na audiência, houve amplo debate, com a participação de cientistas, estudiosos e personalidades autorizados no tema. O julgamento definitivo ocorreu em 29 de maio de 2008, quando, então, a maioria de seis ministros decidiu pela constitucionalidade das pesquisas. O julgamento é histórico não só por marcar a ampla participação da sociedade civil na formação do convencimento do Supremo, como, também, por ter permitido profunda discussão acerca da proteção constitucional da dignidade humana.

de peritos, nos termos do art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99.

### 5. Os atos impugnáveis por meio de ação direta genérica

Impugna-se por meio de ação direta de inconstitucionalidade lei ou ato normativo federal ou estadual. Excluem-se do campo da ação direta, portanto, os atos municipais<sup>39</sup> e distritais editados no exercício de competência legislativa municipal<sup>40</sup>.

Defende-se que todo ato com forma de lei (espécies do art. 59 da CF<sup>41</sup>) pode desafiar o controle abstrato. Não obstante, o STF, de modo criticável<sup>42</sup>, entende que atos editados sob a forma de lei mas não dotados de coeficiente mínimo de abstração ou generalidade (ou seja, lei de efeitos concre-

<sup>39</sup> ADI 1.268-AgR, rel. Min. Carlos Velloso, DJ, de 20-10-1995. Os atos municipais poderão ter sua constitucionalidade questionada diretamente perante o Supremo Tribunal Federal por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

<sup>40</sup> Súmula 642, STF: “Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal”. Nesse caso, estar-se-á diante da ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido.

<sup>41</sup> A doutrina distingue lei formal e lei material. Se o ato normativo é genérico, não importa de onde provenha, então é identificado como lei material. Se estiver preceitos concretos, será lei meramente formal. Todavia, a Constituição brasileira não adota o conceito material de lei.

<sup>42</sup> Quanto aos atos editados sob a forma de lei e a que o STF tem rejeitado o controle por via direta alegando que o ato gera efeitos concretos, afirma Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 1061-1062): “Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle de constitucionalidade abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da legislação ordinária”. Também José Afonso da Silva (2005, p. 541) afirma que “o ‘abstrato’ refere-se ao processo de controle, e não ao objeto a ser controlado”.



tos) não são passíveis de questionamento por ADI<sup>43</sup>. Apesar do entendimento, cabe apontar decisão recente em que o STF, ao analisar a constitucionalidade de dispositivo de lei orçamentária anual (tradicionalmente tida como lei de efeitos concretos<sup>44</sup>), considerou que a norma impugnada possui caráter geral e abstrato suficientes para ser objeto do controle abstrato<sup>45</sup>.

Ainda, apenas os atos do Poder Público cujo processo legislativo tenha sido concluído<sup>46</sup> podem ser questionados por meio de ADI. Assim, *projetos de lei* não podem ser questionados por ação direta (não se exclui a hipótese de questionar a *proposta* de emenda constitucional que viole cláusula pétrea<sup>47</sup>). Por outro lado, o STF admite

<sup>43</sup> ADI-MC-QO 1937/PI, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 31-8-2007, p. 29. Cf. também ADI-MC 2333/AL, rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 06-5-2005, p. 6.

<sup>44</sup> ADI 4.041, rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática, DJE, de 27-3-2008.

<sup>45</sup> ADI 3.949-MC, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14-8-2008.

<sup>46</sup> ADI 466/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 10-5-1991, p. 5929. Não se exige que a norma esteja em vigor. Ainda sobre o tema, cite-se a ADI 3367/DF, em que foi acatado o controle de emenda constitucional publicada apenas no curso da ação direta, antes da prolação da sentença. “Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença” (ADI 3367/DF, rel. Min. Cezar Peluso, DJ, 17-3-2006, p. 4).

<sup>47</sup> Tendo em conta que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental dispõe que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir” qualquer uma das cláusulas pétreas, parece legítimo admitir-se que aí residiria a única hipótese de fiscalização jurisdicional abstrata preventiva entre nós. Se a proposta não pode ser objeto de deliberação, a impugnação seria legítima mesmo antes da deliberação, promulgação ou publicação da Emenda Constitucional. O STF, entretanto, preferiu, nessa matéria, manter mais uma restrição à utilização da ação direta de inconstitucionalidade. Embora seu posicionamento seja pela impossibilidade de controle abstrato preventivo da constitucionalidade (ADI 466/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 10-5-1991, p. 5929), cabe sustentar que a deliberação de propostas tendentes a abolir as “cláusulas pétreas”, pelo risco evidente de quebra da “identidade” da Lei Fundamental, é de tal gravidade, dando margem, no caso de aprovação, a situações políticas de tal ordem, que

que parlamentares impetrem mandado de segurança para coibir a aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional<sup>48</sup>.

Caso o ato questionado seja revogado no curso da ação direta, o feito será julgado prejudicado pela perda superveniente do objeto<sup>49</sup>. Em agosto de 2008, em pronunciamento ímpar, o STF entendeu que a *revogação da lei impugnada*, quando já em pauta a ação direta, não subtrai à Corte a competência para examinar a constitucionalidade da norma até então vigente e suas conseqüências<sup>50</sup>.

Em relação às espécies normativas que podem ser objeto de ADI, diga-se já ser pacífico que as *emendas à Constituição* (inclusive decorrentes da revisão constitucional) sujeitam-se à fiscalização abstrata da constitucionalidade<sup>51</sup>, tendo como parâmetro exclusivamente as cláusulas pétreas. Quanto às *leis delegadas*, a fiscalização pode incidir tanto sobre a lei delegante (resolução) quanto sobre a lei delegada propriamente dita.

O controle jurisdicional das *medidas provisórias*, no Brasil, pode ocorrer em três níveis: (i) quanto à presença dos pressupostos habilitadores (relevância e urgência); (ii) quanto à matéria tratada (se suporta regramento legislativo provisório ou não); (iii) quanto à constitucionalidade da matéria propriamente dita (se atende, não sob a ótica formal, mas substantiva, as normas e princípios adotados pelo Constituinte). Em relação à última dimensão da fiscalização, o Judiciário vem exercendo plenamente a sua atividade. Quanto às primeiras dimensões,

a fiscalização preventiva parece justificada (além de autorizada pelo texto constitucional quando interpretado de modo ajustado).

<sup>48</sup> MS 24642/DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 18-6-2004, p. 45.

<sup>49</sup> ADI 3778/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ, 18-4-2008. ADI 1442/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 29-4-05, p. 7.

<sup>50</sup> ADI 3232/TO, 3983/TO e 3990/TO, rel. Min. Cezar Peluso, j. 14-8-2008.

<sup>51</sup> ADI 2024/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 22-6-2007, p. 16.

o controle tem estado aquém do necessário. Vale referir que certo número de medidas provisórias veicula dispositivos concretos, tendo em vista a própria função assumida pelo Poder Executivo no Estado contemporâneo, o que excluiria a possibilidade de ADI, conforme entendimento do Supremo. No entanto, a recente decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes na ADI 4.048/DF, em sede de medida cautelar, possibilitou o controle, suspendendo temporariamente a eficácia da MP nº 405/07, que abria créditos extraordinários.

Os atos próprios das Casas Legislativas, como os *decretos legislativos* e as *resoluções*, desde que veiculem atos normativos, estão sujeitos à fiscalização abstrata da constitucionalidade<sup>52</sup>.

Os *tratados internacionais* regularmente incorporados ao direito interno assumem, na óptica do STF, o *status* de lei ordinária federal, podendo ter sua constitucionalidade discutida em ADI<sup>53</sup>. Em relação aos tratados de direitos humanos, assumindo forma de emenda constitucional, podem igualmente ser objeto de ADI. Ressalte-se, no entanto, que, sendo ato bilateral ou multilateral de direito internacional, a declaração de inconstitucionalidade não implicará a nulidade do tratado, do ponto de vista do direito internacional.

Embora *atos normativos estrangeiros* não possam ser objeto de fiscalização abstrata da constitucionalidade, sua aplicação pode ser recusada por ofender a ordem pública, em sede de controle concreto.

<sup>52</sup> ADI-MC 3929/DF, rel. Min. Ellen Gracie, DJ, 11-10-2007, p. 38.

<sup>53</sup> O Congresso Nacional aprova o tratado mediante edição de decreto legislativo (art. 49, inc. I, da CF). “Esse modelo permite a propositura da ação direta para aferição da constitucionalidade do decreto legislativo, possibilitando que a ratificação e, portanto, a recepção do tratado na ordem jurídica interna ainda sejam obstadas. É dispensável, pois, qualquer esforço com vistas a conferir caráter preventivo ao controle abstrato de normas na hipótese. É possível, igualmente, utilizar-se da medida cautelar para retardar ou suspender a ratificação dos tratados até a decisão final” (MENDES, 2007. p. 1065).

O STF não admite ação direta de inconstitucionalidade contra *regulamentos* ou quaisquer atos normativos que desbordam dos parâmetros da lei, pois são hipóteses de ilegalidade<sup>54</sup>. Excetuam-se, porém, os *regulamentos autônomos*, quando invadem esfera reservada à lei<sup>55</sup>. A posição da Corte desafia questionamento, pois o regulamento pode ofender a Constituição não apenas na hipótese de edição de normativa autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei e, mesmo, o da separação dos poderes.

Quanto aos *regimentos dos tribunais*, podem ser objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade caso ofendam diretamente a Constituição<sup>56</sup>.

Em relação às *súmulas vinculantes*, considerando seu caráter normativo<sup>57</sup>, poderiam ser objeto de ADI. Entretanto, a ação direta é considerada via inadequada, tendo em vista a existência de específicos instrumentos para a revisão do ato do ordenamento jurídico – o cancelamento e a anulação, operados de ofício ou mediante pedido dos mesmos legitimados da ação direta<sup>58</sup>, entre outros. Ademais, haveria pro-

<sup>54</sup> ADI 2.714, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 27-2-2004. ADI 2.862, rel. Min. Cármen Lúcia, DJE, 9-5-2008. ADI-AgR 2792/MG, rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 12-3-2004, p. 36. ADI-AgR 2426/PR, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 11-10-2001, p. 7.

<sup>55</sup> Na ADIn 1396-SC (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08-06-1998), o Supremo declarou a inconstitucionalidade de decreto estadual, por violação ao princípio da divisão funcional do poder, uma vez que a matéria por ele disciplinada reservava-se à atuação institucional do Poder Legislativo, nos termos do inc. XI do art. 37 da CF.

<sup>56</sup> ADI 2970/DF, rel. Min. Ellen Gracie, DJ, 12-5-2006, p. 4.

<sup>57</sup> “A súmula, porque não apresenta as características de ato normativo, não está sujeita à jurisdição constitucional concentrada” (ADI 594, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 15-4-1994). O entendimento não pode ser aplicado à súmula vinculante, considerando que possui caráter normativo.

<sup>58</sup> CF/88: “Art. 103-A. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconsti-

blema de legitimidade em o STF controlar a constitucionalidade de ato emanado pelo próprio tribunal.

Por sua vez, as *sentenças normativas* proferidas pela Justiça do Trabalho não constituem objeto da fiscalização abstrata da constitucionalidade, desafiando apenas os recursos normalmente oferecidos.

Em relação aos *atos normativos anteriores à Constituição*, entende o STF que a hipótese é de revogação, e não de inconstitucionalidade, razão pela qual não cabe ADI<sup>59</sup>. Tais atos, contudo, podem ser questionados mediante o aforamento de ADPF, meio que supriu a criticável lacuna da ação direta em relação ao controle das normas pré-constitucionais<sup>60</sup>.

#### 6. A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos

Inicialmente, afirma-se a possibilidade de providência cautelar na ADI, com fulcro no art. 102, I, *p*, da CF, no art. 10 da Lei nº 9.868/99 e no art. 170, § 1º, do RISTF. Trata-se de medida excepcional, em face

tucionalidade”. A lei nº 11.417/06, que regulamenta o instituto da súmula vinculante, em seu artigo 3º, enumera os legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante. Além daqueles já legitimados para propor ADI, são partes legítimas também o Defensor Público-Geral da União e os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. Ademais, o § 1º do referido art. 3º possibilita a Município propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

<sup>59</sup> O controle de constitucionalidade de atos normativos anteriores à Constituição foi debatido já na ADI 2, em que restou assentado que a questão é de direito intertemporal, resolvendo-se pela revogação. O entendimento permanece na Corte. Cf. ADI 888, rel. Min. Eros Grau, DJ, 10-6-2005.

<sup>60</sup> Na ADPF 130/DF, em 21-2-2008, foi concedida medida cautelar a fim de determinar que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos e os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que verse sobre dispositivos da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa). CF. ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Brito, DJE, 26-2-2008.

da presunção de constitucionalidade dos atos estatais.

Conforme o STF, somente aquele que instaura o processo de controle normativo abstrato dispõe de legitimidade para requerer a concessão de medida de cautelar<sup>61</sup>. Para a concessão da medida, devem ser satisfeitos os requisitos que se expressam “(a) na plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni juris*),<sup>62</sup> (b) na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*),<sup>63</sup> (c) na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e (d) na necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão”<sup>64</sup>.

A competência para a concessão de medida cautelar é do Plenário (voto da maioria absoluta). Todavia, em casos urgentes – e sempre *ad referendum* desse órgão do tribunal –, o presidente ou o relator podem conceder a medida<sup>65</sup>. A apreciação do

<sup>61</sup> ADInQO 807-2, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 11-6-1993.

<sup>62</sup> Plausibilidade: demonstração da “forte suspeita de inconstitucionalidade” do ato impugnado (ADI-MC 1465/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU, 19-12-1996).

<sup>63</sup> Nos casos em que já decorreu grande período de tempo entre a edição da norma impugnada e a instauração da verificação abstrata de constitucionalidade, o Supremo entende que o requisito do *periculum in mora* pode ser substituído pelo da conveniência na concessão da liminar. ADI 1.857-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ, de 23-10-1998.

<sup>64</sup> RDA, índice analítico, p. 9. Também RTJ 101:928 e 102:480. Na ADI-MC 1770/DF (rel. Min. Moreira Alves, j. 14-5-1998), o Supremo entendeu pela “conveniência da suspensão cautelar da norma impugnada pelas repercussões sociais dela decorrentes”.

<sup>65</sup> ADI 3.929-MC-QO, rel. Min. Ellen Gracie, DJ, 11-10-2007. ADI 3.376-MC, rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, DJ, 1º-2-2005. ADI 2.244, rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática proferida pelo Min. Carlos Velloso, DJ, 1º-8-2000. MS 25.024-MC, rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática proferida pelo Min. Nelson Jobim, DJ, de 23-8-2004.

Não parece ser compatível com o disposto no art. 97 da Constituição Federal a concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade por decisão monocrática. Assim como o ato normativo do Poder Público somente pode ser declarado inconstitucional com a manifestação da maioria absoluta dos membros do STF, a concessão da liminar, que implica a sustação dos efeitos prospectivos da normativa

pedido de cautelar será (salvo excepcional urgência<sup>66</sup>) antecedida da audiência (i) dos órgãos ou autoridades dos quais emanou o ato normativo impugnado e, (ii) caso indispensável, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

A decisão que concede a medida cautelar tem validade *erga omnes*<sup>67</sup> e efeitos, em regra, *ex nunc*<sup>68</sup> e repristinatórios, salvo expressa manifestação em contrário<sup>69</sup>. Ainda, é dotada de efeito vinculante<sup>70</sup>, considerando que suspende a execução do ato normativo impugnado<sup>71</sup> e o julgamento

impugnada, deve seguir a mesma sistemática. Não parece ser razoável a concessão de liminar, por um único Ministro do STF, sustentando os efeitos de lei aprovada por mais de quinhentos deputados, mais de oitenta senadores e sancionada pelo Presidente da República. É evidente que a possibilidade de concessão de liminares por um único Ministro pode dar lugar a abusos, bem como a atritos desnecessários entre os Poderes da República, quando não a crises de natureza política.

<sup>66</sup> ADI 3.578-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 24-2-2006.

<sup>67</sup> Rcl 2.256, voto do Min. Gilmar Mendes, DJ, 30-4-2004.

<sup>68</sup> Lei nº 9.868/99: "Art. 11. § 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa." Como exemplos de atribuição de efeitos *ex tunc* à medida cautelar, cite-se: Rcl 2.256-MC, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ, 22-4-2003. ADI 2.105-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 28-4-2000. ADI 2.661-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 23-8-2002.

<sup>69</sup> Lei nº 9.868/99: "Art. 11. § 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário". Esse dispositivo teve sua constitucionalidade afirmada na ADI 2.154 e ADI 2.258, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14-2-2007, Informativo 456. Rcl 2.256-MC, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ, 22-4-2003.

<sup>70</sup> Rcl 2256/RN, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 30-4-2004, p. 34. Rcl 935/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 17-10-2003, p. 14. Rcl 899/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJ 20-9-2002, p. 90. No âmbito da ação declaratória de constitucionalidade, em entendimento aplicável à ADI: Rcl-AgR-AgR 4903/SE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 147, 08-8-2008. O art. 21 da Lei nº 9.868/99 explicita o efeito vinculante da medida cautelar proferida em ADC. A doutrina é pacífica quanto à extensão desse efeito para a cautelar concedida em ADI.

<sup>71</sup> Rcl 2.653-MC, rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, j. 30-6-2004. Rcl 935, rel. Min. Gilmar

de processo que envolva a aplicação da norma. A decisão que indefere o pedido não é dotada desse mesmo efeito<sup>72</sup>, podendo ser reiterado o pedido em caso de novas circunstâncias que justifiquem a medida.

Quanto à decisão final de mérito, diga-se que os efeitos *erga omnes* são insitos à decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade<sup>73</sup>, conforme expressa disposição constitucional (art. 102, §2º). Assim, prescinde-se da manifestação do Senado Federal para que a decisão opere efeitos gerais.

Além de efeitos gerais, a decisão produz efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública<sup>74</sup>, questão pacificada com o advento da Lei nº 9.868/99 e constitucionalizada

Mendes, DJ, 17-10-2003. No entender de Gilmar Mendes (2006, p. 319), "a medida cautelar deferida em processo de controle de normas opera não só no plano estrito da *eficácia*, mas também no plano da própria *vigência da norma*".

<sup>72</sup> Rcl-AgR 3424/SP, rel. Min. Carlos Britto, DJE 142, 1-8-2008. Rcl-MC 2585/MG, rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 22-4-2004, p. 09.

<sup>73</sup> Os efeitos *erga omnes* já caracterizavam a apresentação de inconstitucionalidade, nos termos da Emenda nº 16/65.

<sup>74</sup> O STF já assentou que os efeitos vinculantes não alcançam o exercício da função legislativa, podendo-se editar ato de conteúdo idêntico ao declarado inconstitucional (Rcl 5.442-MC, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ, 6-9-2007). Todavia, sendo comuns os casos de normas idênticas em diferentes unidades da federação, tem-se que a declaração de inconstitucionalidade de uma dessas normas atingirá *de algum modo* as demais, principalmente se forem *questionadas judicialmente*. Nesse sentido, cite-se a ADI 1.662, em que o STF entendeu, com efeitos gerais e vinculantes, que a Instrução Normativa nº 11/97 do TST era inconstitucional. Aforada a Reclamação 1.987, o STF, considerando os fundamentos da decisão proferida na ADI, atribuiu efeito transcendente ao julgado, de modo a abarcar normas idênticas prolatadas posteriormente, como um ato produzido pelo TRT de São Paulo (Rcl 1.987/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 21-5-2004, p. 33). Situação semelhante ocorre na Reclamação 4.219/SP, pendente de julgamento, em que se sustenta que decisão da 11ª Vara da Fazenda Pública de SP desrespeitou o entendimento fixado na ADI 2.602 (inaplicabilidade de lei do Estado de Minas Gerais de idêntico conteúdo). Embora a admissão da transcendência dos motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade ainda não seja pacífica na

pela Emenda nº 45/04<sup>75</sup>. Assim, não obstante divergência anterior, pode-se valer da reclamação constitucional para que se observe a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade<sup>76</sup>.

Nesse ponto, uma das grandes polêmicas existentes é quanto aos efeitos retroativos da decisão. Por muito tempo, entendeu-se que a nulidade das normas inconstitucionais constitui princípio implícito no ordenamento brasileiro (CLÉVE, 2000, p. 243; MENDES, 2007, p. 249; SARMENTO, 2001, p. 10). Com base nessa premissa, justificam-se os efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade, pois algo nulo não teria o condão nem mesmo de revogar a legislação anterior. Contudo, com o advento da Lei nº 9.868/99, em especial do seu artigo 27, passou-se a questionar a

---

Corte, defende-se que a declaração produzirá algum efeito sobre atos de idêntico conteúdo.

<sup>75</sup> Inicialmente, previam-se expressamente os efeitos vinculantes apenas em relação à ADC. Com a Lei nº 9.868/99, consagrou-se no âmbito legislativo que os efeitos vinculantes referem-se também à ADI. Afinal, a ação declaratória de constitucionalidade configura-se uma “ação direta de inconstitucionalidade com sinal trocado” e não faz sentido o tratamento distinto (MENDES, 2007, p. 1227). A Emenda nº 45/04 constitucionalizou o entendimento.

<sup>76</sup> Em um primeiro momento, o STF entendia que não era cabível a reclamação na hipótese de descumprimento de decisão tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, devido à natureza eminentemente objetiva do processo (Rcl nº 354/AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 28-6-1991). Os pressupostos da reclamação eram dois: i) existência de uma relação processual em curso e ii) um ato que se coloque contra a competência do STF ou contrarie decisão desse proferida na mesma relação processual ou em relação processual que daquela seja dependente. Posteriormente, o STF abrandou tal interpretação, admitindo a reclamação desde que interposta pelos órgãos legitimados para instaurar o controle abstrato da constitucionalidade (Rcl nº 397/MC-QO/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 21-5-1992). No entanto, abrandou-se ainda mais o entendimento inicial, estabelecendo-se que qualquer particular pode propor reclamação desde que venha a ser atingido por decisão judicial contrária a entendimento fixado, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal (AgRg na Rcl nº 2.143, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 6-6-2003). No mesmo sentido: Rcl 4.971-MC, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ, 18-4-2007.

natureza declaratória da decisão que reconhece a inconstitucionalidade.

De fato, o Supremo já tem temperado o dogma da nulidade da lei inconstitucional em alguns momentos<sup>77</sup>, mas a Lei nº 9.868/99 trouxe expressamente a possibilidade de modular os efeitos da decisão, possibilitando que, mediante o voto de dois terços dos membros, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, o Supremo restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decida por sua eficácia *ex nunc*, incidindo a partir do trânsito em julgado ou momento posterior (eficácia *pro futuro* da decisão)<sup>78</sup>.

Sustenta-se que a premissa da nulidade da lei inconstitucional não pode ser afastada pela consagração da modulação dos efeitos no direito brasileiro. Antes da autorização legislativa, o Supremo já admitia a mitigação dos efeitos retroativos, mas como exceção à regra que consagra a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade. E persiste como exceção, o que confirma a regra da nulidade da lei inconstitucional (BINENBOJM, 2004, p. 198; SARMENTO,

---

<sup>77</sup> Valendo-se da teoria da aparência, o STF deixou de invalidar os atos de funcionário público cuja nomeação se deu por lei declarada inconstitucional (STF, RE 78.533/SP, Rel. Ministro Firmino Paz, julgado em 13/11/1981, publicação DJ 26.02.1982). Outro exemplo é o Recurso Extraordinário nº 122.202/MG, no qual o STF entendeu que a retribuição declarada inconstitucional não deve ser devolvida no período de validade da lei declarada inconstitucional (STF, RE 122.202/MG, Rel. Ministro Francisco Rezek, julgado em 10.08.1993, publicação DJ 08.04.1994). Sobre o tema: CLÉVE, 2000, p. 251-252. SARMENTO, 2001, p. 21-22.

<sup>78</sup> Critica-se a possibilidade de conferir eficácia *pro futuro* à decisão. Segundo Daniel Sarmento (2001, p. 33), é censurável a amplitude com que se admitiu essa eficácia, sem baliza temporal. Todavia, o STF se vale da técnica há tempos. Por exemplo, ao considerar a regra do art. 68 do Código de Processo Penal uma norma constitucional com trânsito para inconstitucionalidade. Até que se implemente de forma condizente a estrutura das Defensorias Públicas no Brasil, é constitucional a previsão de legitimidade ativa do Ministério Público para a ação civil de reparação dos danos. Contudo, o dispositivo tornar-se-á inconstitucional por ocasião da estruturação completa das Defensorias (RE 147.776/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 19-6-2006).

2001, p. 29). Por fim, verifica-se que não se trata de uma prerrogativa da fiscalização abstrata. A modulação de efeitos é aplicável em sede de fiscalização incidental, conforme já decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal<sup>79</sup>.

### Considerações finais

Os vinte anos da democrática Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 autorizam reflexões que vão muito além das considerações aqui trazidas. Procurou-se mostrar, nessas breves linhas, que o instituto da ADI orienta-se ao fim elementar a que se destina o Estado Democrático de Direito: a realização dos direitos fundamentais.

A certeza de que o papel do Estado encontra-se vinculado, sob pena de deslegitimação do poder político, à satisfação dos direitos fundamentais substancia importante conquista. E tal fato tem exigido uma releitura do direito, das categorias jurídicas e, também, um outro modo de praticar as profissões jurídicas. Nesse sentido, com a Constituição de 1988, o Judiciário renovou-se de modo impressionante, estando fortemente comprometido com a Constituição. Se, por um lado, há uma explosão de litigiosidade, por outro, tem-se a emergência da descoberta, pelo cidadão, de que seus direitos podem ser reclamados no Judiciário. Pouco a pouco, soluções vão sendo buscadas para que se atenda de modo satisfatório ao grande número de feitos aforados todos os anos.

O importante é realçar que o Judiciário vem-se debruçando sobre a Constituição. Vem exercendo, particularmente o Supremo Tribunal Federal, o papel de guardião

<sup>79</sup> No julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, o STF declarou inconstitucional a lei orgânica do Município de Mira Estrela que estabelecia número desproporcional de vereadores, mas conferiu efeitos *pro futuro* à decisão por razões de segurança jurídica (RE 197.917/SP, rel. Min. Maurício Correa, DJ 7-5-2004). A respeito do tema: (MENDES, 2004, p. 294).

da Constituição. Se é certo que algumas decisões podem ser questionadas, talvez por denunciarem certo ativismo, não se pode negar o importante serviço prestado pelo STF nos últimos anos, inclusive por meio do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade.

### Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *A Doutrina brasileira da efetividade*. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito constitucional*. t.2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BINEBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. *A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual*. In: A & C, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. ano 5, n.19. Belo Horizonte, jan./mar. 2005.

CABRAL, Antônio de Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*. *Revista de Direito Administrativo*. n. 234, out./dez. 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Controle de constitucionalidade e democracia*. In: MAUÉS, Antônio Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

\_\_\_\_\_. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ELSTER, John. *Introducción*. In: \_\_\_\_\_. SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. Tradução de Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de cultura econômica, 1999.

\_\_\_\_\_. *Ulises desatado: estudos sobre la racionalidad, precompromiso y restricciones*. Tradução de Jordi Mundo. Barcelona: Gedisa, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Tradução de Flávio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_; COELHO, Mártires Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAWLS, Jonh. *O liberalismo político*. Tradução de Renah de Abreu Azevedo. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual á Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a co- operação da deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

# A Constituição de 1988

## Uma Constituição de esperança

Jorge Miranda

### Sumário

I - A transição constitucional: 1. Poder constituinte material e poder constituinte formal; 2. A relação necessária de uma e outra manifestação de poder constituinte; 3. A transição constitucional, modo de exercício do poder constituinte; 4. Revolução e transição; 5. A continuidade formal do ordenamento; 6. A transição constitucional brasileira; 7. A Assembleia Constituinte. II - A Constituição de 1988: 8. Os princípios fundamentais; 9. Os direitos fundamentais; 10. A organização económica; 11. A organização do poder político; 12. O plebiscito de 1993; 13. A fiscalização da constitucionalidade; 14. A frustrada revisão constitucional; 15. Um juízo global sobre a Constituição.

### *I - A transição constitucional*

1. Qualquer Constituição pressupõe um poder constituinte material como poder de auto-organização e auto-regulação do Estado. E este poder é um poder originário, expressão da soberania do Estado na ordem interna ou perante o seu próprio ordenamento (MIRANDA, 2002, p. 355 et seq.; 2003, p. 87 et seq.).

Mas qualquer Constituição moderna implica também um poder constituinte formal como poder do Estado de atribuir às normas constitucionais uma forma adequada e de lhes atribuir uma força jurídica específica diante das demais normas.

Com efeito, por um lado:



a) O factor determinante da abertura de cada era constitucional é, não a aprovação de uma Constituição formal (ou a redacção de uma Constituição instrumental), mas o corte ou a contraposição frente à situação ou ao regime até então vigente, em nome de uma nova ideia de Direito ou de um novo princípio de legitimidade, seja por meio de revolução, seja por outro meio;

b) A entidade determinante do conteúdo fundamental de uma Constituição é a entidade – força política ou social, movimento militar ou popular, monarca, outro órgão ou grupo – que assim vai inflectir a ordem preexistente e assumir a inerente responsabilidade histórica;

c) Tal entidade, ora pode convocar ou estabelecer uma assembleia, um colégio, outro órgão com vista à elaboração da Constituição formal, ora, porventura, ser ela logo a decretá-la;

d) O órgão que elabora e decreta a Constituição formal é solidário da ideia de Direito, do desígnio, do projecto correspondente à ruptura ou à inflexão e não poderia contradizer ou alterar essa ideia, esse desígnio, esse projecto sem nova ruptura ou inflexão, sem se transformar em entidade originária de uma diferente Constituição material;

e) Aliás, mesmo se a ideia de Direito é de democracia pluralista, o órgão encarregado de fazer a Constituição formal não goza de uma margem de liberdade plena; não adstrito, decerto, a um determinado e único sistema de direitos fundamentais, de organização económica, de organização política ou de garantia da constitucionalidade, está sujeito a um limite – o da coerência com o princípio democrático e da sua preservação (não pode estabelecer uma Constituição não democrática).

Não significa isto, contudo, que a elaboração da Constituição formal redunde em algo despiciendo ou acessório, porquanto, por outro lado:

a) Não basta, com a civilização da lei escrita e com o constitucionalismo, uma qualquer ideia ou um qualquer conjunto de

princípios para ficar definido o quadro da vida colectiva; o estatuto do Estado<sup>1</sup> carece de uma Constituição formal; traçar este estatuto comporta opções jurídico-políticas de importância central;

b) Quer a ideia de Direito (ou o desígnio, o projecto, o carácter do regime) se desenhe com muito vigor e nitidez, quer se ofereça mais ou menos vaga ou fluida, não pode deixar de ser interpretada, concretizada, convertida em regras de comportamento e de relação (relação entre o Estado e os cidadãos, relação entre os futuros órgãos de poder), em regras que compõem a Constituição formal;

c) Até à Constituição formal os órgãos de poder aparecem como órgãos provisórios ou transitórios e os seus actos de decisão política como tendo validade ou eficácia condicionada a futura confirmação ou convalidação; e, quando se trate de um novo regime democrático, as “grandes reformas de fundo” deverão situar-se no âmbito de futuro órgão democraticamente constituído;

d) Se o Direito ordinário criado entre o momento da ruptura ou da inflexão da ordem anterior e o da entrada em vigor da nova Constituição formal não pode ser submetido (por estar ou ter de se pressupor que está de acordo com a nova ideia de Direito) a tratamento igual ao do Direito editado no regime precedente, nem por isso é menos seguro que só a Constituição representa o novo fundamento do ordenamento jurídico;

e) O poder constituinte ou a soberania do Estado não se manifesta só no momento inicial ou no primeiro acto do processo, nem só no momento final de decretação da Constituição formal; manifesta-se no enlace de todos os actos e no conjunto de todos os órgãos que neles intervêm.

2. São duas faces da mesma realidade. Ou dois momentos que se sucedem e completam, o primeiro em que o poder consti-

<sup>1</sup> Ressalvando sempre, de novo, o caso particular da Grã-Bretanha.

tuinte é só material, o segundo em que é, simultaneamente, material e formal<sup>2</sup>.

O poder constituinte material precede o poder constituinte formal. Precede-o logicamente, porque a ideia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os factos, a legitimidade a legalidade. E precede-o historicamente, porque há quase sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa ideia de Direito ou do nascimento de certo regime e o da formalização dessa ideia ou desse regime; e o que se diz da construção de um regime político vale também para a formação e a transformação de um Estado.

Em segundo lugar, o poder constituinte material envolve o poder constituinte formal, porquanto (assim como a Constituição formal contém uma referência material) este é, por seu turno, não menos um poder criador de conteúdo valorável a essa luz. Não somente o poder constituinte formal complementa e especifica a ideia de Direito como é, sobretudo, através dele que se declara e firma a legitimidade em que agora assenta a ordem constitucional.

Confere, pois, o poder constituinte formal estabilidade e garantia de permanência e de supremacia hierárquica ou sistemática ao princípio normativo inerente à Constituição material. Confere estabilidade, visto que a certeza do Direito exige o estatuto da regra. Confere garantia, visto que só a Constituição formal coloca o poder constituinte material (ou o resultado da sua acção) ao abrigo das vicissitudes da legislação e da prática quotidiana do Estado e das forças políticas.

3. Menos estudado do que a revolução vem a ser o fenómeno que apelidamos de transição constitucional. Menos estudado, não só por até há poucos anos ser muito menos frequente mas também por ser mais

difícil de registar (ou de fixar, com todo o rigor) o momento da mudança de regime ou de Constituição material.

Não deve, no entanto, ter-se por pouco relevante. A evolução política inglesa do Estado estamental para a monarquia constitucional e da predominância da Câmara dos Lordes para a da Câmara dos Comuns reconduz-se, no fundo, a uma prolongada transição. E talvez mais sugestivas, porque ocorridas em períodos breves, são, entre outras, a outorga da Carta Constitucional portuguesa por D. Pedro IV (D. Pedro I do Brasil) em 1826; a instauração do fascismo na Itália de 1922 a 1925; a passagem da IV à V República em França em 1958; a consagração de regimes de partido único em África nos anos 60 e 70; a restauração da democracia na Grécia em 1974; a “reforma política” espanhola de 1976-1978.

Refiram-se também as transições de regimes militares, ou de base militar, para regimes constitucionais democráticos no Peru, de 1977 a 1979, na Argentina, de 1982 a 1983, no Brasil, de 1985 a 1988, e no Chile, de 1988 a 1990; a transição do domínio de um partido hegemónico para a plena competitividade política, no México; a transição de regimes marxistas-leninistas para regimes pluralistas na Hungria, na Polónia e na Bulgária, em 1989 e 1990; a transição na Nicarágua em 1990; a abertura ao pluralismo político em S. Tomé e Príncipe, Cabo Verde, Moçambique, Guiné-Bissau e, de certo modo, Angola no início dos anos 90; a passagem do *apartheid* ao regime democrático multi-racial na África do Sul; a passagem, na Venezuela, da Constituição de 1961 à Constituição de 1999.

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

Na transição ocorre sempre um dualismo. Pelo menos, enquanto se prepara a

<sup>2</sup> Ou ainda: primeiro, há um poder constituinte material não formal; depois, um poder constituinte material formal.

nova Constituição formal, subsiste a anterior, a termo resolutivo; e nada impede que o mesmo órgão funcione simultaneamente como órgão de poder constituído à sombra da Constituição prestes a desaparecer e como órgão de poder constituinte com vista à Constituição que a vai substituir.

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

Nem se conteste a autonomia do conceito, sugerindo que se reconduz, no fundo, a golpe de Estado. Não é assim, pois na transição constitucional se observam as competências e as formas de agir instituídas: o Rei absoluto, por o ser, julga poder autolimitar-se, tal como uma assembleia pode ser autorizada por uma lei formalmente conforme com a Constituição previgente a decretar uma nova Constituição.

Dir-se-á que, de qualquer sorte, existe desvio ou excesso de poder, visto que a um órgão criado por certa Constituição está vedado, por natureza, suprimi-la ou destruí-la (pois *nemo plus juri transfere potest quam habet*). Mas esse desvio de poder *só se dá do prisma da Constituição anterior*; não do prisma da nova Constituição, que, precisamente, surge com a decisão de abrir caminho ou deixar caminho aberto à mudança de regime. E nisto consiste – em paralelo com o que se verifica com a revolução – o exercício do poder constituinte originário.

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

impor-se como fundamento de legalidade mas ainda obter efectividade.

5. Como explicar, entretanto, a continuidade formal do ordenamento, sem ruptura? Uma resposta interessante, a respeito da nova Constituição brasileira, é avançada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

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

Que acontece quando o receptor promulga uma emenda que altera o relato da norma que lhe confere competência? *Aparentemente*, ele cumpre a norma e engendra um paradoxo. Na verdade, porém, isto não ocorre. Porquê? Porque, ao promulgar a emenda alterando o relato da norma que autoriza os procedimentos para emendar, o receptor (poder constituído) põe-se como emissor (poder constituinte). Isto é, já não é a norma que autoriza os procedimentos de emenda que está a ser accionada, mas outra, com o mesmo relator, mas com outro emissor e outro receptor. E uma norma nova, uma norma-origem.

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

Nem toda a norma-origem integra o sistema na sua coesão... No caso, porém, invoca-se uma regra de calibração: o Congresso Nacional, bem ou mal, *representa* o povo... Esta regra de calibração é que per-

mite integrar a norma-origem no sistema, o qual, assim, se mantém em funcionamento, trocando, porém, o seu padrão: do padrão-legalidade para o padrão-efectividade (MIRANDA, 1988, p. 7 et seq.).

6. Ao contrário da Constituição portuguesa de 1976, saída de uma revolução, a Constituição de 1988 nasceu de uma transição constitucional (Cf. MIRANDA, 1987, p. 29; WACHOWICZ, 2000). E quando é que ocorreu essa transição, quando é que ocorreu o exercício do poder constituinte material.

Num sentido muito amplo, decerto a transição tem de ser compreendida a partir de um processo relativamente longo, de quase três anos. Contudo, o momento decisivo, o que assinalou a viragem política fundamental, o que marcou o fim da ditadura militar foi a eleição do candidato a Presidente da República, proposto pela Oposição ao regime militar, pelo colégio eleitoral em Janeiro de 1985.

Com efeito, o que se havia verificado até então tinha sido sempre a sucessão de Generais-Presidentes, indicados pelas Forças-Armadas ao colégio eleitoral. Ora, em Janeiro de 1985, em vez de ser eleito o candidato identificado com o regime (aliás, pela primeira vez, um civil), foi eleito o Candidato apoiado pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro e pelos dissidentes do partido governamental, e o regime aceitou o resultado, ou, pelo menos, não o recusou, não reagiu. Se o regime continuasse o mesmo (ou se tivesse margem de manobra, em face da situação política, económica e social, para continuar o mesmo), não se teria resignado e teria encontrado forma para o tornar ineficaz (à semelhança do que tem acontecido noutros países e à semelhança do que, indirectamente, aconteceu em Portugal em 1958 e 1959).

Foi a resignação perante esse resultado, e não a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de Novembro (nem sequer a eliminação da legislação de carácter autoritário) que envolveu a mudança de regime. Pois, como

poderia um Congresso ordinário, formado à sombra da Constituição de 1967-1969, atribuir poder constituinte – quer dizer, para fazer nova Constituição – ao Congresso a eleger em 15 de Novembro de 1986 e a reunir no 1º de Fevereiro de 1987? Como poderia um Congresso ordinário criar uma Assembleia Constituinte? Tal só foi possível porque, a partir de Janeiro de 1985, o Brasil já estava em fase constituinte, já estava desencadeado o processo conducente à Constituição formal que haveria de ser aprovada em 1988.

Também na Espanha, a passagem do regime franquista para a actual monarquia parlamentar não se verificou em 1978, com o referendo sobre a nova Constituição; deu-se logo em 1976, quando o Rei (Rei, segundo as Leis fundamentais do General Franco) nomeou um Governo para efectuar aquilo a que se chamou a “transição política”. Assim como, por exemplo, na Polónia ou em S. Tomé e Príncipe, em Moçambique, em Cabo Verde e na Guiné-Bissau, a passagem do regime de partido único para a democracia viria a registar-se com a decisão desse partido único de se abrir ao pluralismo. Ou, na África do Sul, o fim do *apartheid* não veio com a Constituição de 1996; veio antes, com os acordos de Nelson Mandela e Frederick De Klerck.

7. De realçar, entretanto, uma particularidade da Assembleia Constituinte brasileira de 1987-1988.

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

E a escolha teve evidente significado político e não meramente técnico. Se não se tratava já de mais uma revisão constitucional tão pouco se tratava de criar, por referência a qualquer legitimidade revolucionária uma nova Constituição. Daí a subsistência da Constituição de 1967-1969, emendada, até à entrada em vigor da nova Constituição, em vez de um interregno ou de uma revogação ou abolição; daí o estatuto não provisório do Congresso anterior à eleição e do Presidente da República; daí a limitação imanente da soberania do Congresso eleito em 15 de Novembro de 1986.

## II – A Constituição de 1988

8. A Constituição de 1988 abre com um preâmbulo (donde consta a invocação do nome de Deus) e com “princípios fundamentais”.

Quatro notas se salientam aqui:

1<sup>a</sup>) Declarar-se a República formada pela “união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” (art. 1<sup>o</sup>), o que, indo ao encontro da realidade, aponta para um duplo grau de organização territorial – federalismo a nível de Estados e regionalismo a nível de município;

2<sup>a</sup>) Fundar-se o “Estado Democrático de Direito” (mesmo art. 1<sup>o</sup>) na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político;

3<sup>a</sup>) Proclamarem-se grandes princípios do Direito internacional – independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, concessão de asilo político;

4<sup>a</sup>) Afirmar-se um projecto de integração dos povos da América Latina.

O segundo e o terceiro pontos reflectem alguma influência da Constituição portuguesa. Em disposições transitórias,

o Brasil propugna pela formação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos (art. 7<sup>o</sup>).

Alguns dos princípios fundamentais são garantidos através de uma cláusula pética ou de limites materiais de revisão constitucional (art. 60, § 4<sup>o</sup>).

9. Diversamente de todas as anteriores Constituições brasileiras, a de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação as demais matérias.

Além de direitos habitualmente enumerados noutras Constituições, encontram-se no longo art. 5<sup>o</sup>: a garantia de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação colectiva; a previsão de prazo, nos termos da lei, para a prestação de informação pelos poderes públicos; à qualificação do racismo e da tortura como crimes inafiançáveis; o mandado de segurança colectivo (a impetrar por partidos políticos, organizações sindicais ou de classe ou associações legalmente constituídas); o mandado de injunção; a também nova figura do “habeas data” para conhecimento de informações constantes de registos ou de bancos de dados de entidades públicas e para rectificação desses dados.

As normas definidoras dos direitos e garantias têm aplicação imediata (art. 5<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup>, idêntico ao art. 1<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 3 da Constituição alemã e ao art. 18<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1 da Constituição portuguesa).

Os direitos sociais abrangem tanto a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a protecção à maternidade e à infância e a assistência aos desempregados como os direitos dos trabalhadores atinentes à segurança do emprego, ao salário, à associação sindical, à greve e à participação (arts. 6<sup>o</sup> a 11). Mas só muito mais à frente surge a “ordem social” (arts. 193 a 232), evidentemente indissociável dos direitos sociais, mesmo quando se traduz em garantias institucionais e incumbências do Estado. Dominam aqui as normas programáticas, muitas delas de difícil cumprimento até a longo

prazo, pelo menos da mesma maneira num país tão diversificado como o Brasil (e cuja estrutura federativa deveria recomendar maior plasticidade).

Mas não pode esquecer-se que algumas das normas atinentes a direitos são bem necessárias no contexto concreto do Brasil: assim, a vedação da comercialização de órgãos, tecidos, substâncias humanas, sangue e seus derivados (art. 199, § 4<sup>o</sup>); a consideração, a par da segurança social, da assistência social (art. 203); a gratuidade e a gestão democrática do ensino público (art. 206, IV e VI); o acesso ao ensino obrigatório como direito público subjectivo (art. 208, § 1<sup>o</sup>); a obrigação de recuperação do ambiente degradado após explorações mineiras (art. 225, § 2<sup>o</sup>); a consideração da Floresta Amazónica como património nacional (art. 225, § 4<sup>o</sup>); a recondução do planejamento familiar a livre decisão do casal, (art. 226, § 7<sup>o</sup>); o apoio à adopção (art. 227, § 5<sup>o</sup>); o reconhecimento da organização social e cultural e a protecção das terras dos índios (arts. 231 e 232).

E ainda: o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a coexistência de instituições públicas e privadas do ensino (art. 206, III); a possibilidade de os recursos públicos serem dirigidos a escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas, sem fins lucrativos (art. 213); a consideração do ensino religioso facultativo como disciplina dos horários normais das escolas públicas do ensino fundamental (art. 210, § 1<sup>o</sup>); a proibição de qualquer censura política, ideológica e artística (art. 220, § 1<sup>o</sup>); a criação de um Conselho de Comunicação Social (art. 224).

Conexos com os direitos fundamentais são também a garantia institucional da advocacia (art. 131); a criação de Defensoria Pública ao serviço dos necessitados (art. 134); e as limitações ao poder de tributar, designadamente a não retroactividade das leis criadoras de tributos (art. 150).

No capítulo dos direitos políticos, sobressaem a previsão de plebiscito, refe-

rendo e iniciativa popular, o abaixamento da capacidade eleitoral activa para 16 anos (embora só a partir dos 18 anos seja o voto obrigatório e se verifique imputabilidade penal) e a proibição de cassação. E, no capítulo anexo dos partidos políticos, o princípio da livre criação, a proibição de financiamento por entidades estrangeiras, a prestação de contas à justiça eleitoral, a exigência de normas de fidelidade e disciplina partidária, o direito a recursos do fundo partidário e o acesso gratuito à rádio e à televisão. A lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após a sua promulgação (art. 16).

10. A Constituição económica apresenta-se moderadamente nacionalista, com compromisso entre tendências liberais e estatizantes, e nem sempre em sintonia com as incumbências assumidas pelo Estado na ordem social.

Prevê-se tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (art. 170). É assegurado o livre exercício de qualquer actividade económica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos na lei; ressaltados os casos previstos, na Constituição a exploração directa de actividade pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse colectivo (art. 173); e as empresas públicas sujeitam-se ao regime das empresas privadas (art. 173, § 1<sup>o</sup>). Todavia, o Estado exercerá funções de fiscalização, incentivo e planejamento (determinante para o sector público e indicativo para o sector privado) e a lei reprime o abuso do poder económico (arts. 174 e 173, § 4<sup>o</sup>). São apoiadas e estimuladas as cooperativas e outras formas de associativismo (art. 174, § 2<sup>o</sup>).

As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indemnização em dinheiro (art. 182, § 3<sup>o</sup>); as de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indemnização em títulos da dívida agrária, com cláusula de

preservação do valor real, mas as benfeitorias úteis e necessárias sê-lo-ão em dinheiro (art. 184). Serão, porém, insusceptíveis de desapropriação a pequena e média propriedade rural, desde que o seu proprietário não possua outra, e a propriedade produtiva (art. 185).

11. A organização do poder político federal mantém-se fiel à divisão clássica dos três poderes e ao sistema presidencial, este algo controlado ou fiscalizado.

No Congresso, bicameral, a Câmara dos Deputados é eleita por 4 anos, por representação proporcional em cada Estado e no Distrito Federal; e o Senado por representação majoritária, elegendo cada Estado e o Distrito Federal 3 Senadores, com mandato de 8 anos.

O Congresso pode sustar os actos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentário ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V) e compete-lhe autorizar referendos e convocar plebiscitos (art. 49, XV).

O Presidente da República é eleito por sistema de dois turnos (como em França e em Portugal), por 4 anos. A eleição do Presidente importa a do Vice-Presidente com ele registado. O Presidente é auxiliado pelos Ministros de Estado, que referendam os seus actos e decretos e em quem ele pode delegar algumas das suas atribuições de carácter administrativo. O Congresso, que passa a eleger 2/3 dos membros do Tribunal de Contas da União, pode convocar os Ministros para informações, sob pena de responsabilidade (art. 50).

O poder judiciário compreende o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes de Trabalho, Eleitorais e Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados, do Distrito Federal e dos territórios (art. 92). O Supremo Tribunal Federal é composto por 11 Ministros nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a escolha pelo Senado (art. 101).

12. Na Constituinte havia uma larga corrente parlamentarista. Manteve-se o sistema presidencial; mas, à luz duma fórmula conciliatória, o Acto das Disposições Constitucionais Transitórias determinou a realização, em 7 de Setembro de 1993, dum plebiscito para se decidir o problema, e também para se escolher entre república e monarquia (art. 2º).

Os resultados do plebiscito viriam a ser favoráveis tanto ao presidencialismo quanto à república e a Constituição deixou, assim, de ser provisória no referente a estes dois aspectos – aliás, fundamentais – a partir de então.

13. Reconhecendo a experiência de controlo da constitucionalidade vinda desde 1891, a Lei Fundamental de 1988 procuraria aperfeiçoar e desenvolver o sistema e completá-lo com novos institutos de controlo de inconstitucionalidade quer por acção quer por omissão, e tanto de controlo concreto quanto de controlo abstracto.

E são múltiplos os meios que se estabelecem, muito para além dos constantes de outras Constituições:

a) Fiscalização concreta a cargo de todos os tribunais (art. 97 da Constituição);

b) Julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de recursos extraordinários das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivos da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou acto de governo local contestado em face da Constituição (art. 102-III);

c) Acção directa de inconstitucionalidade de lei ou acto normativo federal ou estadual, a propor pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal ou pela da Câmara dos Deputados, por Mesa de Assembleia Legislativa, por Governador de Estado, pelo Procurador-Geral da República, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados, por partido político com representação no Congresso Nacional e por confederação sindical ou entidade de classe

de âmbito nacional [arts. 102-I, alíneas a), 1ª parte, e p), e 103];

d) Acção declaratória de constitucionalidade de lei ou acto normativo federal [arts. 102-I, alínea a), 2ª parte, e § 2º, e 103, § 4º];

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

f) Acção de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), tendo por fonte a Constituição portuguesa;

g) Mandado de injunção [arts. 5º-LXXI e 102-I, alínea q)] a conceder “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades fundamentais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (regulamentada pela Lei nº 9.883, de 3 de Dezembro de 1999) poderia ser um meio de defesa de direitos fundamentais, quando esgotados ou inviáveis outros meios, e aproximável da *Verfassungsbeschwerde* alemã. O mandado de injunção um interessantíssimo mecanismo de fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão.

14. O Acto das Disposições Transitórias estabeleceu igualmente que a revisão constitucional se efectuará após cinco anos contados de promulgação da Constituição, pelo voto de maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional em sessão unicameral (art. 3º). Era um regime distinto das emendas (art. 60), não sem parecença com o regime da primeira revisão da Constituição portuguesa de 1976 e, como este destinado (parece) a uma adaptação mais facilitada das normas constitucionais depois de um primeiro período de experiência.

Esta revisão frustrar-se-ia. Contudo, têm sido aprovadas sucessivas alterações avulsas, com particular relevo pela que admitiu a reeleição para um segundo mandato do Presidente da República, dos Governadores estaduais e dos Perfeitos Municipais.

15. A Constituição de 1988 – apesar de escrita em português jurídico claro e preciso – está longe de ser perfeita. É demasiado extensa e minuciosa em muitos aspectos e tem uma sistematização pouco feliz, sobretudo no domínio dos direitos fundamentais, por se aglomerarem num único artigo (o 5º) todas as liberdades e garantias e por os direitos sociais (Capítulo II do Título II) aparecer separado da ordem social (Título VIII). Por outro lado, por enfrentar ou querer resolver todas as questões, deixa às Constituições estaduais pequena possibilidade de variação e inovação e, sob esse aspecto, acaba por ser, senão centralizadora, pelo menos de tendência uniformizadora.

Vários sectores da opinião jurídica e política têm-na, por estes ou por outros motivos, criticado e alguns – de linha conservadora – gostariam até de a reformar de alto a baixo ou de a substituir por outra (também à semelhança do que se tentou, sem êxito, em Portugal em 1980 com a Constituição de 1976). Mas essas vozes não a têm conseguido abalar – o que não significa que ela não possa ser melhorada<sup>3</sup>.

Os vinte anos de vigência da Constituição são vinte anos de democracia, de liberdade e de progresso económico-social como o Brasil nunca antes conhecera. São vinte anos de paz, em que foi possível a destituição, sem perturbação das instituições, de um Presidente da República em processo de *impeachment*. São vinte anos de afirmação progressiva de cidadania. E são, a despeito de todas as contrariedades, vinte anos de abertura à esperança<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Por exemplo: salvaguardar plenamente o Poder Legislativo do Congresso e só consentindo em casos excepcionais “as medidas provisórias” de que tanto têm abusado os Presidentes da República; ou libertando o Supremo Tribunal Federal de inúmeras competências de menor alcance, para se consagrar, antes, às funções de tribunal de constitucionalidade.

<sup>4</sup> Foi ainda a Constituição de 1988 que propiciou o desenvolvimento dos estudos constitucionais num surto sem precedentes e colocando a doutrina brasileira no cerne da comunidade juscientífica mundial.



A Constituição não é apenas a Constituição-cidadã, de que falava Ulysses Guimarães. É, igualmente, a Constituição da esperança.

### *Referências*

MIRANDA, Jorge. A convocação da constituinte como problema de controle constitucional In: \_\_\_\_\_ . *O direito*. [S. l.: s. n], 1988.

\_\_\_\_\_. A transição constitucional brasileira e o anteprojeto da comissão Afonso Irinos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 24, n. 94, abr./jun. 1987.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2003. 2 v.

\_\_\_\_\_. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WACHOWICZ, Marcos. *Poder constituinte e transição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2000.

# O princípio do juiz natural na CF/88

## Ordem e desordem

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

### Sumário

1. Introdução. 2. O princípio do Juiz Natural.

#### 1. Introdução

A salvaguarda dos direitos e garantias individuais no processo penal é o melhor critério pelo qual se pode medir o *grau de civilidade* de um povo<sup>1</sup>, segundo Pisapia (1985, p. 26). Nenhum espaço, aliás, mostrasse mais adequado para funcionar em tal medição que os *princípios gerais*.

---

<sup>1</sup> “È stato giustamente detto che il grado di civiltà di un popolo si misura soprattutto dal modo con cui sono salvaguardati i diritti e le libertà dell'imputato nel processo penale”. “Foi justamente afirmado que o grau de civilidade de um povo se mede, sobretudo, pelo modo pelo qual são salvaguardados os direitos e liberdades do acusado no processo penal.” (PISAPIA, 1985, p. 26, tradução nossa). No mesmo sentido, v. HÉLIE, Faustin. De la Procédure Criminelle em general. *Traité de l'instruction criminelle*. Disponível em: <[http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_science\\_criminelle/les\\_sciences\\_juridiques/le\\_proces\\_penal/generalites/faustin\\_introduction\\_instruction.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_science_criminelle/les_sciences_juridiques/le_proces_penal/generalites/faustin_introduction_instruction.htm)>, p. 2: “Les systèmes et les progrès de celle-ci intéressent sans doute au plus haut degré la société; mais si les questions qu'elle soulève touchent un intérêt social, et quelquefois un intérêt politique, leur importance est humanitaire et regarde l'homme plutôt que le citoyen; elle intéresse l'avenir de la société plutôt que l'état actuel de ses membres”. “Os sistemas e seus progressos sem dúvida interessam no mais alto grau à sociedade; mas, se as questões tratadas tocam um interesse social, é por vezes um interesse político, sua importância é humanitária e diz respeito mais ao homem que ao cidadão; interessa ao futuro da sociedade, mais que ao atual estado de seus membros.” (tradução livre).

O estudo dos princípios gerais do Direito Processual Penal, por sua vez, fornece a base para uma compreensão sistemática da disciplina. A par de se poder pensar em *princípio* (do latim, *principium*) como sendo início, origem, causa, gênese, aqui é conveniente pensá-lo(s) como *motivo conceitual sobre o(s) qual(ais) funda-se a teoria geral do processo penal*, podendo estar positivado (na lei) ou não. Como ontológicos (ou unificadores), princípio é um *mito*, ou seja, *a palavra que é dita no lugar daquilo que, se existir, não pode ser dito, dado não se ter linguagem para tanto*. Assim, todas as teorias e ciências se fundam nele (COUTINHO, 1998, p. 164).

O estudo dos princípios inquisitivo e dispositivo remete, de plano, à noção de sistema processual. Destarte, a diferenciação dos sistemas processuais (acusatório e inquisitório) faz-se por meio de tais princípios unificadores (a *idéia única* de Kant<sup>2</sup>), determinados, aqui, pelo critério referente à gestão da prova (CORDEIRO, 1963, p. 715). Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente pela instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador. Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, e o réu é tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor, o qual detém a *gestão da prova*. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação.

O sistema processual penal brasileiro é, em face do *princípio unificador, inquisitório*, porque regido pelo *princípio inquisitivo*, já que a *gestão da prova* está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil. No entanto, como é primário,

<sup>2</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 4. ed. Lisboa: Fundação Clouste Gulbenkian, 1997, p. 657.

não há mais *sistema processual puro* (PISAPIA, 1985, p. 20-21), razão pela qual tem-se, todos, como *sistemas mistos*. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há e nem pode haver um *princípio misto* (dado ser uma *idéia única* e, portanto, *indivisível*), o que, por evidente, desfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que ser misto significa ser, *por princípio*, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro. É o caso, por exemplo, de o processo comportar a existência de partes, o que para muitos, entre nós, faz o sistema – embora insustentável – tornar-se acusatório. No entanto, o argumento não é feliz, o que se percebe por uma breve avaliação histórica: quiçá o maior monumento inquisitório fora da Igreja tenha sido as *Ordonnance Criminelle* (1670), de Luis XIV, em França; mas mantinha um processo que comportava partes.

As regras<sup>3</sup> de direito processual penal expressam valores – eis a marca do conteúdo ético do Direito – mas agitam um espaço diferenciado (NEVES, 1968, p. 196): aquele dos atos processuais. Não se cogita, como no caso das regras de direito penal – no qual o que se regula é a vida em relação e, portanto, vai-se trabalhar com licitude/ilicitude (DIAS, 1974, p. 24) –, de premissa hermenêutica concreta alguma, entre outras coisas, porque a paridade das partes é artificialmente construída pelo aparato legal para dar conta de *atos processuais em geral abstratos*. Trata-se, portanto, tão-só das *regras do jogo*. E basta! Não só não tem sentido se fazer referência ao objeto (com pretensão de ser concreto, sempre!), em face de não ser primordial à *linguagem* mas, também, porque os *objetos*, no caso do processo penal, não têm concretude para acolher uma remessa do gênero.

Atos processuais; atos de partes. É como se se “despersonificassem”, em face do ins-

<sup>3</sup> Sobre o tema, v. COUTINHO, 2006, p. 225-232.

trumento processual, as pessoas e suas histórias. Isso não exclui – e não pode excluir – nem a carga valorativa da lei processual, nem a ideologia do intérprete, que segue *criando as normas que entende caber nas regras constantes da lei*. Por isso é que, fundado em Castanheira Neves, Figueiredo Dias (1974, p. 33-34) assevera:

“das diferenças de pressupostos funcionais são expressão, por sua vez, as diversas *categorias axiológicas* que dominam em cada um dos âmbitos e caracterizam a decisão num e noutro: a de direito substantivo, referida a uma relação da vida no *espaço social*, visa valorá-la dentro da dicotomia axiológica *lícito/ilícito*; a de direito adjectivo, referida a actos no espaço processual (‘actos processuais’), visa enquadrá-los na dicotomia axiológica *admissível/inadmissível* ou *eficaz/ineficaz*”.

Com a referida dicotomia, não se pode esquecer que os atos processuais expressam valores (a regra é, sobretudo, um critério valorativo de avaliação<sup>4</sup>), mas, desde sua postura ideológica, o intérprete constrói, cria a norma que entende mais adequada entre as tantas possíveis. Dá, assim, com a norma que cria, um *sentido* (entre os

<sup>4</sup> Para Ascensão (1978, p. 182), “toda regra é necessariamente um *critério*: com esse critério podemos ordenar e apreciar os fenômenos. Como toda regra, a regra jurídica pode ser considerada um critério de apreciação. Mas esse critério pode ser ainda: de conduta; de decisão. A regra jurídica será regra de conduta de verificar o critério pelo qual o intérprete resolve os casos a que se aplica. *A regra jurídica é sempre um critério de decisão*. Mediante ela o intérprete chegará sempre a soluções jurídicas dos casos. *A regra jurídica será normalmente um critério de conduta, mas não o será sempre*. Se bem que a maior parte das regras tenha função orientadora das condutas humanas, regras há que esse escopo está completamente ausente. Estão nesse caso: as regras que produzem efeitos jurídicos automáticos; as regras retro-activas; as regras sobre regras, como a lei que revoga, suspende ou reactiva outra lei. Sendo assim, é errado falar das regras jurídicas como ‘normas de condutas’ pois assim se omitiriam sectores muito importantes dentro destas regras.” Ver as observações feitas, na mesma obra (ASCENSÃO, 2001, p. 479-480).

múltiplos) às regras contidas no *fato gráfico* (CORDEIRO, 1986, p. 18) que é a lei. Daí que se não tem unanimidade; que se pode ter resultados interpretativos opostos e até contraditórios (Aristóteles); que a postura ideológica é fundamental em razão de o intérprete dizer aquilo que está na lei, que nada diz sem ele; que é preciso uniformizar a jurisprudência para se tentar ter uma certa coerência no *dicere ius* e, assim, dar sentido à própria *juris dictio*; que uma investigação do Poder é essencial em qualquer análise da matéria relacionada à interpretação.

Não há – nem se acredita em – neutralidade interpretativa. Interpretar é dar *um sentido*, construindo uma *norma*, em geral que caiba na regra contida no texto da lei mas, não raro – e por mais absurdo que possa parecer –, *contra disposição expressa da lei*; e, pior, com frequência em desfavor dos mais fracos, dos excluídos, dos réus. Eis, então, uma das grandes pragas para o Direito, ou seja, sua incapacidade de debelar, pela lei, a *manipulação interpretativa*.

O Direito – e o positivismo jurídico foi o grande exemplo – quer ser de leis, mas precisa conviver com uma *construção normativa que é essencialmente dos homens* como, melhor que ninguém, não deixa dúvida o próprio Kelsen<sup>5</sup>, no seu capítulo 8º da *Teoria Pura do Direito*, mesmo porque a “pureza”, como se sabe, veio por outros fundamentos (corretos ou não, não vêm ao caso, agora), mas não seria ingênuo de suprimir o *homem*, o qual deve *interpretar*. Não é por outra razão que mudam as leis mas elas dizem pouco se não muda a mentalidade dos intérpretes.

É esse, de certo modo, o quadro que se vive a partir da Constituição da República de 1988. Em largos aspectos, a *lei maior* não se efetiva porque os intérpretes, sobretudo no Poder Judiciário, não mudam a mentalida-

<sup>5</sup> “Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um acto de vontade em que o órgão aplicador do Direito efectua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”. (KELSEN, 1979, p. 469-470)

de, inclusive para fazer valer a própria CF e regras que expressam direitos e garantias.

## 2. O Princípio do Juiz Natural

Cada caso penal deve ser apreciado e julgado por um único órgão jurisdicional<sup>6</sup>, ainda que muitos possam, eventualmente, intervir no processo, em momentos diferenciados. Faz-se, então, *uma relação absoluta entre ato processual e órgão jurisdicional*, de modo a que tão-só um entre tantos seja o competente para o ato. *Trata-se, portanto, de identificar o órgão jurisdicional competente*, matéria hoje com foro constitucional, conforme art. 5º, LIII, ou seja, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. O princípio do Juiz Natural, como se sabe, vem complementado, de perto, pela regra do inciso XXXVIII<sup>7</sup>, isto é, “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Por evidente, as regras refletem, até pela sua topografia, *garantia fundamental do cidadão*.

Juiz competente, diante do quadro constitucional de 88, é, sem sombra de dúvida, o Juiz Natural ou Juiz Legal, de modo a se poder dizer ser dele a competência exclusiva para os atos aos quais está preordenado. Excluem-se todos os demais, evitando-se, desse modo, manipulações indesejáveis (produtoras de uma *desordem* intragável em um Estado Democrático de Direito), com vilipêndio das regras de garantia, como tem acontecido com frequência inaceitável, mormente em face da chamada *interpretação retrospectiva*<sup>8</sup>, a qual encontra, no texto

<sup>6</sup> Embora muitos possam participar - e em face do *duplo grau* isso possa ocorrer sempre -, há de se entender que cada um deve fazê-lo isoladamente, isto é, um de cada vez, em face do próprio princípio do juiz natural.

<sup>7</sup> 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: (...) XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

<sup>8</sup> Sobre o tema, Cf. BARROSO, 1993.

*novo*, um sentido igual ou muito próximo ao que se tinha no *antigo* quando, em verdade, trata-se de algo muito diverso e só se chega na aproximação por jogos retóricos e construções indevidas.

Natural (como querem os franceses, entre outros) ou Legal (como querem os alemães, entre outros) são adjetivos de um Juiz já possuidor de Jurisdição, ou seja, de Poder decorrente de fonte constitucional. Isso, por sinal, não foi suficiente antes de 88, de tal modo que se manipulava como fosse conveniente, razão por que se não previu o dito princípio na CF/88, nos moldes anteriores (ou nos moldes europeus), mas se foi além, demarcando-se - repita-se: constitucionalmente - a necessidade da presença de “autoridade competente” no processo e - seria desnecessário dizer mas não se queria arriscar - na sentença.

Dessa forma, pode-se definir o princípio do juiz natural como expressão do *princípio da isonomia* e também um pressuposto de *imparcialidade*.

Nasce vinculado ao pensamento iluminista e, conseqüentemente, à Revolução Francesa. Em função dela, como se sabe, foram suprimidas as *justiças senhoriais* e todos passaram a ser submetidos aos mesmos tribunais. Afinal, a primeira de suas leis processuais, em 11.08.1789, foi exatamente no sentido de vetar qualquer manipulação nesse sentido (extinguindo a *justiça senhorial*), consolidando-se o princípio do juiz natural na Constituição de 3 de setembro de 1791<sup>9</sup> e na legislação subsequente. Antes, contudo, o princípio já viera expressamente previsto na Lei de 16-24.08.1790:

“Art. 17, tit. II, 1. 16-24 août 1790, previene tali abusi: ‘l’ordre constitutionnel des jurisdictions ne pourra être

<sup>9</sup> Constitution de 1791. Art. 4. Chapitre V: “Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne, par aucune commission, ni par d’autres attributions et évocations que celles qui sont déterminées par les lois”. “Os cidadãos não poderão ser afastados dos juizes que a lei os designa, por nenhuma comissão, nem por outras atribuições e avocações senão aquelas determinadas pelas leis.” (tradução livre).

troublé, ni des justiciables distraits de leurs juges naturels par aucune commission, ni par d'autres attributions ou evocations que celles qui seront détermines par la loi"<sup>10</sup>.

Vem à lume, assim, com o escopo de extinguir os privilégios das *justiças senhoriais* (foro privilegiado), assim como afastar a criação de *tribunais de exceção*, ditos *ad hoc* ou *post factum*. Destarte, todos passam a ser julgados pelo "seu" juiz, o qual se encontra com sua competência previamente estabelecida pela lei, ou seja, em uma lei vigente antes da prática do crime, de modo a que o alcance, sempre.

Como se sabe, tratava-se de uma das regras mais importantes da expressão política no jurídico porque, manifestando a principiologia do *novo regime*, servia (pelo menos era o que se pensava) para enterrar de vez o *Ancièn régime* e sua quebra de isonomia, patente, declarada, incentivada e aceita.

Eis por que, como *um dos pilares da igualdade no campo processual*, o princípio do juiz natural veio para submeter ("sujeitar-se"<sup>11</sup>) a todos, começando pelo Poder Judiciário e seus órgãos dado, afinal, tratar-se do garante-mor dos cidadãos.

Daí a importância visceral que tem e por que se foi rapidamente espalhando pela legislação francesa e - em face dos acontecimentos históricos - européia, como anota a melhor doutrina:

"O princípio do juiz natural, formalmente estabelecido pela primeira vez pelo artigo 17 da lei de 16-24 de agosto de 1790 [...] e na seqüência pela Constituição de 1791 [...] é certamente um dos princípios fundamentais do direito judiciário contemporâneo. Sob o *Ancièn Régime*, graças à teoria

<sup>10</sup> "Ar. 17, tit. II, l. 16-24 de agosto de 1790, previne tais abusos: 'a ordem constitucional das jurisdições não poderá ser turbada, nem os jurisdicionados afastados dos seus juizes naturais por nenhuma comissão, nem por outras atribuições ou avocações senão as que determinadas pela lei.'" (CORDERO, 1986, p. 112, tradução nossa).

<sup>11</sup> Como se sabe, sujeito é proveniente do latim e, nele, *subjectu* significa: *posto debaixo; submetido à*.

da 'justiça reservada', o rei poderia retirar de um processo os juizes competentes e avocar a competência para o seu conselho (avocação) ou fazê-lo julgar pelos comissários especialmente designados para esse efeito (comissão). Ele poderia, então, criar novas jurisdições como 'comissões extraordinárias' ou 'câmaras de justiça': trata-se de jurisdições penais extraordinárias, instituídas tendo em vista um julgamento específico e compostas por juizes que de forma alguma asseguram garantias de imparcialidade. A criação ou a supressão de jurisdições pelo governo poderia constituir um verdadeiro instrumento de luta política. Isto coloca, assim, um problema tanto jurídico quanto político, o que leva os juristas a teorizar sobre a obrigação de respeitar a competência e a ordem das jurisdições, interditando toda modificação *post factum* da 'jurisdição natural', a saber, a jurisdição à qual foi confiada a competência pela lei precedente ao acontecimento do fato ou pelo costume. O adjetivo 'natural' sugeria a idéia da conformidade dessa jurisdição ao 'direito natural' e isto lhe dava um certo caráter com ênfase 'sacra'. [...] Nos *cahiers de doléances*<sup>12</sup> de 1789 a locução foi utilizada frequentemente pelo *Tiers-état*<sup>13</sup>, mas também pela nobreza e pelo clérigo. É suficiente citar - mas as referências poderiam ser inúmeras - o art. 11 do *cahier du Tiers-état d'Amiens*: 'que nenhuma pessoa possa ser julgada, em matéria civil ou criminal, a não ser por seus juizes naturais; e que a esse efeito, não possa ser estabelecida

<sup>12</sup> *Cahiers de doléance* - caderno de queixas - cadernos dos delegados aos Estados Gerais de 1789, nos quais eram registrados os seus pedidos. (nota do tradutor).

<sup>13</sup> *Tiers Etat* - os estamentos sociais em França, pós-medieval, eram o clero, a nobreza e o "terceiro estado" (*le tiers*), liderado pela burguesia, incluindo os trabalhadores do campo e da cidade. (nota do tradutor).

nenhuma comissão extraordinária'. A exigência de interdição das avocações e das comissões judiciárias aparece quase de forma unânime nos *Cahiers*. Isto foi confirmado pela ausência de oposição quando da Constituinte que, com a lei de 16-24 de agosto de 1790 e a Constituição de 1791, estabeleceu formalmente o princípio do juiz natural considerado, graças ao seu valor – por assim dizer – ‘neutro’, seja pela ‘direita’, seja pela ‘esquerda’ da Assembléia, uma das garantias judiciárias essenciais. É mister sublinhar que ao direito ao juiz natural se poderia em efeito dar uma interpretação ‘conservadora’ ou ‘liberal’: a crítica dos Parlamentos e dos Estados, que se referiam às liberdades medievais e à proibição dos privilégios advindos da tradição, aproximavam-se em tal domínio à crítica liberal da filosofia das Luzes, que visava a realização do Estado constitucional e assim uma efetiva segurança jurídica. [...] No texto definitivo da Carta de 4 de junho de 1814, a disciplina da instituição é estabelecida em dois diferentes artigos: art. 62 (‘ninguém poderá ser afastado dos seus juizes naturais’) e art. 63 (‘não poderão em consequência ser criadas comissões e tribunais extraordinários. Não estão compreendidos sob essa denominação as jurisdições *prévôtales*<sup>14</sup>, se o seu restabelecimento for julgado necessário’). [...] A possibilidade de instituir as Cortes *prévôtales*<sup>15</sup> foi efetivamente concretizada com a lei de 20 de dezembro de 1815. Estas Cortes – como afirmou Jean-Pierre Royer –

<sup>14</sup> *Prévôtales* – que concerne à jurisdição dos prévôts, ou seja, nome que se dava a certos oficiais ou magistrados encarregados de uma jurisdição durante o *Ancien Régime*. (nota do tradutor).

<sup>15</sup> *Cours prévôtales* – eram tribunais excepcionais criados em diversas épocas especialmente em 1815 e que julgavam sem a possibilidade de se recorrer das suas decisões. (nota do tradutor).

constituíram ‘um aparato judiciário solidamente composto e mesclado de civis e militares [que] teve de lidar com múltiplas demandas que dissimulavam uma competência das mais fluídas e deixando, depois de sua abolição, em 1818, uma das piores lembranças da história da justiça’. [...] A doutrina jurídica era, portanto, substancialmente unânime pela condenação das violações ao princípio do juiz natural, afirmando a necessidade de se eliminar a derrogação prevista pelo art. 63 da Carta e melhorar o sistema de garantias jurisdicionais.”<sup>16</sup>

<sup>16</sup> FRATE, Paolo Alvazzi del. *Le Principe du 'Juge Naturel' et la Charte de 1814*. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/208097/Juge-Naturel-1814>, p. 1-4. Acesso em 02.jun.2008. “Le principe du juge naturel, formellement établi pour la première fois par l’art. 17 de la loi des 16-24 août 1790 [...] et ensuite par la Constitution de 1791 [...] est certainement l’un des principes fondamentaux du droit judiciaire contemporain. Sous l’Ancien Régime, grâce à la théorie de la justice retenue, le roi pouvait dessaisir d’un procès les juridictions compétentes et l’évoquer en son conseil (‘évocation’) ou le faire juger par des commissaires spécialement désignés à cet effet (‘commission’). Il pouvait donc créer des juridictions nouvelles comme les ‘commissions extraordinaires’ ou ‘chambres de justice’: il s’agissait de juridictions pénales extraordinaires, instituées en vue d’un jugement spécifique et composées de juges qui ne donnaient absolument pas les garanties d’impartialité. La création ou la suppression de juridictions par le gouvernement pouvait constituer un véritable instrument de lutte politique. Cela posa ainsi un problème tant juridique que politique, ce qui amena les juristes à théoriser l’obligation de respecter la compétence et l’ordre des juridictions, interdisant toute modification *post factum* de la ‘juridiction naturelle’, à savoir la juridiction à laquelle était confiée la compétence par une loi précédente à l’accomplissement du fait ou par la coutume. L’adjectif ‘naturel’ suggérait l’idée de la conformité de cette juridiction au ‘droit naturel’ et cela lui donnait un certain caractère d’emphase ‘sacrale’. [...] Dans les cahiers de doléances de 1789 la locution est utilisé fréquemment, par le Tiers-état mais aussi par la noblesse et par le clergé. Il suffit de citer – mais les références pourront être innombrables – l’art. 11 du cahier du Tiers-état d’Amiens: ‘que nulle personne ne puisse être jugée, en matière civile et criminelle, que par ses juges naturels; et qu’à cet effet, il ne puisse être établi aucune commission extraordinaire’. Ce fut donc presque l’unanimité des cahiers à exiger l’interdiction des évocation et des commissions judiciaires. Cela

A posição de Jean-Pierre Royer (1995, p. 477), professor emérito da *Université de Lille*, não deixa muita dúvida sobre os estragos que qualquer abertura à manipulação propicia, razão por que o arrependimento (“*l’un des plus mauvais souvenirs de l’histoire de la justice*”), como resultado da memória, não dá conta da situação daqueles que padeceram do “golpe” retórico e, por evidente, o testemunho do ocorrido, por melhor que seja, nunca é fiel, mais ou menos o que sucedeu com *der Musellmann* (os Muçulmanos) dos Campos de Concentração da 2ª Guerra Mundial, particularmente Auschwitz (AGAMBEN, 1998, p. 37-80).

Daí que o princípio do juiz natural se consolidou, apesar de tudo, na Constituição de 1814 (art. 62 e 63), em França, embora

---

est confirmé par l’absence d’opposition auprès de la Constituante qui, avec la loi de 16-24 août 1790 et la Constitution de 1791, établit formellement le principe du juge naturel considéré, grâce à sa valeur – pour ainsi dire – ‘neutre’, soit par la ‘droite’, soit par la ‘gauche’ de l’Assemblée, une des garanties judiciaires essentielles. Il faut souligner qu’au droit au juge naturel on pouvait en effet donner une interprétation ‘conservatrice’ ou ‘libérale’: la critique des Parlements et des États, qui se référait aux libertés médiévales et à la défense des privilèges traditionnels, se rapprochait dans ce domaine de la critique libérale de la philosophie des Lumières, qui visait la réalisation de l’État constitutionnel et ainsi une effective sécurité juridique. [...] Dans le texte définitif de la Charte, du 4 juin 1814, la discipline de l’institution est colloquée dans deux différents articles: l’art. 62 (‘nul ne pourra être distrait de ses juges naturels’) et l’art. 63 (‘il ne pourra en conséquence être créé de commissions et tribunaux extraordinaires. Ne sont pas comprises sous cette dénomination les juridictions prévôtales, si leur rétablissement est jugé nécessaire’). [...] La possibilité d’instituer des Cours prévôtales fut effectivement utilisée avec la loi du 20 décembre 1815. Ces Cours – comme l’a affirmé Jean-Pierre Royer – constituèrent ‘un appareil judiciaire solidement composé et panaché de civils et de militaires [qui] eut à traiter d’affaires multiples qui rentraient dans une compétence de plus floue et qui laissera, après sa suppression en 1818, l’un des plus mauvais souvenirs de l’histoire de la justice’. [...] La doctrine juridique était donc substantiellement unanime dans la condamnation des violations du principe du juge naturel, dans l’affirmation de la nécessité d’éliminer la dérogation prévue par l’art. 63 de la Charte et d’améliorer le système des garanties juridictionnelles.” Tal texto pode ser encontrado em: *Juges et Criminels. Etudes en hommage à René Martinage*. Lille: L’Espace Juridique, 2001, p. 465-474.

na de 1793 (Constituição do Ano I – 1ª República, de 24.06.1793<sup>17</sup>) estivesse ausente e isso pudesse ser um prenúncio do que viria como embate, pela frente, inclusive em razão das regras de 1814. De qualquer modo, tais regras são interessantes pelo menos por dois motivos: de um lado, consolidam o princípio e, por outro (embora não se tenha isso muito em consideração), denunciam desde logo a manipulação que se pode fazer, em qualquer texto, na via da interpretação.

Assim, a partir de então, houve uma expansão do princípio para as legislações europeias e, em particular, aquelas constitucionais. Por isso, foi introduzido, como regra, para os italianos (para ficar em um só exemplo), pelo *Statuto Albertino*, de 1848<sup>18</sup>, a conhecida Constituição de Carlos Alberto de Savoya, da Sardegnia. O princípio, dessa forma, nunca mais saiu dos textos constitucionais verdadeiramente democráticos, embora nem sempre tenha sido respeitado; e siga sendo desrespeitado em nome de *verdades* pequenas e conceitos *vazios*.

Na Itália, como se sabe, o Projeto do *Codice di Procedura Penale* foi de Vincenzo Manzini e, para não restar dúvida, Cordero (1986, p. 98-100) analisa-o citando os “*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, v. VIII, Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco, Roma, 1929, 7”. Manzini, seguindo o dispositivo do art. 65<sup>19</sup> das *Disposizioni*

---

<sup>17</sup> Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constitution/c1793.htm>> (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão).

<sup>18</sup> “Art. 71. Niuno può essere distolto dai suoi Giudici naturali. Non potranno perciò essere creati Tribunali o Commissioni straordinarie”. “Ninguém pode ser afastado de seus Juízes naturais. Não podem, portanto, ser criados Tribunais ou Comissões extraordinárias.” (tradução livre).

<sup>19</sup> “Las disposiciones de aplicación y transitorias para el Código de procedimiento penal (art. 65, párrafos primero y segundo) establecen, precisamente, que los actos ya cumplidos a tenor del código abrogado conservan su validez originaria, sin excluir las pruebas”. (“As disposições de aplicação e transitórias



*transitorie* do Regio decreto 28 maggio 1931, n. 602 (que dispunha sobre as *Disposizioni di attuazione del codice di procedura penale*), não deixa dúvida ao admitir a aplicação de lei processual nova, de qualquer natureza, inclusive sobre competência, salvo disposição expressa em contrário<sup>20</sup>.

Normal, assim, que o princípio do Juiz Natural não ganhasse o devido espaço, muito menos no essencial, ou seja, evitar que se altere a competência depois de estar fixada; mas aí, é inútil dizer, não haveria espaço à manipulação dos órgãos jurisdicionais e poderia estar comprometida a *Raison d'État*, o que pode ter sido, de fato, o problema brasileiro.

Mudar a competência depois de ter sido ela fixada só cabe para violar o princípio de garantia individual, seja para beneficiar alguns, seja para prejudicar outros, seja por puro comodismo. A matriz, todavia, é sempre *fascista* e, no nosso caso, não permite a efetivação necessária da Constituição da República, dado colocar um véu sobre a democracia. Pecado, não obstante tudo, foi a adesão irrestrita de Frederico Marques<sup>21</sup>.

No Brasil, como sói acontecer, aparece – e sempre apareceu – como “promessa” (logo: palavras!) já na primeira constituição, isto é, aquela imposta pelo imperador em

---

para o Código de processo penal – art. 65, parágrafos primeiro e segundo – estabelecem, precisamente, que os atos já cumpridos à luz do código revogado conservam sua validade originária, sem excluir as provas.”) (MANZINI, 1951, p. 229, tradução livre).

<sup>20</sup> “Puesto que, como varias vezes lo hemos indicado, los principios generales relativos al derecho transitorio procesal penal valen para toda ley *judicial*, se aplican ellos, en ausencia de expresas disposiciones contrarias, también en relación a las leyes que modifican las circunscripciones territoriales judiciales”. “Porquanto, como várias vezes temos indicado, os princípios gerais relativos ao direito transitório processual penal valem para toda lei *judicial*, eles se aplicam, na ausência de expresas disposições em contrário, também em relação às leis que modificam as circunscrições territoriais judiciais.” (MANZINI, 1951, p. 239, tradução livre)

<sup>21</sup> “A norma processual penal que entra em vigor também se aplica, imediatamente, nas questões de competência, quer sejam reguladas por leis processuais, quer disciplinadas pelas de organização judiciária”. (MARQUES, 1965, p. 46)

1824. Em seu art. 179, XI e XVII<sup>22</sup>, tratava da matéria já para abarcar sua efetiva extensão e, assim, prescrevia ser o juiz natural o juiz competente. Depois, em nunca se tendo chamado a ele pelo nome, tratou-se da matéria em 1891<sup>23</sup>, 1934<sup>24</sup>, 1967<sup>25</sup> e 1969<sup>26</sup>, não se fazendo apenas na Constituição de 1937.

O problema, como parece sintomático, já a denunciar a Filosofia da Consciência no espaço jurídico e as mazelas que levaram à sua paulatina superação desde as primeiras décadas do século XX até os dias atuais, é

---

<sup>22</sup> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta; XVII. À excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.

<sup>23</sup> Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 15 - Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.

<sup>24</sup> Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 25 - Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas; § 26 - Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.

<sup>25</sup> Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 12 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal; § 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.

<sup>26</sup> Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 15 - (...) Não haverá fóro privilegiado nem tribunais de exceção.

o descompromisso – e a impossibilidade – da sustentação da relação sujeito-objeto. Aí está a razão pela qual os *nomes*, em não dando conta dos *bois*, denunciavam a *fraude* emitida pelos intérpretes, em perene saudosismo, expresso ou tácito, consciente ou inconsciente, do *velho regime*, agora travestido em *argumentos retóricos* de defesa de *outros* interesses e, em *ultima ratio*, aqueles dos *deuses* detentores do poder. Expressava-se – e se expressa –, assim, com muita clareza, aquilo que Ortega y Gasset, ao tratar da *Revolução Francesa*, chamou de a substituição do *príncipe pelo princípio*.

O legislador constituinte brasileiro de 1988 não tratou expressamente do princípio, como haviam feito os europeus continentais após a Revolução Francesa, de um modo geral, exatamente para que se não alegasse não estar inserido nele a questão referente à competência. Ao contrário, por exemplo, do art. 25, da Constituição Italiana atual, em vigor desde 01.01.48 (“Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge”), preferiu nosso legislador constituinte, seguindo o alerta da nossa melhor doutrina, em face dos acontecimentos ocorridos no país e profundamente conhecidos (veja-se a atuação do Ato Institucional nº 2, de 27.10.65, e a discussão no STF a respeito da matéria, com seus respectivos resultados práticos<sup>27</sup>), tratá-la de modo a não deixar margem às dúvidas, como garantia constitucional do cidadão, no art. 5º, LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Parte considerável de nossa doutrina – e a reboque a jurisprudência –, no entanto, quicá por não se dar conta da situação, mormente após a definição constitucional, continua insistindo que a matéria referente à competência não tem aplicação no princípio em discussão. Em verdade, o que se está a negar, aqui, é a própria CF, empeçando-se a sua efetivação.

<sup>27</sup> V. sobre o tema: COUTINHO, 2001, p. 204.

A questão há de ser discutida, então, a partir do que vem a ser juízo competente. *A competência* (material, territorial ou funcional, na clássica divisão de Chiovenda) *é sempre matéria de lei*, a começar pela Constituição da República e até os últimos atos da hierarquia legal. Neste sentido, o juízo competente vem delimitado – em consonância com a CF – pelo CPP, a partir do art. 69.

Ora, é o princípio do juiz natural, como se sabe, que impede a aplicação plena do art. 2º, do CPP<sup>28</sup> (quando a modificação diz respeito à competência as regras só têm incidência para o futuro e em outros casos), justo porque ela, a competência, já está fixada, *no local da consumação do crime ou, no caso de tentativa, no local do último ato de execução* (art. 70, do CPP). As regras do Código são, sem dúvida, a manifestação mais lídima do *princípio constitucional*.

Essa é a razão elementar pela qual *a competência é exclusiva de quem a detém e excludente dos demais*, tudo de modo a se chegar, a partir dos critérios de sua distribuição, a um juízo único para o ato processual – ou atos –, ou seja, o juiz natural. Nada, porém, de difícil compreensão. É como se o crime “agarrasse” o juiz, *mutatis mutandis* como na sucessão e o conhecido *droit de saisine: le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche*, ou, como na fórmula mais conhecida: *le mort saisit le vif*<sup>29</sup>.

Ao que parece, não há no mundo quem melhor trate dessa matéria, pela profundidade dogmática e clareza, que o professor Jorge de Figueiredo Dias (1974, p. 328-329),

<sup>28</sup> Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

<sup>29</sup> “Na Idade Média, instituiu-se a praxe de ser devolvida a posse dos bens, por morte do servo, ao seu senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento, para autorizar a sua imissão. No propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo aos seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le mort saisit le vif, son hoir de plus proche*”. (PEREIRA, 2001, p. 13)

sempre fundado nos pressupostos constitucionais de seu país, de todo aplicados ao entendimento brasileiro. Esclarece ele “que o princípio do ‘juiz natural’ visa, entre outras finalidades, estabelecer uma *organização fixa dos tribunais*”, mas ela “não é ainda condição bastante para dar à administração da justiça – *hoc sensu*, à jurisdição – a *ordenação* indispensável que permita determinar, relativamente a um *caso concreto*, qual o tribunal a que, segundo a sua espécie, deve ser entregue e qual, dentre os tribunais da mesma espécie, deve concretamente ser chamado a decidi-lo”.

Assim, faz-se necessário regulamentar o “*âmbito de actuação* de cada tribunal, de modo a que *cada caso penal concreto seja apenas deferido a um único tribunal*: é nisto que se traduz a determinação da *competência* em processo penal. (...). A determinação em concreto do tribunal competente para o conhecimento e decisão de um caso penal não é questão que possa ser respondida *uno actu*, antes implica a resposta a três perguntas estruturalmente diferentes: a) Qual o tribunal que, segundo a sua *espécie* (...) deve conhecer de um caso penal de *certa natureza* (...)? Trata-se aqui do problema da determinação da *competência material*. b) Qual o tribunal que, entre os da mesma espécie materialmente competente para o caso, deve, segundo sua *localização* no território, ser chamado para conhecer e decidir concretamente de um certo facto? É o problema da determinação da *competência territorial*. c) A determinação da *competência relativa* aos dois índices apontados – material e territorial – é feita pela lei tendo em atenção o desenvolvimento *inicial* do caso e, assim, o seu processamento em *primeira instância*. Há pois que responder a uma terceira questão, qual é a de determinar o tribunal (ou tribunais) competente(s) para o desenvolvimento do processo ou de singulares actos processuais *fora da atividade cognitiva de primeira instância (competência hierárquica)*, ou – dentro da mesma instância – para certas fases da *prosecução processual*. E pois que a

determinação desta espécie de competência se relaciona assim, primariamente, com a função jurisdicional a desempenhar pelos tribunais segundo a sua categoria, costuma a doutrina abrangê-la no designativo comum de *competência funcional*” (DIAS, 1974, p. 329-331).

O autor estuda a matéria, de forma irreparável, dizendo, com razão, ter ela que ser observada em um tríplice significado: 1<sup>o</sup>) no plano da fonte (só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência); 2<sup>o</sup>) no plano temporal (a fixação do juiz e da sua competência devem ser estabelecidas por lei vigente já ao tempo em que foi praticado o crime do qual o caso penal será conteúdo do processo)<sup>30</sup>; 3<sup>o</sup>) plano da competência (a lei, anterior ao crime, deve prever taxativamente a competência, de modo a impedir os chamados Tribunais *ad hoc* e, portanto, as ditas *jurisdições de exceção*) (DIAS, 1974, p. 322-323). Tal posição é partilhada pela doutrina europeia<sup>31</sup>, o que só faz reforçar

<sup>30</sup> Sobre o tema, imprescindível ver SINISCALCO, 1969, p. 126.

<sup>31</sup> Ver, neste sentido: CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 111; \_\_\_\_\_. *Procedura Penale*. 5<sup>a</sup> ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 109 e ss; BELLAVISTA, Girolamo, TRANCHINA, Giovanni. *Lezioni di diritto processuale penale*. 9<sup>a</sup> ed. Milano: Giuffrè, 1984, p. 186-188; CHIAVARI, Mario. *La riforma del processo penale: appunti sul nuovo codice*. 2<sup>a</sup> ed. Torino: UTET, 1990, p. 63; PISANI, M., MOLARI, A., PERCHINUNNO, V., CORSO, P. *Manuale di Procedura Penale*. 5<sup>a</sup> ed. Bologna: Monduzzi, 1996, p. 25-27; ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução de Júlio Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000, p. 31; SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*. (Rev. trad. Iñaki Esparza Leibar e Andrea Planchadell Gargallo) 2<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch; Thüningersheim, Frankfurt (Main): EuWi-Verlag, 1999, p. 17; SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. v.1. Lisboa: Editorial Verbo, 1993, p. 50-52; PENALVA, Ernesto Pedraz. *Derecho Procesal Penal: Principios de Derecho Procesal Penal*. Tomo 1. Madrid: Editorial Colex, 2000, p. 190; NAVARRETE, Antonio M<sup>a</sup> Lorca. *Derecho Procesal Penal*. 2<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos, 1986, p. 38-9; MÉNDEZ, Francisco Ramos. *El proceso penal: sexta lectura constitucional*. Barcelona: Bosch, 2000, p. 41; MERLE, Roger; VITU, André. *Traité de Droit Criminel*. Tomo 2. 4<sup>a</sup> ed. Paris: Éditions Cujas, 1979, p. 652; STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BOULOC, Bernard. *Procédure Pénale*. 14<sup>a</sup> ed. Paris: Dalloz, 1990, p. 498.

a tese de se estar, no Brasil, fora da ordem constitucional ocidental, na qual se consagrou a garantia.

Pensamento diverso, aliás, poderia abrir um precedente capaz de possibilitar a escolha de um juiz “mais interessante” para o julgamento de determinados casos penais, depois de os crimes terem acontecido, segundo critérios pessoais (mais liberal ou mais conservador, por exemplo), o que pode apontar na direção da suspeita da sua imparcialidade (em juízo a priori, naturalmente), algo sempre abominado.

É preciso ressaltar, ainda, que o princípio da identidade física do juiz não se confunde com o princípio do Juiz Natural. Como dito, por este, ninguém poderá ser processado ou sentenciado por juiz incompetente, ou seja, *o juiz natural é o juiz competente, aquele que tem sua competência legalmente preestabelecida para praticar algum ato processual ou julgar determinado caso concreto*. E por aquele (o princípio da identidade física) assegura-se aos jurisdicionados a vinculação da pessoa do juiz ao processo. Assim, por exemplo, pelo disposto no Código de Processo Civil, o juiz competente responsável pela conclusão da audiência de instrução e julgamento se vincula ao processo e deverá, então, julgar a lide. Resta claro, destarte, que os princípios supracitados não se confundem e que o art. 132, do CPC, refere-se tão-só ao princípio da identidade física do juiz. No processo penal brasileiro, todavia, jamais teve ele aplicação, pela própria natureza do sistema adotado, embora seja tema de grandes discussões.

Por ser regra constitucional, o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII c.c XXXVII) não comportaria, depois de 1988, maiores discussões, se se quisesse respeitar o Estado Democrático de Direito. Não é bem assim, porém. A cada dia, usando-se abusivamente o que se poderia chamar de “direito sagrado à disposição do vazio hermenêutico”, arquitetam-se e executam-se novas diatribes contra o princípio, por infundáveis motivos, mormente a *comodidade* do Poder Judiciário.

Paradigmática, aqui, é a decisão cancelando a Súmula 394, pelo e. STF, no qual foi Relator o ilustre Ministro Sydney Sanches.<sup>32</sup>

O problema é que, para se fazer efetiva a regra constitucional, há que pagar um preço, o preço da democracia. Mas não é isso que se quer; ou faz; pelo menos em relação àquelas regras não muito interessantes ao intérprete. Não é estranho, assim, que se criem comarcas e elas já “nasçam” superlotadas; que se criem comarcas, por desmembramento, nas quais vão intervir juízes substitutos, em estágio probatório e quiçá com menos experiência; que se criem varas para “melhor combater certo tipo de crime” (como se coubesse aos juízes que para lá vão tal mister), excluindo a competência daqueles para os quais ela já havia sido determinada conforme a CF e o CPP; e assim por diante. Por certo, não é assim que se avança – e olhe-se que já vão mais de 20 anos da CF – na consolidação constitucional e efetivação democrática. Quando o assunto é desse porte, só não pode prevalecer a *aurea mediocritas*, dado se tratar de matéria fundamental à fixação do grau de civilidade de um povo, como precitado.

Assim sendo, segue-se manipulando, pela via da interpretação, o conteúdo das regras constitucionais, tudo de modo a, de-

<sup>32</sup> STF, Inq 687-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25/8/1999, in RTJ 179/912. Como devem recordar todos, o e. STF, depois de fixada a competência – e quiçá porque o caso fosse muito complexo e tivesse tido uma grande repercussão, o que não diz nada para o deslinde da questão, embora, infelizmente, possa ter dito –, decidiu por “se livrar” dela, declinando-a. Tal julgamento, sem embargo de não ter sido o primeiro e nem o último nessa matéria, foi paradigmático em razão de se ter, de certa forma, “liberado” a todos para dizerem – e fazerem – qualquer coisa sobre a matéria, um pouco no melhor estilo “vale tudo” desde que seja justificável retoricamente a violação da Constituição. Em tal tema, como referido, não tem meio termo: fixada a competência, tem-se o juiz natural; e não se mexe mais! Todas as soluções aos problemas surgidos, mormente funcionais (o acúmulo de processos em uma Vara, Câmara ou Turma, como se deu, não raro, com os casos em que eram réus prefeitos municipais, ocorridos antes da CF/88), passam por outras soluções, mas não se pode desprezar a CF, sob pena de ela não ser efetiva nunca, por força do casuísmo.

pois do crime, alterar-se a competência dos órgãos jurisdicionais, com isso alcançando casos pretéritos. A garantia (sim – repita-se –, trata-se de uma garantia constitucional!), como água, escapa entre os vãos dos dedos. Afinal, pode-se burlar o juiz natural tanto para beneficiar réus como para prejudicar réus quando, pelo princípio, o que se não quer – e não se pode admitir – é a burla.

Em suma: fixadas as regras do jogo, não mais se modificam, como se sabe da fonte histórica do princípio, voltado a garantir a isonomia para todos os acusados. Assim, ninguém deve deixar de saber, de antemão, quais os órgãos jurisdicionais que intervirão no processo. Isso não significa engessar o sistema, até porque a *lei nova, tratando da competência, por certo, terá lugar, mas tão-só da sua vigência em diante*, não retroagindo para alcançar casos penais com competência já fixada ao juiz natural, o que afasta o princípio do *immediatismo* expresso no art. 2º, do CPP. Eis, então, uma das razões pelas quais o legislador, em casos de alterações legislativas mais amplas (como a mudança de um código inteiro), com frequência inusitada – a ponto de quase se afastar ou, pelo menos, pensar-se que se não trata de exceção –, prescreve regras de direito intertemporal, embora para ele, como é primário, também prevaleça – e dava prevalecer – o princípio constitucional; logo, não pode, por motivo algum, invadir a competência já fixada. Isso evoca, sabe-se bem, um sem número de problemas práticos, mas não há solução adequada e democrática para eles senão com o respeito incondicional do referido princípio. Enfim, a democracia é uma *conquista* e, para tê-la, sucumbe-se ao limite e, de consequência, ao *recalque* (como muito bem mostrou Freud), porque é só assim que se *deseja*. Ao *desejo*, porém, e sua *satisfação* (sempre parcial, diga-se desde logo), quando verificada como *conquista*, há de se pagar o preço da *sujeição* às regras, à *cultura* (LÉVI-STRAUSS, 1982, p. 41-49)<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Ver quanto à Psicanálise, p. 531-33.

Trata-se, como se vê, de princípio intimamente relacionado com o Estado Democrático de Direito o qual, não tendo ele concreta aplicação, não se efetiva e, assim, ajuda sobremaneira a se consolidarem as mais diversas injustiças.

### Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Quel che resta de Auschwitz: l'archivio e il testimone*. Torino: Bollati Boringhieri, 1998.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David de. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. Lisboa: Gulbenkian, 1978.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 11.ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BELLAVISTA, Girolamo; TRANCHINA, Giovanni. *Lezioni di diritto processuale penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1984.
- BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal*. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra, 1974.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra Política, 1986.
- CALAMANDREI, Piero. *La costituzione e le leggi per attuarla*. Milano: Giuffrè, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CHIAVARIO, Mario. *La riforma del processo penale: appunti sul nuovo codice*. 2.ed. Torino: UTET, 1990.
- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.
- \_\_\_\_\_. *La riforma dell'istruzione penale. Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1963.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crime continuado e unidade processual. Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Editora Método, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Dogmática crítica e os limites lingüísticos da lei. Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e*

- desenvolvimento em países periféricos. Organização de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. n. 30, p. 163-198. Curitiba, 1998.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. v.1. Coimbra, 1974.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Bari: Laterza, 2000.
- FRATE, Paolo Alvazzi del. Le principe du 'Juge Naturel' et la Charte de 1814'. *Juges et Criminels. Etudes en hommage à Renéé Martinage*. Lille: L'Espace Juridique, 2001. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/208097/Juge-Naturel-1814>>.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O Princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*. n. 29, p. 11-33, jan./mar. 1983.
- HÉLIE, Faustin. De la Procédure Criminelle em general. *Traité de l'instruction criminelle*. 2. ed. Tomo 1. Paris: C. Hingray, 1866. Disponível em: <[http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_science\\_criminelle/les\\_sciences\\_juridiques/le\\_proces\\_penal/generalites/faustin\\_introduction\\_instruction.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_science_criminelle/les_sciences_juridiques/le_proces_penal/generalites/faustin_introduction_instruction.htm)>.
- HENKEL, Joachim. *England: rechtsstaat ohne gesetzlichen richter*. Frankfurt-Berlin: Metzner, 1971.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 4. ed. Lisboa: Fundação Clouste Gulbenkian, 1997.
- KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5.ed. Coimbra, 1979.
- LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1952.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. Tradução de Mariano Ferreira. 3. ed. Petrópolis, Vozes, 1982.
- LINS, Alberto Rego. A Justiça de exceção perante a História. *Jornal do Commercio*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio / Rodrigues, v. 18, p. 89-95.
- LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. v. 1. Buenos Aires: EJEA, 1951.
- MARCON, Adelino. *O Princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá Editora, 2004.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v.1 - 4. Campinas: Bookseller, 1997.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 2.ed. v.1. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense, 1965.
- MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MERLE, Roger; VITU, André. *Traité de droit criminel*. 4. ed. Tomo 2. Paris: Éditions Cujas, 1979.
- NEVES, Antônio Castanheira. *Actual problema metodológico da interpretação jurídica*. v. 1. Coimbra, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Sumários de processo criminal*. Coimbra: s/e, 1968.
- NOBILI, Massimo. *La nuova procedura penale: lezioni agli studenti*. Bologna: CLUEB, 1989.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Derecho procesal penal: principios de derecho procesal penal*. Tomo 1. Madrid: Editorial Colex, 2000.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 13.ed. v.6. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PISANI, M. Et al. *Manuale di procedura penale*. 5.ed. Bologna: Monduzzi, 1996.
- PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio de procedura penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1985.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal: sexta lectura constitucional*. Barcelona: Bosch, 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução de Júlio Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.
- ROYER, Jean Pierre. *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la republique*. Paris: PUF, 1995.
- SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*. Revista por Iñaki Esparza Leibar e Traduzida por Andrea Planchadell Gargallo. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch; Thüngersheim, Frankfurt (Main): EuWi-Verlag, 1999.
- SCHMITT, Sylvie. *Le principe constitutionnel du juge naturel en Italie et en France*. Toulon: 2003, Université de Toulon, Tese defendida em 29.11.2003.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. v.1. Lisboa: Editorial Verbo, 1993.
- SINISCALCO, Marco. *Irretroattività delle leggi in materia penale*. Milano: Giuffrè, 1969.
- STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BOULOC, Bernard. *Procédure pénale*. 14. ed. Paris: Dalloz, 1990.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TAORMINA, Carlo. *Giudice naturale e il processo penale*. Roma: [s.e.], 1972.

TRANCHINA, Giovanni. *Lezioni di diritto processuale penale*. 9.ed. Milano: Giuffrè, 1984.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

# Súmula Vinculante

O STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática

Bruno Dantas

## Sumário

1. Apresentação. 2. Súmula Vinculante: generalidades. 3. Súmula persuasiva e Súmula Vinculante. 4. A doutrina do *stare decisis*. 5. A súmula no direito luso-brasileiro. 6. A intervenção do *amicus curiae* como meio de legitimação democrática da Súmula Vinculante.

### 1. Apresentação

Embora não seja nova a discussão em torno da crise do sistema recursal brasileiro e dos instrumentos que poderiam amenizar o brutal volume de processos que assoberba nossos tribunais, pode-se afirmar que foi com a Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 2004, que se passou do discurso meramente retórico, não raro acompanhado de medidas paliativas, para o implemento de providências práticas que têm, potencialmente, o condão de racionalizar a interposição de recursos.

Empregamos “potencialmente” porque ainda não se sabe ao certo como os instrumentos novos funcionarão em nosso sistema jurídico. Se, por um lado, é certo que a existência de tais instrumentos é fundamental para o equilíbrio do sistema, não é menos certo que eles devem ser utilizados com prudência, pena de condenar ao desuso ou à repugnância ferramentas que ensejaram uma grande e complexa modificação do texto constitucional.



Uma questão básica tem sido levantada de há muito por juristas como Rodolfo de Camargo Mancuso (2001) e Teresa Arruda Alvim Wambier (2001): a *divergência jurisprudencial* e os seus efeitos nocivos para os jurisdicionados e para o próprio sistema jurídico. Esse e outros pontos de discussão têm revelado que a moderna metodologia do direito aponta para questões cada vez mais sofisticadas. Karl Larenz (1966, p. 154) já afirmou que “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que a inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados”. Sem dúvida, a hermenêutica tem sido um dos campos prediletos dos filósofos do direito.

Robert Alexy aponta pelo menos quatro razões para justificar o fato de que, em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas que se supõem válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiros, o que rompe com o esquema clássico:

(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto (ALEXY, 2001, p. 17).

Esses problemas são potencializados em sistemas de origem romano-germânica, que têm na lei a fonte primordial de direitos. Isso em razão da possibilidade de cada juiz dar aos textos legais a interpretação que melhor lhe apraza<sup>1</sup>, embora haja autores a defender, corretamente a nosso ver, que a lei é

<sup>1</sup> Para uma abordagem completa sobre a questão da racionalidade da jurisprudência e o trabalho hermenêutico dos juízes, ver HABERMAS, 2003, p. 241-295.

vocacionada para uma única interpretação *correta*, dadas as mesmas condições fáticas e o mesmo momento histórico<sup>2</sup>. No Brasil, especificamente, esse fato, combinado com a riqueza do sistema recursal vigente e a postura intransigente da Fazenda Pública<sup>3</sup>, tem ensejado o assoberbamento dos tribunais superiores, instados, mediante dezenas de milhares de causas repetitivas, a uniformizar entendimentos de todos os tribunais do País, no que se convencionou chamar de *crise da Justiça*.

Foi nesse cenário de clamor popular por mudanças aptas a solucionar a *crise da Justiça* que se acresceu à Constituição Federal (CF) o art. 103-A, que prevê a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar enunciados de sua súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nos níveis federal, estadual e municipal.

A instituição da *súmula vinculante* tenta amenizar os problemas interpretativos de ordem constitucional por meio de um rígido esquema vertical, que compele órgãos jurisdicionais e Administração Pública à estrita observância da interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. É certo que isso trará uma elevada dose de segurança ao sistema, mas o *trade-off* apresenta-se imediatamente: o cerceamento da tão propala-

<sup>2</sup> Por todos, ver ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2000.

<sup>3</sup> Saulo Ramos (1999, p. 370-371), em palestra pronunciada na cerimônia de aniversário do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em 13 de agosto de 1999, afirmou: “Não temos nada para impedir a prática da ilegalidade através de decisões em tese, circunstância que fez deste país o paraíso dos economistas e burocratas, grandes legisladores por portarias, fato que multiplica ao infinito as lesões individuais e os conseqüentes pedidos de socorro ao Judiciário (...). Convenhamos, porém, que a mais terrível realidade brasileira está na resistência da tecnocracia aos pronunciamentos judiciais, sobretudo os da Corte Constitucional. Agentes do governo cometem conscientemente várias inconstitucionalidades, estimulados pelo cálculo cinicamente contábil sobre quantos cidadãos lesados recorrerão ao judiciário e quantos deixarão de recorrer”.

da *atividade criativa do juiz*<sup>4</sup>, não obstante a possibilidade de revisão e cancelamento de súmulas vinculantes.

A adoção da *súmula vinculante* aproxima ainda mais o Brasil, cujo sistema é sabidamente romano-germânico (*civil law*), dos Estados Unidos e da Inglaterra, países que se filiam à *common law*. Não vamos muito além dessa mera constatação, pois não é objetivo deste estudo avaliar de que forma um sistema da *civil law* pode-se valer com sucesso de mecanismos tradicionalmente associados ao modo de ser do sistema da *common law*, embora seja necessário, para explicar o *binding precedent*, investigarmos como ele foi concebido em sua origem.

## 2. Súmula Vinculante: generalidades

O Brasil conhece a utilidade da súmula da jurisprudência dominante, aqui introduzidas por obra do Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, desde a década de 1960<sup>5</sup>. Nada obstante isso, sempre houve (e, em certa medida, ainda hoje há) resistência à adoção de enunciados da súmula com efeito vinculante. Os argumentos contrários, que trataremos mais à frente, variam desde a inconstitucionalidade material, por ofensa à separação dos Poderes ou às garantias do acesso à Justiça e do juiz natural, até a ausência de oportunidade e conveniência necessárias a embasar uma modificação no texto constitucional.

*Súmula* é o conjunto de enunciados que sintetizam o entendimento consolidado de um dado tribunal ou órgão fracionário acerca de determinado assunto que lhe tenha sido submetido por intermédio de recursos ou ações. Seu idealizador, o Ministro Victor Nunes Leal, lecionava que ela tem por objetivo buscar o meio-termo ideal da estabilidade da jurisprudência, situando-se entre a dureza dos *assentos* e a inoperância dos *prejulgados* (LEAL, 1981, p. 2).

<sup>4</sup> Para uma análise profunda dos fundamentos políticos e filosóficos da atividade criativa do juiz, ver SIFUENTES, 2005. Passim.

<sup>5</sup> Para um histórico da súmula no direito brasileiro, ver TEIXEIRA, 2001 e NEVES, 1997.

Djanira Maria Radamés de Sá (1996, p. 54), com apoio em Nelson Nery Junior, aponta conceito semelhante, ao definir súmula como “conjunto de teses reveladoras da jurisprudência predominante no tribunal”, gizando que “sua apresentação se dá sob a forma de verbetes numerados e sinteticamente enunciados”.

É importante salientar que, embora a EC nº 45, de 2004, tenha constitucionalizado a noção de *súmula*, que até então só era tratada pela doutrina e pelos regimentos internos dos tribunais<sup>6</sup>, cabe a estes estabelecer as condições e os requisitos para a sua aprovação, fazendo-se necessário observar, desde logo, que, doravante, coexistem em nosso sistema a súmula persuasiva ou *processual* (que já existia desde 1963) e a *súmula vinculante* ou *constitucional* (referida pelo art. 103-A da CF).

Isso porque o poder constituinte reformador não criou um instituto novo, mas meramente atribuiu efeito vinculante ao que já existia e fora concebido e moldado nos regimentos internos dos tribunais, fixando um rígido rol de requisitos específicos para a ocorrência dessa situação. Vale dizer, ao Supremo Tribunal Federal continua a ser lícito modificar o procedimento para edição de súmulas, desde que, para as súmulas vinculantes, obedeça às condições estabelecidas no art. 103-A da Constituição.

Dessarte, fica claro que os conceitos de *súmula persuasiva* e *vinculante* não se confundem, assim como não se confundem o *quorum* de aprovação, objetivos, procedimentos, tanto para aprovação, quanto para revisão e cancelamento, e via impugnativa em caso de descumprimento. É importante, porém, delimitar o conceito e o campo de atuação de cada uma delas, de modo a fixar,

<sup>6</sup> As reformas do Código de Processo Civil no final da década de 1990, porém, marcaram o início do movimento de atribuição de efeitos processuais aos enunciados da súmula tanto do STF quanto dos tribunais superiores (ver, por exemplo, os arts. 475, § 3º; 518, § 1º; 543-A, § 3º; 544, § 3º; 557, *caput* e § 1º-A, todos do CPC).

com o necessário rigor científico, os efeitos que decorrem de cada uma.

### 3. *Súmula persuasiva e Súmula Vinculante*

Em regra, no direito brasileiro, os precedentes têm autoridade estritamente persuasiva, embora haja quem defenda que eles sempre vinculam os tribunais e juízes inferiores. A defesa mais veemente sobre a existência do efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores, já no vigente sistema, é feita por Calmon de Passos (1999, p. 288-289), que sustenta que entender inexistente tal efeito seria desprover os tribunais superiores de sua função primordial, que é a uniformização do direito federal.

Tal posicionamento tem sustentação pragmática, e, se fosse adotado largamente, reduziria em grande parte o fluxo de recursos versando matérias repetitivas. Isso porque, fixada pelos tribunais – especialmente os superiores – a interpretação sobre determinado dispositivo legal, tal interpretação vincularia os juízes e tribunais a ele subordinados hierarquicamente, o que tornaria nosso sistema praticamente idêntico ao norte-americano.

Esse, porém, não é o entendimento majoritário sobre o tema. Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 375), tratando do sistema adotado pelo Brasil, observa com acuidade que nosso modelo político-jurídico tem como matriz a lei, que foi eleita como parâmetro para o contraste e a exigibilidade das condutas, por força do princípio constitucional da legalidade. Disso se conclui que “a jurisprudência, mesmo sumulada, não se reveste – *de lege lata* – de força coercitiva, ficando sua eficácia por conta da *natural proeminência e respeitabilidade* que o Tribunal emissor exerça junto às demais instâncias a ele reportadas” (MANCUSO, 2001, p. 375).

Parece-nos que a razão está com Rodolfo de Camargo Mancuso. Veremos adiante, ao

tratarmos da doutrina do *stare decisis*, quais as razões políticas que tornam impossível a sobrevivência do sistema da *common law* sem os *binding precedents*.

No Brasil, a regra é que a decisão judicial só tem eficácia entre as partes e os precedentes caráter meramente persuasivo, servindo, tão-somente, de orientação para a livre convicção do juiz (Código de Processo Civil, art. 131), que pode ou não se filiar ao entendimento manifestado pelo tribunal<sup>7-8</sup>. Realmente, apenas nas situações excepcionais previstas pelo próprio texto constitucional é que os precedentes desbordam da eficácia *inter partes* que lhes é peculiar, para alcançar efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Afora as hipóteses de processo objetivo (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), a Constituição apenas atribui tal efeito à súmula vinculante.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 334), após ponderar sobre o conceito de Alfredo Buzaid de *súmula da jurisprudência dominante*, sustenta que a eficácia natural da súmula é insuficiente para atingir o objetivo

<sup>7</sup> Vicente de Paula Maciel Junior (1994, p. 162), no particular, assevera que “a lei é a estabilidade de cada um que por ela é alcançado. É o parâmetro abstrato ao qual todos se submetem. A vinculação já existe em decorrência da existência da lei, que por ser imperativa incide sobre cada pessoa de um determinado país, que não pode afastar sua aplicabilidade em face do princípio da inevitabilidade. A adequação da lei aos novos valores que mudam na sociedade se dá exatamente em virtude da possibilidade de o Juiz interpretar a norma à luz dos novos fatos, fazendo uma releitura de seus termos em face das necessidades atuais da comunidade”.

<sup>8</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 331) pondera que, “tirante a hipótese de súmula vinculante, a jurisprudência, *tout court*, ainda que sumulada, se torna impositiva apenas sob dois enfoques: para o próprio Tribunal (que, logicamente, prestigiará sua própria súmula) e em face do caso concreto em que fora suscitado o incidente de uniformização (CPC, art. 479). Isso porque, em relação aos demais casos análogos, pendentes ou futuros, a súmula, a rigor, opera uma *força persuasiva*, influenciando (ainda que poderosamente) na convicção do julgador, mas sem obrigá-lo, propriamente, a perfilhar a tese assentada.”

que a inspirou: a prevenção dos excessos da divergência jurisprudencial, razão pela qual defende que aos enunciados sumulares seja acrescida força vinculante.

O professor da Faculdade do Largo de São Francisco busca apoio para a sua tese no voto-condutor do Recurso Extraordinário nº 101.214-5/RS, da relatoria do Ministro Oscar Corrêa<sup>9</sup>, no qual se sustenta que a função das súmulas não pode ser a de mero direcionamento do caminho a ser trilhado pelos juízes e tribunais inferiores.

De qualquer modo, outros traços distintivos entre súmula processual (persuasiva) e constitucional (vinculante) se apresentam. Restrinjamo-nos ao Supremo Tribunal Federal para facilitar a análise.

O primeiro traço distintivo é o objetivo [*rectius*: objeto]: enquanto a súmula processual se dirige a compendiar os entendimentos firmados pelo tribunal, podendo, em tese, versar indistintamente sobre qualquer questão sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, a súmula vinculante, consoante disposição expressa do § 1º do art. 103-A constitucional, possui contornos muito mais rígidos, e somente se voltará sobre a *validade, interpretação e eficácia de normas determinadas* sobre as quais paire controvérsia *atual* entre órgãos do Poder Judiciário ou entre estes e a Administração Pública e, dessa controvérsia, exsurja *grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica*. Não basta, portanto, que se preencha algum ou alguns dos requisitos mencionados. É imperioso, para que o suporte fático seja apto a dar sustentação à edição de enunciado da súmula vinculante, que todos os requisitos estejam presentes cumulativamente.

<sup>9</sup> Nesse voto, o Ministro Oscar Corrêa assevera que “se se conhece a Súmula – e o juiz brasileiro não a pode desconhecer – e se não a aplica, autoriza-se a interposição do remédio processual para repor a orientação da Corte Maior; e se obriga, desnecessariamente, a iniciativa da parte, exigem-se ônus injustificáveis e require-se prestação jurisdicional que se poderia e deveria evitar” (MANCUSO, 2001, p. 335).

O segundo traço distintivo digno de nota é o *quorum* de deliberação: enquanto o § 1º do art. 102 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal fixa que “a inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por *maioria absoluta*”, o *caput* do art. 103-A da Constituição da República se refere a decisão tomada por *dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal*. Vale dizer, enquanto que para a súmula processual basta a concordância de seis ministros, para a súmula constitucional é necessária a anuência de no mínimo oito ministros.

O terceiro traço distintivo é a forma de revisão e cancelamento de enunciados, vez que a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, prevê para a súmula constitucional duas modalidades de procedimento: um autônomo e outro incidental.

O quarto traço reside no tom político que se deu aos enunciados da súmula vinculante quando a Constituição enunciou um rol mínimo de legitimados, que pode ser ampliado, mas jamais reduzido, por lei federal, para provocar a edição, a revisão e o cancelamento de enunciados.

O quinto traço é a existência de um instrumento atípico no direito brasileiro, segundo o qual, havendo enunciado da súmula vinculante num dado sentido, a decisão ou o ato administrativo que o contrariar torna-se suscetível de impugnação por reclamação dirigida diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

#### 4. A doutrina do *stare decisis*

A jurisprudência tem funções distintas nos sistemas da *civil law* e da *common law*<sup>10</sup>. Embora nos sistemas romano-germânicos possa haver situações em que as decisões vinculam os órgãos jurisdicionais, essa não

<sup>10</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 37-54) disserta sobre a natureza jurídica da jurisprudência, debruçando-se especialmente sobre o sistema da *civil law*.

é a regra do sistema, que tem na lei a sua fonte primária de direitos. Ao contrário, na *common law*, não obstante as divergências entre os sistemas inglês e norte-americano, o respeito à eficácia vinculante dos precedentes é a força motriz que dá sustentação ao sistema, em razão da ausência de normas jurídicas escritas.

Isso porque, sendo a regra da *common law* a *lex non scriptae*, se cada juiz pudesse extrair livremente a sua compreensão em torno dos costumes que cercam determinado caso, o sistema seria absolutamente caótico e imprevisível. Vale observar que essa liberdade é possível na *civil law* em razão de a lei *per se* trazer segurança jurídica e conter, em si própria, um conteúdo que o cidadão pode extrair, independentemente de ir ao judiciário buscar a tutela para determinado direito subjetivo que afirme violado ou ameaçado. Assim, o que traz estabilidade e segurança jurídica à *common law*, vez que a regra não é a lei escrita, é a obediência aos precedentes<sup>11</sup>.

A doutrina do precedente, adotada com peculiaridades nos Estados Unidos e na Inglaterra, estatui que as decisões de casos anteriores muito semelhantes a novos casos devem ser repetidas nesses últimos.

A regra do precedente, porém, não é simples e automática. Hoje já há nos países anglo-saxões duas correntes que a explicam: a *estrita* e a *atenuada*. Ronald Dworkin (1999, p. 30) explica que a corrente estrita “obriga os juízes a seguirem as decisões anteriores de alguns outros tribunais (em geral de tribunais superiores, mas às vezes no mesmo nível de hierarquia dos tribunais de sua jurisdição), mesmo acreditando que

<sup>11</sup> Concorda Cândido Rangel Dinamarco (1987, p. 153-154), para quem o efeito vinculante do precedente na *common law* é ditado pela necessidade de estabilidade e segurança do direito, de modo que, onde há direito escrito, é desnecessário e mesmo desaconselhável que os tribunais estratifiquem sua orientação, trancando a dinâmica do direito (pois é legítimo que haja evolução do direito, à vista da mobilidade social, do desenvolvimento e mudanças dos valores que formaram sua interpretação).

essas decisões foram erradas”. O professor norte-americano anota que essa corrente da doutrina do precedente varia de lugar para lugar: “é diferente nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, e difere de Estado para Estado nos Estados Unidos” (Idem).

A corrente atenuada, por sua vez, exige que o juiz de alguma forma leve em consideração as decisões anteriores sobre a mesma controvérsia, estatuinto que ele deve seguir tais decisões a menos que as considere erradas o bastante para suplantarem a presunção inicial em seu favor (DWORKIN, 1999, p. 32)<sup>12</sup>.

Tentando fazer uma rudimentar comparação entre a doutrina do precedente dos países da *common law* e a eficácia persuasiva e vinculante da súmula do sistema brasileiro, observamos que a teoria atenuada da doutrina do precedente aponta um meio termo entre força persuasiva e vinculante da súmula. Interessante notar que o caminho ora trilhado pelo Brasil é diametralmente oposto ao que seguem os Estados Unidos e, mais recentemente, a Inglaterra.

<sup>12</sup> Para Dworkin (2001, p. 32), “essa doutrina atenuada pode adotar as decisões anteriores não somente de tribunais acima do juiz, ou no mesmo nível de sua jurisdição, mas também de tribunais de outros estados ou países. Obviamente, depende de quão forte se considere a presunção inicial. Uma vez mais, as opiniões variam entre advogados de diferentes jurisdições, mas também é provável que variem, numa mesma jurisdição, em muito maior grau do que a opinião sobre as dimensões da doutrina estrita. Contudo, é mais provável que qualquer juiz atribua mais importância a decisões anteriores de tribunais superiores de sua própria jurisdição, e a decisões anteriores de todos os tribunais, superiores e inferiores de sua jurisdição, e não de tribunais de outras jurisdições. Ele também pode atribuir mais importância a decisões recentes de qualquer tribunal, e não às anteriores, bem como favorecer as decisões tomadas por juízes famosos, e não por juízes medíocres, etc. Há duas décadas, a Câmara dos Lordes declarou que a doutrina estrita do precedente não exige que se adotem as decisões que ela mesma tomou no passado – antes dessa declaração, os juristas britânicos presumiam que a doutrina estrita impunha tal exigência –, mas a Câmara dos Lordes, não obstante, atribui grande importância a suas decisões passadas de instâncias inferiores da hierarquia britânica, e muito mais que as decisões de tribunais norte-americanos”.

Pode-se afirmar que, enquanto a nossa tendência é o enrijecimento dos precedentes por meio de súmula vinculante e impeditiva de recursos, os norte-americanos e ingleses caminham no sentido de mitigar a eficácia vinculante dos precedentes, em busca de equilíbrio<sup>13</sup>.

O fato é que há uma tendência mundial de ruptura dos esquemas jurídicos clássicos. Os países da *common law* têm manifestado uma tendência de escrituração de suas leis, tradicionalmente não escritas. Prova disso são as *Rules of Civil Procedure* da Inglaterra e o fenômeno que, nos Estados Unidos, o professor da *Yale Law School* Guido Calabresi chamou de *age of statutes*<sup>14</sup>. Por outro lado, os sistemas da *civil law* paulatinamente têm

<sup>13</sup> Esse fato é comprovável pelo que vem sendo chamada de *jurisprudence constante*, que é conceituada por Vincy Fon e Francesco Parisi (s/d, p. 4) como “the doctrine under which a court is required to take past decisions into account only if there is sufficient uniformity in previous case law. No single decision binds a court and no relevance is given to split case law. Once uniform case law develops, courts treat precedents as a persuasive source of law, taking them into account when reaching a decision. The higher the level of uniformity in past precedents, the greater the persuasive force of case law. Considerable authoritative force therefore stems from a consolidated trend of decisions on any given legal issue”. Sustentam que a doutrina da *jurisprudence constante* vem sendo aplicada na França e na Alemanha e no estado norte-americano da Louisiana.

<sup>14</sup> Essa *Era dos Estatutos*, segundo anotam William N. Eskridge, Jr. e Philip P. Frickey (2004, p. 569), tem feito com que as leis escritas “have become the primary, dominant source of American law”, o que chamou a atenção de Guido Calabresi (1982) para a necessidade de se garantir aos tribunais norte-americanos maiores poderes para lidar com a nova situação, assegurando-lhes a possibilidade de atualizar as leis escritas. Interessante que a proposta de Guido Calabresi, assim como a súmula vinculante brasileira, encontrou sua maior objeção no princípio da separação dos Poderes. Em linhas gerais, a tese de Guido Calabresi é bem explicada por Edward J. Imwinkelreid (s/d, p. 6): “In this light, Judge Calabresi has advanced his fascinating proposal for a common law for the Age of Statutes. He argues that the courts are competent to decide whether a statute is anachronistic because it has become inconsistent with the modern legal environment, framework, landscape, or topography. The court must determine whether the statute is out-of-date. In Judge Calabresi’s view, when a court reaches that determination, the court should be empowered to ‘update’ the

adotado a eficácia vinculante dos precedentes, especialmente os das supremas cortes. René David (2002), em seu clássico sobre os grandes sistemas de direito, excursiona por sistemas da *civil law* para demonstrar que, excepcionalmente, é possível fazer com que se torne obrigatório para os juízes seguirem precedentes<sup>15</sup>.

Robert Alexy (2001, p. 258) também observou tal fenômeno, ponderando que atualmente, mesmo na Europa continental, atribui-se importância aos precedentes. Saliencia que o objeto de discussão atualmente é a posição teórica dos precedentes, de modo que a disputa se concentra sobretudo

statute in order to make it consistent with a changing world and a changing legal topography”.

<sup>15</sup> Pondera René David (2002, p. 160-161): “A autoridade do precedente liga-se, assim, na Alemanha Federal, às decisões do Tribunal Federal de Justiça Constitucional, que são, por esta razão, publicados no jornal oficial federal (*Bundesgesetzblatt*). Ela se liga, na Argentina e na Colômbia, às decisões do Supremo Tribunal proferidas em matéria constitucional e, na Suíça, os tribunais cantonais estão igualmente vinculados pela decisão do Tribunal Federal, quando este tenha declarado inconstitucional uma lei cantonal. A autoridade do precedente é reconhecida em Portugal às decisões (assentos) proferidas pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça logo que tenham sido publicadas no jornal oficial (Diário da República) e no Boletim do Ministério da Justiça; ela é reconhecida na Argentina às decisões do Supremo Tribunal, quando este é obrigado a pronunciar-se pela via dum recurso extraordinário; ela é igualmente reconhecida, pelo menos no que concerne às jurisdições inferiores, às decisões de unificação que podem proferir, em condições especiais, na Turquia, o Tribunal de Cassação ou o Conselho de Estado. O papel criador do direito da jurisprudência é também reconhecido oficialmente na Espanha com a noção de *doctrina legal*. Admitese, em virtude da lei, neste país, um recurso para o Supremo Tribunal, contra uma decisão judiciária, se esta decisão violou a *doctrina legal*, isto é, a jurisprudência estabelecida por várias decisões do Supremo Tribunal. Uma noção análoga à *doctrina legal* espanhola é admitida em Honduras e no México, nas matérias que dizem respeito às liberdades públicas (*amparo*). De modo análogo, considera-se na Alemanha que, quando uma regra tenha sido consagrada por uma jurisprudência constante (*ständige Rechtsprechung*), ela se transforma numa regra consuetudinária, devendo ser a este título, a partir de então, aplicada pelos juízes. O mesmo não se passa na Suíça, mas as modificações da jurisprudência são, neste país, muito raras depois de o Tribunal Federal se ter pronunciado.”

na questão sobre se o precedente é ou não fonte de direitos.

Relaciona-se com o *judicial law-making* outra discussão que tem merecido espaço nos Estados Unidos e na Inglaterra. Trata-se da indagação sobre se, no exercício da jurisdição, os magistrados da *common law* podem tomar decisões políticas. Esse tema é especialmente relevante para o objeto deste estudo, pois pode revelar, com base na experiência estrangeira, os limites da ação do Supremo Tribunal Federal brasileiro no uso do poder de edição de enunciados da súmula com efeito vinculante.

Ronald Dworkin (2000, p. 6-8) relata que, fundamentalmente, duas correntes têm disputado a solução para a indagação colocada: a *concepção centrada no texto legal* e a *concepção centrada nos direitos*.

A primeira, segundo Dworkin (2000, p. 6-7), é majoritária na Inglaterra, e, segundo ela, “tanto quanto possível o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos”.

Já a segunda:

“[...] pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre Estado de Direito e justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique” (DWORKIN, 2000, p. 7).

Ambas as concepções, porém, negligenciam a importante distinção entre o que Dworkin (2000, p. 6) chama de *argumentos de princípio político*, que recorrem aos direitos dos cidadãos perante o Estado, e

*argumentos de procedimento político*, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público.

Esses conceitos são altamente relevantes para que não se desvirtue a atividade política exercida pelos juízes, seja na *common law*, seja na *civil law*. Dworkin observa que nem mesmo nos Estados Unidos, onde o sistema jurídico é calcado no costume, os *argumentos de procedimento político* devem prevalecer, pois não cabe ao Poder Judiciário decidir sobre qual política pública deve ser adotada. Isso porque as opções políticas relacionadas ao bem-estar geral – ou o que Habermas chamou de *poder de disciplinar relações futuras* – não podem ser tomadas por quem não tem legitimidade para tanto, como é o caso do Poder Judiciário (Idem).

Parece-nos que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, no exercício do poder de editar súmula vinculante, também deverá restringir-se aos fundamentos de princípio político, não podendo cair na tentação de enveredar por *argumentos de procedimento político*, que subverteriam não só a função do tribunal, mas a própria noção de Estado.

É bem verdade que alguns mecanismos, como o que possibilita a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade de determinada norma jurídica questionada pela via do controle concentrado, demandam a avaliação de argumentos fundamentalmente políticos, como a repercussão social, política e econômica da medida. Todavia, é importante reforçar que os *argumentos de princípio político* devem sempre prevalecer sobre os de *procedimento político*, pois a Suprema Corte não pode subtrair do cidadão o direito subjetivo constitucional ou legalmente assegurado.

##### 5. A súmula no direito luso-brasileiro

Os assentos expedidos pela Casa de Suplicação<sup>16</sup> chegaram a ter vigência no

<sup>16</sup> Segundo informa Mônica Sifuentes (2005, p. 187), “a Casa de Suplicação pode ser considerada como

sistema brasileiro por força das Ordenações Manuelinas e Filipinas e pela Lei da Boa Razão, no campo cível, até a entrada em vigor do Código Civil em 1917.

O professor português Castanheira Neves (1983) delinea os assentos como prescrições normativas tomadas *ex-novo*, e não como fruto da manifestação reiterada da Corte<sup>17</sup>. São eles, portanto, critérios jurídicos, universalmente vinculantes, mediante enunciado de normas gerais e abstratas, *stricto sensu*, prescritos por um órgão judicial. Eles se distinguem de outros institutos do direito comparado como a *doctrina legal* espanhola e a *jurisprudência obrigatória* mexicana porque, nestes, o que se torna vinculante é a orientação jurídica firmada em jurisprudência estabilizada e reiterada, ao passo que naqueles não há exigência de teses jurisprudenciais em conflito (NEVES, 1997, p. 227). Por essa razão, arremata Castanheira Neves (1983, p. 11), “o assento é ‘norma’ (constitui-se *ex-novo* visando o futuro) e não ‘jurisprudência’ (consagração de soluções que vêm do passado e persistem)”.

Segundo observa Mônica Sifuentes (2005, p. 190), a origem dos assentos está relacionada ao instituto das “façanhas”, adotado em Portugal em meados do século XII, que consistiam “nas decisões da Casa de Suplicação de Lisboa, que se consubstanciava em interpretação autêntica das leis do Reino de Portugal. Tinham, portanto, força de lei”.

Mônica Sifuentes (2005, p. 199) leciona que em Portugal os assentos perderam espaço com a promulgação da Constituição de 1982, que proibiu a eficácia externa dos

---

o atual Supremo Tribunal, pois decidia em última instância, na monarquia portuguesa”.

<sup>17</sup> Para o professor português, “com os assentos que os nossos Supremos Tribunais, funcionando em tribunal pleno, podem emitir para resolver um ‘conflito de jurisprudência’ - e que se vêm a traduzir na conversão da doutrina ou posição jurídica, por que o tribunal se decida na solução desse conflito, numa prescrição normativa ‘com força obrigatória geral’”. (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 1).

atos interpretativos, até ser banida a sua força obrigatória geral por obra do acórdão nº 810, de 1993, do Tribunal Constitucional, que julgou essas características ofensivas ao art. 115º da Constituição Portuguesa, de modo que permaneceu intacta a doutrina exposta nos assentos (sua força vinculativa se restringia, porém, aos tribunais judiciais, transformando-se em fonte interna de direito).

No Brasil, após discussões em torno da instituição de mecanismo semelhante aos assentos (especialmente no anteprojeto de lei geral de aplicação de normas jurídicas, elaborado por Haroldo Valadão), a súmula foi instituída, como vimos, por obra do Ministro Victor Nunes Leal, do Supremo Tribunal Federal, tendo como base legal a Emenda Regimental de 30 de agosto de 1963.

Essa súmula, tal como concebida, deveria apenas vincular o próprio Supremo Tribunal Federal, simplificando a motivação de suas decisões. Tinha ela, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, portanto, eficácia meramente persuasiva.

Modificações na legislação infraconstitucional, todavia, desde a Lei nº 8.080, de 1990, têm trazido certo efeito vinculante - embora não traga eficácia *erga omnes* - tanto à súmula quanto à jurisprudência dominante dos tribunais.

#### 6. A intervenção do *amicus curiae* como meio de legitimação democrática da Súmula Vinculante

O avanço do sistema jurídico brasileiro na direção da *common law* tem sido acompanhado de mecanismos de legitimação democrática das decisões do Poder Judiciário que extrapolem o mero interesse subjetivo dos litigantes. No caso específico da súmula vinculante, dada a ingerência direta que sua edição terá sobre um sem-número de relações jurídicas, a existência de uma forma de participação social que confira legitimidade aos enunciados é verdadeiro imperativo democrático.



Nessa linha, a Lei nº 11.417, de 2006, prevê, no § 2º do art. 3º, que “[n]o procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

De acordo com as idéias hoje cristalizadas em torno das modalidades de *intervenção de terceiros* vigentes no processo civil brasileiro, calha, de plano, a pergunta sobre que modalidade está prevista no dispositivo em tela. Em nosso modo de ver, o CPC é insuficiente para esclarecer o tipo de participação previsto na lei da súmula vinculante, porquanto não temos dúvida de que o STF não exerce função jurisdicional quando edita, revisa ou cancela enunciado da súmula vinculante.

Sendo assim, persiste a dúvida: quem é o terceiro que o relator pode admitir a se pronunciar nos autos no momento do exame da repercussão geral?

Em nossa opinião, visto que as formas clássicas de intervenção de terceiros são insuficientes para determinar a modalidade de participação admitida pelo § 2º do art. 3º da Lei nº 11.417, de 2006, cabe analisar o problema identificado por Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 36-38):

“Seja porque determinadas decisões têm efeitos vinculantes, seja, quando menos, porque têm efeitos ‘meramente persuasivos’, nunca, para a nossa experiência jurídica, foi tão importante saber o que e como os tribunais decidem as mais variadas questões. E saber como eles decidiram para saber como eles vão decidir nos sucessivos ‘novos’ casos que lhe são postos para julgamento.

Se há nisso ecos de ‘previsibilidade’, de ‘igualdade’ e de ‘segurança jurídica’, não há como negar que também se pode ouvir uma questão que vem facilmente à tona: como alguém pode ser afetado de maneira tão intensa

por um julgamento do qual não participou, do qual não podia participar e sequer sabe que existiu? E a indagação nos parece relevante mesmo quando o ‘ser afetado’ pela decisão pretérita significa, pelo menos, que o procedimento a ser adotado para resolução de uma lide sofrerá alterações profundas justamente em face do que *inter alios* já se decidiu”.

Segundo nos parece, o *interesse* que o *amicus curiae* tem em intervir no processo é distinto do *interesse jurídico*, categoria tradicional vinculada a uma concepção individualista do processo. Em vez disso, pensamos que assiste razão a Cássio Scarpinella Bueno quando, com lastro em boa doutrina, afirma que a justificativa da intervenção do *amicus* está no *interesse público* que emerge da questão posta em juízo.

Acrescentaríamos que a autorização para manifestação de terceiros tem associação direta com o impacto que a súmula vinculante exercerá sobre futuras decisões da Administração Pública e do Poder Judiciário, e, nesse particular, a manifestação do *amicus curiae* confere à súmula vinculante legitimação democrática.

Neste ponto, merece destaque recente posição do STF que nos parece equivocada e precisa ser rapidamente corrigida, sob pena de se comprometer a própria concepção de súmula vinculante.

A Corte, durante a sessão administrativa que deliberou sobre a edição do Enunciado nº 2 da Súmula Vinculante, seguiu a manifestação da então Presidente, Ministra Ellen Gracie, acerca da inviabilidade de intervenção do *amicus curiae* quando o procedimento fosse instaurado *ex officio* pelo próprio STF<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> “Dentre as deliberações conjuntas tomadas na Sessão Administrativa de 23.4.2007, foi aprovada a utilização de um procedimento *ad hoc*, de natureza simplificada, para a edição de enunciados de súmulas vinculantes de iniciativa interna, ou seja, produzidas por construção coletiva dos próprios membros da Corte, atuação que representará mera cristalização

O argumento utilizado foi o de que “a figura do relator somente faz sentido quando a Corte for provocada a editar, a revisar ou a cancelar determinada súmula vinculante, instaurando-se aí verdadeiro contraditório, com abertura de prazos, oitiva de interessados e admissão de manifestação de terceiros”, razão pela qual, agindo o STF de ofício, não haveria incidência de norma legal e, portanto, estaria vedada a manifestação do *amicus curiae*.

Optou-se, como se percebe, pela interpretação fácil, rasa e literal, olvidando-se não apenas o real motivo que levou o legislador a inserir o dispositivo no texto legal, mas também, e ainda mais importante, que, mesmo quando o STF está por cristalizar jurisprudência pacificada, a simples adição de efeito vinculante já justificaria a participação social, que, em hipótese alguma, pode ser vista como nefasta.

### Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- da jurisprudência pacificada no Tribunal. Naquela oportunidade, manifestei-me asseverando que nesse procedimento – distinto do que será implementado, por regulamentação regimental, no caso de provocação externa, que se dará por meio da atuação dos legitimados arrolados no art. 3º da Lei 11.417/2006 – não há que se falar em admissão formal de terceiros. Essa conclusão é reforçada pela letra do art. 2º, § 2º, da Lei 11.417/06, que atribui ao relator do procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado, a prerrogativa de admitir a manifestação de terceiros na questão. Ora, a figura do relator somente faz sentido quando a Corte for provocada a editar, a revisar ou a cancelar determinada súmula vinculante, instaurando-se aí verdadeiro contraditório, com abertura de prazos, oitiva de interessados e admissão de manifestação de terceiros” (DJE nº 78/2007, disponível em: <[http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE\\_20070810\\_078.pdf](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_20070810_078.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2008, às 3h03).
- \_\_\_\_\_. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3 ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CALABRESI, Guido. *A common law for the age of statutes*. Cambridge – London: Harvard University Press, 1982.
- CALMON DE PASSOS, J. J. Súmulas vinculantes. In: *Revista Ciência Jurídica*. ano 13, v. 85. jan./ fev. 1999.
- CASTANHEIRA NEVES, A. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra, 1983.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ESKRIDGE, William N. *Cases and materials on legislation: statutes and the creation of public policy*. Saint Paul: Thomson west, 2004.
- FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis. In: George Mason University School of Law and Economics Working Paper Series. Disponível em: <[http://ssrn.com/abstract\\_id=53404](http://ssrn.com/abstract_id=53404)>. Acesso em: 23 dez. 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- IMWIKELREID, Edward J. A more modest proposal than a common law for the age of statutes: greater reliance in statutory interpretation on the concept of interpretative intention. *Albany Law Review*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=684251>>. Acesso em: 22 dez. 2005.
- LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciência del derecho*. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966.
- LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 145. jul./ set. 1981.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. O efeito vinculante das súmulas e enunciados. In: *Revista da faculdade de Direito da UFMG*. v. 34, n. 34. 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2 ed. Revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Fernando Crespo Queiroz. A influência das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAMOS, Saulo. Efeito vinculante de decisões dos Tribunais superiores. In: *Revista da ESMape*. v. 4, n. 9. jan./jun. 1999.

SÁ, Djanira Radamés de. *Súmula vinculante: análise de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SIFUENTE, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001.

# Da ditadura militar à democracia civil

## A liberdade de não ter medo

René Ariel Dotti

### Sumário

1. O ciclo dos governos autoritários. 2. “Eu era feliz e não sabia”. 3. A extinção dos partidos políticos. 4. Eleições indiretas para Governador e nomeação de Prefeitos. 5. Uma nova Constituição em 43 dias. 6. A suspensão da garantia do *habeas corpus*. 7. A cominação das penas de morte e de prisão perpétua. 8. O conceito legal de Segurança Nacional. 9. A VII Conferência Nacional da OAB. 10. A Declaração dos Advogados Brasileiros. 11. A Constituição Federal de 1988. 12. A exortação do Papa João Paulo II: “Não tenham medo”. 13. A liberdade de não ter medo.

#### *1. O ciclo dos governos autoritários*

Marco Túlio Cícero (106-43 a.C.), o mais eloqüente dos oradores romanos, disse muito bem que a História é “a testemunha dos tempos, luz da verdade, vida da memória, mestra da vida e mensageira da antiguidade” (*De Oratore*, 2, 9, 36).

O ciclo dos governos autoritários que se sucederam, a partir de 1964, findou, em 1985, com a posse de José Sarney, substituindo o pranteado Tancredo Neves, cuja morte antecipada não lhe permitiu realizar o sonho dos brasileiros: a sua posse na presidência da República.

Os *anos de chumbo*, impostos pela ditadura militar, não estão clara e suficientemente conhecidos e analisados pelos profissionais e estudiosos de Direito nascidos nos anos oitenta. A minha geração, diferentemente,

participou intensamente do processo de liberdades, direitos e garantias, proporcionados pela experiência do Governo Juscelino Kubitschek de Oliveira (1956-1961), e pela *resistência heróica* em favor da posse de João Goulart, ameaçada por militares contrários à ordem democrática, que não admitiam a sucessão constitucional após a renúncia de Jânio Quadros (1961).

Mas a ruptura institucional, paradoxalmente confirmada no dia 1º de abril de 1964 – o dia consagrado à mentira –, constituiu as faces da surpresa e da inquietação.

A multiplicidade de prisões como reação em cadeia, por um lado, e as manifestações de euforia, por outro, eram contrastes que revelavam cenários tão distintos quanto antagônicos. Nas ruas e nas praças, ressoavam os *slogans* das marchas “da família, com Deus e pela liberdade”, enquanto, nos porões e nas salas de tortura, ecoavam os sons dos gemidos e modelavam-se as máscaras dos tormentos físicos e espirituais.

Foram os anos em que se restauraram, em nosso país, as práticas da violência institucionalizada e da degradação do sistema constitucional e legal vigentes. Eles desvendaram trechos de um *direito penal do terror*, com os processos utilizados contra dissidentes ideológicos e políticos e todos quantos passariam a receber o labéu de *subversivo*. Os inquisidores foram reencarnados; as vítimas, sacrificadas em homenagem aos novos deuses; o itinerário das penas corporais e infamantes, tudo isso, e mais os infernos da mente inundaram os espaços públicos e particulares dos brasis condenados a reencontrar suplícios e martírios.

Desde os primeiros dias de abril de 1964 até o fim dos anos 70, quando a Emenda Constitucional nº 11, de 1978, revogou o malsinado *Ato Institucional nº 5*, de 13 de dezembro de 1968, foram retomados os meios e os métodos das terríveis *Ordenações Filipinas*, que, de 1603 até o advento da Constituição imperial (1824), abateram-se sobre o nosso generoso povo. O preciosismo dos tormentos era destacado em função

do *crime de heresia*, cujo processo era deferido aos tribunais eclesiásticos: “Além das penas corporaes, que aos culpados de dito malefício forem dadas, serão seus bens confiscados, para se delles fazer o que a nossa mercê for, posto que filhos tenham”.

A intitulada *Revolução de 1964* desarticulou os variados *tipos de autores* que circulavam ao tempo das leis do Reino de Portugal: hereges, apóstatas, feiticeiros, blasfemos, benzedores de cães e outros bichos sem autorização do Rei, além de *categorias criminais* diversas que deambulavam nas salas dos interrogatórios torturantes e nas fétidas celas dos presídios. E, no lado oposto, desfilavam os dirigentes e os inúmeros prepostos do *Comando Supremo*, inflado pela colaboração de imensas legiões de alcagüetes, prebostes e *revolucionários de primeira hora*, que, encarnando instâncias do poder civil, eram, ao mesmo tempo, os atores e os espectadores daquele *teatro do absurdo*. Eles se acasalaram aos militares num contexto de propaganda dirigida contra os pilares nos quais estaria assentado o inferno da democracia: a subversão e a corrupção. E, extremo paradoxo: os demônios deveriam ser exorcizados pelas marchas da *família, com Deus e pela liberdade!*

## 2. “Eu era feliz e não sabia”

Parodiando trecho de imortal canção popular de Ataulfo Alves (“Meus tempos de criança”), o democrata que, no dia 9 de abril de 1964, ouviu no rádio a notícia da edição do *Ato Institucional nº 1* certamente pensaria: “eu era feliz e não sabia”.

O *Golpe de Estado*, e não a *Revolução de 31 de Março*, como difundiu a propaganda oficial do novo regime, teve a sua declaração de abertura formal com a edição do mencionado *Ato*, de 9 de abril de 1964.

O Comando Supremo da Revolução, representado pelos comandantes em chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, resolveu editar o *Ato Institucional nº 1*, que vigorou até 31 de janeiro de 1966, e ope-

rou modificações na Constituição de 1946. Destacaram-se as seguintes: a) Instituiu a primeira eleição indireta no regime militar, determinando que, em 2 (dois) dias, a contar do Ato, seriam eleitos pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão pública e votação nominal, o Presidente e o Vice-Presidente da República, cujos mandatos terminariam em 31 (trinta e um) de janeiro de 1966; b) Determinou que o Congresso Nacional apreciasse os projetos de lei enviados pelo Presidente da República em 30 (trinta) dias. Passado tal prazo sem exame, os projetos seriam tidos como tacitamente aprovados; c) Determinou que o Presidente da República poderia enviar projeto de lei sobre qualquer matéria; d) Suspendeu, por 6 (seis) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. Os titulares de tais garantias, dentro do prazo mencionado, poderiam, mediante investigação sumária, ser demitidos, dispensados, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para reserva ou reformados, por decreto presidencial ou por decreto do governo de Estado, “desde que tivessem atentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública” (art. 7º, § 1º); e) O controle jurisdicional desses atos limitar-se-ia ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que os motivaram, bem como da sua conveniência e oportunidade; f) Determinou que o Presidente da República poderia suspender, sem qualquer limitação constitucional, “no interesse da paz e da honra nacional”, os direitos políticos por 10 (dez) anos, e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos (art. 10) (Constituições..., 1986, p. 314).<sup>1</sup>

### 3. A extinção dos partidos políticos

O *Ato Institucional nº 2*, de 27 de outubro de 1965, vigorou até 15 de março de 1967, e

<sup>1</sup> A publicação contém o texto integral do AI nº 1, agora reproduzido parcialmente.

operou novas modificações na Constituição de 1946. Destacaram-se as seguintes: a) Estabeleceu que a votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, que começaria na Câmara dos Deputados, deveria ser concluída em 45 (quarenta e cinco) dias. Esgotado esse prazo sem deliberação, o projeto deveria ser remetido ao Senado Federal, para ser apreciado no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, findo o qual, seria considerado tacitamente aprovado; b) Instituiu as eleições indiretas para Presidente e Vice-Presidente da República, a serem realizadas pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão pública e votação nominal; c) Autorizou o Presidente da República a: c1) Decretar estado de sítio, ou prorrogá-lo, pelo prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, “para prevenir ou reprimir a subversão da ordem interna”. O ato que decretasse o estado de sítio indicaria as garantias constitucionais que continuariam em vigor; c2) Decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, podendo, durante o período, legislar sobre todas as matérias mediante decretos-lei; c3) Suspender os direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de 10 (dez) anos e a cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, sem qualquer limitação constitucional, “no interesse de preservar e consolidar a Revolução”. Tal suspensão acarretaria, concomitantemente, entre outras penalidades, a proibição de participar de qualquer atividade de cunho político, podendo gerar, inclusive, “quando necessária à preservação da ordem pública e social”, a aplicação das “medidas de segurança” de liberdade vigiada, de proibição de freqüentar certos lugares e de obrigatoriedade de estabelecer domicílio determinado; c4) Decretar a intervenção federal nos Estados, “para prevenir ou reprimir a subversão da ordem” (art. 17). A intervenção deveria ser submetida à apreciação do Congresso Nacional; c5) Baixar atos complementares ao Ato e decretos-leis

sobre matéria de segurança nacional; d) Suspendeu as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício por tempo certo. Os titulares dessas garantias poderiam ser demitidos, removidos, dispensados, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, por decreto do Presidente da República, “desde que demonstrassem incompatibilidade com os objetivos da Revolução” (art. 14, parágrafo único); e) Extinguiu os partidos políticos então existentes, para admitir a criação de somente dois: a Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB);<sup>2</sup> f) Excluiu da apreciação do Poder Judiciário “os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal”, com fundamento nos atos institucionais.<sup>3</sup>

#### 4. Eleições indiretas para Governador e nomeação de Prefeitos

O *Ato Institucional nº 3*, editado em 5 de fevereiro de 1966: a) Instituiu as eleições indiretas para Governador e Vice-Governador de Estado. A eleição de Governador e Vice-Governador deveria ser feita pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa, em sessão pública e votação nominal; b) Estabeleceu que os Prefeitos das Capitais seriam nomeados pelos Governadores, mediante prévio assentimento da Assembléia Legislativa ao nome proposto; c) Estabeleceu que os Prefeitos dos demais Municípios seriam eleitos pelo voto direto e maioria simples, admitindo-se sublegendas; d) Fixou datas para as eleições de Governadores e Vice-Governadores; Presidente e Vice-Presidente da República; Senadores e Deputados Federais e estaduais (CONSTITUIÇÕES..., 1986, p. 344-345).

<sup>2</sup> O primeiro, para dar sustentação ao Governo; o segundo, da oposição. Tais partidos existiram até 29 de novembro de 1979 quando o Congresso Nacional decretou o fim do bipartidarismo.

<sup>3</sup> O Dec.-lei nº 898/69 previa a pena de morte e de prisão perpétua.

#### 5. Uma nova Constituição em 43 dias

O *Ato Institucional nº 4*, de 7 de dezembro de 1966, declara, em sua abertura, que a Carta Política de 1946, além de ter recebido numerosas emendas, não atendia mais às exigências nacionais. Segue-se uma exposição de motivos em miniatura: “Considerando que se tornou imperioso dar ao País uma Constituição que, além de uniforme e harmônica, represente a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução”; “considerando que somente uma nova Constituição poderá assegurar a continuidade da obra revolucionária”, “o Presidente da República resolve”: a) O Congresso Nacional foi convocado para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República; b) O relator tinha o prazo de 72 horas para emitir parecer pela aprovação ou rejeição do projeto; c) Foi estabelecido o prazo de 4 (quatro) dias para a discussão do projeto em sessão conjunta das duas Casas do Congresso; d) O Presidente da República poderia baixar Atos Complementares e Decretos-leis em matéria de segurança nacional, até 15 de março de 1967 (CONSTITUIÇÕES..., 1986, p. 346-347).

#### 6. A suspensão da garantia do habeas corpus

O mais grave dos éditos revolucionários, o *Ato Institucional nº 5*, baixado em 13 de dezembro de 1968, foi consequência imediata da resistência parlamentar oposta pela Câmara dos Deputados, que negou a licença para o processo e julgamento do Deputado Márcio Moreira Alves.

Os antecedentes daquele episódio foram assim registrados na recente história política brasileira: com a intensificação das atividades da oposição, especialmente a partir do movimento estudantil e da atuação de membros da Igreja e das forças

políticas articuladas na Frente Ampla,<sup>4</sup> o governo passou a reagir, com medidas de repressão institucional e as Polícias Militares. No dia 30 de agosto de 1968, a Universidade Federal de Minas Gerais foi fechada, e a Universidade de Brasília foi invadida pela Polícia Militar, que espancou diversos estudantes. O fato repercutiu imediatamente no Congresso Nacional, e, no dia 2 de setembro, em protesto contra a invasão da UnB, o Deputado Federal Márcio Moreira Alves pronunciou veemente discurso na Câmara, conclamando o povo a fazer um “boicote ao militarismo”, não participando dos festejos comemorativos do 7 de Setembro, data da Independência do Brasil. O discurso foi considerado pelos ministros militares como “ofensivo aos bríos e à dignidade das forças armadas”. Diante de tais reações, o Procurador-Geral da República, Décio Meirelles de Miranda, com base no parecer do Ministro da Justiça, Luís Antonio da Gama e Silva, em 12 de outubro, deu entrada no Supremo Tribunal Federal ao pedido de cassação do mandato do Deputado peemedebista, requerendo, ainda, seu enquadramento no art. 151 da Constituição, por “uso abusivo de livre manifestação do pensamento e injúria e difamação das Forças Armadas, com a intenção de combater o regime vigente e a ordem democrática instituída pela Constituição” (ABREU, 2001a, p. 178).

O pedido de cassação provocou grande apreensão no Congresso Nacional. No dia 4 de novembro, o Supremo Tribunal Federal enviou à Câmara o pedido de licença para processar o referido parlamentar. No dia

<sup>4</sup> Frente Ampla: Movimento político lançado oficialmente em 28 de outubro de 1966 com o objetivo de lutar “pela pacificação política do Brasil, através da plena restauração do regime democrático”. Seu principal articulador foi o ex-Governador do então Estado da Guanabara Carlos Lacerda. A Frente contou com a atuação dos ex-presidentes Juscelino Kubitschek de Oliveira e João Goulart e de correligionário de ambos. Foi extinta em 5 de abril de 1968, pela Portaria nº 177, baixada pelo Ministro da Justiça, Luís Antônio da Gama e Silva. (ABREU, 2001b, p. 2331)

12 de dezembro, o pedido foi rejeitado por uma diferença de 75 votos (216 votos contra e 141 a favor). Membros do partido governista se aliaram à oposição para consumir aquele que foi um dos maiores atos da resistência parlamentar contra a ditadura militar.

O AI nº 5 autorizou o Presidente da República a praticar os seguintes atos: a) Decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, só voltando as casas legislativas a funcionarem quando convocadas pelo Presidente da República; b) Decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem respeito a qualquer limite constitucional ou controle e fiscalização por parte do Congresso Nacional, para defesa do “interesse nacional”; c) Suspender os direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de 10 (dez) anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, “no interesse de preservar a Revolução”. A suspensão importava, concomitantemente, entre outras penalidades, a proibição de participar de atividades de natureza política, gerando, inclusive, “quando necessária”, a aplicação das “medidas de segurança” de liberdade vigiada, de proibição de freqüentar certos lugares e de obrigatoriedade de estabelecer domicílio determinado. O ato que decretasse a suspensão dos direitos políticos poderia estabelecer proibições ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados; d) Demitir, remover, aposentar, pôr em disponibilidade, transferir para reserva ou reformar os titulares das garantias legais ou constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, as quais foram suspensas; e) Decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, em qualquer dos casos previstos na Constituição, fixando o respectivo prazo; f) Decretar, “após investigação”, o confisco de bens daqueles que tivessem enriquecido ilicitamente no exercício de cargo ou função pública; g) Baixar Atos Complementares para a execução do Ato, bem como adotar, “se necessário à defesa



da Revolução”, a suspensão da liberdade de reunião e de associação e a censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas; h) Suspender a garantia de *habeas corpus* nos casos de “crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”; i) Excluir da apreciação do Poder Judiciário todos os atos praticados de acordo com o AI nº 5 e correspondentes Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos. (CONSTITUIÇÕES..., 1986, p. 403-405)

### 7. A cominação das penas de morte e de prisão perpétua

Em 31 de agosto de 1969, em face da doença do Presidente da República, Marechal Arthur da Costa e Silva, os ministros da Marinha de Guerra (Augusto Hamann Rademaker Grünewald), do Exército (Aurélio de Lyra Tavares) e da Aeronáutica (Márcio de Souza e Mello) assumiram, pelo Ato Institucional nº 12, o governo do país. A Junta Militar passou a exercer todas as funções da autoridade impedida.

A Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967 estabelecia, no seu art. 150, § 11: “Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública”. No entanto, a Junta Militar, mediante o Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969, deu àquele dispositivo constitucional a seguinte redação: “§ 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou

emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta”. Percebe-se o artifício de linguagem, para equiparar o clássico conceito de “guerra externa” (do texto original), ou seja, com outro país, à nova concepção de “guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar” (texto alterado).

Segundo as *consideranda* do malsinado AI nº 14, a pena capital e a pena por toda a vida foram previstas porque os “atos de guerra psicológica adversa e de guerra revolucionária ou subversiva que atualmente perturbam o país e o mantêm em clima de intranquilidade e agitação, devem merecer a mais severa repressão; (...) aqueles atos atingem mais profundamente a segurança nacional, pela qual respondem todas as pessoas naturais e jurídicas, devendo ser preservada para o bem-estar do povo e desenvolvimento das atividades pacíficas do País, (...)”. (CONSTITUIÇÕES..., 1986, p. 416)

### 8. O conceito legal de Segurança Nacional

O Dec.-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, autorizado pela reforma constitucional, definiu os crimes contra a Segurança Nacional, a ordem política e social, estabeleceu seu processo e julgamento e deu outras providências.

Foram cominadas a pena de morte e de prisão perpétua para diversos crimes de natureza política. É oportuno reproduzir um dos tipos penais:

“Art. 11. Comprometer a Segurança Nacional, sabotando quaisquer instalações militares, navios, aviões, material utilizável pelas Forças Armadas, ou, ainda, meios de comunicação e vias de transporte, estaleiros, portos e aeroportos, fábricas, depósitos ou outras instalações: Pena – Reclusão, de 8 a 30 anos. § 1º Se, em decorrência da sabotagem, verificar-se paralisação de qualquer serviço, serão aplicadas as seguintes penas: a) se a paralisação

não ultrapassar de um (1) dia: *Pena* – de 8 a 12 anos; b) se a paralisação ultrapassar de um (1) e não ultrapassar cinco (5) dias: *Pena* – Reclusão, de 10 a 15 anos; c) se a paralisação ultrapassar de cinco (5) e não ultrapassar de trinta (30) dias: *Pena* – Reclusão de 12 a 24 anos; d) se a paralisação ultrapassar de trinta (30) dias: *Pena* – Prisão perpétua; § 2º Verificando-se lesão corporal em decorrência da sabotagem, as penas cominadas nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior serão acrescidas de um terço até o dobro, proporcionalmente à gravidade da lesão causada. § 3º Verificando-se morte, em decorrência da sabotagem: *Pena*: Morte.”

Nas raríssimas ocasiões em que a Justiça Militar aplicou as penas de morte e de prisão perpétua, o Superior Tribunal Militar, atendendo aos apelos da defesa, converteu aquelas sanções em pena de prisão por tempo determinado. Os condenados, logo depois, se beneficiariam com a Lei de Anistia (Lei nº 6.683, de 28.8.1979).

O Dec.-Lei nº 898/69, já referido acima, determinava, em seu primeiro artigo, a submissão da sociedade civil à orientação ideológica do regime autoritário, com a seguinte ordem: “Toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional nos limites definidos em lei”. E passava a definir o conteúdo desse valor político: “A segurança nacional é a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos” (art. 2º). E prosseguia: “A segurança nacional compreende, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva” (art. 3º). “A segurança interna, integrada na segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagonicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam

efeitos no país” (§ 1º). “A guerra psicológica adversa é o emprego da propaganda, da contra-propaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais” (§ 2º). “A guerra revolucionária é o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia, ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação” (§ 3º).

O *Ato Institucional nº 5* e todos os *Atos Complementares* foram revogados pela Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, no que contrariavam a Constituição Federal, com a ressalva dos atos já praticados e da sua exclusão da apreciação judicial. Foi restaurada a proibição das penas de morte e de prisão perpétua em tempo de paz, conforme dispunha o texto original do art. 150, § 11, da Carta Política de 1967.

### 9. A VII Conferência Nacional da OAB

Nos dias 7 a 12 de maio de 1978, realizou-se, em Curitiba, a VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, coordenada pelo presidente da seccional, Eduardo Rocha Virmond, com o patrocínio do Conselho Federal, liderado por Raymundo Faoro. O evento reuniu mil e quinhentos participantes, entre advogados e estudantes de Direito, que tiveram a oportunidade de acompanhar os debates em torno de 47 teses e assistir a palestras e conferências dos mais renomados causídicos e mestres. Uma notável cobertura da imprensa nacional e local já prenunciava os *novos tempos* que adviriam logo em seguida, com a Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, e a Anistia (Lei nº 6.683, de 28.8.1979). A EC declarou revogados todos os *Atos Institucionais*, que, mutilando a Carta Política liberal de 1946, vincaram

as marcas autoritárias na Constituição de 1967 e na chamada *Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969*. O eufemismo não escondia a natureza jurídica e institucional desse documento legislativo: era, na verdade, uma nova Constituição, que não era chamada pelo verdadeiro nome somente para evitar o desgaste do conceito do regime militar, que passara a governar o país a partir de 1º de abril de 1964.

Fiel às suas origens históricas, a Ordem dos Advogados imprimiu, na VII Conferência Nacional, duas homenagens póstumas para abrir as comemorações cívicas: ao maior constitucionalista do século XIX, José Antonio Pimenta Bueno – o Marquês de São Vicente (1803-1878) – e a Hugo Simas (1883-1941) – Desembargador do Superior Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Em sua posse, ocorrida no ano de 1933, ele dissera alto e bom som: “Não nasci para o servilismo, como aqueles senadores que carregaram nos ombros o corpo de Augusto, ou beijaram os pés do Imperador Domiciano”. (CONFERÊNCIA..., 1979)

Os profissionais do Direito e da Justiça nascidos a partir dos anos 60, e a juventude acadêmica de hoje, precisam ter referenciais significativos para compreender a grande transformação ocorrida entre o período do *Estado autoritário* até a chegada do *Estado Democrático de Direito*, e também a resistência heróica dos advogados brasileiros contra a ditadura militar e seus múltiplos atos de exceção.

### 10. A Declaração dos Advogados Brasileiros

O documento de clausura da VII Conferência Nacional da OAB revelou a dimensão extraordinária daquele evento e suas repercussões no campo político. Surgia, a partir de então, a oportunidade do diálogo entre o imortal Presidente Raymundo Faoro e o então Presidente Ernesto Geisel, quando o *bâtonnier* transmitiu a vontade, dos cidadãos brasileiros, de verem recuperadas as

liberdades públicas e as garantias e direitos individuais. Iniciava-se o processo da chamada *distensão lenta e gradual*.

Em homenagem à memória de Raymundo Faoro, e em consideração aos resultados altamente positivos da VII Conferência, merece transcrição integral a *Declaração dos Advogados Brasileiros*, por ele redigida, que recebeu o seu autógrafo em primeiro lugar.

“Os advogados brasileiros, presentes e representados na VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados, ao reiterarem sua unidade e coesão, trazem sua palavra ao povo, ao qual pertencem e devem conta de suas preocupações e de sua conduta pública. Armados da palavra e da razão, sentem-se credenciados, ainda uma vez dentro da sombra autoritária que envolve o País, a expressar mensagem de esperança e de liberdade, clamando pelo Estado de Direito democrático.

“O Estado democrático é a única ordem que pode proporcionar as condições indispensáveis à existência do verdadeiro Estado de Direito, onde a liberdade–autonomia cede lugar à liberdade–participação que pressupõe princípios pertinentes ao núcleo das decisões políticas e à sua legitimidade institucional. Para isso não basta o voto consentido, pois só ele não constitui a essência da democracia; ao contrário: é a própria democracia que dá conteúdo de participação ao direito de voto. Expressão de ato político e democrático, a vontade que este representa exige processo normativo integrado, desde a organização pluripartidária – representativa das várias correntes de opinião pública – às garantias da livre manifestação do pensamento incluído o direito de crítica às instituições. As restrições à liberdade somente se tornam legítimas na medida em que visem à preservação do interesse coletivo –

respeitado o limite infranqueável da dignidade da pessoa.

“O controle judicial, por tribunais dotados das garantias da magistratura, cuidará de remediar qualquer lesão ou ameaça de lesão à liberdade, síntese dos direitos humanos. Os direitos fundamentais não podem sofrer agravo de grupos ou entidades privadas, e, com maior razão, devem ser postos ao abrigo de agressões que decorram das autoridades constituídas, cujo dever primeiro será o de amparar o livre desenvolvimento daqueles direitos. Se o contrário fosse admissível, reconhecer-se-ia o absurdo da subversão da ordem pelos seus próprios agentes. Essas agressões à dignidade da pessoa não se justificam; ainda quando se dissimulam debaixo do pretexto de segurança nacional. No Estado de Direito, a segurança nacional constitui meio de garantir as liberdades públicas. Protege-se o Estado, para que este possa garantir os direitos individuais. A legitimidade da incriminação de atentados à segurança nacional repousa no princípio de que só pelos meios jurídicos podem ser alteradas as instituições estabelecidas pelo povo, através de representantes livremente escolhidos. Para que a segurança nacional se enquadre no Estado de Direito, garantindo a inviolabilidade dos direitos do homem, o crime só pode ser definido mediante a tipicidade de fatos externos, ofensivos a bens ou interesses jurídicos. O ilícito penal não compreende, a título de ilícito político, restrições a idéias dissidentes do regime, nem no mero exercício de meios para formá-las. Não haverá Estado de Direito nem segurança nacional democraticamente entendidos, sem a plenitude do *habeas corpus* que assegure a primeira das liberdades e base de todas as ou-

tras – a liberdade física – em regime que consagre a inviolabilidade e a independência dos juizes. O *habeas corpus*, cuja substância está na sua inteireza, consagra cinco séculos de nossa herança luso-brasileira, herança jurídica, política e moral, que devemos resguardar e transmitir a outras gerações. No Estado de Direito as garantias institucionais decorrem da partilha das funções do Estado entre vários poderes, de modo que um não amesquinhe nem anule os outros, mas todos se limitem mutuamente, em sistemas de fiscalização e controle recíprocos. A vigência do AI-5 faz reinar no Brasil uma situação de excepcionalidade, a mais longa da história brasileira, tradicionalmente ferida de temporários colapsos da liberdade. Declaramos, todavia, que a simples revogação do AI-5 não restauraria, por si só, o Estado de Direito, diante da realidade que a vigente Constituição não forma estrutura política democrática.

“Não se negará, dentro do Estado de Direito, a legitimidade de instrumentos que o defendam, ao tempo e na justa medida que defendam a liberdade dos cidadãos.

“No caso de grave perturbação da ordem e na eventualidade de guerra externa, dispõe a tradição do direito brasileiro do instituto do estado de sítio, sem que na sua regulamentação se insinua o arbítrio e a irresponsabilidade. A nação se resguarda pela ação conjunta dos três poderes e, nunca, pela usurpação de um às atribuições dos outros, em velada suspeita da incapacidade destes. Essa a instância máxima das restrições que possam ser impostas ao exercício dos poderes e aos direitos fundamentais. Se o governo deve contar com meios prontos e eficazes para debelar situações excepcionais, serão os estrita-

mente necessários e suficientes, respondendo pelos abusos ou excessos que cometer, quer pela via política, administrativa ou judicial.

“No Estado de Direito, a defesa das instituições não legitimaria exclusões, ostensivas ou dissimuladas, da efetiva participação política e social do povo. Cumpre, para suprimir obstáculos arbitrariamente criados, rever a legislação trabalhista do país, de nítida inspiração autoritária, ao ponto de alguns de seus dispositivos violarem a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Sem liberdade sindical não pode existir um verdadeiro e autêntico direito coletivo de trabalho, que encontra nos sindicatos seus sujeitos de direito e seus agentes dinâmicos. Sem liberdade sindical não há democracia possível, não há Estado de Direito. Só o Estado de Direito reconhece os conflitos, legitimados e os supera. Os direitos políticos, longe de obstarem os direitos sociais, constituem a única via pacífica para a sua obtenção e o seu exercício. Direitos sociais e direitos políticos são o conteúdo do Estado de Direito, que, por ser um Estado ético, repele a idéia da injustiça, situada nas desigualdades decorrentes da excessiva riqueza de uns, da extrema miséria da maioria. Uma política fiscal justa e eficiente há de atenuar essa situação, e, ao tempo em que se volte contra a desigualdade, estará isenta de arbítrio, com a criação de tributos, sem aumento e discriminação por atos que atendam ao consentimento popular e às normas constitucionais.

“Para sua honra, os advogados debatem e estudam a realidade nacional, com a inteligência, o equilíbrio e o senso de responsabilidade que historicamente lhes reconhecem os brasileiros. Identificam no autoritarismo o principal desvio ao livre desenvol-

vimento da vida jurídica, política e social do país. Situam na liberdade de participação a maior preocupação dos seus estudos, participação cuja amplitude exige a pacificação nacional, que lance o esquecimento sobre os ódios do passado. A anistia, embora não leve, por si só, ao Estado de Direito, será passo necessário ao seu aperfeiçoamento. Sabe a Nação que o Estado de Direito, clamor da consciência jurídica do país, não é reivindicação exclusiva de classes ou grupos, mas constitui o necessário pacto de convivência de todos. As promessas governamentais, para que atendam aos reclamos da opinião pública, devem converter-se em ação, com brevidade, em favor da paz e da concórdia dos brasileiros.

“Curitiba, 12 de maio de 1978.”

### 11. A Constituição Federal de 1988

Nada mais oportuno que lembrar um pedaço do verso de Camões, quando passou do pessimismo angustiado da miséria e do desterro, para a atitude de observação ansiosa do sentido da realidade que o cercava, quando o soneto foi publicado pela primeira vez (1595):

“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, / muda-se o ser, muda-se a confiança;” (*Lírica Completa*, II).

A Carta Política de 1988 proclama, em seu primeiro artigo, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito*.

Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 204), interpretando o art. 2º da Constituição portuguesa, que também declara a existência do Estado como um Estado de Direito Democrático, afirmam que este é um dos “conceitos chave”, e salientam: “O Estado de Direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado

democrático é estado de direito e só sendo-o é que é democrático. Há uma *democracia de Estado-de-direito*, há um *Estado-de-direito de democracia*".

Com efeito, a *lei fundamental* de Portugal declara, pelo seu segundo artigo, que a República

"é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa".

Comentando esse dispositivo no contexto da Constituição brasileira de 1988, o prestigiado José Afonso da Silva sustenta:

"A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo;<sup>5</sup> pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias<sup>6</sup> e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especificamente da vigência de

condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício".<sup>7</sup>

É relevante destacar que, em todas as Constituições brasileiras anteriores – 1824, no Império, e depois na República, a partir de 1891, compreendendo 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 –, os primeiros dispositivos sempre destacam a existência, o modelo e a organização do Estado, enquanto que as normas sobre garantias e direitos civis e políticos estão relacionadas em Títulos muito distantes.<sup>8</sup>

Vencida a doutrina fascista que levou a Itália a formar o eixo da II Guerra Mundial (1939-1945), a Constituição aprovada pelo Parlamento livre, em 27 de dezembro de 1947, proclama que "a liberdade pessoal é inviolável. Não se admite forma alguma de detenção, de inspeção ou busca pessoal, nem qualquer outra restrição à liberdade pessoal senão por ato fundamentado da autoridade judicial, nos casos e nos termos da lei" (art. 13). A Constituição da República Federal alemã, promulgada em 23 de maio de 1949, quatro anos após o holocausto e derrotado o pesadelo dos mil anos do Terceiro Reich, de Adolf Hitler, assim declarou, em seu primeiro artigo: "A dignidade da pessoa humana é sagrada. Todos os agentes da autoridade pública têm o dever absoluto de a respeitar e proteger". Em relação à nossa Carta de 1988, vale repetir o preâmbulo:

"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,

<sup>7</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 119/120.

<sup>8</sup> Constituição de 1824, art. 173 e seg.; CF, 1891, art. 72 e seg.; CF, 1934, art. 113 e s.; CF, 1937, art. 122 e 123; CF, 1946, art. 141/144; CF, 1967, art. 150/151; CF, 1969 (EC), art. 465 e s.

<sup>5</sup> Cf. arts. 10; 14, I a III; 29, XII e XIII; 31, § 3º; 49, XV; 61, § 2º; 198, III; 204, II.

<sup>6</sup> Cf. arts. 1º, V; 17; 206, III.

pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

No primeiro artigo, declarou-se que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-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.

Proclamando os objetivos fundamentais da República, a Carta de 1988 destaca: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento social; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

## 12. A exortação do Papa João Paulo II: “Não tenham medo”

De todas as personalidades mundiais que mais se destacaram no século XX, a pessoa de Karol Wojtyła é uma das mais notáveis. O Sumo Pontífice da Igreja Católica Romana, a partir de 1978, nasceu na Polônia (1920) e viajou pelo mundo, mais que qualquer outro papa, em missões do Vaticano. Em atenção às comemorações dos quinze anos de seu pontificado, a Rádio e Televisão Italiana (RAI) havia programado uma entrevista. Seria a primeira, na história do papado, em que um sucessor de Pedro apareceria diante das câmaras de TV para responder, por uma hora, diversas perguntas elaboradas, com inteira liberdade, pelo entrevistador. O convidado para aquele histórico evento foi o jornalista e escritor Vittorio Messori,

autor de um famoso livro publicado em 1985, que, difundido em várias línguas, alcançou prestígio incomum: *Rapporto sulla fede (Relatório sobre a fé)*. A obra traduzia a sensibilidade e a experiência de Messori, que há anos escrevia sobre temas religiosos com a liberdade do leigo mas, ao mesmo tempo, com a solidariedade do *homem de fé*. Ele compareceu, em Castelgandolfo, para um encontro pessoal com o Papa, durante a fase de preparativos do evento, e lá deixara uma relação de perguntas, para que sobre elas meditasse previamente o santo padre, que, aliás, havia dado irrestrita liberdade para as indagações. Porém, uma variedade de compromissos papais não permitiu a realização do programa, o qual haveria sido levado ao ar em outubro de 1993.

Meses mais tarde, o jornalista e escritor surpreendeu-se com um telefonema do diretor de imprensa do Vaticano, Joaquin Navarro-Valls. Ele disse que o Papa lamentava a não realização da entrevista na TV, mas que tinha interesse em responder todas as perguntas formuladas, deixando-o à vontade quanto à divulgação. E Messori recebeu em sua casa a visita de Navarro-Valls, portando um enorme envelope branco. Dentro dele, estava o texto que lhe fora anunciado, escrito pelas próprias mãos de João Paulo II. O material foi convertido em livro, com o sugestivo título *Cruzando o limiar da esperança* (editora Francisco Alves, 1994). A obra não aborda aspectos políticos, sociológicos e da burocracia eclesiástica, fixando-se tão-somente em temas religiosos e filosóficos.

Entre as 35 questões, merece relevo a que envolve a mais importante das liberdades humanas: *a liberdade de não ter medo*. Sobre ela, assim falou o Papa:

“Quando a 22 de outubro de 1978 pronunciei na praça de São Pedro as palavras ‘Não tenham medo!’, não podia ter a consciência de quão longe teriam levado a mim e a Igreja inteira. O seu conteúdo era proveniente mais do Espírito Santo, pro-

metido por Jesus aos apóstolos como Consolador, do que do homem que as pronunciava. Entretanto, com o decorrer dos anos, lembrei-as em várias circunstâncias. A exortação ‘Não tenham medo!’ precisa ser lida numa dimensão muito ampla. Num certo sentido, era uma exortação dirigida a todos os homens, uma exortação para superar o medo da situação mundial atual, tanto no oriente quando no ocidente, tanto no norte como também no sul. Não tenham medo daquilo que vocês próprios criaram, não tenham medo nem mesmo de tudo aquilo que o homem produziu e que está se tornando, dia após dia, cada vez mais um perigo para ele. Enfim, não tenham medo de vocês mesmos”.

A pregação de destemor e esperança do pontífice e poeta atinge o ponto alto com a lembrança de que o 13 de maio de 1981 – quando foi atingido por um tiro na praça de São Pedro – era exatamente o aniversário do dia em que Maria aparecera às três crianças de Fátima, em Portugal. “Por esse evento Cristo não quis talvez dizer, mais uma vez, o ‘Não tenham medo!’? Não repetiu ao Papa, à Igreja e, indiretamente, a toda a família humana estas palavras pascais?”.

Esse é o iluminado ser humano, Carol Wojtyła, que esteve conosco e manifestou especial carinho pelo povo brasileiro.

### 13. A liberdade de não ter medo

Segundo valiosa lição de Filosofia (FER-RATER MORA, 2001, p. 1733), o conceito de liberdade foi entendido e usado de maneiras muito distintas nos contextos da Filosofia grega até os dias de hoje. Eis alguns modos como foi compreendida: como possibilidade de autodeterminação, de escolha, como ato voluntário, como espontaneidade, como margem de indeterminação, como ausência de interferência, enfim, como libertação para alguma coisa, como realização de uma

necessidade. Além disso, o seu conceito tem sido *sentido* de diversos modos, segundo a esfera de ação ou alcance da liberdade. Fala-se, então, em liberdade pessoal ou privada, liberdade pública, liberdade política, liberdade social, liberdade sexual, liberdade de expressão, liberdade de opinião, liberdade de religião etc.

O termo *liberdade* pode ser compreendido em três significados essenciais: a) Como *autodeterminação* ou *autocausalidade*, segundo a qual tal fenômeno não contém limites ou condições; b) como *necessidade*; c) como *possibilidade* ou *escolha*, hipótese em que ela é limitada e condicionada, isto é, finita. (ABBAGNANO, 1970, p. 577-578)

Independentemente da perspectiva que se adote para refletir sobre o tema, ou mesmo para exercer essa faculdade, é certo que a liberdade constitui o mais valioso dos bens espirituais, porque é por ela que o ser humano pode receber, recolher e transmitir as impressões acerca da vida, do mundo e das pessoas que existem em suas relações sociais. E qual será, dentro desse aspecto, a mais essencial das liberdades? A liberdade de pensar? De manifestar o pensamento? De expressão? De criação?

A Constituição Federal, em diversos títulos e capítulos, destaca as liberdades públicas e individuais. Os constituintes inseriram, no preâmbulo da Carta Política, a opção religiosa e mística para um Estado laico e exerceram, por outro lado, a liberdade de crença, ao promulgar a Constituição “sob a proteção de Deus”. O primeiro dispositivo já é fruto da *liberdade política* do Estado, para se organizar em Estado Democrático de Direito, que faz as opções sobre os fundamentos que arrola. Uma sociedade *livre* é um dos objetivos fundamentais da República. Liberdade de consciência; de cultos religiosos; de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, mediante condições; de locomoção física no território nacional; de reunião pacífica, sem armas, em locais abertos; de



associação para fins lícitos, e muitas outras expressas ou implicitamente declaradas e protegidas. Pode-se afirmar que as hipóteses de liberdade que podem ser exercidas pelo homem têm o seu limite no infinito das hipóteses imagináveis, não faltando aquelas que se concentram na intimidade da vida privada, como a *liberdade de amar* ou a *liberdade de morrer a própria morte*.

Não há método seguro para se distinguir, entre todas, qual é a liberdade mais necessária e mais importante no universo das liberdades que possam ser consideradas como fundamentais. Salvo por um critério personalíssimo e inerente às reações individuais, no cotidiano da existência. Esse critério é o das emoções, que, conforme sua natureza, têm repercussões orgânicas e efeitos morais. A ciência médica distingue as emoções em *primárias* ou *simples*, e *secundárias* ou *complexas*. Estas últimas são as reações afetivas que repercutem no psiquismo e envolvem o intelecto, assumindo, por essa razão, caráter mais estável e duradouro (bem-estar, otimismo, satisfação, alegria, júbilo, felicidade e até mesmo êxtase). As primárias, ou simples, “são as que emanam diretamente da vida instintiva. Representam respostas aos estímulos que ameaçam ou favorecem a conservação do indivíduo e da espécie. São elas o medo, a cólera e o amor”. (MANIF, 1991, p. 149)

O medo, portanto, é essa emoção primária, sobre a qual Shakespeare disse ser “a mais amaldiçoada de todas as paixões baixas”.<sup>9</sup> Em seu discurso de posse (1933), o Presidente Franklin Delano Roosevelt afirmou: “A única coisa de que devemos ter medo é o próprio medo”.

Penso, assim, que a maior das liberdades é a *liberdade de não ter medo*. Sem ela, isto é, com o medo, não se pode exercer com plenitude qualquer outro tipo de liberdade. O medo, durante *os anos de chumbo* da ditadura militar, era facilmente transmitido pelos rumores e boatos, alastrando-se como

epidemia em núcleos da sociedade civil, que pretendia resistir contra o governo, pacificamente ou pela força das armas. Uma imensa legião de profissionais da advocacia, do magistério, da magistratura, do Ministério Público, parlamentares, jornalistas, líderes sindicais e, de um modo geral, as pessoas que tinham capacidade e competência para formar opinião sofriam a cada anúncio de novos atos institucionais, complementares ou de outra natureza. A expectativa das novas medidas de exceção produzia novos *reféns do medo*. Os beneficiários civis ou militares dos éditos *revolucionários*, muitas vezes interpretando os prebostes de ocasião, faziam o coro para que as *sinfonias inacabadas* do preconceito e da intolerância fossem executadas fielmente.

Com o retorno das práticas e convivências democráticas em função das garantias, direitos e interesses consagrados na Constituição de 1988, o país, a sociedade, o Estado e a Nação se libertaram do medo. E o cidadão, antes marginalizado, perseguido ou preso, respira outros ares de liberdade.

Até mesmo a liberdade para saber que, quando soa a campainha da casa ou do apartamento no início da manhã, é o carteiro ou o leiteiro, e não o policial do Departamento de Ordem Política e Social, com um mandado de prisão.

### Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

ABREU, Alzira Alves de. et AL. *Dicionário histórico biográfico brasileiro*. v.1. Rio de Janeiro: FGV/CPDOC, 2001a.

\_\_\_\_\_. *Dicionário histórico biográfico brasileiro*. v.2. Rio de Janeiro: FGV/CPDOC, 2001b.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 4.ed. Coimbra/São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 7., 1979. Curitiba. *Anais...* Curitiba: OAB-PR, 1979.

<sup>9</sup> Henrique VI, Primeira Parte, Ato V.

CONSTITUIÇÕES do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações. v.1. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986.

ZACHARIAS, Manif; ZACHARIAS, Elias. *Dicionário de medicina legal*. São Paulo/Curitiba: Universidade Champagnat, 1991.

FERRATER MORA, José. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Maria Stela Gonçalves. et AL. t.3. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

# O direito que foi privado

A defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boreste

Luiz Edson Fachin

## Sumário

1. Nota prévia. 2. Introdução preliminar: a Constituição normativa vinculante. 3. Introdução temática: a nova Constituição do Direito Privado. 4. Os direitos de família e dos contratos: deitados em constitucional berço esplêndido. 5. Breve retomada histórica da propriedade imobiliária. 5.1. Entre o pretérito e o presente. 5.2. Perspectivas para o direito que foi privado da Constituição. 6. Conclusão: um futuro possível.

### 1. Nota prévia

O campo hermenêutico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – nome extenso de uma Carta Política que por aí anuncia o que se pretende – tornou-se instrumento que maior poder discursivo ofertou aos juristas.

Tal texto normativo vinculante forma-se por regras e princípios, como será exposto na primeira parte deste artigo<sup>1</sup>. Pauta-se, sobretudo, pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana, seu fim e razão de ser, como bem frisou o constituinte nos diversos dispositivos<sup>2</sup> que protegem o cidadão no decorrer da Carta Constitucional.

A partir dessa ordem de idéias, o presente texto de fundo e forma coloquial trará à cena

<sup>1</sup> Para uma análise mais aprofundada sobre o tema das regras e princípios, vide CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 171-199.

<sup>2</sup> Veja-se o extenso art. 5º ao enumerar grande parte desses dispositivos protetivos.

um mote a ser aqui problematizado: a relação entre a Constituição de 1988 e o Direito Privado, numa reflexão que parte do movimento de publicização do direito privado à época do *Welfare State* e desemboca no movimento da constitucionalização, cujo ápice jurídico nacional é justamente a Carta hodierna.

Brevemente será exposta a projeção da protetividade constitucional apta a alcançar os direitos de família e dos contratos, constitucionalizando-os, pautando-se o primeiro pelas profundas alterações nas relações parentais e o segundo pela boa-fé em nível constitucional.

Adiante, será retomado o instituto da propriedade imobiliária privada na quarta parte, apenas de modo a localizar essa leitura no momento histórico atual.

Ver-se-á como a função social da propriedade atravessou os textos constitucionais pretéritos, até chegar à atual configuração. Ademais, em tal contexto, tratar-se-á do dilema constituinte sobre como funcionam os modos de aquisição da propriedade por meio do descumprimento da função social e como a prática contrasta com o pacto constitucional de 1988.

Emerge no exame o direito de propriedade, que continua privado, da Constituição e, na continuidade, impõe-se investigar como é possível extrair um molde para uma futura ampliação do direito constitucional, naquilo que concerne à propriedade, sem que com isso seja configurada mera cópia acrílica de um exemplo estrangeiro.

Por fim, na conclusão, é visto como ainda há um futuro possível, focando-se a Constituição como instrumento facilitador do desenvolvimento nacional, com base no princípio fundante da dignidade da pessoa humana, com espaço para a crítica à realidade que escapa dessa moldura.

## 2. Introdução preliminar: a Constituição normativa vinculante

É elementar afirmar-se que a Lei Máxima brasileira é formada por regras e

princípios. Nada obstante, a doutrina, ver-se-á a seguir, não é consensual ao tratar das diferenças entre uns e outros. Nem mesmo as próprias palavras são unívocas, como não raro ocorre no discurso jurídico.

O princípio jurídico como expressão “Princípios Fundamentais” da Constituição definir-se-ia, nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello (2005, p. 450-451), “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas (...)”.

As normas, por sua vez, segundo José Afonso da Silva (2006, p. 91), seriam “preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, às pessoas ou às entidades a faculdade de realizarem certos interesses por um ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem”.

As regras, com os princípios, seriam espécies do gênero norma, segundo Canotilho (1991, p. 172)<sup>3</sup>.

Entretanto, em outra obra<sup>4</sup>, diferencia as normas dos princípios à medida que aquelas contêm em si regras.

As normas, quando se expressam por regras, admitem a subsunção. A premissa maior – regra – subsume a premissa menor – caso concreto –, incidindo, ou não. Incidiria a conhecida lógica do “tudo ou nada”, ou seja, há um conflito entre as regras

<sup>3</sup> Sobre o tema: GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly; PEIXINHO, Manoel Messias. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 22. No artigo intitulado “A estrutura normativa das normas constitucionais. Notas sobre a distinção entre princípios e regras”, os autores chegam à conclusão de que as regras e os princípios são espécies do gênero norma, remetendo a diferenciação dos primeiros à distinção feita por Alexy.

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

(DWORKIN, 2002); ou vale esta, ou aquela, ou nenhuma norma, mas não as duas. Por sua vez, as normas que expressam princípios não acolhem a regra do “tudo ou nada”. Os princípios, ao colidirem, não se excluem, pois, pela amplitude que possuem – como diretrizes do ordenamento jurídico em que se inserem –, sempre possibilitam sua inserção nos casos concretos.

Isso demonstra quão tênue é a linha que separa as regras, os princípios e as normas, uns dos outros. Entretanto, sua diferenciação é importante na instrumentalização da Constituição.

O jurista do constitucionalismo pós-guerra deve ter, sobretudo, o princípio fundante da Carta Política como diretriz axiológica na análise hermenêutica, qual seja, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ou, nas palavras de Segado (apud SARLET, 2006, p. 99), deve pautar-se pela “elevación de la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional (...)”.

Voltemo-nos, agora, ao momento histórico ocorrido há vinte anos que serviu de nascedouro à Constituição brasileira, constitucionalizando parte do Direito Privado de forma bastante acentuada, mas privando volumosos segmentos da Lei Máxima brasileira.

### 3. Introdução temática: a nova Constituição do Direito Privado

O movimento de “Publicização do Direito Privado” já dimanava desde o Pós-II Guerra Mundial, mas a Constituição-cidadã salientava-o de maneira dramática, afetando frontalmente os pilares das Codificações Oitocentistas Privadas, fazendo com que o Código Civil perdesse a centralidade de outrora para o texto constitucional (PERLINGIERI, 1999, p. 6).

Com o advento da Constituição da República, em 5 de outubro de 1988, o direito privado passou, novamente, por ampla transformação. Por certo, tal trans-

formação não se iniciou<sup>5</sup> com a Carta de 88, mas ela foi o momento mais visível desse movimento, quando os dispositivos antes inerentes apenas ao Direito Privado constitucionalizaram-se<sup>6</sup>, passando à leitura pelas lentes da Constituição:

“Com a aceitação da idéia de que o direito civil não pode ser analisado apenas a partir dele próprio, devendo sofrer o influxo do direito constitucional, começou-se a questionar o tipo de eficácia que os direitos fundamentais (justamente a parte mais nobre do direito constitucional) poderiam ter no âmbito das relações estritamente subjetivas” (FACCHINI NETO, 2006, p. 43).

Assim, o Código Civil não é mais a “espinha dorsal” do Direito Privado, seja pelo surgimento de microsistemas legais, seja pelo advento da nova Constituição. Por isso, na dicção de Moraes (1991, p. 59-73):

“Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microsistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e, recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia

<sup>5</sup> A intervenção estatal na vida sócio-econômica foi bastante perceptível com o modelo do *Welfare State*. Isso, por óbvio, não passou ao largo do mundo jurídico, mas o afetou, inclusive no direito civil. Antes, o que era deixado ao livre jogo da iniciativa privada e do mercado, passou a sofrer intervenção imperativa estatal e a consequência disso foi certa publicização do direito privado como um todo. Esse movimento, de publicização, desembocaria, anos à frente, na constitucionalização dos institutos privados na Constituição da República em 1988.

<sup>6</sup> A Constituição passou a disciplinar os princípios dos três mais básicos institutos jurídicos, quais sejam o projeto parental, o regime das titularidades e o trânsito jurídico. Para mais, vide a obra de CARBONIER, Jean. *Flexible Droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*. Milano: Guiffrè, 1997.

das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento”.

Ou seja, trata-se, nas palavras de Tepe-dino (1999, p. 22), de estabelecer:

“novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo parâmetro deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”.

No momento histórico de 1988, o Brasil saía dos “anos de chumbo” para se aventurar novamente no mergulho democrático. A liberdade política novamente aflorava no seio brasileiro; a abertura econômica que tomara corpo nos anos seguintes já dava seus primeiros sinais; os movimentos sociais ganhavam novo fôlego; do arroio Chuí ao monte Caburaí, os ares da retomada democrática eram sensivelmente percebidos pela população.

Tal conjuntura gerou, no constituinte de 1988, uma grande vontade política em tornar a Carta Magna da jovem nação brasileira algo mais que a Constituição de papel que Ferdinand Lassale (1998) desenhara nos idos do século XIX. Setores inteiros da sociedade civil eram chamados a participar ativamente do projeto da Constituição da República, num esforço bastante considerável num país com proporções continentais como o nosso. Entretanto, os setores antagônicos que permeavam a Constituinte lutavam por suas bandeiras, fazendo da vindoura Constituição um arcabouço ainda sob construção. A dignidade da pessoa humana, contudo, emergia como princípio fundante da nova ordem constitucional. Nas palavras de Sarlet (2005, p. 19), a dignidade constitui:

“qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável,

constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade”.

Em 26 de julho de 1988, num pronunciamento em rede nacional de rádio e televisão, o então presidente José Sarney disse que “ou se mudava o texto constitucional ou o país tornar-se-ia ingovernável”, haja vista a seguridade social de elevada envergadura no combate às disparidades sociais e a reforma tributária, que transferia mais recursos aos estados e municípios do que a Constituição anterior fazia. Ulysses Guimarães, no inolvidável discurso proferido na tribuna, cunha, então, a expressão “Constituição Cidadã”, para fazer alusão à Constituição vindoura.

Passado o primeiro ímpeto da Magna Carta, começou-se então a avistar os efeitos que ela teria sobre a vida jurídica em curso e quais seriam os desdobramentos que adviriam no porvir constitucional. Sonhos e pesadelos povoaram as quimeras discursivas de juristas, políticos e legatários de interesses de peso específico.

As fronteiras entre os direitos Público e Privado ficam cada vez menos claras, de difícil precisão, pois se emaranham sobremaneira:

“Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado” (TEPEDINO, 2004, p. 19).

Paulatinamente, todavia, o texto maior passava a ser incorporado na práxis jurídica, notadamente na seara privada. O influxo constitucional é tão acentuado que muitos autores, ao tratar das implicações da Carta no Direito Privado, em especial

no Direito Civil, cunharam a consagrada expressão “Constitucionalização do Direito Civil”<sup>7</sup>, que demonstra justamente a força que a Carta constitucional emprestou a distintos institutos tipicamente de Direito Privado.

Consolidada a Carta Política, partes inteiras do Direito Privado são nela petrificadas, instituindo novo arcabouço num plano, agora, hierarquicamente superior na normatividade nacional. Diversas leis – *lato sensu* – vieram a ser declaradas inconstitucionais e, por outro sentido, tantas outras são abraçadas pela nova Lei Maior. Efervescem, assim, trabalhos acerca daquilo que a nova Constituição tornou constitucional, com produção técnico-jurídica copiosa.

O contrato, a propriedade, a família, a função social, a boa-fé, todos eles passam agora pelo crivo constitucional. Tratar de algum desses temas sem fazer uma releitura dos institutos privados à luz da Constituição de 1988 é fazer trabalho lacunoso, sem o rigor jurídico-científico assaz necessário aos juristas. Ademais, o princípio da interpretação conforme a Constituição (HESSE, 1998, p. 70) – segundo o qual uma lei não deve ser declarada nula quando pode ser interpretada em consonância com o comando constitucional – passou a ser amplamente adotado pela jurisprudência.

O Judiciário nacional, forçosamente, foi também chamado a adotar a Constituição como parâmetro fundamental e fundante das decisões proferidas em sede dos pleitos a ele apresentados:

“Se as fronteiras entre o público e o privado já não são mais tão nítidas, se o direito constitucional passou a tratar também de aspectos classicamente disciplinados pelo direito privado, enunciando princípios e consagrando

<sup>7</sup> Para análise mais profunda sobre o tema, vide o artigo que transcreve a aula inaugural proferida no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 12 de março de 1992, intitulada “Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil” do Prof. Gustavo Tepedino (2004, p. 1-22).

valores que se aplicam também às relações entre os particulares – se tudo isso é verdade, como é, então parece claro que o juiz, no exercício de sua atividade jurisdicional, ao interpretar e aplicar o direito privado, deva também levar em conta as regras e os princípios constitucionais que tratam diretamente do tema objeto de litígio” (FACCHINI NETO, 2006, p. 45).

No entanto, passados 20 anos sob a égide da Constituição Cidadã, muito do direito privado tornou-se Constituição, mas resta a pergunta: *qual direito foi privado da Constituição?*

Principiemos, então, a reflexão.

#### 4. Os direitos de família e dos contratos: deitados em constitucional berço esplêndido

Dos institutos jurídicos de Direito Privado, sobretudo civis, alguns deles, notadamente, foram alterados de maneira intensa.

O Direito de Família e o Direito dos Contratos foram profundamente rejuvenescidos pela Constituição de 1988, sob alguns aspectos de maneira vanguardista. É dispensável tratar neste artigo sobre os institutos jurídicos que foram alterados pelo constituinte, sob pena de desnecessário eco de abundantes trabalhos doutrinários e jurisprudenciais apresentados após a promulgação da Lei Máxima e notadamente após o Novo Código Civil.

A Constituição passou a ter função promocional nos contratos, e a partir dela “teremos, então, a presença do Poder Público interferindo nas relações contratuais, definindo limites (...)” (TEPEDINO, 2004, p. 223), constitucionalizando o Direito dos Contratos que não era, até então, seara de ingerência do Direito Público. Do mesmo modo, o Direito de Família constitucionalizou-se, imposta “radical reformulação dos critérios interpretativos adotados em matéria de família” (Idem, p. 396).

Cabe-nos a árdua tarefa de pontuar alguns institutos que não foram abraçados

pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como adiante ver-se-á.

### 5. Breve retomada histórica da propriedade imobiliária

A estatuição do berço moderno da propriedade colheu-se dos romanos, como bem lembra Athayde (1933), ao afirmar que “os romanos foram propriamente os criadores do direito da propriedade privada”. Arnoldo Wald (1947, p. 117) reconhece que, *mutatis mutandis*, a teoria romanística mantém-se contemporaneamente. O *Code Napoléon* petrifica, na parte primeira de seu art. 544, o “absolutismo” da propriedade: “La propriété est le droit de jouir des choses de la manière plus absolue”.

Apenas com o advento da Constituição de Weimar, em 1919, há limitação ao direito de propriedade, com o reconhecimento progressivo das implicações sócio-econômicas à propriedade. Essas limitações foram acolhidas pela Constituição italiana de 1947 – que dispõe no art. 42 que “*il modo di acquisto, di godimento e limite allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*” –, com a estatuição da função social da propriedade, bem como pelo direito constitucional brasileiro, com a Constituição de 1946<sup>8</sup>.

#### 5.1. Entre o pretérito e o presente

A função social da propriedade, ainda que não tivesse tal denominação à época, surgiu com a Constituição de 1946, que previa no art. 147 que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”. Na Constituição de 1969<sup>9</sup>, por sua vez, a função

<sup>8</sup> Para tratamento mais adequadamente extenso desse ponto específico, vide o nosso: FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea – uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

<sup>9</sup> Que formalmente não era uma Constituição, mas uma emenda constitucional de 1969 à Constituição de 1967, com redação nova dada pelos “Ministros militares no exercício da Presidência da República”. José Afonso da Silva afirma categoricamente que “teórica

social torna-se instituto assentado, com a clara denominação dada pelo art. 160, III:

“Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

III – função social da propriedade”.

Avançou, limitando o direito de propriedade e autorizando a desapropriação para fins de reforma agrária (FACHIN, 1988).

Na fase da elaboração constitucional após o fim do regime militar, variados setores da sociedade eram chamados a colaborar com a feitura do texto constitucional. Chegava-se a um momento importantíssimo, pois as relações de propriedade alteravam-se, seja regredindo, progredindo, seja apenas se mantendo como na Constituição pretérita.

Era visível o embate travado pelos defensores dos que pretendiam, ainda que não abertamente, manter as relações agrárias como estavam e, se possível, aprofundar a inviolabilidade da propriedade; e os defensores da função social que a propriedade deveria cumprir, avançando-a no sentido de sua socialização, relativizando o direito à propriedade, facilitando seu acesso e impedindo sua concentração.

Logo após a parte inicial da Constituição, que trata dos princípios fundamentais, abre-se o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, com o extenso art. 5º. O *caput* trata, entre outros, da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, todos eles num mesmo nível hierárquico, *a priori*. Aqui já aparecem os contornos que definirão os rumos que o constituinte tomou: elevar ao

e tecnicamente, porém, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil”. Vide: SILVA, 2006, p. 87.



plano constitucional o direito de propriedade; e não apenas constitucionalizando-o, mas o fazendo no mesmo artigo que trata da vida, da liberdade e da igualdade.

O texto constitucional que hodiernamente vigora torna, como visto supra, o direito de propriedade um direito fundamental. Avançou no art. 182, § 2º, ao estabelecer que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”; no § 3º, ao estabelecer desapropriações; bem como no art. 183, que cria a possibilidade de usucapião ao possuidor de imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados.

No mesmo sentido, foi adiante no atinente à propriedade rural, como no art. 185, quando tornou “insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II – a propriedade produtiva”; bem como no art. 186, quando tornou mais claros os contornos do atendimento da função social do imóvel rural: “I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”. Também houve avanço no art. 191, que assenta novo modo de aquisição da propriedade rural de área inferior a cinquenta hectares.

Assim, a função social da propriedade torna-se essencial na compreensão do direito de propriedade. A Constituição-cidadã, nesse sentido, deu grande passo para tornar mais justa sua utilização. Pareceram vencer, assim, os setores da sociedade que clamavam pela justa distribuição da propriedade, e que, dentro em muito breve, os conflitos agrários seriam resolvidos todos pelo Judiciário, munido de farta legislação constitucional que abraçava a função social

da propriedade e sua justa distribuição e utilização.

Contudo, o que se vê na prática não corresponde exatamente aos anseios gerados pela Constituição-cidadã, que procurou projetar na realidade fática a norma-fim da proteção da dignidade da pessoa humana. Analisemos, agora, mais detidamente tal prática.

Do art. 182 depreende-se que, caso o imóvel urbano não cumpra com sua função social, não atendendo ao plano diretor, sendo subutilizado ou não utilizado, cujo aproveitamento é inadequado, poderá ser desapropriado. Do art. 186, por sua vez, depreende-se que, não cumprida a função social, conforme os requisitos nele estabelecidos, far-se-á a desapropriação do imóvel rural. Essas presunções, entretanto, não se verificam com tanta facilidade na prática.

Tratemos, pois, da propriedade urbana, primeiramente. O Estatuto da Cidade trouxe grandes avanços, isso é inegável. Quando analisado com mais profundidade, porém, nota-se que virtualmente impediu a desapropriação dos imóveis urbanos. Apenas quando nos demoramos um pouco mais no plano processual, denota-se que somente após janeiro de 2011 será possível alguma desapropriação pelo descumprimento da função social da propriedade. Além disso, seu procedimento tomará, no mínimo, alguns anos, quanto mais célere for possível.

Explicar-nos-emos. A Resolução nº 78, editada pelo Senado em 1998, vedou aos Municípios a emissão de títulos da dívida pública, exceto nos casos de financiamento das obrigações representadas por esse título. Ou seja, é ilegal aos Municípios emitir títulos da dívida pública, pelo menos até dezembro de 2010, para pagamento de desapropriação de imóvel urbano, que é um dos requisitos ao procedimento de desapropriação, conforme o art. 182, § 4º, III, da Constituição Federal.

Transposto tal obstáculo, adentramos no procedimento propriamente dito. Passada a

fase de aprovação do plano diretor<sup>10</sup>, deverá ser aprovado projeto de imposição de IPTU progressivo. Depois da fase legislativa, o Município deverá notificar o proprietário que descumpra a função social para apresentar projeto de regularização em até um ano e aguardar mais dois anos para que as obras tenham início. Não regularizada a situação, iniciar-se-á a cobrança progressiva do IPTU por, no mínimo, cinco anos. Não cumprindo o proprietário as exigências, só então o Município poderá efetuar a desapropriação do imóvel, o que, na melhor das hipóteses, levou oito anos.<sup>11</sup>

Agora, voltemos os olhos à questão da desapropriação rural. Também aqui, a Constituição acolheu diversos avanços. A função social da propriedade é instrumento de extrema importância no manejo da desapropriação dos imóveis rurais, sem dúvida. Deve-se reconhecer a Constituição de 1988 como ensejadora de possibilitar a reforma agrária. No entanto, na prática, muito desse avanço acabou à margem da moldura constitucional.

O art. 185, II, incluiu, entre as propriedades rurais insuscetíveis de desapropriação, a propriedade produtiva. Aqui a hermenêutica assume cabal importância, pois a decisão entre a possibilidade e a impossi-

bilidade em desapropriar um imóvel rural depende da combinação dos dispositivos constitucionais.

*A priori*, parece-nos evidente qual a conclusão, óbvia, a se chegar. Não obstante o critério de “produtividade”<sup>12</sup> esteja sendo cumprido, descumpridos os outros critérios que embasam a função social da propriedade, quais sejam, de acordo com o art. 186, o aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos e preservação do meio ambiente, observação das disposições trabalhistas e a exploração que favoreça o bem-estar de proprietários e trabalhadores, a propriedade rural é suscetível de desapropriação.

Entretanto, não é desse modo que a hermenêutica judicial prosaicamente entende, como bem traduz Marés (2003, p. 119):

“O art. 185 dispõe que o imóvel improdutivo é insuscetível de desapropriação, isto tem sido interpretado como: mesmo que não cumpra a função social, a propriedade produtiva não pode ser desapropriada, o que inverte toda a lógica do sistema constitucional, porque se juntarmos esta interpretação com o equívoco anterior [referência do autor à restrição das possibilidades de desapropriação rural advinda da conclusão de que uma única consequência pelo descumprimento da função social é a possibilidade de desapropriação pelo Poder Público Federal, já que se não se desse causa à consequência, a desapropriação poderia ser feita não apenas pela União, mas por Estados, Distrito Federal e Municípios, como se faz nos casos de desapropriação por utilidade pública, conforme a distribuição de competências presente no art. 5º], a conclusão é desastrosa: a propriedade considerada produtiva não sofre qualquer sanção ou restrição pelo fato de não cumprir a função social”.

<sup>10</sup> Se o plano diretor, nos moldes especificados pelo Estatuto das Cidades, é obrigatório apenas para cidades com mais de 20 mil habitantes, conforme o art. 182, § 1º, como ficam as desapropriações nas cidades com menos de 20 mil habitantes e que não possuem plano diretor? Apenas a título de registro, apesar da obrigatoriedade, ao que consta, há capital do Sul do País ainda em fase de discussão acerca do novo plano diretor, que deve estar de acordo com as linhas mestras do Estatuto das Cidades, já que a cidade conta com um plano diretor, de 1997, apenas para a parte central da cidade e um plano de 1985 para os balneários. Disponível em: <<http://www.planodiretorfloripa.sc.gov.br>>; <[http://www.senge-sc.org.br/novosite/index.php?center-ultimas&id\\_ultimas-335](http://www.senge-sc.org.br/novosite/index.php?center-ultimas&id_ultimas-335)>; <[http://www.planodiretorfloripa.sc.gov.br/no\\_ar/arquivos\\_pdf/midial.pdf](http://www.planodiretorfloripa.sc.gov.br/no_ar/arquivos_pdf/midial.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2008.

<sup>11</sup> Para um aprofundamento no tema, vide NEVES, Maria Carolina Scheidgger. Desapropriação para fins de reforma urbana e o Estatuto da Cidade - Lei nº 10.257/2001. Teresina: Jus Navigandi. ano 8, n. 284, 17 abr. 2004.

<sup>12</sup> Critério esse baseado numa visão de índole econômica.

Desses apontamentos, pode-se notar que, ainda que alguns dispositivos constitucionais referentes ao cumprimento da função social não sejam plenamente atendidos, uma propriedade rural não poderá ser desapropriada se for produtiva; ou que um imóvel urbano desocupado há tempos é intocável pelo menos até 2010 ou, passada tal data, ainda que descumprindo sua função social, poderá regularizar-se em oito anos e se tornar novamente insuscetível de desapropriação.

A função social da propriedade presente na Magna Carta torna-se, destarte, incapaz de resolver os conflitos sociais pela propriedade urbana e rural, caso a prática continue a se nos mostrar como os ideais constitucionais são desrespeitados.

A população tem um poderoso instrumento para dirimir as disparidades sociais, mas esse instrumento tornou-se débil, uma Constituição-papel, nas palavras de Lassale. Ele serve para continuar absolutizando a propriedade privada absentista na prática. Cristaliza-a, petrifica-a nas mãos daqueles que, a despeito de descumprirem a Constituição-cidadã e a função social da propriedade, encontram guarida no próprio texto constitucional para defender interesses diferentes dos que ela pretendia, contribuindo para a desigualdade social.

A Constituição avançou no direito de propriedade cimentando a função social em seu texto, mas foi muito tímida, podendo ter avançado mais, sem privar tão importante parcela do direito privado de sua proteção. Ela expõe, como novamente nos recorda Lassale (1996), as forças reais de poder.

### *5.2. Perspectivas para o direito que foi privado da Constituição*

A prática, porém, se nos mostra ainda diversa do pacto social pretendido pela Constituição. Deve-se sempre criticar o que restou fora da moldura protetiva objetivada pelo texto constitucional, de modo a alcançar o ideal da justiça social pautada no

princípio fundante da dignidade da pessoa humana, base de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Nas palavras de Facchini Neto (2006, p. 57), trata-se de afirmar que:

“o jurista, especialmente o juiz, deve firmemente orientar sua atividade jurisdicional – quer quando julga litígios de natureza pública, quer quando decide conflitos intersubjetivos de natureza privada – no sentido do horizonte traçado pela Constituição, qual seja, repita-se, a edificação de uma sociedade mais justa, livre e solidária, construída sobre o fundamentalíssimo pilar da dignidade de *todos* os seus cidadãos. Isso significa que a magistratura necessariamente deve ser co-partícipe de uma política de inclusão social, não podendo aplicar acriticamente institutos que possam representar formas excludentes de cidadania”.

Embora a Constituição Mexicana de 1917 tenha sido a pioneira em inserir a função social da propriedade em seu texto normativo, ainda que não de forma expressa, como fez a nossa Constituição de 1946, a Constituição de Weimar é tida como pioneira, pois vinha de um país europeu, dito mais “civilizado”, e era mais copiada à época pelos juristas dos países em desenvolvimento. A Constituição de Weimar de 1919, em seu célebre § 153, dispõe que a propriedade obriga. Ou seja, muito mais que um direito de propriedade, há um poder-dever de propriedade. A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, feita Constituição Alemã em 1990, repete o dispositivo de Weimar.<sup>13</sup>

A Constituição brasileira de 1988 poderia, guardadas as devidas proporções jurídicas, sociais, econômicas e fáticas, conter dispositivo normativo semelhante

<sup>13</sup> Lei Fundamental porque a Alemanha encontrava-se dividida entre o Bloco Capitalista e o Comunista. Tornar-se-ia Constituição da Alemanha apenas em 1990, com a unificação da RDA e da RFA, após a Queda do Muro de Berlim no ano anterior.

ao do § 153 da Constituição de Weimar, emprestando mais força à admirável função social da propriedade.

#### 6. Conclusão: um futuro possível

A Carta Magna de 1988 ainda é de tenra idade – acaba de completar vinte anos – e seu anseio de ser “cidadã” não foi integralmente assimilado pelos juristas, mas já se encaixa no complexo legislativo nacional. Como o *Code Civil*, também a Carta Política brasileira é “una fonte *novissima* ben incastonata in una nuova civiltà giuridica e di essa fedelmente espressiva”, como bem pontuou Paolo Grossi (2006), ao inaugurar seu *Convegno na Accademia Nazionale dei Licei*, em Roma.

Ainda que assim se apreenda, muitos continuarão à margem da realidade social justa e equânime. Essa negação deve ser refutada a partir do texto constitucional, criando um discurso de reafirmação das vítimas cujos direitos lhes são negados, ou, nas palavras de Dussel (2002), a “negatividade das vítimas”. Um discurso que não parta dessas negações apenas reafirmará o direito posto, sem um conteúdo emancipatório tão necessário, haja vista que a dignidade da pessoa humana, norma-fim da Carta Política, é a base do ordenamento jurídico brasileiro, como explica Häberle (apud SARLET, 2005, p. 151):

“A dignidade humana é aqui e lá ‘norma e tarefa’, pretensão e realidade, fundamento de validade de uma Constituição viva e sempre um novo resultado de cada Constituição *vivida* – em última instância, cada Homem e a humanidade nele contida decide, ele próprio, sobre o futuro da dignidade humana: ‘a dignidade da humanidade foi posta em suas mãos, conservem-na!’ (Friedrich von Schiller, no ano de 1789)”.

Não é demais concluir que a Constituição de 1988 abraçou o Direito Privado, mas não podemos privá-la de fundamental

parte dele por mais tempo. Cabe uma reflexão sobre o comentário final de Grossi (2006) na conferência ao Bicentenário do Código Napoleônico, no inverno de 2004:

“Una conclusione finale: esaminando il Code nella sua preparazione faticosa, globalmente, senza indulgere a strategie isolanti e separatorie di opinioni e di atti (non dimentichiamo ci mai che le dissezioni convengono all’istologo e non allo storico): esaminandolo nel complesso della sua struttura positiva, esso risalta quale creatura nuova, fonte nuova per la nuova civiltà giuridica post-illuministica e pos-revoluzionaria. Disconoscere questa sua spettacolarità significa tradire la sua essenziale cifra storico-giuridica”.

Deve-se reconhecer, na Constituição de 1988, um pacto social, econômico, político e jurídico suscetível de dar instrumento à reforma agrária e urbana e ao desenvolvimento brasileiro. Mas não se deve deixar de criticar o que, na prática, continua a restar fora dessa moldura, impossibilitando que se alcance a dignidade da pessoa humana, norma-fim da Carta Política. Basta-nos continuar a perseguir os ideais que a Constituição, em seu preâmbulo, outrora já proclamara.

Criticável na formação e na ausência de efetividade, a Constituição, em duas décadas, resistiu, enquanto pôde, às investidas e ao discurso de desconstrução. O futuro nos dirá se essa defesa constitucional não terá naufragado por ataques a bombardeio e a boreste.

#### Referências

- ATHAYDE, Tristão de. *Introdução ao direito moderno: o materialismo jurídico*. Rio de Janeiro: Centro D. Vital, 1993.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- \_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra, 1984.
- CARBONIER, Jean. *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*. Milano: Guiffrè, 1997.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GROSSI, Paolo. Extrato da palestra proferida em 20 de dezembro de 2004 na Accademia Nazionale dei Licei: *Il bicentenario Del codice napoleônico*. Roma: Bardi Editore, 2006.
- GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly; PEIXINHO, Manoel Messias. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade da pessoa humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.
- \_\_\_\_\_. *¿Qué és una constitución?* México: Colofón, 1996.
- MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*. v. 1. Rio de Janeiro: PUC, 1991.
- NEVES, Maria Carolina Scheidgger. *Desapropriação para fins de reforma urbana e o Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001*. ano 8, n. 284. Teresina: Jus Navigandi, 17 abr. 2004.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PLANO diretor participativo. Disponível em: <<http://www.planodiretorfloripa.sc.gov.br/pdp.php>>; <[http://www.senge-sc.org.br/novosite/index.php?center-ultimas&id\\_ultimas-335](http://www.senge-sc.org.br/novosite/index.php?center-ultimas&id_ultimas-335)>; <[http://www.planodiretorfloripa.sc.gov.br/no\\_ar/arquivos\\_pdf/midial.pdf](http://www.planodiretorfloripa.sc.gov.br/no_ar/arquivos_pdf/midial.pdf)> acesso em: 27 mar. 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: \_\_\_\_\_. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SEGADO, Francisco Fernández. La dignidad de la persona como valor supremo del ordinamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. v.1, tomo 2. Anuário 2004/ 2005. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- WALD, Arnoldo. Propriedade. In: SANTOS, João Manuel Carvalho (Org.). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. v. 42. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947.

# A repercussão internacional da Constituição brasileira de 1988

## Alguns fragmentos

Jorge Fontoura

Mesmo antes de sua promulgação, a Constituição brasileira de 1988 passou a chamar a atenção de estudiosos de direito constitucional de outros países, mercê, entre outras nuances, da incomum extensão e da inaudita variação temática. O presente artigo cuida de referir conferências realizadas em outros países, após a conclusão dos trabalhos constituintes, com o escopo de documentar tanto a busca de explicações para passagens críticas da nova Lei Maior, como a curiosidade sadia com a qual a comunidade acadêmica voltou-se para o estudo do “caso brasileiro”. A transgenia parlamentarismo/presidencialismo, que por considerável tempo freqüentou os debates pós-constituente, como dialética pendente em texto jurídico feito e acabado, promulgado e em vigor, também alimentava a perplexidade de estudiosos. Em particular, da Europa, forjados em cartesianismo e em rigidez de formas.

A propósito da vocação cosmopolita e do apelo comparatista dos trabalhos constituintes, em 5 de outubro de 1988, quando da promulgação da Carta, um dos momentos mais significativos da cerimônia presidida por Ulysses Guimarães foi a conferência proferida pelo Presidente da Assembléia da República Portuguesa Victor Crespo, acadêmico e jurista da melhor cepa lusa, convidado de honra para o evento. Em seu discurso, Crespo destacou a importância da

Constituição que se inaugurava também para os estudos comparatistas, destacando os traços peculiares da norma fundamental, com minudências e percuciência, a demonstrar profundo domínio do direito brasileiro.

O primeiro fragmento que referimos diz respeito à conferência realizada na Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne, no Centro de Estudos Constitucionais e de Direito Comparado, então presidido pelo Professor Didier Maus, à época Presidente da Associação Francesa de Direito Constitucional. Na atualidade, Maus preside o Conselho de Estado da República da França; o terceiro homem do Estado após o Presidente da República e o Primeiro-ministro. Em presença de auditório de estudantes e professores de pós-graduação e de III Ciclo, provenientes de diversos continentes, discutiu-se, por todo um seminário, a nova Constituição brasileira, com base na exposição realizada, da qual destaco as seguintes partes:

Tout d'abord je voudrais remercier le Centre de Recherche de Droit Constitutionnel de l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, et plus particulièrement Messieurs Maus et Conac, de leur invitation à faire cette conférence, et vous dire combien je suis heureux d'être ici. Pour moi, qui suis brésilien, venir m'entretenir avec vous, à Paris I, Panthéon-Sorbonne, ressemble vraiment à un pèlerinage aux sources les plus élevées du droit public et, par là même, à l'origine des principes juridiques dans lesquels nous avons tous été élevés.

C'est aussi un plaisir parler de Droit Constitutionnel, notamment de la toute récente expérience brésilienne, même si je dois le faire en français. Vous savez que pour nous qui parlons d'autres langues latines ce n'est pas facile de nous faire comprendre: nous avons parfois tendance à employer des mots qui n'existent pas en français.

Heureusement nous avons parmi nous Monsieur Stephane Monclaire, professeur à l'Université de Paris I, qui est connaisseur du Droit Constitutionnel brésilien et même de la langue parlée au Brésil. Je suis sûr que si nous en avons éventuellement besoin il pourra nous aider dans cet exposé.

"La Constitution brésilienne de 1988, premier bilan", est donc le sujet que nous avons choisi. Bien à propos, puisqu'en aura lieu une révision constitutionnelle, en application de l'article 3 du chapitre consacré aux dispositions transitoires, ce qui peut sembler un peu incohérent dans une charte qui vient d'être élaborée. Bien au contraire, ce dispositif dénote grande prudence, car il permettra de corriger des erreurs éventuellement constatées au long des cinq premières années d'application de la nouvelle constitution, qu'il s'agisse d'erreurs de forme, c'est à dire de questions de terminologie, ou de questions de substance ayant trait au fonctionnement des institutions, tel que prévu. Il faut tout d'abord rappeler que le processus constituant qui a abouti à la Constitution brésilienne en vigueur s'est déroulé pendant la transition vers la démocratie avec, bien sûr, toutes les crises que cela comporte. Je crois que ces périodes de transition entre un régime autoritaire et un ordre constitutionnel inspiré de la philosophie politique des Lumières, si riche en élucubrations constitutionnalistes, sont extrêmement délicates, si on les compare à l'élaboration constitutionnelle classique. Les cas récents de l'Espagne et de la Grèce en sont des exemples assez clairs. Dans le cas du processus brésilien, il faut ajouter que l'Assemblée Nationale Constituante était composée par les membres même du pouvoir

Legislatif, avec tous les inconvénients que cela comporte, depuis le petit prosélytisme occasionnel, jusqu'aux concessions tout à fait compréhensibles, puisque "élection oblige".

Probablement pour ces raisons de la "politique politicienne" la Constitution brésilienne, plutôt que de traiter des questions traditionnelles des constitutions européennes, a choisi d'aborder les sujets les plus divers, ce qui en fait un texte constitutionnel, si j'ose dire, "sui generis". En effet, il n'est pas courant de trouver une constitution qui traite également des taux d'intérêts bancaires, pour les limiter à 12% par an, des retraites de certaines professions exotiques, comme les "seringueiros" (les saigneurs d'hévéas), des pensions des anciens combattants de la deuxième guerre mondiale, du régime fiscal du port de Manaus, des droits d'auteur, du système foncier rural, de la radiodiffusion, des Indiens, de l'environnement, dans un texte extrêmement long, complexe et bien souvent répétitif.

Je me permets, donc, dans ce contexte, une petite réflexion, fruit de l'expérience de quelqu'un qui a directement participé à cette Assemblée Nationale Constituante, en qualité d'assistant parlementaire. C'est un paradoxe que dans notre système juridique, de Droit écrit et d'inspiration latine, et donc sans racines dans la *Common Law*, avec toutes les conséquences que cela implique, les constituants aient été dépourvus des connaissances juridiques nécessaires à l'accomplissement de la plus haute mission qui soit en ce domaine: celle d'élaborer le texte juridique par excellence. C'est une nécessité de la vie démocratique, bien entendu, mais le paradoxe persiste tout de même.

Dans l'Assemblée Nationale Constituante que nous avons tout récem-

ment connue au Brésil, 20% seulement des constituants, à peu près, avaient des connaissances juridiques suffisantes. Si, théoriquement, ce n'est pas un gros problème, je peux vous assurer que dans la pratique c'est devenu, bien au contraire, une considérable source de difficultés.

Il est inutile de souligner devant vous l'importance de la précision terminologique et conceptuelle dans le domaine du Droit, particulièrement dans un système de droit écrit, comme l'est d'ailleurs également votre système juridique. Imaginez la difficulté qu'il y a à faire comprendre à un médecin de l'Amazonie ou à un éleveur du Mato Grosso, en plein débat, que l'État fédéral est formé des États-membres, comme dans le modèle traditionnel, et qu'il n'existe pas de modèle de fédération rassemblant, outre les États-membres, des communes, conformément à la rédaction actuelle de l'article premier: "La République Fédérative du Brésil, formée de l'union indissoluble des Etats, des Communes...". Ce sont là, sans doute, des détails disons byzantins, mais ils ne devraient pas figurer dans le texte de la "lois des lois", qui traite de la mise en place des institutions fondamentales de l'État.

Nous y trouvons d'autres erreurs de terminologie assez curieuses et qui seront certainement corrigées pendant la révision à venir, comme par exemple ce qu'on trouve à l'article 84, concernant les attributions exclusives du Président de la République, dont l'alinéa 7 affirme qu'il lui appartient de gérer les relations avec les états étrangers et d'accréditer leurs représentants diplomatiques. Or, il y a ici une énorme ambiguïté: celui qui accrédite un agent diplomatique, selon les règles et la terminologie du droit diplomatique concernées, c'est



le Chef d'État qu'il représente, celui de l'État d'envoi, et non pas le Chef d'État auprès duquel il exerce le "jus legationis", comme il apparaît dans la rédaction actuelle.

Il est d'ailleurs extraordinaire de constater que dans la traduction en français du texte de la Constitution de 1988, faite à Brasília par Messieurs Jacques Villemain, Premier Secrétaire près l'Ambassade de France au Brésil et Jean-François Cleaver, traducteur de langue française au Sénat Brésilien, cette grosse faute a été corrigée d'une façon curieuse grâce à une divergence fortuite entre les grammaires française et brésilienne. Il y a ainsi beaucoup d'autres détails significatifs qui devraient être corrigés, mais ils ne sont pas, de toute évidence, le plus important, en regard des problèmes de fond que je vais aborder maintenant.

La question cruciale, le vrai dilemme de la vie politique brésilienne actuelle, c'est la crise d'identité de la Constitution en ce qui concerne le système de gouvernement. L'idée initiale de la Constituante était, à l'évidence, d'élaborer un projet de système parlementaire. Ce qui s'est produit, à cause de circonstances politiques tout à fait ponctuelles, c'est un glissement pendant les travaux des constituants, vers une forme présidentielle des plus classiques, finalement adoptée au dernier moment. On se retrouve actuellement avec un texte d'inspiration parlementaire, qui prévoit même l'existence d'institutions typiques de ce système, mais qui consacre "de facto" le modèle présidentiel le plus orthodoxe.

Il est tout à fait surprenant de trouver, par exemple, à l'article 89, la création d'un Conseil de la République chargé d'assister le Président de la République dans ses attributions exclusives,

ce qui est une pratique totalement étrangère au régime présidentiel. Une autre chose, plus grave encore, c'est la possibilité, pour le Congrès, de convoquer un Ministre d'État, membre du pouvoir Exécutif, nommé et renvoyé à la discrétion du Président de la République.

Cette opposition entre système présidentiel et système parlementaire est de fait en passe de devenir le principal sujet de débat au Brésil, puisque l'article 2<sup>o</sup> du chapitre consacré aux Dispositions Transitoires établit que: "Le 7 septembre 1993, l'électorat définira, par voie de plébiscite, la forme (république ou monarchie constitutionnelle) et le système de gouvernement (régime parlementaire ou présidentiel) qui doivent régir le pays".

Dans ce cadre que nous venons de tracer, que peut-on espérer de la révision constitutionnelle qui aura lieu? Premièrement, on peut observer que peut-être à ce moment l'histoire progresse-t-elle au Brésil d'une façon beaucoup plus lente qu'ailleurs, parce qu'en vérité cinq années ne sauraient suffir à apprécier ce qu'a été la vie constitutionnelle brésilienne depuis le 5 octobre 1988. En effet, plusieurs dispositions de la Constitution n'ont pas encore été appliquées, dans la mesure ou n'a pas encore été élaborée la législation complémentaire qui devrait intervenir, de nature législative, donc, et qui devrait permettre de mettre en oeuvre ces dispositions, dont certaines sont de première importance. Selon le Bureau Technico-législatif du Sénat Fédéral il y a encore 147 lois infra-constitutionnelles à rédiger pour que le nouveau système constitutionnel brésilien puisse être considéré comme étant totalement en vigueur. Leur élaboration est anormalement lente, comme on le

voit, par exemple, dans le cas de la loi de défense du consommateur qui, prévue en 1988, n'a été promulguée qu'en 1991, d'ailleurs sous l'inspiration du modèle français.

Et pourquoi le pouvoir Législatif ne légifère-t-il pas? Les raisons de cette anomalie sont nombreuses et parmi celles-ci on peut facilement citer le conflit, quelquefois sournois, quelquefois ouvert, opposant le Pouvoir Exécutif et le Pouvoir Législatif, au sujet de la définition du système de gouvernement. Sans doute cette dispute est-elle devenue une des causes les plus importantes, ou même déterminante, de cette atrophie législative. La pomme de discorde consiste à savoir qui doit réellement gouverner: jusqu'à maintenant, c'est l'Exécutif que le fait, mais d'une façon provisoire, puisque cela peut être changé par le plébiscite de septembre de l'an prochain, qui peut implanter le système parlementaire, bouleversant ainsi l'ensemble de la logique de pouvoir.

Ce sera au peuple de décider sur ce point, mais il y a déjà une dispute, que je trouve normale, entre les deux pouvoirs concernés. En attendant cette importante définition, nous avons concrètement, en politique intérieure, une grande crise de pouvoir, avec un président de la République qui éprouve de grandes difficultés à gouverner, pris comme il l'est dans l'étai suivant: premièrement, de profondes réformes doivent être accomplies; deuxièmement, le Président de la République n'a pas d'appuis suffisants au congrès, bien au contraire, il gouverne donc par des lois extraordinaires; c'est à dire en recourant aux mesures provisoires permises par la Constitution, bien sûr, mais seulement dans des circonstances exceptionnelles clairement définies

à l'article 62, qui établit que "en cas d'intérêt de particulière importance ou d'urgence, le président de la République peut adopter des mesures provisoires ayant force de loi". L'article établit aussi que la mesure provisoire doit être appréciée au Congrès dans le délai de 30 jours, avec possibilité de la rééditer en cas de silence du Législatif. Troisièmement: le Congrès, de son côté, s'oppose à ces mesures provisoires, en refusant de les ratifier, ce qui avive le conflit. Quelle est la conséquence de cela? Une paralysie des institutions qui aggrave la crise et engendre ce qu'on pourrait appeler, d'une façon optimiste, une incertitude cahotique. Et pourtant, il n'y a qu'un conflit normal de définition du pouvoir, dont on ne sait par qui il doit, de droit, être exercé.

Ce vide législatif engendre, bien sûr, plusieurs problèmes, mais je crois que dans le cas brésilien actuel, le plus grave de ceux-ci est la crise institutionnelle, terriblement préjudiciable à l'éducation et à la pédagogie politique, et à la vie démocratique qu'on essaye de mettre en place.

La Constitution existe mais ne peut être totalement appliquée. Et puis, il y a le rôle que le Pouvoir Judiciaire est appelé à jouer en l'occurrence, parfois saisi de questions vraiment insolite, engendrées par ce contexte totalement atypique. Ce pouvoir est ainsi souvent mal compris en ses arrêts. Cela se produit habituellement lorsqu'une parti politique et des citoyens exige par voie judiciaire des avantages prévus dans la Constitution, mais par des articles qui ne sont pas encore en vigueur. La diversité de décisions que l'on constate dans les plusieurs instances et circonscriptions judiciaires engendre des incertitudes et même des déceptions vis-à-vis de l'ordre juridique. De

toute façon, dans la précaire optique de la culture de masse toutes ces frustrations accumulées au fur et à mesure que les décisions du Pouvoir Judiciaire se modifient les unes les autres, font naître un scepticisme qui compromet le difficile apprentissage du jeu démocratique. Ce n'est pas sans raison qu'on discute très vivement aujourd'hui de l'institution, par la voie législative, d'une sorte "d'auto-saisine" de la Cour Suprême (appelée "avocation") des dossiers considérés comme essentiels à l'intérêt public. C'est là un sujet tabou dans le Brésil récemment redémocratisé, et la suppression d'instances et même le sacrifice du principe du juge naturel, pouvant dériver de cette "avocation", sont considérés comme intolérables par certains constitutionnalistes. Mais les tenants de cette innovation font valoir qu'elle permettrait d'accélérer la procédure et d'anticiper la décision finale, dans l'intérêt public. C'est aussi un débat assez intéressant dans cette riche période de la vie politique brésilienne.

Il faut ajouter que la révision constitutionnelle qui aura lieu se produira seulement un mois après le référendum, au suffrage universel et direct, sur le système de gouvernement. Elle n'aura donc dans la pratique qu'une portée limitée, en fonction du résultat du référendum la précédant, qui décidera entre monarchie et république, d'une part, et régime présidentiel et parlementaire, d'autre part. On a récemment relevé au sein du Congrès un mouvement favorable à l'adoption du régime parlementaire par le biais d'une anticipation du plébiscite sur la forme de gouvernement, pour que la crise de gouvernabilité actuelle soit résolue le plus tôt possible. Il est clair qu'une telle anticipation n'est appuyée ni par les présidentialistes

ni par le pouvoir Exécutif lui-même. Cela souleve une intéressante question de théorie constitutionnelle, d'ailleurs héritée de la meilleure tradition française, sur le pouvoir constitutionnel originaire et le pouvoir constitutionnel dérivé. La question est de savoir si une disposition modifiant le texte constitutionnel pourrait être adoptée par un pouvoir Législatif dépourvu de pouvoir constituant original, surtout s'il s'agit de contredire expressément une disposition prise par l'Assemblée Nationale Constituante, clairement manifestée dans l'article 3 des dispositions constitutionnelles transitoires.

Je crois avoir fait mention de quelques-unes des importantes questions de la récente conjoncture constitutionnelle brésilienne, aux fins d'entamer la discussion et d'animer les débats. Peut-être que la question essentielle, par rapport aux dilemmes constitutionnels que le Brésil affronte en ce moment, est celle de savoir (ou d'imaginer selon Monsieur Camus) si Sisyphe est heureux.

Os temas ecológicos e de preservacionismo ambiental ganharam nos anos 1980 importância capital. A consciência universal despertou para necessidades derivadas do ambientalismo como política pública internacional. Enquanto preparavam-se grandes cimeiras da temática específica, como as Conferências de Quioto e do Rio de Janeiro, em que prevalecem o *zeitgeist* da luta contra o aquecimento global, o Brasil notabilizava-se pela modernidade de sua Lei Maior, com destaque para o Título VIII, Capítulo VI, que incluía de forma peremptória a preservação do meio ambiente como bem jurídico-constitucional.

No plano acadêmico internacional, o direito ambiental nascente debruçava-se com interesse e admiração sobre a nova carta constitucional brasileira, que se projeta como *estado-da-arte* do ambientalismo

jurídico. Na Itália, um dos grandes emuladores da neodisciplina era Túlio Scovazzi, internacionalista e comparatista emérito, professor das Universidades de Parma e de Gênova, e colaborador assíduo da pioneira *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, da Editora Giuffrè, de Milão, verdadeiro diário oficial do emergente direito ambiental italiano. Sob seus auspícios, nos primeiros anos 1990, participei de conferências e seminários jus-ambientalistas, levando as novidades da constituição brasileira recém promulgada. Como decorrência de tais atividades universitárias, fomos instados a publicar e a fazer repercutir na importante revista (*Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, Milano, diretta da Achille Cutrera e Stefano Nespore, Anno IV, Trimestrale, nº 2, giugno 1992) artigo-resenha denominado "Il Diritto dell'Ambiente nella Nuova Costituzione Brasiliana", do qual transcrivemos alguns excertos, na exata forma em que foram publicados, a bem de fidelidade histórica do fragmento.

Il tono solenne, che a volte sembra eccessivamente retorico o ripetitivo, e che ha caratterizzato il testo della nuova Costituzione brasiliana del 5 ottobre 1988, e anche proprio del capitolo dedicato all'ambiente.

E conveniente osservare che la grande importanza data ai dettagli, forse eccessiva, che ha caratterizzato i lavori costituenti, durati più di due anni, nei quali furono ammessi anche emendamenti provenuti direttamente dal popolo (le *Emendas Populares*) non è da attribuirsi alla tradizione "latina", tipica anche del Brasile. Al contrario, si tratta di un palese riflesso del fatto che in Brasile, data la precarietà e la giovinezza delle istituzioni pubbliche, il gigantismo geografico e le difficoltà amministrative, che generano una grande instabilità politica, la non applicazione o l'inefficacia delle leggi sono molto comuni. Di qui la convinzione che lo

status costituzionale conferito alle norme considerate importanti sia una garanzia della loro obbligatorietà e possa significare una maggiore attesa di legittimità e efficacia.

Per quanto riguarda il capitolo sull'ambiente, sicuramente una delle normative ambientaliste più dettagliate e complete, e opportuno osservare che le pressioni di megasettori industriali, la maggioranza dei quali multinazionali, che si sono inseriti con potenti lobbies a Brasilia praticamente per tutta la durata dei lavori dell'Assemblea Nazionale Costituente, furono ignorate, cosa che per sé stessa può dimostrare il pregevole grado d'indipendenza della maggioranza dei 525 costituenti.

Un altro aspetto interessante e che in Brasile il movimento verde ancora non ha preso le dimensioni di uno o più partiti, come in Europa. Quindi, le delibere a favore dell'ambiente furono ecumeniche, raggruppando le più differenti tendenze politiche, in uno dei capitoli della Costituzione più facilmente discussi ed approvati, ciò che è un altro importante indizio di quale sia la volontà comune della nazione brasiliana per quanto riguarda i temi ecologici.

Così dispone la Costituzione brasiliana, nell'art. 225:

"Articolo 225. - Tutti hanno diritto ad un ambiente ecologicamente equilibrato, bene di uso comune del popolo e essenziale per una sana qualità della vita; e il Potere Pubblico e la collettività hanno il dovere di difenderlo e preservarlo per le generazioni presenti e future.

§ 1. Per assicurare l'effettività di questi diritti il Potere Pubblico deve:

I) preservare e restaurare i processi ecologici essenziali provvedendo alla gestione ecologica delle specie e degli ecosistemi;

II) preservare la diversità e l'integrità del patrimonio genetico del paese e controllare gli enti che si occupano della ricerca e della manipolazione del materiale genetico;

III) definire, in tutti gli Stati della Federazione, gli spazi territoriali e i loro componenti che devono essere specialmente protetti, essendo l'alterazione e la soppressione permesse soltanto per mezzo della legge; rimanendo vietata qualunque utilizzazione che compromette l'integrità degli attributi che giustificano la loro protezione;

IV) esigere, secondo la legge, per l'installazione di attività causa potenziale di degrado significativo dell'ambiente, un preventivo studio d'impatto ambientale, al quale sarà data pubblicità;

V) controllare la produzione, la commercializzazione e l'impiego delle tecniche, dei metodi e delle sostanze che comportano rischio per la vita, la qualità di vita e l'ambiente;

VI) promuovere l'educazione ambientale a tutti i livelli di insegnamento e la coscienza pubblica per la preservazione dell'ambiente.

VII) proteggere la fauna e la flora, essendo vietate, secondo la legge, le pratiche che mettono in pericolo le loro funzioni ecologiche, provocano l'estinzione delle specie o sottopongono gli animali a crudeltà.

Colui che sfrutta le risorse minerali è obbligato a restaurare l'ambiente degradato, mediante i mezzi tecnici richiesti dall'organo pubblico competente, secondo la legge.

§ 3. Gli autori di comportamenti e attività considerati lesivi per l'ambiente, siano essi persone fisiche o giuridiche, sono soggetti a sanzioni penali e amministrative, indipendentemente dall'obbligo di riparare i danni causati.

§ 4. La Foresta Amazonica Brasileira, la Selva Atlantica, la Catena del Mare, la Palude di Mato Grosso e la Zona Costiera sono patrimonio nazionale e la loro utilizzazione sarà fatta secondo la legge, entro condizioni che assicurino la preservazione dell'ambiente.

§ 5. È vietata l'utilizzazione delle terre devolute agli Stati o da essi acquisite, tramite azioni di pubblica utilità, necessarie alla protezione degli ecosistemi naturali.

§ 6. La localizzazione delle centrali che utilizzano reattori nucleari e disposta da legge federale, senza la quale esse non potranno essere installate".

Tutte queste disposizioni rimarrebbero prive di senso se non esistesse un apparato in grado di attuare e di fare rispettare. La Costituzione prevede, in altri articoli, le forme secondo le quali la collettività ed i singoli possono esigere giuridicamente che lo Stato adempia alla Costituzione stessa. Ad esempio, l'articolo 5, LXXIII, stabilisce che ogni cittadino è legittimato a proporre azione popolare diretta all'annullamento di un atto lesivo dell'ambiente, del patrimonio storico e culturale e, essendo l'attore esonerato dalle spese giudiziali e dagli oneri di soccombenza, salvo che venga provata la mala fede.

Ancora, l'articolo 129 relativo alle funzioni istituzionali del Pubblico Ministero dispone, al punto III, che esso debba promuovere le azioni per la protezione dell'ambiente. Queste disposizioni costituzionali riguardanti l'ambiente possono sembrare troppo dettagliate, rispetto alla genericità che avrebbe dovuto caratterizzare il testo costituzionale. Comunque, in un paese in gran parte nuovo, dove le istituzioni pubbliche sono ancora deboli, questa apparente esagerazio-

ne retorica è invece necessaria come espressione di volontà politica.

La tutela dell'ambiente è stata inoltre prevista in una serie di articoli che stabiliscono regole molto chiare e obiettive, inserite in altri capitoli. Per esempio, l'art. 170:

"Articolo 170. - L'ordine economico, basato sulla valorizzazione del lavoro umano e sulla libera iniziativa, ha per scopo assicurare a tutti un'esistenza degna, in conformità con le norme della giustizia sociale, osservati i seguenti principi:

- I) sovranità nazionale;
- II) proprietà privata;
- III) funzione sociale e della proprietà;
- IV) libera concorrenza;
- V) difesa del consumatore;
- VI) difesa dell'ambiente;
- VII) riduzione delle disuguaglianze regionali e sociali;
- VIII) piena occupazione;
- IX) trattamento favorito per le imprese brasiliane con capitale nazionale e di piccole dimensioni.

Par. Uno. E assicurato a tutti il libero esercizio di qualunque attività economica indipendentemente da autorizzazione degli organi pubblici, salvo nei casi previsti dalla legge".

Un altro riferimento importante a questa tematica ambientalista si ha nel capitolo che tratta dell'essenziale problema della riforma fondiaria, il quale stabilisce che le terre insuscettibili di espropriazione da parte dello Stato sono soltanto quelle che compiono la loro funzione sociale, e definisce in seguito che cosa sia compiere la funzione sociale, nei seguenti termini:

"Articolo 186. - La funzione sociale è compiuta quando la proprietà rurale osserva, contemporaneamente, secondo criteri legali e gradi di esigibilità stabiliti dalla legge, i seguenti requisiti:

I) utilizzazione ragionevole e adatta;

II) utilizzazione appropriata delle risorse naturali disponibili e preservazione dell'ambiente.

III) osservanza delle disposizioni che regolano i rapporti di lavoro.

IV) sfruttamento che favorisca il benessere dei proprietari e dei lavoratori".

Come si vede, l'appropriata utilizzazione dell'ambiente è uno dei requisiti indispensabili alla garanzia della proprietà, cui conferisce status giuridico oggettivamente posto.

Oggi, considerato il nuovo testo costituzionale con riferimento all'ambiente, è possibile affermare che già esiste un quadro giuridico atto a fronteggiare la grande sfida della preservazione ecologica in Brasile. Rimane soltanto da sperare che questo testo costituzionale si renda effettivo, con una pratica concreta, e che essa non resti norma atrofizzata dal disuso".

Não é demais lembrar, por justo e necessário, que a paradigmática modernidade do texto constitucional brasileiro acerca da tutela do meio ambiente deve-se em grande medida aos ingentes trabalhos do Deputado Federal constituinte Fábio Feldmann (PSDB/SP). Estudioso notável de temas ecológicos e com grandes contatos internacionais, Feldmann constituiu o núcleo duro da bancada preservacionista da Assembléia Nacional Constituinte, suprapartidária e cosmopolita, que tantos benefícios soube trazer à sociedade brasileira.

Como derradeiro fragmento que colacionamos no presente artigo, aborda-se a questão da necessária compatibilidade que Constituições de Estados aderentes a blocos econômicos devem contemplar, em conferência e depois artigo, produzidos para o CEFIR/Instituto Europeu de Maastricht, por ocasião do Curso de Estudos Aprofundados em Integração Regional, celebrado em

Montevideo nos primeiros anos 1990. Ao passar a integrar bloco econômico, o MERCOSUL, a partir de 26 de março de 1991, quando aderiu ao Tratado de Assunção, o Brasil pôde constatar na prática as limitações de sua Constituição no que concerne a participação no regionalismo e na política de blocos econômicos. Ainda, com o intuito da fidelidade ao tempo em que foi escrito, reproduzimos o texto da conferência sem edição ou correções pontuais:

El presente documento se limitará a analizar la cuestión de la jerarquía de los tratados en los ordenamientos jurídicos de la Republica Federativa del Brasil. Se tratará describir y contrastar los modelos jurídicos nacionales de los demás países del Mercosur, en el marco del clásico dilema del conflicto entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno. A tomar en cuenta la naturaleza de la investigación propuesta, se procurará abstraer la discusión doctrinaria que el tema sugere, sin considerarse las teorías del dualismo y del monismo. Brasil adoptó en su recién Asamblea Nacional Constituyente el modelo de ausencia de disciplina constitucional reguladora de la jerarquía de los tratados.

Ante todo debe tenerse presente que la primacía del derecho de gentes sobre el derecho nacional del Estado soberano es, aún hoy, solo una propuesta doctrinaria. No hay por consiguiente, en el Derecho Internacional positivo, norma que determine substancialmente tal primacía. Se recomienda en ese sentido la minuciosa lectura de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, particularmente el artículo 27 y, *not least*, el artículo 46.

De hecho, en el orden constitucional brasileño no existe norma de preeminencia que regule la confrontación entre la ley federal y el tratado antecedente o posterior.

La reflexión sobre el señalado vacío normativo es actual, oportuna y, sobre todo, necesaria, incluso tomándose en cuenta la seguridad jurídica que debería preceder a las legislaciones de negociación forjadas en la consecución del modelo integracionista.

La lectura del texto constitucional brasileño revela que paralelamente a la referida ausencia de normas, los tratados pueden ser entendidos a través de una interpretación por analogía, como poseedores de una jerarquía equiparada a la ley federal (línea "a" del inciso III del artículo 105), sujetos, por lo tanto, al control de constitucionalidad (línea "b" del inciso III del artículo 102).

La investigación de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal relativa a la cuestión de la jerarquía de los tratados o la hipótesis sobre la primacía en las situaciones de confrontación entre la ley y el tratado (antecedente o posterior), revela a lo largo de su historia señales positivas de que la excelsa Corte entiende, por lo menos en las decisiones más recientes, que en caso de conflicto, prevalece la norma posterior.

La falta de reglamentación de la disciplina jerárquica entre el tratado y la ley, tomándose en consideración que a la luz de la Constitución de 1988 y de las anteriores siempre se pudo entender de forma analógica que el tratado se equipara a la ley, sería posible afirmar que la cuestión encontraría respuesta, de lege lata, en el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley de introducción al Código Civil, o simplemente en el aforismo *lex posterior derogat priori*.

En ocasión del juzgamiento del *Recurso Extraordinario nº 71.154 - PR/1971*, publicado en el Diario de Justicia, del 25.8.71, del que fue Relator el Ministro Oswaldo Trigueiro, se trató

el tema de la revocación de la ley interna por el tratado posterior, mencionando el Ministro tres precedentes de primacía del tratado frente a la ley anterior. Obsérvese que quedaba abierta la posibilidad de que la ley posterior también pudiese revocar el tratado.

De hecho, en ocasión del juzgamiento del *Recurso Extraordinario* n° 80.004-SE/1977, publicado en la Revista Trimestral de Jurisprudencia n° 83/809, del que fuera Relator el Ministro Cunha Peixoto, prevaleció por mayoría el criterio de que la ley posterior – en conflicto con el tratado – prevalecía sobre éste, ya que no hay en el marco constitucional precepto que determine algún grado de jerarquía entre el tratado y la ley y viceversa.

En la justificación del voto mayoritario se lee que la Corte entendía que la supremacía del tratado ante la ley posterior sólo se da en el campo tributario, por fuerza del art. 98 del Código Tributario Nacional (tratase de norma específica y no de principio de orden general); “Si la ley ordinaria no pudiese, por la Constitución, revocar la que previene de un tratado, no sería necesaria una disposición expresa de índole tributaria” (voto del relator).

Volviendo al tema central de la revocación del *Recurso Extraordinario* n° 80.004, la cuestión en el voto del Relator designado, Ministro Cunha Peixoto, se considera definitiva a partir de la siguiente afirmación: “La Ley proveniente del Congreso sólo puede tener su vigencia interrumpida, si violo alguna disposición de la Constitución y en aquella no hay ningún artículo que declare irrevocable una ley positiva brasileña por el hecho de tener su origen en un tratado. De lo contrario tendríamos – y esto si

sería inconstitucional – una ley que sólo podría ser revocada por el Jefe del Poder Ejecutivo, a través de la denuncia del tratado”.

La misma línea de orientación siguió el Ministro Cordeiro Guerra después de observar que en el propio derecho americano, donde se reconoce al tratado el carácter de *supreme law of the land*, no se veda la posterior elaboración legislativa contraria a él.

Corresponde a sí mismo citar, entre otros fallos, los del Supremo Tribunal Federal que al juzgar el *Recurso Extraordinario* N° 109.173-SP, entendió que el tratado no prevalece jamás sobre el texto constitucional. En el voto del Relator, Ministro Carlos Madeira, se lee lo siguiente: “Jerárquicamente, tratado y ley se sitúan debajo de la Constitución Federal. Aceptar que un tratado debe ser respetado, incluso en confrontación con el texto constitucional, es imprimirle una situación superior a la propia Carta Política”. Y concluye el Relator, basándose en Carlos Maximiliano: “La Constituciones es la ley suprema del país, contra su letra o espíritu no prevalecen resoluciones de los poderes federales, constituciones, decretos o sentencias federales, ni tratados o cualesquier otros actos diplomáticos”.

Teniendo en cuenta que en la normativa constitucional de Argentina y Paraguay está bien definido el tema de sumisión a un orden jurídico supranacional, así como la jerarquía constitucional de los tratados, el examen y la respectiva reflexión serán efectuados en forma conjunta. En lo que se refiere a la cuestión del “orden jurídico supranacional”, la Constitución de la Nación Argentina permite, expresamente, la aprobación de tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales,



en condiciones de reciprocidad y igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos (inciso 24 del artículo 75).

A su vez, la Constitución Nacional del Paraguay admite la existencia de un orden jurídico supranacional, siempre en condiciones de igualdad con los demás Estados parte, garantizado respecto a los derechos humanos, a la paz, a la justicia, a la cooperación y al desarrollo en los campos político, económico, social y cultural (artículo 145).

En los respectivos artículos se hace una importante observación: en ambos textos el reconocimiento de un orden jurídico supranacional está vinculado, de forma expresa, a una condición de igualdad con los demás Estados parte que integran organización supraestatal, siendo la Constitución Argentina aún más explícita, al agregar la condición de reciprocidad. En lo referido a la supremacía de los tratados sobre las leyes internas, las Constituciones de Argentina y Paraguay también cuidaron de disciplinar expresamente el tema, conforme se lee en los incisos 22 y 24 del mencionado artículo 75 (Constitución de la Nación Argentina) y en los artículos 137 y 141 (Constitución Nacional del Paraguay).

Es importante mencionar que la Suprema Corte de Justicia de Argentina fijó, incluso antes de la reforma constitucional de 1994, la primacía de los tratados ante el posible conflicto que pudiese surgir con cualquier norma interna contraria. Entre otros, el Ministro Antonio Boggiano trae a colación en su libro "El Derecho Internacional en la Suprema Corte de la Nación Argentina" los juicios *Ekmekdjian, Miguel Angel versus Sofovich, Gerardo y otros*, de 1992; *Fibraca Constructora S.C.A. versus*

*Comisión Técnica Mixto de Salto Grande*, de 1993; *Cafés la Virginia S.A.* (juzgado dos meses antes de la sanción de la reforma constitucional de 1994), sobre apelación por denegación de repetición de impuestos de importación.

Por consiguiente, no hay duda que, a la luz de las citadas Constituciones, el legislador constitucional optó efectivamente por la superior jerarquía de los tratados sobre las leyes dictadas por los respectivos Congresos Nacionales, si bien es cierto que la Constitución Argentina fue más allá, cuando confirió jerarquía constitucional a los tratados sometidos a una votación de 2/3 de las Cámaras Legislativas.

La realidad constitucional en la República Oriental de Uruguay es semejante a la brasileña y sufre de la misma falta de definición explícita, tanto en lo que concierne a la posibilidad de sometimiento a un ordenamiento jurídico supranacional, como en cuanto a la cuestión de la jerarquía constitucional de los tratados.

Cabe resaltar que, ante los términos del artículo 256 de la Constitución de Uruguay ("Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razones de forma y contenido."), se puede deducir la supremacía de la norma constitucional frente a todas las demás leyes, incluso a los tratados, en la medida que su aprobación e integración en el ordenamiento jurídico interno se concluya con la sanción de una ley interna.

Es por ello que, considerando que la Constitución es la fuente suprema del ordenamiento jurídico del Estado Uruguayo, lo que resulta en la exégesis del mencionado art. 256, combinado con el art. 239 de la misma norma constitucional, ("A la Corte Suprema de Justicia corresponde: [...] juzgar o todos los infractores de

la Constitución, sin excepción alguna en las cuestiones relativas a los tratados, pactos y convenciones con otros Estados [...]”), es la falta de disciplina expresa en lo concerniente a la jerarquía entre la ley y el tratado, en sus respectivas normas. En la Constitución uruguaya se observa que la competencia para realizar tratados es asignada al Presidente de la República con la obligación de someterlos a consideración del Poder Legislativo para su aprobación por parte de las dos Cámaras (Diputados y Senadores).

Ante este cuadro normativo-constitucional, resulta que la participación de Uruguay en el MERCOSUR puede sufrir las mismas críticas que se hacen a la participación de Brasil, concretamente en lo referente a la falta de definición constitucional explícita de la relación jerárquica entre el tratado y la ley, en la perspectiva de un orden supranacional frente a la cuestión de la primacía del derecho constitucional *vis-à-vis* el Derecho Internacional Público.

La presente discusión no refleja mera cuestión académica. Se trata en verdad de uno de los más importantes temas de Derecho Público contemporáneo. Si la asimetría entre los regímenes constitucionales de los tratados fuese una cuestión meramente académica y de debate en torno al prestigio y eficacia del Derecho Internacional Público frente al ordenamiento jurídico nacional, la señalada y reconocida diferencia normativa no produciría mayores consecuencias, antes bien estaría circunscripta a los dominios de la contemplación especulativa del derecho comparado.

Pero eso no es lo que ocurre. El Tratado de Asunción de 25 de marzo de 1991, en su artículo 2º, establece que el “Mercado Común” estará basado

en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados partes, en esa línea de pensamiento, y proyectando una hipotética situación en la que los Estados de Argentina y Paraguay, o sus súbditos, bajo pretexto de no cumplir o no observar una norma u obligación de hacer – que guarde relación con la ejecución de los tratados firmados en el marco del MERCOSUR – basen su acción u omisión en la cláusula de reciprocidad, se pregunta: ¿Sería procedente tal “alegación”?

En principio la respuesta es evidentemente positiva. La acción u omisión basada en la cláusula de reciprocidad podrá ser defendida legítima. Si el Tratado de Asunción establece derechos y obligaciones mutuas y recíprocas, necesariamente se evidencia su naturaleza jurídica de acto contractual, o tratado-contrato. Por eso, y considerando que las obligaciones contraídas deben ser cumplidas tal como fueron establecidas, en homenaje a la cláusula *pacta sunt servanda*, la resistencia a cumplir lo pactado – antes que la otra parte cumpla su obligación – encuentra refugio en el aforismo *exceptio non adimpleti contractus*, excepción de contrato no cumplido, regla, por demás conocida en el derecho positivo.

En esa línea de pensamiento se ve que, admitida (en el ámbito de la hermenéutica constitucional) la tesis de la nulidad del tratado por la ley posterior, por permitirse además el control de legalidad y de constitucionalidad del tratado ante el derecho positivo constitucional, esa situación origina en el contexto del Derecho Internacional Público, y más específicamente en la perspectiva de una integración aun más profunda en el MERCOSUR, inseguridad y perplejidad inquietantes.

En otras palabras y sin que se pueda atribuir cualquier responsabilidad desde el punto de vista constitucional, en caso de permanecer el status jurídico actual, donde el tratado no tiene jerarquía constitucional (Brasil y Uruguay) y donde no hay norma de preeminencia (tratado versus ley), el "MERCOSUR del derecho" carece de eficacia fundamental, por falta de simetría entre las Constituciones de los países que lo componen.

Es esta perspectiva, mas que un rígido sistema de solución de controversias supranacional, como a veces se postula de forma inadecuada (un insólito Luxemburgo mercosureño), lo que se necesita es debatirse el substrato constitucional de la integración. En el campo del Derecho, antes de un "MERCOSUR de los jueces" existe todo un *aggiornamento*, toda una tarea ciclópea a realizar en relación a los déficits jurídicos que mantenemos.

No se trata de conclusión apocalíptica, ni mucho menos de desalentar a que los países de tradición "soberanófila" comprensible mantengan la decisión política de integrarse, incluso de manera mas profunda en el MERCOSUR. Pero, por lo expuesto, si se trata de una reflexión necesaria, de una llamada de atención a los actores responsables de la conducción del proceso de integración regional.

El tema por lo tanto no se presenta como cuestión de naturaleza meramente política, donde la voluntad del Poder Ejecutivo se expresa en

la celebración del tratado y la del Poder Legislativo en su aprobación. Lo que se proyecta en el campo conceptual es la imposibilidad de que la materia escape al control jurídico, con las implicaciones que le son pertinentes, como previsión y seguridad jurídicas, elementos indispensables y imprescindibles en el campo de las relaciones de negocios externas, precisamente en el marco de las inversiones y de comercio.

Así como no hay mercado sin democracia, también, pragmáticamente, la seguridad jurídica es elemento indispensable para la economía de mercado, haciendo abstracción de cualquier marco filosófico o de naturaleza axiológica.

Considerados os fragmentos elencados no presente artigo, e a contar com a perspectiva que só o tempo pode proporcionar, verifica-se que, a par de conquistas extraordinárias realizadas pelo Brasil, com todos os vícios e com todas as virtudes de seu texto constitucional, resta, todavia, grande percurso a percorrer. Isso se ousarmos pretender concretizar o querer virtuoso da Carta de 88, em detrimento de seus devaneios e impropriedades. Anos a fio têm-se passado e o necessário *aggiornamento* constitucional permanece esperança, sob os eflúvios inabaláveis de nossa fé sebastianista. À guisa de conclusão, sirvo-me da parte final do texto apresentado na Universidade de Paris, há mais de década, para relembrar que [...] *em relação aos dilemas constitucionais que o Brasil enfrenta neste momento, quem sabe a questão essencial seja saber se Sísifo é feliz.*

# Tratados e poder terminativo na Constituição de 1988

Márcio P. P. Garcia

## Sumário

I - Introdução. II - Precedentes: Brasil e Direito Comparado. III - Constituição e Regimento. IV - À maneira de conclusão.

*“Vivendo, se aprende; mas o que se aprende, mais, é só o fazer outras maiores perguntas”<sup>1</sup>*  
Guimarães Rosa

## I – Introdução

Estudante de Direito na Universidade de Brasília (UnB), acompanhei os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte com grande interesse. Na altura, estudávamos direito constitucional tendo em mão a Carta em vigor e as derradeiras versões dos dispositivos análogos em apreciação pelos legisladores constituintes. O trabalho era dobrado, mas gratificante. A circunstância de morar na capital da República proporcionou-me freqüentar o Congresso em momento tão emblemático.

Recordo, ainda hoje, a infinidade de sessões, as negociações de bastidor, a atuação dos grupos de pressão, as audiências com especialistas e professores, enfim, toda a dinâmica que semelhante exercício pode proporcionar. Desde então, já me interessava pelos temas internacionais. Assim, segui

---

<sup>1</sup> ROSA, João Guimarães. *Grande sertão veredas*. Edição comemorativa. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 2006. p. 378.

mais proximamente os assuntos vinculados ao direito das gentes. Ou melhor, ao que parte da doutrina convencionou denominar de direito constitucional internacional. Nesse domínio, entretanto, os avanços foram tímidos. Creio que isso se deu à vista do momento histórico dos trabalhos. Estávamos na antevéspera da queda do muro em Berlim e não o sabíamos. O contexto era bem outro. Penso que, se a Assembléia fosse instalada no romper dos anos 90, o quadro seria distinto.

Os eventuais avanços na área do direito internacional não são, a meu ver, emblemáticos. As ausências são mais eloquentes. Assim, por exemplo, a falta de correta disciplina sobre a hierarquia jurídica dos tratados em nosso ordenamento; a ausência de dispositivo sobre a participação congressional no processo de terminação dos tratados; o correto enquadramento das hipóteses em que o Parlamento deve-se manifestar na formação da vontade externa do Estado.

As omissões verificadas são, de algum modo, compreensíveis. A prioridade da Constituinte era, sobretudo, acertar contas com o regime de exceção instaurado no país com o golpe de 64. Em derradeira análise, buscava-se assegurar na nova Constituição o império da democracia e dos direitos e garantias fundamentais.

Convidado a participar do presente volume em comemoração aos 20 anos da Carta, ocorreu-me tratar de assunto que se encontra latente no texto em vigor. Cuida-se do poder terminativo das Comissões em ambas as Casas do Parlamento e da sua eventual utilização no aprovar tratados. O tema, a meu perceber, pode ser mais bem explorado no sentido de assegurar maior celeridade na apreciação pelo Congresso Nacional de atos internacionais.

É consabido que os tratados prescindem da anuência plenária em ambas as Casas do Congresso para lograrem aprovação. Essa circunstância acarreta, por vezes, significativa demora que pode ter reflexos

na dinâmica internacional da República. Considerando o aumento superlativo no número de tratados negociados pelo Executivo, bem assim as vicissitudes da política interna, creio que a ampliação dos horizontes de uma apreciação mais célere pode ser importante nos anos que estão por vir. Ocorrem-me, por exemplo, os tratados que versam benefícios iguais aos envolvidos (extradição, cooperação jurídica, isenção de vistos). Claro que os parlamentares são soberanos. Não se trata aqui de defesa de mera chancela ao que negociado pelo Executivo. O que proponho é que a decisão legislativa seja, em determinadas situações, mais veloz.

Para tanto, dividi o presente estudo em três partes. Na primeira, traço os precedentes relativos ao tema no ordenamento constitucional brasileiro, bem como abordo a matéria sob o enfoque do direito comparado; em seqüência, falo do assunto à vista da Constituição de 1988 e dos Regimentos Internos de ambas as Casas do Parlamento; por fim, ofereço, à maneira de conclusão, meu entendimento sobre a possibilidade de outorgar poder terminativo nas comissões aos projetos de decreto legislativo que versam sobre aprovação de tratados.

## II – Precedentes: Brasil e Direito Comparado

No ordenamento jurídico brasileiro, o tema — poder terminativo das comissões do parlamento — foi considerado pela vez primeira na *Emenda nº 17/65 à Constituição de 1946*, que deu nova redação ao art. 67 do texto constitucional. A Emenda incluía no referido artigo o § 5º, que assim dispunha:

“A Câmara dos Deputados e o Senado Federal poderão delegar poderes às Comissões Especiais, organizadas com observância do disposto no parágrafo único do art. 40 (*representação proporcional dos Partidos*), para discussão e votação de projetos de lei.

O texto do projeto aprovado será publicado e considerado como adotado pela Câmara respectiva, salvo se, no prazo de 5 (cinco) dias, a maioria dos membros da Comissão ou 1/5 (um quinto) da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal requerer a sua apreciação pelo Plenário”.

Por força do disposto no § 6º do mesmo preceito, referida delegação não se aplicava aos projetos sobre atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, assim como os de competência privativa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados; organização dos Juízos e Tribunais e garantias da magistratura; nacionalidade, cidadania e direito eleitoral; matéria orçamentária; minas, riquezas do subsolo e quedas-d’água; e estado de sítio.

No ponto, destaque importante para a circunstância de não se admitir delegação de poderes às comissões especiais para discussão e votação de atos de competência exclusiva do Congresso Nacional. Exemplo de semelhante diploma era, em conformidade com o texto constitucional vigente, o resolver definitivamente sobre tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo presidente da República (art. 44 – I).

A *Emenda Constitucional nº 1/69* contemplou a deliberação terminativa em comissão no art. 53, cujo teor é o seguinte:

“No caso de delegação à Comissão Especial, sobre a qual disporá o Regimento do Congresso Nacional, o projeto aprovado será remetido à sanção, salvo se, no prazo de dez dias da sua publicação, a maioria dos membros da Comissão ou um quinto da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal requerer a sua votação pelo Plenário”.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> A redação proporcionada pela Emenda fez modificações cosméticas no art. 56 do texto de 1967, que estipulava: “No caso de delegação à Comissão Especial, regulada no regimento do Congresso Nacional, o projeto será enviado à sanção, salvo se, no prazo de dez dias da sua publicação, a maioria dos membros da Comissão ou um quinto da Câmara

Aqui uma observação: o texto prevê delegação para comissão especial do Congresso Nacional. A redação, dessa forma, subtrai a possibilidade de qualquer das Casas congressionais instituir, de modo isolado, comissão deliberativa final no domínio de suas respectivas competências. Fica, de toda forma, mantida a ressalva de envio ao plenário mediante preenchimento do *quorum* indicado. Importante destacar, ainda, que se trata de delegação legislativa interna, que se defere à comissão especial do Congresso Nacional por meio de resolução (MELO FILHO, 1986, p. 209).

Do que exposto, temos que o assunto objeto de nossas preocupações foi inserido, de maneira precursora, no ordenamento jurídico brasileiro em 1965. Desde então, a matéria está, de tal ou qual maneira, presente em nossos textos constitucionais.

A *Constituição de 1988* cuida, por igual, do tema. Ela remete ao regimento interno a competência para dispensar apreciação pelo colegiado pleno. Essa possibilidade está prevista no art. 58, § 2º, I, que estabelece caber às comissões, em razão de matéria de sua competência, a discussão e votação de projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa. Sobre possível exegese do dispositivo, voltaremos adiante.

No direito estrangeiro, exemplos de semelhante modo de proceder são raros. Considerando, sobretudo, a família romano-germânica do direito (*civil law*), na categorização proposta por René David (1998, p. 25-139), o modelo italiano é pioneiro. A ele seguiu-se o arquétipo espanhol: art. 75 da *Constituição da Espanha* (1978). As hipóteses são tão incomuns que a doutrina estrangeira omite, por vezes, o caso brasileiro.<sup>3</sup>

dos Deputados ou do Senado Federal requerer a sua votação pelo Plenário”.

<sup>3</sup> A esse respeito, vale citar o constitucionalista italiano Livio Paladini (1991, p. 340). Segundo o autor, “(...) da um punto di vista comparatistico, trattandosi

O padrão italiano originou-se na Lei nº 129, de 19 de janeiro de 1939. Mais adiante, a Constituição da Itália (1947) contemplou a possibilidade de aprovação de projeto de lei (*disegno di legge*) em comissão sem necessidade de votação plenária. É o que prescreve seu art. 72. A doutrina denomina o mecanismo de *procedimento decentrato* ou *procedura per commissione deliberante* por oposição ao *procedimento ordinario* e ao *procedimento abbreviato* (de urgência).

Na Itália, parte da doutrina não vê com entusiasmo o *procedimento decentrato*. Reconhece que sua utilidade estaria no proporcionar maior e mais pontual produção legislativa, mas sugere que o método dá margem a abusos. Martines (1993, p. 343), por exemplo, informa que o procedimento, que deveria ser excepcional, virou regra. Mais de 70% dos projetos de lei foram aprovados em comissão. MUSSO (1992, p. 525), por sua vez, insinua que o mecanismo se presta a maior influência dos grupos de pressão e a satisfação de interesses setoriais. Outros, no entanto, acentuam que o procedimento tem-se revelado importante no acelerar os trabalhos de elaboração e aprovação de leis naquela República.<sup>4</sup>

Interessante destacar que ambos os textos afastam o procedimento para os projetos de lei que cuidam de temas internacionais. Na Itália, autorização para ratificação de tratado não se pode dar por meio da *procedura per commissione deliberante* (art. 72, IV); na Espanha, a Constituição estabelece, por igual, que semelhante possibilidade — delegação às comissões legislativas permanentes para aprovação de projetos e proposições legislativas — não se aplica às questões internacionais (art. 75, 3).

Como se depreende, o mecanismo é semelhante, mas sua aplicação destoa um

---

di un istituto che non è affatto previsto dalla generalità degli altri ordinamenti costituzionali vigenti (com la sola importante eccezione dell'odierna Spagna)" (ênfase nossa).

<sup>4</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 137-140.

pouco daquela que se forjou no modelo brasileiro. É o que passamos a considerar.

### III – Constituição e Regimento

O legislador constituinte brasileiro não lançou limitações temáticas como nos modelos referidos. Ele, no entanto, indicou que cabe às comissões discutir e votar projeto de lei. O dispositivo em comento tem o seguinte conteúdo:

“Art. 58. ....

.....  
§ 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I – discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa.

.....”

Estamos, dessa forma, diante de norma de delegação *interna corporis*, já que versa sobre as competências das comissões permanentes do Poder Legislativo.<sup>5</sup> Cabe, pois, a cada uma das Casas do Congresso traçar, em seus respectivos regimentos, essas atribuições. Assim, o dispositivo constitucional transcrito possibilita ao regimento interno da Câmara e do Senado habilitar suas comissões com vistas à discussão e votação de projetos de lei com poder terminativo.

Na Câmara dos Deputados, a terminologia adotada merece esclarecimento. O Regimento Interno da Casa (RI-CD) emprega as expressões “poder conclusivo” e “poder terminativo”.

A expressão “poder conclusivo” serve para designar matérias que estão sujeitas à apreciação conclusiva das comissões de mérito com dispensa de deliberação final do Plenário (art. 24, II, do RI-CD). Não se incluem na hipótese projetos de lei complementar; de código; de iniciativa popular; de Comissão; os relativos às matérias que não

---

<sup>5</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990-1992, p. 68.

possam ser objeto de delegação (art. 68, § 1º da Constituição); os oriundos do Senado, ou por ele emendados, que tenham sido aprovados pelo Plenário de qualquer das Casas. Perde-se esse poder na eventualidade de recurso (arts. 58, §§ 1º, 2º e 3º e 132, § 2º, do RI-CD), de existência de pareceres divergentes das comissões de mérito ou se for aprovado regime de urgência para sua tramitação.

A expressão “poder terminativo”, por sua vez, é utilizada para pareceres de admissibilidade da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação (CCJR), quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria; da Comissão de Finanças e Tributação (CFT), sobre a adequação financeira ou orçamentária da proposição; e de comissão especial (CE) criada para analisar matérias de competência de mais de três comissões que se devam pronunciar quanto ao mérito e, também, as “admissibilidades” constitucional e orçamentária (arts. 34, II, e 54, I, II e III do RI-CD). O parecer, nas hipóteses, é terminativo porque, uma vez aprovado na Comissão e desde que não seja interposto recurso, não poderá ser contestado, tampouco submetido à apreciação do colegiado pleno.

Assim, a palavra “terminativo” vincula-se ao parecer de “admissibilidade” emitido pela CCJR, pela CFT ou pela CE. Caso aquelas comissões julguem a matéria inadmissível — do ponto de vista constitucional ou orçamentário —, cessa sua tramitação na Câmara, respeitada eventual interposição de recurso da decisão para o Plenário da Casa.

Em relação ao Senado Federal, o vocábulo “terminativo” é usado no Regimento Interno (RI-SF) para apreciação de proposições que dispensam a competência do Plenário (arts. 91, §§ 1º e 2º, e 92 do RI-SF).

Na circunstância em estudo, o Regimento da Câmara Alta dispõe que o Presidente da Casa, ouvidas as lideranças, poderá conferir às comissões competência para apreciar, de modo terminativo, tratados

ou acordos internacionais (art. 91, § 1º, I do RI-SF). O que se pretende é lançar tal possibilidade para o “caput” do artigo, que indica as proposições que serão discutidas e votadas, de forma terminativa, pelas comissões, com dispensa da competência do Plenário.

O assunto, ao que parece, está resolvido. Cuida-se de matéria *interna corporis*, como antes indicado. Assim, cabe ao Parlamento, pela disposição de suas respectivas Casas, discipliná-la. O que se pretende é lançar a hipótese como regra, não mais como exceção. De outra maneira, tratados teriam tramitação nas Comissões, dispensada apreciação pelo órgão colegiado pleno, salvo nas hipóteses regimentalmente contempladas. Em resumo, as comissões teriam competência para apreciar, terminativamente, tratados ou acordos internacionais.

Considerando que o RI-SF já admite semelhante proceder como exceção — o Presidente, ouvida as lideranças, poderia conferir às comissões competência para apreciar terminativamente tratados ou acordos internacionais (art. 91, § 1º, I) —, parece correto lançar a hipótese como regra, com a ressalva constitucional e regimental da possibilidade de interposição de recurso, assinado por um décimo dos membros do Senado, dirigido ao Presidente da Casa para apreciação da matéria pelo Plenário.

O tema, no entanto, merece considerações mais precisas à vista do prescrito na Constituição. De um lado, a correta exegese da expressão “projeto de lei” contemplada no art. 58, § 2º, I, do texto; de outro, o disposto no § 3º do art. 5º da Carta, com a redação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

A questão que se coloca, de início, é a exata interpretação da expressão “projeto de lei” contida no art. 58 da Constituição. Ela pode ser lida em sentido amplo, abrangendo a totalidade das proposições legislativas, ou restrito, contemplando, tão-só, projetos de lei *stricto sensu*.



Resposta à indagação é relevante já que projetos referentes a atos internacionais (art. 49, I, da Constituição) têm sua tramitação estabelecida por meio de projeto de decreto legislativo (vide, por exemplo, o art. 376 do RI-SF). Desse modo, poder-se-ia ponderar que a matéria não é tratada pela forma de lei, mas de “decreto legislativo”. Com isso, não se poderia falar em dispensa de apreciação pelo Plenário.

A nosso sentir, todavia, estamos diante de hipótese que permite interpretação ampla, ressalvadas as emendas à Constituição. Do contrário, o legislador constituinte teria excluído do poder terminativo das Comissões do Congresso os decretos legislativos. Em sentido lato, a expressão englobaria também projetos de decreto legislativo. Com isso, não haveria afronta ao texto constitucional dispor o regimento sobre dispensa de apreciação pelo Plenário de tratados e acordos internacionais.

A Constituição Federal cuida do tema em seu Título IV (Da Organização dos Poderes), Capítulo I (Do Poder Legislativo), Seção VIII (Do Processo Legislativo) e respectivas Subseções [I (Disposição Geral), II (Da Emenda à Constituição) e III (Das Leis)]. A exata localização topográfica do dispositivo é fundamental para respaldar interpretação ampla da expressão “projeto de lei”. Ela está embutida na Subseção III – Das Leis –, que disciplina as diferentes manifestações legislativas indicadas no art. 59 da Constituição: leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Emendas à Constituição, também contempladas no art. 59, têm tratamento específico na Subseção II – Da Emenda à Constituição.

Sobre o tema, recolhemos de Ferreira Filho (2002, p. 180) o seguinte comentário:

“A Constituição de 5 de outubro contém uma seção, a VIII do Capítulo I (Tít. IV), intitulada “Do processo legislativo”, onde regula a elaboração de “leis”, *lato sensu*. Na verdade, o título e a matéria da seção não estão de pleno

acordo, já que nessa seção está regida a elaboração de atos que não são nem material nem formalmente leis.

De fato, compreende-se aí a elaboração de emendas constitucionais que são leis materialmente, mas que formalmente destas devem ser distinguidas, por serem manifestação de um poder distinto, que é o de revisão. Arrola-se, aí, também, a elaboração de resoluções que, se por sua tramitação se assemelham a leis a ponto de se poder dizer que são leis, formalmente falando, não têm a matéria de lei, por não editarem regras de direito gerais e impessoais. E o que se disse das resoluções aplica-se, *mutatis mutandis*, aos decretos legislativos”.

Correta nos figura a manifestação transcrita. Assim, a palavra “lei” no dispositivo constitucional em comento contempla, a nosso ver, todas as manifestações legislativas com exceção da emenda à Constituição. Essa linha de raciocínio está em consonância com a utilizada pela Câmara dos Deputados no Parecer nº 9-A, de 1990,<sup>6</sup> que tratava de situação análoga: outorga e renovação de concessão, permissão e autorização para serviços de radiodifusão sonora e de imagens e sons.

Por fim, observação relevante: a disciplina, no que tange ao processo legislativo, dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, ganha importância com a inclusão – pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 – do § 3º ao art. 5º da Constituição. O dispositivo assim estabelece:

“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”.

<sup>6</sup> Publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 26 de abril de 1990, p. 3548.

Com isso, estimamos que, para os tratados de direitos humanos, nos casos em que se seguir o *quorum* indicado no dispositivo constitucional transcrito, não se aplica a exegese antes formulada. Isso porque o rito a ser respeitado é o da emenda à constituição. Assim, não há que se falar em poder terminativo. Ainda que a linguagem utilizada não tenha sido feliz no estipular que esses tratados serão “equivalentes” (*sic*) às emendas constitucionais, estamos diante de exigência constitucional incontornável.

Feita a ressalva do art. 5º, § 3º, da Constituição, parece-nos que a hipótese por mim sustentada não afronta a Constituição, tampouco é atentatória das práticas congressionais. Ela acompanha orientação internacional de ampliar os poderes das comissões parlamentares.

Nesse sentido, Pacheco (2002, p. 55), no exame da sistemática do processo legislativo na Câmara dos Deputados, lembra que “os projetos de lei distribuídos a uma comissão são apreciados, em regra, com poder conclusivo, ressalvada a hipótese de interposição de recurso ao Plenário. Diz-se ‘em regra’ porque apenas quando se encaixarem nos casos expressamente mencionados no Regimento Interno (alíneas do inciso II do art. 24) serão levados à apreciação posterior do Plenário”.

A doutrina brasileira, contudo, divide-se sobre a outorga de poder terminativo às comissões. Mohn e Souza (2005, p. 49) faz síntese precisa, em trabalho ainda não publicado, das posições que se antagonizam. A nosso sentir, o mecanismo, adotadas as precauções necessárias (superlativa publicidade, possibilidade de recurso para o Plenário), pode-se revelar bastante útil, sobretudo, no domínio dos atos internacionais.

#### IV – À maneira de conclusão

Na linha da epígrafe *rosiana*, penso que devemos exercitar em fazer maiores perguntas sobre as possibilidades do texto

constitucional. Verifica-se uma compulsão pela reforma da Carta, de que o número de emendas é demonstração eloqüente. No entanto, a Constituição, passados vinte anos da sua promulgação, segue oferecendo caminhos interpretativos de modo a ampliar as hipóteses de incidência a situações surgidas após sua entrada em vigor.

Parece que ainda não se lançou mão de todas as possibilidades que, sem modificação do texto nem utilização de exercício exegético, a Carta oferece. Nesse sentido, creio que o tema aqui abordado enquadra-se no contexto de melhor aproveitamento do espaço constitucional oferecido. Assim, sem alterar a Constituição, pode-se adequá-la a esta nova circunstância da cena internacional: o aumento cíclico no número de tratados e a conseqüente necessidade de deliberação sobre eles no plano interno.

A possibilidade explorada no presente artigo, entretanto, não deve afastar apreciação isenta e equilibrada pelos congressistas de atos internacionais submetidos à sua apreciação. O poder terminativo proposto deve ter como contrapeso o cabimento de recurso para possível apreciação plenária. Ele, de resto, deve ter ampla divulgação. A convergência dessas duas situações — recurso e publicidade — hão de contornar eventuais abusos e atropelos.

#### Referências

- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990-1992.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Do processo legislativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MARTINES, *Temistocle*. *Diritto costituzionale*. 6.ed. Milão: Giuffrè, 1993.
- MELO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MOHN E SOUZA, Paulo Fernando. *Processo legislativo: normas constitucionais e controle jurisdicional*. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Público do curso de Pós graduação *latu sensu* do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Brasília, 2005.

MUSSO, Enrico Spagna. *Diritto costituzionale*. 4.ed. Milão: CEAM, 1992.

PACHECO, Luciana Botelho. *A tramitação de proposições na Câmara dos Deputados: do início à fase das comissões*. Brasília: ASLEGIS, 2002.

PALADIN, Lívio. *Diritto costituzionale*. Milão: CEDAM, 1991.

ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão Veredas*. Edição comemorativa. São Paulo: Nova Fronteira, 2006.

## Breve nota histórica sobre o artigo 171 da Constituição de 1988

Eros Roberto Grau

Geraldo Ataliba, meu amigo, telefonou-me dizendo que o Governador do Estado de São Paulo pretendia contratar, além dele, mais três professores de direito para assessorarem a bancada paulista na Constituinte. Ataliba propusera os nomes de Celso Antônio, Adilson Dallari e o meu. Não haveria, como de fato não houve, remuneração. O Estado apenas pagaria o hotel e nos daria as passagens. Imediatamente aceitamos, todos, e assim chegamos a Brasília, um a cada semana, com a missão de assessorarmos os deputados e senadores por São Paulo. De três em três semanas, cada um de nós retomava o seu trabalho. Gravitávamos entre o escritório do Governo do Estado e o gabinete do deputado Michel Temer, então colega de escritório do Geraldo, do Celso Antônio e do Adilson. A circunstância de assessorarmos a bancada paulista assegurava-nos acesso ao ventre da Constituinte. Isso o que importava.

Sem descurar da missão de trabalho de que fora incumbido, aproximei-me a temas que pessoalmente me interessavam e a alguns amigos, especialmente o Nelson Jobim.

O que desejo relatar nesta oportunidade que me oferece a Revista de Informação Legislativa - RIL (se bem que o Jorge Fontoura me convidara para escrever um texto de doutrina, não uma simples crônica) é episódio que me parece relevante.

Suficientemente relevante para me absolver pelo desvio que me conduz da doutrina à História.

Eu estava ligado ao pessoal da informática. Tudo começara de modo inusitado. Em 1985, João Carlos Priester Pimenta, engenheiro, dirigia o CIATEC, uma entidade resultante da colaboração desenvolvida entre o Município de Campinas, a Companhia Paulista de Força e Luz, o CTI – Centro Tecnológico para Informática, então dirigido pelo ilustre professor doutor José Rubens Dória Porto, e a hoje Fundação CPqD – Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações. Pretendia-se induzir a criação de um pólo industrial na área da informática. A chamada Lei da Informática, Lei n. 7.232/84, criara alguns incentivos e, a pedido do Pimenta, a quem eu prestava consultoria, estudei-a detidamente. Tivemos uma reunião no Centro Tecnológico para Informática com o Dória Porto, de quem posteriormente também me tornei amigo e foi diretor da Secretaria Especial de Informática – SEI. Tinha a lei “na ponta da língua” para debatê-la na entrevista com o Dória Porto. Eis que, alguns dias depois disso, vem ao meu escritório o Pietro Biselli, professor da EAESP e empresário. Procurava-me por conta de uma questão societária na sua empresa. Mal começamos a conversa – não nos conhecíamos – e Pietro, vendo sobre a mesa uma cópia da Lei n. 7.232/84, perguntou-me se eu “entendia dessa lei”. Respondi que sim, ele interrompeu o seu sócio, que se preparava para expor a situação que os levava ao meu escritório, e determinou: “Flávio, fica quieto. O *avvocato* entende da lei 7.232/84 e isso é o que interessa”.

Desde esse momento, engajei-me na chamada “guerrilha da informática”. Trabalhamos em várias frentes, eu na retaguarda jurídica, algumas vezes avançando na linha ideológica. Uma tarde estive no Senado, em Brasília, e me envolvi em uma discussão muito azeda com o Senador Roberto Campos. Um grupo formidável de

amigos guerrilheiros. Em razão dessas vinculações com gente inteligente e brilhante<sup>1</sup>, na Constituinte, estive próximo ao Senador Severo Gomes, que era assessorado na matéria de informática por Cláudio Mammana e Luciano Coutinho. Trabalhamos então, Cláudio e eu, na redação do texto que resultou transformado no artigo 171 e seus parágrafos da Constituição. Participamos de reuniões, inúmeras, algumas com a Deputada Cristina Tavares e o Deputado Maurício Fruet.

O artigo 171 da Constituição assim definia empresa brasileira de capital nacional:

“Art. 171 - São consideradas:

I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidade de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades”.

Seu § 1º afirmava que a lei poderia, em relação à empresa brasileira de capital nacional, conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País, bem assim estabelecer, sempre que considerasse um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, condições e requisitos que estreitavam a sua definição (isto é, de *empresa brasileira de capital nacional*).

A definição de *empresa brasileira de capital nacional*<sup>2</sup> foi decalcada da Lei n. 7.232,

<sup>1</sup> Fica sempre o temor de esquecermos uns e outros, mas havia figuras inesquecíveis, como, por todos, o Edson Fregni e o Arthur Pereira Nunes.

<sup>2</sup> A respeito dela, meus “Informática – intervenção estatal”, (GRAU, 1987b, p. 84 et seq.) e “Joint

de 29.10.84. As regras contidas no artigo 171 e seus parágrafos, desdobradas dos princípios constitucionais da soberania econômica nacional e da garantia do desenvolvimento nacional.

Sua inclusão no texto constitucional provocou intensos debates na Constituinte, gerados pelo antagonismo de correntes ideológicas. Nada de mais efetivo foi argüido, significativamente, contra a proteção e benefícios especiais temporários concedíveis tendo em vista o desenvolvimento de atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional. No que tange àqueles voltados à promoção do desenvolvimento do País, vigorosas investidas, contrárias a sua consagração constitucional, foram patrocinadas. É que se encontrava na pauta das discussões econômicas a Política Nacional de Informática, instituída pela Lei n. 7.232/84.

O art. 12 da Lei n. 7.232/84 definia que “a Política Nacional de Informática tinha por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira”, atendidos os princípios que enunciava<sup>3</sup>.

O preceito constitucional, após distinguir *empresa brasileira de empresa brasileira de capital nacional*, apartava, entre essas últimas, aquelas que atuassem em *setor considerado imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional* (art. 171, § 1º, II). Além disso, considerado também o preceito enunciado no § 2º do art. 171, teríamos: (a) empresas brasileiras de capital nacional; (b) empresas brasileiras de capital nacional beneficiárias da proteção e dos benefícios referidos no § 1º, I; (c) empresas brasileiras de capital nacional beneficiárias do tratamento preferencial estipulado pelo § 2º; (d)

*ventures e consórcios de tecnologia e a lei de informática*”, (GRAU, 1987a, p. 293 et seq.), desenvolvo, no segundo desses textos, exposição a propósito da noção de *controle tecnológico*.

<sup>3</sup> Remeto o leitor, a esta altura, a observações que faço, a respeito dessa política pública, em Grau (2006, p. 258 et seq.).

empresas brasileiras de capital nacional, de pequeno porte, às quais respeitava o princípio inscrito no art. 170, IX<sup>4</sup>.

O artigo 171 e seus parágrafos foram revogados pela Emenda Constitucional n. 6/95. Este não é o espaço adequado para a crítica que faço a essa revogação. A respeito dela, remeto o leitor a considerações que desenvolvi no meu *A ordem econômica na Constituição de 1988* (GRAU, 2006, p. 262-264). O que ora desejo fazer é o relato de circunstância especial que cercou a aprovação do texto desse artigo 171 e parágrafos.

É que, em determinado momento, Severo Gomes chegou à conclusão, em conversa com Mário Covas, de que não se somavam votos suficientes para assegurar a aprovação dos textos do artigo 171 e seus parágrafos. Sei que houve outras tratativas com o Dr. Ulysses, das quais Mário Covas saiu com a missão de harmonizar os interesses de defesa da tecnologia nacional de informática com os do grupo de parlamentares simpáticos à idéia de sujeitar a um plebiscito a forma de governo [república ou monarquia constitucional] que deveria vigorar no País. Os que tinham simpatia pela monarquia constitucional não nutriam nenhum entusiasmo em relação aos desígnios da política nacional de informática e aos que estavam convencidos da necessidade de a Constituição privilegiar as empresas brasileiras de capital nacional. Não obstante, a soma de forças em determinado momento foi convencionaada. Esse movimento político, fruto de uma estratégia equacionada por Mário Covas, é que explica a inserção do conceito de empresa brasileira de capital nacional na Constituição e a previsão, no ADCT, da convocação de um plebiscito em torno da escolha entre a república e a monarquia constitucional.

Esse episódio, cuja veracidade reconfirmei com Pietro Biselli e Luciano Coutinho,

<sup>4</sup> Note-se que não tomo como objeto de cuidados, aqui, os preceitos contemplados no art. 176, § 1º — e 44 das Disposições Constitucionais Transitórias —, no art. 222, no art. 178, § 2º e, ainda, no art. 179.

dá bem a medida das composições de interesses tecidas no seio da Constituinte, na heterodoxia de algumas de suas formas capazes de explicar a natureza peculiar das forças que nele se movimentam, em sentidos múltiplos e variados, suficientes porém para expressar o vigor e a virilidade do Poder Constituinte de 1988.

### *Referências*

GRAU, Eros. Joint ventures e consórcios de tecnologia e a lei de informática. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 83, p. 291-297, 1987a.

\_\_\_\_\_. Infomática: intervenção estatal. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 83, p. 84-94, 1987b.

\_\_\_\_\_. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

# Nação, Nacionalismo, Estado

Samuel Pinheiro Guimarães

## Sumário

1. Definições. 2. Nacionalismo. 3. Nação. 4. A formação primitiva dos Estados. 5. A visão do Estado no início do século XXI. 6. O mundo real do século XXI. 7. O capitalismo e a campanha pelo fim do Estado.

### *1. Definições*

Nação, em seu sentido político moderno, é uma comunidade de indivíduos vinculados social e economicamente, que compartilham um certo território, que reconhecem a existência de um passado comum, ainda que diverjam sobre aspectos desse passado; que têm uma visão de futuro em comum; e que acreditam que esse futuro será melhor se se mantiverem unidos do que se separarem, ainda que alguns aspirem modificar a organização social da nação e seu sistema político, o Estado.

Nesse sentido, é possível falar de uma nação brasileira, de uma nação mexicana, de uma nação indiana, de uma nação americana e assim por diante ainda que grupos sociais dentro dessas nações possam ter interpretações diferentes de seu passado e aspirações distintas para seu futuro em comum, sem, todavia, que nenhum grupo significativo chegue a desejar e a lutar pela secessão.

Nacionalismo é o sentimento de considerar a nação a que se pertence, por uma



razão ou por outra, melhor do que as demais nações e, portanto, com mais direitos, sendo manifestações extremadas desse sentimento a xenofobia, o racismo e a arrogância imperial. Nacionalismo é, também, o desejo de afirmação e de independência política diante de um Estado estrangeiro opressor ou, quando o Estado já se tornou independente, o desejo de assegurar em seu território um tratamento pelo Estado melhor, ou pelo menos igual, ao tratamento concedido ao estrangeiro, seja ele pessoa física, seja jurídica. Os movimentos nacionalistas significativos do ponto de vista político, cujas manifestações históricas mais simples decorrem de identidade étnica, lingüística ou de pertencimento, no passado, a uma organização política, tem como seu principal objetivo o estabelecimento de um Estado ou a modificação das políticas do Estado para defender ou privilegiar interesses dos que integram um certo movimento.

## 2. Nacionalismo

O preconceito de considerar a sua nação melhor do que as demais tem sua origem na idéia de que as divindades teriam escolhido um povo, uma certa nação, como eleita, isto é, a nação como um conjunto de indivíduos que adoravam uma certa divindade. O caso do povo judeu, o chamado povo eleito, é clássico e essa convicção tem conseqüências políticas até hoje, sendo talvez o Oriente Próximo o principal e mais complexo foco de tensão no mundo. O Japão é outro caso interessante na medida em que o Imperador era considerado Filho do Sol e como tal simbolizava o vínculo concreto entre o povo japonês e a divindade suprema. A China, tradicionalmente, se considerava tão superior aos povos vizinhos e mesmo a povos distantes que nem admitia manter relações políticas em nível de Estados soberanos com outros Estados. Estes podiam, no máximo, oferecer tributos ao Império do Meio, centro da civilização, cujos imperadores se acreditava estarem diretamente vinculados às divindades celestiais.

O caso dos Estados Unidos, civilização mais recente do que a chinesa, a judaica e a japonesa (e mesmo a francesa, a alemã e a russa), é distinto mas as raízes do nacionalismo americano podem ser encontradas na religião protestante. Esta considera que o sucesso material é um sinal de aprovação divina, da própria salvação, de uma predestinação. De um ponto de vista coletivo, o sucesso material da sociedade americana significaria um sinal de aprovação divina, de que a sociedade americana seria eleita pelo Senhor e que, por essa razão, não só poderia como deveria assumir o papel de líder e de modelo para todas as sociedades e Estados. Essa missão salvadora se encontra claramente expressa nos documentos de política externa dos Estados Unidos. A declaração do Presidente George W. Bush de que teria, literalmente, falado com Deus, a presença crescente e a enorme influência do fundamentalismo religioso, extremamente conservador, belicoso e nacionalista são aspectos, fatos reveladores dessa convicção de povo, de nação eleita e, portanto, de superioridade em relação às demais nações.

Um dos principais movimentos nacionalistas viria a se desenvolver na Alemanha com base na superioridade de uma suposta raça ariana, germânica e pura que viria a redundar na tomada do Estado pelo Partido Nacional Socialista, com terríveis conseqüências para o mundo e, em especial, para aqueles que considerava como integrantes das raças inferiores, em especial os judeus, vítimas de uma política de eliminação física, o Holocausto.

O nacionalismo nos países desenvolvidos, em especial nas Grandes Potências, e sua pretensão de superioridade nacional redundou facilmente em políticas expansionistas e agressivas, tanto no continente europeu como também na formação dos impérios coloniais, com a noção explícita de inferioridade dos povos e das culturas locais e até, eventualmente, a idéia de que seriam seres humanos distintos e mesmo inferiores. Em um exemplo chocante dessa

pretensão, o General Westmoreland, então comandante em chefe das forças americanas no Vietnã, referiu-se publicamente aos vietnamitas como seres diferentes “de nós”, para justificar certas ações das tropas americanas.

Assim, a característica central do sistema internacional, nos últimos quinhentos anos desde a descoberta das Américas, tem sido o imperialismo e o colonialismo, cujo fundamento de dominação, além da força, foi a ideologia de superioridade racial e civilizacional em relação às colônias e a seus povos e a agressão aos sistemas políticos, sociais e culturais de nações dominadas, pela força, pelas metrópoles européias (o que também ocorreu no processo de criação dos “impérios continentais” como na expansão territorial dos Estados Unidos rumo ao Oeste e da Rússia rumo ao Leste e ao Sul). A escravidão foi a expressão máxima dessa dominação e os escravos eram considerados seres inferiores, sem alma, e portanto naturalmente sujeitos ao jugo e ao arbítrio de seus senhores. Lord Acton, em artigo publicado em 1862, afirmava que os Estados mais perfeitos são aqueles que, como o Império Britânico e o Império Austríaco, incluíam várias nacionalidades distintas sem as oprimir porque “as raças inferiores se elevam ao viver em união política com raças intelectualmente superiores”.

Nos países da periferia, ex-colônias, ou ex-semicolônias, o nacionalismo tem natureza radicalmente distinta dos movimentos nacionalistas que se desenvolveram na Europa os quais tiveram sua reputação definitivamente manchada pelo nazifascismo, o qual tinha, aliás, seguidores e simpatizantes ardorosos em vários outros países europeus, além de Alemanha e Itália. Diga-se de passagem que os atuais “cosmopolitas” utilizam muitas vezes uma identificação errônea entre o nacionalismo europeu e o nacionalismo da periferia para desqualificar os movimentos anticolonialistas, antiimperialistas e hoje antiglobalização acusando-os de “nacionalistas” (ao que

em geral acrescentam o termo populista). Os movimentos nacionalistas nas diversas colônias, com a variação natural de tempo e espaço, foram movimentos de afirmação da nacionalidade, de recuperação de tradições, de idioma, de autonomia política e de independência, em relação inicialmente às metrópoles coloniais européias, e, mais tarde, transformaram-se em movimentos de afirmação política e de desenvolvimento econômico independente dos Estados que se originaram nas ex-colônias.

### 3. Nação

Ao final do Império Romano, as invasões das tribos bárbaras que viriam a ocupar as províncias romanas e a estabelecer os feudos, territórios em que os diversos líderes tribais tinham reconhecida sua soberania política e militar, ainda que mais ou menos limitada, estabelecem pela primeira vez, pela diferenciação de idiomas e de raças em fusão com os habitantes, as línguas locais e o latim popular, as sementes das nações e dos Estados modernos. A Igreja nesse processo teve especial relevância na medida em que esses senhores feudais iriam convertendo-se ao cristianismo e reconheciam a autoridade de Roma.

Esses sistemas feudais, frouxamente submetidos a um poder central, em geral o senhor de um feudo territorial e populacionalmente maior, correspondiam a um conjunto de feudos, territórios pequenos que, por força dos diversos sistemas de herança política (que aliás era também patrimonial), do regime de morgadio e de casamentos, viriam a se agregar progressivamente. As divergências sobre direitos hereditários, as guerras de conquista e a relação pessoal patrimonial dos senhores feudais com os seus territórios fariam com que periódica e eventualmente populações de distintas origens passassem a estar submetidas à soberania de distintos senhores.

Assim se formaram os Estados nacionais europeus, os quais na realidade não

correspondiam a nações homogêneas mas agrupavam populações de distintas origens étnicas, com diferentes graus de miscigenação, com distintas tradições e às vezes religiões. Nesses Estados vigiam regimes absolutistas cujo fundamento era a doutrina do direito divino dos reis sobre todos os seus súditos (inclusive os nobres descendentes dos senhores feudais), monarcas que se apoiavam mutuamente nessa pretensão. Esses monarcas absolutos tinham o suporte ideológico de Roma, até que o protestantismo veio a opor ferozmente, em guerras sangrentas, alguns desses Estados, que continuavam, todavia, a acreditar e a defender a doutrina do direito divino dos reis.

A idéia de que o Estado nasce com a nação não corresponde à realidade na maior parte dos casos pois a nação seria de fato uma construção ideológica posterior, tendo muitas vezes a nação sido “construída” pelo Estado. A emergência natural das nações teria sido em realidade impossível devido à ignorância das massas, à diversidade de etnias e de religiões, à ausência de tradições reais, efetivas, à tardia fixação das línguas, às difusas tradições orais e, portanto, a emergência de uma nação teria sido somente possível após o surgimento do Estado moderno, que organiza uma administração central do Estado, e como consequência dos programas de educação pública, do serviço militar e da vontade dos dirigentes de unificar as populações. Todavia, se isto ocorre, isto é, se as nações foram construídas pelos Estados, torna-se necessário procurar esclarecer como surgiram os Estados.

Assim, nação e nacionalismo, apesar de serem conceitos difusos, correspondem a realidades que tiveram e têm forte impacto sobre a realidade política e se encontram estreitamente vinculadas a um outro conceito que, além de conceito, é o fato mais concreto da realidade quotidiana de todos os indivíduos, que é o Estado. Todas as questões teóricas e práticas relativas a nação e a nacionalismo como, por exem-

plo, em que medida a cada nação deveria corresponder um Estado; se as nações para serem consideradas como tal deveriam ser étnica, idiomática ou religiosamente homogêneas; se o nacionalismo seria sempre uma manifestação política perversa e perigosa; se o nacionalismo tende ao nazismo e assim por diante passam a ter um interesse especial quando examinadas à luz da noção e da realidade do Estado.

#### *4. A formação primitiva dos Estados*

Apesar das diferenças importantes no processo de formação e de evolução dos atuais Estados, uma descrição geral um tanto ou quanto esquemática de sua formação pode ser feita, a qual teria de se ajustar e de ser qualificada, com as mudanças necessárias, a cada circunstância histórica e geográfica de Estados específicos, cuja dinâmica geral poderia, no entanto, ser considerada como razoavelmente válida para todos.

A diversificação das atividades produtivas e das funções sociais acarretava, mesmo nas sociedades mais primitivas, conflitos de interesses que tornavam necessária a existência de normas que disciplinassem as relações entre indivíduos e grupos e que, sendo aceitas, ou impostas, como válidas por todos, permitiam sua convivência social pacífica sem que fosse necessário recorrer permanentemente à força e à violência para garantir sua obediência.

A luta pela hegemonia (isto é, pelo direito de extrair riquezas naturais em um certo território e de nele organizar o trabalho humano) levava à sujeição de umas comunidades por outras e à definição de territórios e de suas fronteiras, dentro das quais essa hegemonia se exercia na prática pela definição de normas e pela capacidade de fazê-las aceitar se necessário pela força.

Naturalmente, os grupos hegemônicos em cada sociedade procuravam justificar e explicar sua hegemonia por meio de seus supostos vínculos com as divindades

protetoras daquelas comunidades as quais lhes conferiam o direito de governá-las e, portanto, de elaborar as normas de conduta e de zelar pelo seu cumprimento.

As fronteiras separavam territórios geográficos dominados por distintos grupos hegemônicos cujos líderes procuravam acentuar as diferenças que existiam em termos de cultura, idioma, tradições e práticas religiosas entre as comunidades separadas por fronteiras e assim incentivavam a rivalidade e as noções de superioridade, que caracterizam os nacionalismos.

As fronteiras definem os limites físicos do exercício de hegemonia (de soberania) dos grupos e se estabeleceram no passado como resultado de processos de luta que vieram a se fixar em obstáculos naturais ao exercício eficaz da força, tais como mares, lagos, rios e cadeias de montanhas, obstáculos que contribuíram no passado, quando as distâncias eram muito significativas, para o desenvolvimento de tradições e idiomas distintos.

À medida que as sociedades se tornavam mais populosas, surgia a necessidade de organizar instituições permanentes, encarregadas de elaborar as normas de conduta, de assegurar a obediência a elas e de financiar o seu funcionamento, com a coleta de tributos. Nas comunidades primitivas e menores, todos os indivíduos podiam participar da elaboração de normas sociais e todos podiam, em princípio, participar dos organismos sociais encarregados de zelar pela obediência a essas normas.

À medida que as comunidades cresciam em população e se diversificavam as atividades produtivas, os indivíduos deixavam de poder participar diretamente dos processos de elaboração e de execução de normas e de solução de conflitos. Tornava-se necessário escolher representantes, para governar as sociedades com sistemas cujas diferenças decorriam, como Aristóteles definiu na *Política*, de um julgamento apriorístico sobre a natureza humana. A questão básica, segundo Aristóteles, seria

a de saber se todos os indivíduos seriam essencialmente iguais ou desiguais; e, caso desiguais, se uma família poderia ser considerada melhor do que as demais; ou se alguns indivíduos seriam considerados essencialmente melhores do que os demais. Dependendo da natureza dessa convicção apriorística, os regimes políticos possíveis seriam a democracia, a monarquia e a oligarquia, com suas variações. É óbvio, todavia, que nunca houve um debate teórico sobre a natureza humana prévio à definição dos regimes políticos das comunidades humanas, primitivas ou não, os quais se definiram, isto sim, a partir do intenso conflito de interesses dentro de cada comunidade e da luta dos diversos grupos pela hegemonia.

De toda forma, mesmo na monarquia absoluta e nos regimes autoritários, o rei ou o ditador não governa sozinho, não elabora as normas de conduta sozinho nem sozinho garante a obediência a elas. Tem ele de se fazer valer de auxiliares, nobres, ministros, *apparatchiks* ou que nome tenham, aos quais delega o exercício de parte de suas funções e prerrogativas e de cujo apoio político e militar necessita para se manter no poder. É possível imaginar que, no início, a escolha desses indivíduos se fazia principalmente no seio daquelas famílias dos grupos hegemônicos que organizaram inicialmente a comunidade e seus sistemas de produção e de defesa contra outras comunidades.

Os distintos regimes políticos, formas de governo, são apenas distintos sistemas de seleção dos representantes de uma comunidade para exercer as funções públicas e da forma de financiar o exercício dessas funções, que são legislar, executar e julgar. O conjunto de instituições que exercem essas funções de legislar, executar e julgar em nome do conjunto dos cidadãos de uma sociedade se chama Estado. Uma função essencial e preliminar do Estado é a organização de sua defesa em relação às pretensões territoriais de outros Estados e assim garantir a sua soberania sobre o seu território e a

população que nele habita. O Estado, ainda que em suas formas primitivas e de alcance pouco abrangente, é, portanto, essencial para a convivência pacífica dos diversos grupos de indivíduos que habitam um determinado território e para a defesa de seus interesses em confronto com outras comunidades organizadas sob a forma de Estado. Naturalmente que os sistemas religiosos, com suas normas de conduta social e com o poderoso instrumento de sua sanção divina, faziam parte integrante dos Estados.

O Estado moderno detém o monopólio do uso da força que é sua prerrogativa essencial e indispensável para a manutenção eficiente de um sistema de normas e de governo.

A evolução histórica das comunidades primitivas através de guerras, da conseqüente incorporação de territórios e de sujeição da população neles existentes levou eventualmente à constituição dos Estados modernos. Naquelas circunstâncias em que essa incorporação de território e de população não foi aceita se verificam hoje as reivindicações mais ou menos violentas por autonomia ou independência, tais como ocorrem na Espanha, na China, na Iugoslávia, na ex-URSS, no Canadá, na Bélgica e em tantos outros países.

Essa evolução histórica das comunidades e nações levou à constituição e à definição dos territórios dentro dos quais se exerce a soberania de cada um dos 192 Estados atuais membros da Organização das Nações Unidas, cuja convivência pacífica somente se pode dar com obediência aos princípios dos Artigos 1 e 2 da Carta: solução pacífica de controvérsias; direitos iguais e autodeterminação; respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais; igualdade soberana; abstenção de ameaças ou de uso da força contra a integridade territorial e a independência política de qualquer Estado.

A Revolução Francesa em 1789, a Revolução Russa em 1917 e a Revolução Chinesa em 1949 foram três grandes tentativas de

modificação do sistema social e da organização do Estado, com enormes reflexos na história da humanidade: a primeira desencadeou o processo de eliminação dos direitos feudais e de transformação das monarquias absolutas na Europa (e de seus impérios coloniais, em especial na América Latina) ao afirmar que “cada povo é independente e soberano”; a segunda iniciou a primeira experiência de um modelo social e político alternativo ao capitalismo e ao liberalismo e reforçou, em competição com os Estados Unidos, que advogava, somente para os europeus, a idéia de autodeterminação dos povos; e a terceira iniciou o processo de transformação do Estado e da economia chinesa com as conseqüências que hoje fazem com que a China, ao crescer em média 10% ao ano nos últimos vinte anos, tenha-se transformado na segunda maior potência econômica do mundo.

### 5. *A visão do Estado no início do século XXI*

A sociedade atual se caracteriza pela concentração de riqueza e de poder, pela transformação tecnológica acelerada, pela instabilidade social, pela ansiedade e frustração individual, pelo fundamentalismo religioso e pelo consumo de produtos que alteram a consciência, tais como o álcool, a cocaína, o *ecstasy* e outros narcóticos.

Nessa sociedade moderna, quer seja ela altamente desenvolvida, quer seja subdesenvolvida, o controle do Estado, isto é, o controle do sistema de normas e de instituições que definem e garantem as características fundamentais do sistema de produção e que, não importa a razão, consagra certos privilégios, é essencial para as classes dominantes.

Todavia, no sistema democrático moderno, que é o resultado de uma história de lutas e de conquistas dos setores oprimidos da sociedade, a cada cidadão, conceito este que vem sendo definido de formas diferentes através do tempo e do espaço, cabe um voto

no processo de escolha dos dirigentes do Estado. Por outro lado, no capitalismo, a cada unidade monetária corresponde um “voto” no mercado e, portanto, as decisões sociais sobre o que produzir, como produzir, como consumir e os benefícios que decorrem dessas decisões se encontram altamente concentradas nas mãos das megaempresas, isto é, de seus acionistas-proprietários e de seus delegados, ou melhor, empregados, os chamados executivos.

O grande e permanente desafio que tem de enfrentar os detentores do poder econômico na sociedade moderna de regime democrático em que a cada cidadão corresponde um voto consiste em como transformar poder econômico em poder político. Essa transformação é essencial para garantir a sobrevivência das normas fundamentais do sistema econômico e social e, eventualmente, para promover, à medida que isso se torna necessário, sua modificação controlada, reformista e não-revolucionária, isto é, sem alterar as relações fundamentais de propriedade. Nos primórdios da democracia liberal, tal desafio ainda não se colocava pois o regime era censitário, uma vez que os indivíduos somente eram cidadãos na medida em que tinham certa renda, ou propriedade, ou pagavam impostos.

A primeira meta, portanto, no processo de transformar poder econômico em poder político, deve ser afastar a massa de cidadãos das atividades do Estado e da política, que é a atividade pela qual se controla o Estado, ou reduzir ao mínimo e controlar a participação dessa massa na política e no Estado. Assim, é necessário difundir uma imagem negativa do Estado e da política no seio da massa da sociedade mas certamente não entre os que compõem as suas elites.

A imagem do Estado que se difunde na sociedade atual, em que predominam os valores individualistas, exaltados pela mídia, pelo sistema educacional e até pelas religiões, é que o Estado é o moderno Leviathan, a fonte de todo o Mal.

De acordo com essa visão, a cobrança de impostos extorsivos (por menores que sejam em realidade) para alimentar uma burocracia parasitária, que se compraz em elaborar milhares de regulamentos inúteis e confusos, que estimulam a corrupção e tolhem a liberdade e a criatividade do indivíduo, puro e feliz originalmente, decorre da existência de um Estado que todos os dias infringe a liberdade individual e entorpece o desenvolvimento da sociedade. Essa visão, que persiste através dos séculos, origina-se na crítica às práticas arbitrárias das monarquias absolutas do Renascimento e do Iluminismo contra as quais a burguesia nascente e seus representantes políticos lutaram para poder implantar o capitalismo e o liberalismo como formas de organização econômica e política, em uma época anterior à revolução industrial e à revolução tecnológica.

Nesse Estado Leviathan do século XXI, reinaria maleficamente o político, o homem do Estado, o homem do Mal. Incompetente, é incapaz de enfrentar os males que afligem a sociedade; mentiroso, ilude os cidadãos a quem periodicamente atraiçoa; xenófobo, estimula os conflitos; e corrupto, defende os interesses estrangeiros, ou os interesses dos poderosos ou os interesses dos incompetentes sociais que fracassaram na luta individualista pelo sucesso, enquanto se aproveitam das “vantagens” dos cargos que ocupam.

O desprezo e até o horror pela política (e pelos políticos) é sistemática e quotidianamente estimulado pelos meios de comunicação de massa, que procuram fazer crer aos integrantes das classes médias e trabalhadoras que a atividade política não é digna de um “homem de bem”, que este deve dedicar-se exclusivamente à sua atividade profissional seja ele um operário, um empregado, um técnico, um profissional liberal, sob o risco de se corromper.

Na estratégia de estimular esse horror e desprezo (com o objetivo de afastar as “classes inferiores” da tentação de governar

a sociedade), é necessário desmobilizar essas “classes”, desviar e distrair sua atenção, o que é tanto mais importante quanto mais desigual e excludente for a sociedade e, portanto, quanto maior for a ostentação de riqueza e mais gritante a miséria.

A distração da atenção das grandes massas trabalhadoras e das classes médias se faz pela criação de novos cultos e da promoção dos heróis desses novos cultos. A promoção desses novos cultos e a promoção desses novos heróis é feita pelos meios de comunicação de massa, em especial a televisão, e pela oferta maciça de entretenimento banal audiovisual, dos espetáculos musicais, dos folhetins, dos espetáculos esportivos, dos anúncios publicitários. A sociedade é a sociedade do espetáculo, onde tudo se transforma em espetáculo, inclusive a política.

O principal desses novos cultos é o culto do corpo, que se realiza com o “body building”, da engenharia plástica e das dietas corretas de alimentação (a dieta da sopa, das frutas, das proteínas, do tipo sanguíneo, das vitaminas...) e seus heróis são os atletas, os artistas e as modelos de moda, enquanto se deprecia o espírito e a cultura, mais pela omissão do que pelo ataque direto.

O segundo culto é o culto do dinheiro em que o empresário se apresenta como o grande herói, dinâmico, astuto, trabalhador incansável em busca do sucesso pessoal, e se procura convencer a todos que todos podem vir a se tornar empresários bem-sucedidos e ricos, bastando seguir as estratégias descritas nos títulos da literatura de auto-ajuda empresarial: e se Harry Potter Dirigisse a General Electric?, Casais Inteligentes Ficam Ricos, o Tao de Warren Buffet, Sun Tzu – a Arte da Guerra para os Executivos etc. O empresário é assim o herói que enfrenta o político vilão, é vítima e adversário do Estado, dá emprego às massas, é a favor da paz. Os heróis desses dois novos cultos são os modelos para os jovens e o escárnio dos idosos que já não podem

ser atletas nem empresários, fracassados por não serem ricos e com experiência que não tem valor na sociedade do novo e da obsolescência programada.

O mundo ideal, para os indivíduos da nova sociedade do século XXI, de onde são enxotadas as utopias, ridicularizadas sempre que propõem enfrentar as desigualdades sociais e modificar as estruturas de poder que as originam e mantêm, seria um mundo sem governos, sem violência, sem drogas, sem políticos, sem normas, sem impostos, onde todos seriam física e financeiramente bem-sucedidos, atletas e empresários, um mundo em que, acima de tudo, o Estado não existiria.

## 6. O mundo real do século XXI

No mundo real do século XXI, existem 192 Estados e um número ainda maior de nações, e, portanto, trata-se de um mundo em que proliferam os conflitos e as divergências dentro e entre os Estados, e em que a elaboração permanente de normas e a atividade política incessante são realidades inescapáveis.

Não só existem hoje 192 Estados, mas o número de Estados vem crescendo desde que, em 1946, a Carta das Nações Unidas foi subscrita por seus Estados fundadores. Os Estados membros da ONU, de 51 em 1946, passaram a 152 em 1980 e a 192 em 2008, e, à medida que os nacionalismos se aguçam, estimulados ou naturais, outros Estados podem vir a surgir, como foi o caso recente do Kosovo, Estado de grande inviabilidade, mas que abre importante precedente, que afeta os interesses mais estratégicos dos Estados Unidos e da Europa. O estímulo aos nacionalismos locais na Europa enfraquece o novo nacionalismo europeu que se concretizaria na “cidadania europeia”, ao tornar mais difícil a ação política da União Europeia, enquanto que o estímulo aos nacionalismos na periferia tem o efeito de enfraquecer os grandes Estados como a China, a Índia e a Rússia. Politicamen-

te, fortalecem-se os nacionalismos o que enfraquece esses grandes competidores; economicamente, isso prejudica o processo de globalização ao multiplicar o número de Estados.

Os conflitos armados durante o século XX foram os mais sangrentos e destrutivos de toda a História da humanidade e o fim dos regimes comunistas, a cuja existência e ação se atribuía os conflitos entre Estados, não reduziu nem o número nem a intensidade desses conflitos.

O aumento do número de Estados decorreu certamente da vitalidade e do sucesso dos movimentos nacionalistas em sua luta contra a dominação dos impérios coloniais e contra os Estados sob cuja dominação se encontravam grupos nacionais irredentos, tais como ocorria na Checoslováquia, na Jugoslávia e na União Soviética.

A formação dos Estados foi certamente distinta na Europa, na América Latina, na África e na Ásia. Os Estados atuais, em especial na América Latina, onde as instituições das populações locais existentes à época da conquista ou foram totalmente eliminadas, como no caso do México e do Peru, ou foram fragilizadas, como no caso do Brasil, são o resultado muitas vezes da evolução do transplante de instituições européias feito pelas metrópoles para suas colônias. Na África, século e meio mais tarde, as colônias tiveram fronteiras arbitrariamente traçadas que, mais tarde, sobreviveram ao processo de descolonização, separando etnias, idiomas e tradições e dando uma razão para os conflitos que, todavia, muitas vezes, tem sua verdadeira origem em disputas pela exploração de recursos naturais. Na Ásia, a colonização européia se fez de forma mais indireta e encontrou sistemas políticos e administrativos muito mais sofisticados aos quais se superpôs. Hoje aquelas formas anteriores de organização, ou pelo menos seu espírito, sobreviveram nas organizações políticas do Estado asiático. Por outro lado, o atual processo de integração européia não é

um processo de eliminação do Estado e de suas características fundamentais mas sim um processo de unificação gradual de Estados independentes que cedem parte da sua soberania aos órgãos supranacionais da União Européia. Esse é um fenômeno semelhante ao que ocorreu no passado na Alemanha e na Itália e nada tem a ver com alguma suposta tendência histórica ao fim das fronteiras mas sim corresponde a um redesenho de fronteiras e de cidadania. Trata-se em realidade da formação gradual de um novo (e enorme) Estado em um processo semelhante, mas de nenhuma forma igual (pois os Estados, na União Européia, ainda conservam um número muito maior de prerrogativas soberanas) ao que sucedeu na formação dos Estados Unidos, da Alemanha e da Itália.

### *7. O capitalismo e a campanha pelo fim do Estado*

O capitalismo moderno tem como fundamento a propriedade privada dos meios de produção e como objetivo principal o lucro. Esse objetivo supremo torna indispensável a permanente expansão da produção a qual depende, por sua vez, da divisão do trabalho e, portanto, da extensão do mercado.

Quanto maior a extensão do mercado maior a possibilidade de divisão do trabalho, maior a produtividade, maior a produção, maior o consumo, maior o lucro e maior a felicidade humana, já que, conforme Jeremy Bentham argumentou, seria impossível medir o grau de felicidade humana e assim se poderia considerar que quanto mais bens o indivíduo (e a comunidade) puder consumir maior a sua "felicidade". Daí a alegria com que se saúdam os incrementos do PIB, enquanto se constata o alto grau de insatisfação do indivíduo comum mesmo naqueles países mais desenvolvidos. Claro está que, para as massas de excluídos, o aumento de sua "felicidade" somente poderá ocorrer



quando conseguirem alcançar patamares mínimos e dignos de consumo de bens físicos e culturais.

Assim, o capitalismo, como forma de organização da produção, da distribuição e do consumo de bens, desde os seus primórdios procurou ampliar os mercados, por meio da incorporação de forma pacífica ou violenta de populações e de territórios ao seu sistema de produção, e assegurar a existência de sistemas políticos de elaboração e de execução de normas que garantissem sua expansão e seu funcionamento pacífico.

Esse processo de formação de mercados, de início locais, em seguida regionais, depois nacionais, posteriormente continentais e, finalmente, globais foi interrompido no período que decorreu entre 1914 e 1989, em que se verificaram as duas Guerras Mundiais, a Grande Depressão de 1929 e a Revolução Bolchevique de 1917 que implantou o regime socialista na Rússia e que viria a se expandir para a Europa Oriental, a China e a Ásia. O processo de descolonização, por sua vez, iria em muitos Estados de independência recente levar à organização de sistemas de produção de economia mista com alto grau de participação do Estado, o mesmo tendo ocorrido na América Latina. Esses eventos fragmentaram de diversas formas a economia mundial, interrompendo o processo de globalização de mercados e de integração da economia mundial e chegaram a parecer a muitos analistas como o prenúncio de uma eventual, mas certa, derrota do capitalismo diante do comunismo.

A queda do Muro de Berlim, a retirada das tropas soviéticas da Europa Oriental e do Afeganistão, a desintegração da União Soviética em quinze Estados independentes, a adesão ao capitalismo dos antigos regimes comunistas europeus, a nova política econômica na China, a reorganização das economias das ex-colônias da periferia, mediante as condicionalidades vinculadas ao processo de renegociação de suas dívidas externas, criou a oportunidade

para que o processo de globalização, isto é, de formação de mercados globais fosse retomado com todo o vigor ideológico e prático, com a incorporação desses “novos” territórios.

O processo de globalização, no início do século XXI, que corresponde à expansão do capitalismo e a sua permanente transformação tecnológica, para ser eficiente (maximizar o lucro) requer a uniformização das normas que regulamentam a atividade econômica nos distintos territórios soberanos. Exige também retirar da arena da política a questão econômica, estabelecendo como verdade absoluta e intocável a política neoliberal em seus preceitos fundamentais de propriedade privada e de livre jogo das forças de mercado que exigem, em consequência, programas de privatização (que chega até à segurança e aos presídios), de desregulamentação e de abertura comercial e financeira, de redução de impostos sobre o capital e de não-discriminação entre capital nacional e capital estrangeiro.

Para auxiliar de forma poderosa essa uniformização de normas nada mais útil do que a elaboração de teorias que advoguem o fim dos Estados nacionais (e dos nacionalismos), o fim das fronteiras, os benefícios do Estado-mínimo, acompanhados da negociação de normas internacionais que levem à adoção pelos Estados soberanos (na impossibilidade de sua sujeição política pela força) daquelas políticas neoliberais, tornando ilegais, e até “absurdas”, quaisquer políticas diferentes. Finalmente, a idéia de que a globalização econômica para ser eficiente depende de uma governança política global que assegure seu funcionamento e impeça tentativas nacionais de reversão e de limitação dos direitos de ação das megaempresas multinacionais. Todavia, paradoxalmente, o próprio processo de globalização, na medida em que não existe um Estado mundial, necessita de Estados nacionais para internalizar as normas negociadas internacionalmente e garantir sua vigência.

Na periferia do sistema econômico e político mundial, onde se encontram os Estados que são ex-colônias, tais como o Brasil, as disparidades de renda e de poder são extraordinárias dentro de seus territórios assim como entre essas ex-colônias e os países que integram o centro desenvolvido e poderoso do sistema internacional. As crescentes disparidades de poder entre o centro e a periferia do sistema, que podem ser constatadas pelo crescente hiato de renda *per capita* e de acúmulo de capacidade militar entre Estados desenvolvidos e Estados em desenvolvimento, fazem com que os Estados, únicas entidades na periferia capaz de enfrentar o poder das megaempresas multinacionais, das agências “internacionais” e dos Estados desenvolvidos, sejam obrigados, para manter a convivência pacífica entre os setores da população atingidos pelas políticas neoliberais dentro de seus territórios, a procurar executar políticas de desenvolvimento e de combate à pobreza que, muitas vezes, significam restrições ao processo de formação de mercados globais e ao livre jogo das forças de mercado.

Tais políticas são chamadas de nacionalistas e “populistas” e seus defensores são acusados, criticados e ridicularizados pela imprensa a qual, hoje na prática, é constituída por empresas multinacionais de entretenimento e informação e se encontram intimamente vinculadas às megaempresas multinacionais e delas dependentes, em consequência não só de seus interesses ideológicos comuns, na qualidade de empresas privadas que são, como pelo sistema de anúncios.

Os desequilíbrios de população, território, produto, forças armadas e desenvolvimento tecnológico entre os países do centro e os países da periferia tornam na prática impossível e utópica a idéia de governo mundial a qual é convenientemente substituída pela idéia de governança global, que na prática vem a ser exercida pelos organismos internacionais que foram criados após a II Guerra Mundial para assegurar a paz,

a segurança política e a estabilidade econômica ou, quando estes organismos por uma razão ou outra se verificam insuficientes ou se tornam inconvenientes, por novas agências internacionais, ou multinacionais, a serem criadas.

As tentativas permanentes dos Estados no centro do sistema de impor suas políticas econômicas e sociais, as crescentes assimetrias de riqueza e de poder entre as sociedades do centro e as da periferia, o crescente hiato entre elas, e a tentativa dos Estados do centro de impor à periferia, pela violência ou pela pressão econômica, mudanças de regime político e econômico fazem ressurgir com mais força os movimentos antiglobalização e os nacionalismos.

Os atentados de 11 de setembro de 2001 assim como os movimentos migratórios constantes, decorrentes de diferença de oportunidades para os indivíduos entre a periferia e o centro, a que se somam ondas migratórias periódicas decorrentes de conflitos e de catástrofes naturais, fizeram ressurgir nos países altamente desenvolvidos os nacionalismos xenófobos. Por outro lado, o desenvolvimento econômico na China e na Índia acrescentou uma forte demanda por energia, alimentos e minérios o que levou à acumulação de enormes reservas pelos países exportadores de petróleo, de gás, de minérios e de *commodities* agrícolas. A decisão desses países de investir tais recursos (dos “fundos soberanos”) em empresas dos países do centro do sistema mundial tem provocado um movimento inédito que procura impor restrições aos fluxos de capital estrangeiro que se dirigem aos países centrais, cujos dirigentes e analistas argumentam serem essas restrições necessárias por razões políticas estratégicas.

Essa rápida expansão da demanda por energia, por minérios, por alimentos de parte de países como a China e a Índia, que resultou de sua legítima aspiração de atingir níveis de consumo dignos para suas populações que correspondem, somadas, a

mais de um terço da população mundial, agregada à demanda das sociedades ocidentais, tem enorme impacto sobre o meio ambiente, em especial sobre a mudança climática, cujos efeitos, para serem evitados, tornariam quase que imprescindível uma maior intervenção do Estado na economia, o que afetaria o dínamo físico e ideológico do capitalismo.

Todavia, a academia, os organismos internacionais, a imprensa e os governos dos países altamente desenvolvidos permanecem convictos de que, para os países da periferia, o nacionalismo, que é o oposto do cosmopolitismo globalizador, e o populismo, que é o oposto do liberalismo radical, são dois males gêmeos a serem atacados e erradicados a qualquer preço. Para esses países subdesenvolvidos o melhor, para o seu bem (ou mal), seria se entregarem aos caprichos das vagas violentas da globalização radical e selvagem, cujos méritos são louvados dia e noite apesar das crises econômicas decorrentes da desregulamentação, da especulação dos mercados financeiros, do crescente hiato econômico e social entre o centro e a periferia do sistema e do renascer nos países centrais do nacionalismo econômico e do nacionalismo xenófobo contra os imigrantes da periferia.

Periferia sempre vista como inferior por ser negra, índia ou amarela, bárbara, infiel e turbulenta.

Não obstante, os Estados da periferia, superadas as ilusões do fim da União Soviética, de uma Nova Ordem Mundial e dos benefícios da globalização, prosseguiram em seus esforços de desenvolvimento econômico, como no caso da China; de afirmação política, como no caso da Índia; e de luta contra a pobreza, como no caso do Brasil. Passaram a coordenar sua ação internacional, propugnando a reforma das Nações Unidas e do órgão central do sistema político-militar internacional, que é o seu Conselho de Segurança; a reforma do sistema comercial mundial a partir da atuação do G-20 na Rodada de Doha; a organização de blocos de Estados, como no caso da União Africana; a reforma do sistema de combate à mudança do clima e da matriz energética. Somente com uma ação coordenada poderão defender seu direito ao desenvolvimento e à independência política em um sistema mundial que se caracteriza pela instabilidade econômica, pela violência dos poderosos, pelo desespero dos fracos, pela pobreza e riqueza extremas e pela ameaça à sobrevivência da humanidade.

# O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade

Um caso clássico de mutação constitucional

Gilmar Mendes

## Sumário

1. Considerações preliminares. 2. A suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. 3. A repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal sobre as decisões de outros tribunais. 4. A suspensão de execução da lei pelo Senado e mutação constitucional. 5. Conclusão.

### 1. Considerações preliminares

A suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado *inconstitucional* pela Excelsa Corte foi a forma definida pelo *constituente* para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade. A aparente originalidade da fórmula tem dificultado o seu enquadramento dogmático. Discute-se, assim, sobre os efeitos e a natureza da resolução do Senado Federal que declare suspensão a execução da lei ou ato normativo. Questiona-se, igualmente, sobre o caráter vinculado ou discricionário do ato praticado pelo Senado e sobre a abrangência das leis estaduais e municipais. Indaga-se, ainda, sobre a pertinência da suspensão ao pronunciamento de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, ou sobre a sua aplicação às decisões proferidas em ação direta.

Embora a doutrina reiterasse os ensinamentos teóricos e jurisprudenciais

americanos, no sentido da *inexistência jurídica* ou da *ampla ineficácia* da lei declarada inconstitucional, não se indicava a razão ou o fundamento desse efeito amplo (BITTENCOURT, 1997, p. 141). Diversamente, a não-aplicação da lei, no Direito norte-americano, constitui expressão do *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores. Daí ter-se adotado, em 1934, a suspensão de execução pelo Senado como mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade. A fórmula mereceu reparos na própria Assembléia Constituinte. O Deputado Godofredo Vianna pretendeu que se reconhecesse, *v.g.*, a inexistência jurídica da lei, após o segundo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do diploma (ARAÚJO CASTRO, 1995, p. 247; ALENCAR, 1978, p. 234-237).

Mas, que efeitos hão de se reconhecer ao ato do Senado que suspende a execução da lei inconstitucional? Lúcio Bittencourt (1997, p. 145) afirmava que “o objetivo do art. 45, nº IV – a referência diz respeito à Constituição de 1967 –, é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”. Outros reconhecem que o Senado Federal pratica ato político que “confere efeito geral ao que era particular (...), generaliza os efeitos da decisão”.<sup>1</sup>

O Supremo Tribunal Federal parece ter admitido, inicialmente, que o ato do Senado outorga eficácia genérica à decisão definitiva. Assim, a suspensão teria o condão de dar alcance normativo ao julgado da

<sup>1</sup> Paulo Brossard, O Senado e as leis inconstitucionais, Revista de Informação Legislativa 13(50)/61; cf. Josaphat Marinho, O art. 64 da Constituição e o papel do Senado, Revista de Informação Legislativa, 1(2); Alfredo Buzaid, Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, cit., p. 89-90; Themístocles Brandão Cavalcanti, Do controle de constitucionalidade, cit., p. 162-166; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Teoria das Constituições rígidas, cit., p. 210; Celso Ribeiro Bastos, Curso de direito constitucional, cit., p. 84.

Excelsa Corte.<sup>2</sup> Mas, qual seria a dimensão dessa eficácia ampla? Seria a de reconhecer efeito retroativo ao ato do Senado Federal? Não há entendimento unânime.

Themístocles Cavalcanti (1966, p. 164) respondeu negativamente, sustentando que a “única solução que atende aos interesses de ordem pública é que a suspensão produzirá os seus efeitos desde a sua efetivação, não atingindo as situações jurídicas criadas sob a sua vigência”. Da mesma forma, Bandeira de Mello (1980, p. 211) ensinou que “a suspensão da lei corresponde à revogação da lei”, devendo “ser respeitadas as situações anteriores definitivamente constituídas, porquanto a revogação tem efeito *ex nunc*”. Enfatizou que a suspensão “não alcança os atos jurídicos formalmente perfeitos, praticados no passado, e os fatos consumados, ante sua irretroatividade, e mesmo os efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos”. “O Senado Federal – assevera Bandeira de Mello (Idem) – apenas cassa a lei, que deixa de obrigar, e, assim, perde a sua executóriedade porque, dessa data em diante, a revoga simplesmente”.

Não obstante a autoridade dos seus sectários, essa doutrina parecia confrontar com as premissas basilares da declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro.

Afirmava-se que a pronúncia da inconstitucionalidade tinha efeito *ex tunc*, contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório<sup>3</sup> (BARBOSA, 1910, p. 49; 1958, p. 51-52). Se assim fosse, afigurava-se inconcebível cogitar de “situações juridicamente criadas”, de “atos jurídicos formalmente perfeitos” ou de “efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos”, com fundamento em lei inconstitucional.

<sup>2</sup> MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, RTJ, 38 (1)/20, 21, 23 e 28.

<sup>3</sup> José de Castro Nunes, Teoria e prática do Poder Judiciário, cit., p. 588; Alfredo Buzaid, Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, cit., p. 128; Francisco Luiz da Silva Campos, Direito constitucional, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 1, p. 460-461.

É fácil ver que a constitucionalidade da lei parece constituir pressuposto inarredável de categorias como as do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

É verdade que a expressão utilizada pelo constituinte de 1934 (art. 91, IV), e reiterada nos textos de 1946 (art. 64), de 1967/1969 (art. 42, VII) e de 1988 (art. 52, X) – *suspender* a execução de lei ou decreto – não é isenta de dúvida. Originariamente, o substitutivo da Comissão Constitucional chegou a referir-se à “revogação ou suspensão da lei ou ato” (ALENCAR, 1978, p. 247). Mas a própria *ratio* do dispositivo não autorizava a equiparação do ato do Senado a uma *declaração de ineficácia* de caráter prospectivo. A proposta de Godofredo Vianna reconhecia a inexistência jurídica da lei, desde que fosse declarada a sua inconstitucionalidade “em mais de um aresto” do Supremo Tribunal Federal. Nos debates realizados, preponderou, porém, a idéia de se outorgar ao Senado, erigido, então, ao papel de coordenador dos poderes, a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.

Na discussão travada no Plenário da Constituinte, destacaram-se as objeções de Levi Carneiro, contrário à incorporação do instituto ao Texto Magno. Prevaleceu a tese perfilhada, entre outros, por Prado Kelly (apud ALENCAR, 1978, p. 260), tal como resumida na seguinte passagem:

“Na sistemática preferida pelo nobre Deputado, Sr. Levi Carneiro, o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos dessa decisão se limitariam às partes em litígio. Todos os demais cidadãos, que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos (...)

Certas constituições modernas têm criado cortes jurisdicionais para defesa da Constituição. Nós continuamos a atribuir à Suprema Corte a palavra definitiva da defesa e guarda da Constituição da República. Entretanto, permitimos a um órgão de supremacia política estender os efeitos dessa decisão, e estendê-los para o fim de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando o Poder Judiciário os declara inconstitucionais”.

Na Assembléia Constituinte de 1946, reencetou-se o debate, tendo-se destacado, uma vez mais, na defesa do instituto, a voz de Prado Kelly (apud ALENCAR, 1978, p. 267-268):

“O Poder Judiciário só decide em espécie.

É necessário, porém, estender os efeitos do julgado, e esta é atribuição do Senado.

Quanto ao primeiro ponto, quero lembrar que na Constituição de 34 existe idêntico dispositivo.

Participei da elaboração da Constituição de 34. De fato, tentou-se a criação de um quarto poder; entretanto, já há muito o Senado exercia a função controladora, fiscalizadora do Poder Executivo.

O regime democrático é um regime de legalidade. No momento em que o Poder Executivo pratica uma ilegalidade, a pretexto de regulamentar uma lei votada pelo Congresso, exorbita nas suas funções. Há a esfera do Judiciário, e este não está impedido, desde que é violado o direito patrimonial do indivíduo, de apreciar o direito ferido.

Se, entretanto, se reserva ao órgão do Poder Legislativo, no caso o Senado, a atribuição fiscalizadora da lei, não estamos diante de uma função judicante, mas de fiscal do árbitro

do Poder Executivo. O dispositivo já constava da Constituição de 34 e não foi impugnado por nenhum autor ou comentador que seja do meu conhecimento. Ao contrário, foi um dos dispositivos mais festejados pela crítica, porque atendia, de fato, às solicitações do meio político brasileiro.”

Ante as críticas tecidas por Gustavo Capanema, ressaltou Nereu Ramos (apud ALENCAR, 1978, p. 268) que:

“A lei ou regulamentos declarados inconstitucionais são juridicamente inexistentes, entre os litigantes. Uma vez declarados, pelo Poder Judiciário, inconstitucionais ou ilegais, a decisão apenas produz efeito entre as partes. Para evitar que os outros interessados, amanhã, tenham de recorrer também ao Judiciário, para obter a mesma coisa, atribui-se ao Senado a faculdade de suspender o ato no todo ou em parte, quando o Judiciário haja declarado inconstitucional, porque desde que o Judiciário declarar inconstitucional, o Presidente da República não pode declarar constitucional.”

Parecia evidente aos constituintes que a *suspensão* da *execução* da lei, tal como adotada em 1934, importava na *extensão dos efeitos* do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual. Atribuía-se, pois, ao ato do Senado *caráter ampliativo* e não apenas *paralisante* ou derogatório do diploma viciado. E, não fosse assim, inócuo seria o instituto com referência à maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional.

Percebeu essa realidade o Senador Accioly Filho, que defendeu a seguinte orientação:

“Posto em face de uma decisão do STF, que declara a inconstitucionalidade de lei ou decreto, ao Senado não cabe tão-só a tarefa de promulgador desse decisório.

A declaração é do Supremo, mas a suspensão é do Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional. Essa suspensão é mais do que a revogação da lei ou decreto, tanto pelas suas conseqüências quanto por desnecessitar da concórdância da outra Casa do Congresso e da sanção do Poder Executivo. Em suas conseqüências, a suspensão vai muito além da revogação. Esta opera *ex nunc*, alcança a lei ou ato revogado só a partir da vigência do ato revogador, não tem olhos para trás e, assim, não desconstitui as situações constituídas enquanto vigorou o ato derogado. Já quando de suspensão se trate, o efeito é *ex tunc*, pois aquilo que é inconstitucional é natimorto, não teve vida (cf. Alfredo Buzaid e Francisco Campos), e, por isso, não produz efeitos, e aqueles que porventura ocorreram ficam desconstituídos desde as suas raízes, como se não tivessem existido.

Integra-se, assim, o Senado numa tarefa comum com o STF, equivalente àquela da alta Corte Constitucional da Áustria, do Tribunal Constitucional alemão e da Corte Constitucional italiana. Ambos, Supremo e Senado, realizam, na Federação brasileira, a atribuição que é dada a essas Cortes européias.

Ao Supremo cabe julgar da inconstitucionalidade das leis ou atos, emitindo a decisão declaratória quando consegue atingir o *quorum* qualificado.

Todavia, aí não se exaure o episódio se aquilo que se deseja é dar efeitos *erga omnes* à decisão.

A declaração de inconstitucionalidade, só por ela, não tem a virtude de produzir o desaparecimento da lei ou ato, não o apaga, eis que fica a produ-

zir efeitos fora da relação processual em que se proferiu a decisão.

Do mesmo modo, a revogação da lei ou decreto não tem o alcance e a profundidade da suspensão. Consoante já se mostrou, e é tendência no direito brasileiro, só a suspensão por declaração de inconstitucionalidade opera efeito *ex tunc*, ao passo que a revogação tem eficácia só a partir da data de sua vigência.

Assim, é diferente a revogação de uma lei da suspensão de sua vigência por inconstitucionalidade." (BRASIL, 1975, p. 266-268)

Adiante, o insigne parlamentar concluiu:

"Revogada uma lei, ela continua sendo aplicada, no entanto, às situações constituídas antes da revogação (art. 153, § 3º, da Constituição). Os juízes e a administração aplicam-na aos atos que se realizaram sob o império de sua vigência, porque então ela era a norma jurídica eficaz. Ainda continua a viver a lei revogada para essa aplicação, continua a ter existência para ser utilizada nas relações jurídicas pretéritas (...)

A suspensão por declaração de inconstitucionalidade, ao contrário, vale por fulminar, desde o instante do nascimento, a lei ou decreto inconstitucional, importa manifestar que essa lei ou decreto não existiu, não produziu efeitos válidos.

A revogação, ao contrário disso, importa proclamar que, a partir dela, o revogado não tem mais eficácia.

A suspensão por declaração de inconstitucionalidade diz que a lei ou decreto suspenso nunca existiu, nem antes nem depois da suspensão.

Há, pois, distância a separar o conceito de revogação daquele da suspensão de execução de lei ou decreto declarado inconstitucional. O ato de revogação, pois, não supre

o de suspensão, não o impede, porque não produz os mesmos efeitos." (Idem, p. 268)

Essa colocação parecia explicitar a natureza singular da atribuição deferida ao Senado Federal sob as Constituições de 1946 e de 1967/69. A suspensão constituía ato político que retira a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos. É o que ressaltava, igualmente, o Supremo Tribunal Federal, ao enfatizar que "a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional".<sup>4</sup>

No MS 16.512 (Rel. Oswaldo Trigueiro), de 25-5-1966, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de discutir a natureza do instituto, infirmo a possibilidade de o Senado Federal revogar o ato de suspensão anteriormente editado, ou de restringir o alcance da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Cuidava-se de mandado de segurança impetrado contra a Resolução nº 93, de 14 de outubro de 1965, que

<sup>4</sup> RMS 17.976, Rel. Min. Amaral Santos, Revista de Direito Administrativo, [S. l.], nº 113, p. 105-111. Evidentemente, essa eficácia ampla há de ser entendida com temperamentos. A pronúncia de inconstitucionalidade não retira do mundo jurídico, automaticamente, os atos praticados com base na lei inconstitucional, criando apenas as condições para eventual desfazimento ou regulação dessas situações. Tanto a *coisa julgada* quanto outras *fórmulas de preclusão* podem tornar irreversíveis as decisões ou atos fundados na lei censurada. Assim, operada a decadência ou a prescrição, ou decorrido *in albis* o prazo para a propositura da ação rescisória, não há mais que se cogitar da revisão do ato viciado. Alguns sistemas jurídicos, como o alemão, reconhecem a subsistência dos atos e decisões praticados com base na lei declarada inconstitucional, desde que tais atos já não se afigurem suscetíveis de impugnação. A execução desses atos é, todavia, inadmissível. Exclui-se, igualmente, qualquer pretensão de enriquecimento sem causa. Admite-se, porém, a revisão, a qualquer tempo, de sentença penal condenatória baseada em lei declarada inconstitucional (Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 79). A limitação da retroatividade expressa, nesses casos, a tentativa de compatibilizar princípios de *segurança jurídica* e *critérios de justiça*. Acentue-se que tais limitações ressaltam, outrossim, a necessária autonomia jurídica desses atos.



revogou a Resolução anterior (nº 32, de 25.3.1965), pela qual o Senado suspendera a execução de preceito do Código Paulista de Impostos e Taxas.

O Supremo Tribunal Federal pronunciou a inconstitucionalidade da resolução revogadora, contra os votos dos Ministros Aliomar Baleeiro e Hermes Lima, conhecendo do mandado de segurança como *representação de inconstitucionalidade*, tal como proposto pelo Procurador-Geral da República, Dr. Alcino Salazar.<sup>5</sup> Reconheceu, ainda, a Suprema Corte que o Senado não estava obrigado a proceder à suspensão do ato declarado inconstitucional. Nessa linha de entendimento, ensinava o Ministro Victor Nunes:

“(...) o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar”.<sup>6</sup>

Todavia, em se procedendo à suspensão do ato que teve a inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, não poderia aquela Alta Casa do Congresso revogar o ato anterior.<sup>7</sup> Da mesma forma, o ato do Senado haveria de ater-se à “extensão do julgado do Supremo Tribunal”,<sup>8</sup> não tendo “competência para examinar o mérito da decisão (...), para interpretá-la, para ampliá-la ou restringi-la”.<sup>9</sup> Vê-se, pois, que, tal como assentado no acórdão do Su-

premo Tribunal Federal, o ato do Senado tinha o condão de outorgar eficácia ampla à decisão judicial, vinculativa, inicialmente, apenas para os litigantes. Ressalte-se que a inércia do Senado não afeta a relação entre os Poderes, não se podendo vislumbrar qualquer violação constitucional na eventual recusa à pretendida extensão de efeitos. Evidentemente, se pretendesse outorgar efeito genérico à decisão do Supremo Tribunal, não precisaria o constituinte valer-se dessa fórmula complexa.

Caberia indagar se o Supremo Tribunal Federal poderia vir a reconhecer a constitucionalidade de lei anteriormente declarada inconstitucional, mesmo após a regular comunicação ao Senado. Considerando o lapso de tempo decorrido entre a comunicação e o novo julgado, a resposta poderá ser afirmativa. Assim como o Senado não está obrigado a suspender imediatamente o ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nada obsta a que o Tribunal reveja a orientação anteriormente firmada. Neste caso, a suspensão superveniente não deverá produzir consequência juridicamente relevante.

Finalmente, deve-se observar que “a função política exercida pelo Senado é abrangente dos atos estaduais e municipais”. E não se restringe à *lei* ou *decreto*, tal como prescrito no texto constitucional, contemplando as várias modalidades normativas, de diferentes denominações, “que de decretos fazem as vezes”<sup>10</sup> (ALENCAR, 1978, p. 304). O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto.<sup>11</sup> Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infração a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta

<sup>5</sup> MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, RTJ, 38 (1)/8-9.

<sup>6</sup> MS 16.512, voto do Min. Victor Nunes Leal, RTJ, 38 (1)/23.

<sup>7</sup> MS 16.512, voto do Min. Gonçalves de Oliveira e voto do Min. Cândido Motta Filho, RTJ, 38 (1)/26.

<sup>8</sup> MS 16.512, voto do Min. Victor Nunes Leal, RTJ, 38 (1)/23.

<sup>9</sup> MS 16.512, voto do Min. Pedro Chaves, RTJ, 38 (1)/12.

<sup>10</sup> RISTF, art. 178 c/c o art. 176.

<sup>11</sup> MS 16.512, voto do Min. Prado Kelly, RTJ, 38 (1)/16.

Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pela Excelsa Corte.

Apenas por amor à completude, observe-se que o Projeto que resultou na Emenda nº 16/65 pretendeu conferir nova disciplina ao instituto da suspensão pelo Senado. Dizia-se na Exposição de Motivos:

“Ao direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito *erga omnes* de decisões definitivas do Supremo Tribunal, poupando ao Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto – expediente consentâneo com as teorias de direito público em 1934, quando ingressou em nossa legislação, mas presentemente suplantada pela formulação contida no art. 136 do estatuto de 1948: ‘Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione’” (BRASIL, 1968, p. 24).

O art. 64 da Constituição passava a ter a seguinte redação:

“Art. 64. Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3º), fazer publicar, no Diário Oficial e na Coleção das leis, a conclusão do julgado que lhe for comunicado”.

A proposta de alteração do disposto no art. 64 da Constituição, com a atribuição de eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foi, porém, rejeitada (Idem, p. 88-90).

A ausência de disciplina sobre a matéria contribuiu para que o Supremo Tribunal se ocupasse do tema, especialmente no que dizia respeito aos efeitos da declaração de

inconstitucionalidade. Nessa hipótese, o Tribunal deveria ou não comunicar a declaração de inconstitucionalidade ao Senado, para os fins do art. 64 da Constituição de 1946 (modificado pela Emenda nº 16/65)?

Em 1970, o Tribunal começou a debater o tema<sup>12</sup> tendo firmado posição, em 1977, quanto à dispensabilidade de intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida na representação de inconstitucionalidade (controle abstrato).<sup>13</sup> Passou-se, assim, a atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato, procedendo-se à redução teleológica do disposto no art. 42, VII, da Constituição de 1967/69.<sup>14</sup>

## 2. A suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, de valer tão-somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo

<sup>12</sup> Parecer do Min. Rodrigues Alckmin, de 19 de junho de 1975, DJ de 16-5-1977, p. 3.124; ALENCAR, 1978, p. 260.

<sup>13</sup> Parecer do Min. Moreira Alves no Processo Administrativo nº 4.477-72, DJ de 16-5-1977, p. 3.123.

<sup>14</sup> Idem, ibidem, p. 3.123-3.124.

Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.

Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta.

Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada dessa ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de uma dada expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário. Aqui o Supremo Tribunal não afirma propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de um complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em uma interpretação conforme à Constituição não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

Mencionem-se, ainda, os casos de *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração.

Também nessas hipóteses, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado revela-se problemática, porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão-somente de um de seus significados normativos.

Não é preciso dizer que a suspensão de execução pelo Senado não tem qualquer aplicação naqueles casos nos quais o Tribunal limita-se a rejeitar a arguição de inconstitucionalidade. Nessas hipóteses, a decisão vale *per se*. Da mesma forma, o vetusto instituto não tem qualquer serventia para reforçar ou ampliar os efeitos da decisão do Tribunal naquelas matérias nas quais a Corte, ao prover ou não um dado recurso, fixa uma interpretação da Constituição.

Da mesma forma, a suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração de não-recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

É certo que a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso (declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*), cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito do STF, parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal – pelo menos aquela de conotação substantiva.<sup>15</sup> É que a “decisão de calibragem” tomada pelo Tribunal parece avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso. Pelo menos, não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui uma posição que parte da doutrina atribuíra, anteriormente, ao Senado Federal.

Todas essas razões demonstram o novo significado do instituto de suspensão de execução pelo Senado, no contexto normativo da Constituição de 1988.

<sup>15</sup> RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 31-3-2004 (Sobre Ação Civil Pública contra lei municipal que fixa o número de vereadores).

### 3. A repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal sobre as decisões de outros tribunais

Questão interessante apreciada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito à necessidade de se utilizar o procedimento previsto no art. 97 da Constituição, na hipótese de existir pronunciamento da Suprema Corte que afirme a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. Em acórdão proferido no RE 190.728, teve a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal a oportunidade de, por maioria de votos, vencido o Ministro Celso de Mello, afirmar a dispensabilidade de se encaminhar o tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que o Supremo Tribunal já se tenha pronunciado sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei questionada.<sup>16</sup>

É o que se pode depreender do voto proferido pelo Ministro Ilmar Galvão, designado relator para o acórdão, *verbis*:

“Esta nova e salutar rotina que, aos poucos, vai tomando corpo – de par com aquela anteriormente assinalada, fundamentada na esteira da orientação consagrada no art. 101 do RI/STF, onde está prescrito que ‘a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário’ –, além de, por igual, não merecer a censura de ser afrontosa ao princípio insculpido no art. 97 da CF, está em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão

desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira.

Tudo, portanto, está a indicar que se está diante de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial”.<sup>17</sup>

Observou-se, então, que semelhante orientação fora adotada pela 2ª Turma, como consta da ementa do acórdão proferido no AI-AgR 168.149, da relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio:<sup>18</sup>

“Versando a controvérsia sobre o ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República – o Supremo Tribunal Federal –, descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo”.

Orientação idêntica foi reiterada, em outra decisão, na qual se explicitou que “o acórdão recorrido deu aplicação ao decidido pelo STF nos RREE 150.755-PE e 150.764-PE”, não havendo necessidade, por isso, de a questão ser submetida ao Plenário do Tribunal.<sup>19</sup>

Em acórdão de 22 agosto de 1997, houve por bem o Tribunal ressaltar, uma vez mais,

<sup>17</sup> RE 190.728, Rel. p/ o Ac. Min. Ilmar Galvão, DJ de 30-5-1997.

<sup>18</sup> AI-AgR 168.149, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 4-8-1995, p. 22.520.

<sup>19</sup> AI-AgR 167.444, Rel. Carlos Velloso, DJ de 15-9-1995, p. 29537.

<sup>16</sup> RE 190.728, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 30-5-1997.

que a reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se na presunção de constitucionalidade que os protege, somada a razões de segurança jurídica. Assim sendo,

“a decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes*, elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário”.<sup>20</sup>

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.

#### 4. A suspensão de execução da lei pelo Senado e mutação constitucional

Todas essas reflexões e práticas recomendam a releitura do papel do Senado no processo de controle de constitucionalidade. Quando o instituto foi concebido no Brasil, em 1934, medrava certa concepção da divisão de Poderes, há muito superada. Quando da promulgação do texto de 1934,

<sup>20</sup> RE 191.898, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 22-8-1997, p. 38.781.

outros países já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, tais como o previsto na Constituição de Weimar de 1919 e no modelo austríaco de 1920.

A suspensão de execução da lei declarada inconstitucional teve o seu significado normativo fortemente abalado com a ampliação do controle abstrato de normas na Constituição Federal de 1988. Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil constatar que foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado.

Essa peculiaridade foi destacada por Sepúlveda Pertence no voto que proferiu na ADC nº 1, *verbis*:

“(…) Esta ação é um momento inevitável na prática da consolidação desse audacioso ensaio do constitucionalismo brasileiro – não apenas,

como nota Cappelletti, de aproximar o controle difuso e o controle concentrado, como se observa em todo o mundo, mas, sim, de convivência dos dois sistemas na integralidade das suas características.

Esta convivência não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

Por outro lado (...), o ensaio difícil de convivência integral dos dois métodos de controle de constitucionalidade do Brasil só se torna possível na medida em que se acumularam, no Supremo Tribunal Federal, os dois papéis, o de órgão exclusivo do sistema concentrado e o de órgão de cúpula do sistema difuso.

De tal modo, o peso do Supremo Tribunal, em relação aos outros órgãos de jurisdição, que a ação declaratória de constitucionalidade traz é relativo, porque, já no sistema de convivência dos dois métodos, a palavra final é sempre reservada ao Supremo Tribunal Federal, se bem que, declarada a inconstitucionalidade no sistema difuso, ainda convivamos com o anacronismo em que se transformou, especialmente após a criação da ação

direta, a necessidade da deliberação do Senado para dar eficácia *erga omnes* à declaração incidente” (REVISTA..., [199-], p. 389-390).

Assinale-se, outrossim, que a interpretação que se deu à suspensão de execução da lei pela doutrina majoritária e pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal contribuiu decisivamente para que a afirmação sobre a teoria da nulidade da lei inconstitucional restasse sem concretização entre nós. Nesse sentido, constatou Lúcio Bittencourt que os constitucionalistas brasileiros não lograram fundamentar nem a eficácia *erga omnes*, nem a chamada retroatividade *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

É o que se lê na seguinte passagem de seu magno trabalho:

“(…) as dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia indireta ou colateral da sentença declaratória da inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, porque a ‘sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça’, não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão.

Não o apontam os tratadistas americanos – infensos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a codificação do direito positivo –, limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force.*

Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a

doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento. Nem o grande Rui, com o seu gênio estelar, nem os que subsequenteiramente, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a proficiência de um Castro Nunes.

É que, em face dos princípios que orientam a doutrina de coisa julgada e que são comumente aceitos entre nós, é difícil, senão impossível, justificar aqueles efeitos que, aliás, se verificam em outras sentenças como, por exemplo, as que decidem matéria de estado civil, as quais, segundo entendimento geral, prevalecem *erga omnes*" (BITTENCOURT, 1997, p. 140-141).

Em verdade, ainda que não pertencente ao universo específico da *judicial review*, o instituto do *stare decisis* desonerava os constitucionalistas americanos, pelo menos em parte, de um dever mais aprofundado de fundamentação na espécie. Como esse mecanismo assegura efeito vinculante às decisões das Cortes Superiores, em caso de declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte, tinha-se a segurança de que, em princípio, nenhum tribunal haveria de conferir eficácia à norma objeto de censura. Assim, a ausência de mecanismo processual assemelhado à "força de lei" (*Gesetzeskraft*) do direito alemão não impediu que os autores americanos sustentassem a nulidade da lei inconstitucional.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> A doutrina constitucional alemã há muito vinha desenvolvendo esforços para ampliar os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada no âmbito da jurisdição estatal (*Staatsgerichtsbarkeit*). Importantes autores sustentaram, sob o império da Constituição de Weimar, que a *força de lei* não se limitava à questão julgada, contendo, igualmente, uma proibição de reiteração (*Wiederholungsverbot*) e uma imposição para que normas de teor idêntico, que não foram objeto da decisão judicial, também deixassem de ser aplicadas por força da *eficácia geral*. Essa concepção refletia, certamente, a idéia dominante à época de que a decisão proferida pela Corte teria não as *qualidades de lei* (*Gesetzeseseigenschaften*), mas, efetivamente, a *força de lei* (*Gesetzeskraft*). Afirmava-se inclusive que o Tribunal

Sem dispor de um mecanismo que emprestasse *força de lei* ou que, pelo menos, conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal para os demais Tribunais tal como o *stare decisis* americano,<sup>22</sup> contentava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional (BITTENCOURT, 1997, p. 140-141) e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal (BITTENCOURT, 1997, p. 144; NUNES, 1943, p. 592). A suspensão da execução

assumia, nesse caso, as atribuições do Parlamento ou, ainda, que se cuidava de uma *interpretação autêntica*, tarefa típica do legislador. Em se tratando de interpretação autêntica da Constituição, não se cuidaria de simples legislação ordinária, mas, propriamente, de legislação ou reforma constitucional (*Verfassungsgesetzgebung; Verfassungsänderung*) ou de decisão com hierarquia constitucional (*Entscheidung mit Verfassungsrang*). A força de lei está prevista no art. 9º da Lei Fundamental e no § 31 (2) da Lei Orgânica da Corte Constitucional, aplicando-se às decisões proferidas nos processos de controle de constitucionalidade. A convicção de que a *força de lei* significava apenas que a decisão produziria efeitos semelhantes aos de uma lei (*gesetzähnlich*) (mas não poderia ser considerada ela própria como uma lei em sentido formal e material) parece ter levado a doutrina a desenvolver instituto processual destinado a dotar as decisões da Corte Constitucional de qualidades outras não contidas nos conceitos de coisa julgada e de *força de lei*. Observe-se que o instituto do efeito vinculante, contemplado no § 31, I, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, não configura novidade absoluta no direito alemão do pós-guerra. Antes mesmo da promulgação da Lei Orgânica da Corte Constitucional e, portanto, da instituição do *Bundesverfassungsgericht*, algumas leis que disciplinavam o funcionamento de Cortes Constitucionais estaduais já consagravam expressamente o efeito vinculante das decisões proferidas por esses órgãos. Embora o conceito de *Bindungswirkung* (*efeito vinculante*) corresponda a uma tradição do direito alemão, tendo sido também adotado por diversas leis de organização de tribunais constitucionais estaduais aprovadas após a promulgação da Lei Fundamental, não se pode afirmar que se trate de um instituto de compreensão unívoca pela doutrina. Não são poucas as questões que se suscitam a propósito desse instituto, seja no que concerne aos seus limites objetivos, seja no que respeita aos seus limites subjetivos e temporais.

<sup>22</sup> Sobre o assunto, a observação de Rui Barbosa a propósito do direito americano: "(...) se o julgamento

pelo Senado não se mostrou apta a superar essa incongruência, especialmente porque se emprestou a ela um sentido substantivo que talvez não devesse ter. Segundo entendimento amplamente aceito,<sup>23</sup> esse ato do Senado Federal conferia eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida no caso concreto (FERREIRA FILHO, 2003, p. 35; SILVA, 2003, p. 52).

Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a idéia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação. Assinale-se que, se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era *ipso jure* nula, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF.

Essa foi a posição sustentada, isoladamente, por Lúcio Bittencourt (1978, p. 145-146):

“Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir

foi pronunciado pelos mais altos tribunais de recurso, a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem apelo, no tocante aos princípios constitucionais sobre o que versa”. Nem a legislação “tentará contrariá-lo, porquanto a regra *stare decisis* exige que todos os tribunais daí em diante o respeitem como *res judicata* (...)” (Cf. Comentários à Constituição Federal brasileira, coligidos por Homero Pires, v. 4, p. 268). A propósito, anotou Lúcio Bittencourt (1997, p. 143) que a regra *stare decisis* não tinha o poder que lhe atribuíra Rui, muito menos o de eliminar a lei do ordenamento jurídico.

<sup>23</sup> Cf. item Considerações Preliminares deste artigo.

todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV, da Constituição – a referência é ao texto de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensa a sua execução”.

Tal concepção afigurava-se absolutamente coerente com o fundamento da nulidade da lei inconstitucional. Uma orientação dogmática consistente haveria de encaminhar-se nesse sentido, até porque a atribuição de funções substantivas ao Senado Federal era a própria negação da idéia de nulidade da lei devidamente declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário. Não foi o que se viu inicialmente. A jurisprudência e a doutrina acabaram por conferir significado *substancial* à decisão do Senado, entendendo que somente o ato de suspensão do Senado mostrava-se apto a conferir efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia estaria limitada às partes envolvidas no processo.

A ampliação do controle abstrato de normas, inicialmente realizada nos termos do art. 103 e, posteriormente, com o advento da ADC, alterou significativamente a relação entre o modelo difuso e o modelo concentrado. Assim, passou a dominar a eficácia geral das decisões proferidas em sede de controle abstrato (ADI e ADC).

A disciplina processual conferida à argüição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, que constitui instrumento subsidiário para solver questões não contempladas pelo modelo concentrado, ADI e ADC – revela, igualmente, a inconsistência do atual modelo. A decisão do caso concreto proferida em ADPF, por se tratar



de processo objetivo, será dotada de eficácia *erga omnes*; a mesma questão resolvida no processo de controle incidental terá eficácia *inter partes*.

No que se refere aos recursos especial e extraordinário, a Lei nº 8.038, de 1990, havia concedido ao relator a faculdade de negar seguimento a recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente ou prejudicado, ou, ainda, que contrariasse súmula do Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça. O Código de Processo Civil, por sua vez, em caráter ampliativo, incorporou disposição que autoriza o relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, acrescentado pela Lei nº 9.756, de 1998).

Tem-se, pois, que, com o advento dessa nova fórmula, passou-se a admitir não só a negativa de seguimento de recurso extraordinário, nas hipóteses referidas, mas também o provimento do aludido recurso nos casos de manifesto confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal, mediante decisão unipessoal do relator. Também aqui parece evidente que o legislador entendeu possível estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada lei federal, estadual ou municipal – hipótese que estaria submetida à intervenção do Senado –, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional pelo Tribunal.

Ainda que a questão pudesse comportar outras leituras, é certo que o legislador ordinário, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerou legítima a atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, até mesmo em sede de controle de constitucionalidade incidental. Nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais,

o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. É que são numericamente expressivos os casos em que o Supremo Tribunal tem estendido, com base no art. 557, *caput* e § 1º-A do Código de Processo Civil, a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de municípios diversos. Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário.

Nesse sentido, Maurício Corrêa, ao julgar o RE 228.844/SP,<sup>24</sup> no qual se discutia a ilegitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto, no Estado de São Paulo, valeu-se de fundamento fixado pelo Plenário deste Tribunal, em precedente oriundo do Estado de Minas Gerais, no sentido da inconstitucionalidade de lei do Município de Belo Horizonte, que instituiu alíquota progressiva do IPTU.

Também Nelson Jobim, no exame da mesma matéria (progressividade do IPTU) em recurso extraordinário interposto contra lei do Município de São Bernardo do Campo, aplicou tese fixada em julgamentos que apreciaram a inconstitucionalidade de lei do Município de São Paulo.<sup>25</sup>

Ellen Gracie utilizou-se de precedente oriundo do Município de Niterói, Estado do Rio de Janeiro, para dar provimento a recurso extraordinário no qual se discutia a ilegitimidade de taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Cabo Verde, no Estado de Minas Gerais.<sup>26</sup>

Carlos Velloso aplicou jurisprudência de recurso proveniente do Estado de São

<sup>24</sup> RE 228.844, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 16-6-1999.

<sup>25</sup> RE 221.795, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 16-11-2000.

<sup>26</sup> RE 364.160, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 7-2-2003.

Paulo para fundamentar sua decisão no AI 423.252,<sup>27</sup> em que se discutia a inconstitucionalidade de taxa de coleta e limpeza pública do Município do Rio de Janeiro, convertendo-o em recurso extraordinário (art. 544, §§ 3º e 4º, do CPC) e dando-lhe provimento.

Sepúlveda Pertence lançou mão de precedentes originários do Estado de São Paulo para dar provimento ao RE 345.048,<sup>28</sup> no qual se argüia a inconstitucionalidade de taxa de limpeza pública do Município de Belo Horizonte.

Celso de Mello, ao apreciar matéria relativa à progressividade do IPTU do Município de Belo Horizonte, conheceu e deu provimento a recurso extraordinário tendo em conta diversos precedentes oriundos do Estado de São Paulo.<sup>29</sup>

Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação só pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal.

Outro argumento, igualmente relevante, relaciona-se ao controle de constitucionalidade nas ações coletivas. Aqui, somente por força de uma compreensão ampliada ou do uso de uma figura de linguagem pode-se falar em decisão com eficácia *inter partes*. Como sustentar que uma decisão proferida numa ação coletiva, numa ação civil pública ou em um mandado de segurança coletivo, que declare a inconstitucionalidade de uma lei determinada, terá eficácia apenas entre as partes?

Nesses casos, a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo

<sup>27</sup> AI 423.252, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 15-4-2003.

<sup>28</sup> RE 345.048, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 8-4-2004.

<sup>29</sup> RE 384.521, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 30-5-2003.

entendida até aqui, revela-se completamente inútil, caso se entenda que ela tem outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade. Recorde-se, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime de 7 de abril de 2003, julgou prejudicada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.919 (Rel. Min. Ellen Gracie), proposta contra o Provimento nº 556/97, editado pelo Conselho Superior da Magistratura paulista. A referida resolução previa a destruição física dos autos transitados em julgado e arquivados há mais de cinco anos em primeira instância. A decisão pela prejudicialidade decorreu do fato de o Superior Tribunal de Justiça, em mandado de segurança coletivo,<sup>30</sup> impetrado pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), ter declarado a nulidade daquele ato.

Em outros termos, o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer eficácia *erga omnes* à declaração de ilegitimidade do ato normativo proferida em mandado de segurança pelo STJ. *Quid juris*, então, se a declaração de inconstitucionalidade for proferida pelo próprio Supremo Tribunal Federal em sede de ação civil pública? Se a decisão proferida nesses processos tem eficácia *erga omnes* (Lei nº 7.347, de 24/7/1985 – art. 16), afigura-se difícil justificar a necessidade de comunicação ao Senado Federal. Recorde-se que, em alguns casos, há uma quase confusão entre o objeto da ação civil pública e o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Nessa hipótese, não há como cogitar de uma típica decisão com eficácia *inter partes*.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> RMS 11.824, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 27-5-2002.

<sup>31</sup> RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 31-3-2004 (inconstitucionalidade de lei municipal que fixa número de vereadores) e Rcl.-MC 2.537, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão de 29-12-2003, DJ de 2-2-2004, a propósito da legitimidade de lei estadual sobre loterias, atacada, simultaneamente, mediante ação civil pública, nas instâncias ordinárias, e ADI, perante o STF.

Outra situação decorre de adoção de súmula vinculante (art. 103-A da CF, introduzido pela EC nº 45/2004), na qual se afirma que determinada conduta, dada prática ou uma interpretação é inconstitucional. Nesse caso, a súmula acabará por dotar a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede incidental de efeito vinculante. A súmula vinculante, ao contrário do que ocorre no processo objetivo, decorre de decisões tomadas em casos concretos, no modelo incidental, no qual também existe, não raras vezes, reclamo por solução geral. Ela só pode ser editada depois de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou de decisões repetidas das Turmas.

Desde já, afigura-se inequívoco que a referida súmula conferirá eficácia geral e vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sem afetar diretamente a vigência de leis declaradas inconstitucionais no processo de controle incidental. E isso em função de não ter sido alterada a cláusula clássica, constante do art. 52, X, da Constituição, que outorga ao Senado a atribuição para suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão de execução pelo Senado. É que essa súmula conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade). Tem-se efeito vinculante da súmula, que obrigará a Administração a não mais aplicar a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela se deduz), sem eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade.

Ressalte-se que a adoção da súmula vinculante reforça a idéia de superação do

art. 52, X, da CF, na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal sem qualquer interferência do Senado Federal.

Por último, observe-se que a adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (MENDES, 2005, p. 387-413) parece sinalizar que o Tribunal entende estar desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, cabendo tão-somente a ele — Tribunal — definir os efeitos da decisão.

O tema está em discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Rcl. 4.335 (da qual sou Relator), ajuizada pela Defensoria Pública da União, em face de ato de juiz do Estado do Acre. A reclamante alegou o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959,<sup>32</sup> da relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos).

Com base nesse julgamento, a Defensoria solicitou fosse concedida progressão de regime a determinados apenados, tendo o juiz de direito da Vara de Execuções Penais indeferido o pedido, fazendo afixar, nas dependências do fórum, aviso do seguinte teor: “Comunico aos senhores reeducandos, familiares, advogados e comunidade em geral que a recente decisão Plenária do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do ‘Habeas Corpus’ nº 82.959, a qual declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que vedava a progressão de regime prisional (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), somente terá eficácia a favor de todos os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados que estejam cumprindo pena, a partir da expedição, pelo Senado Federal, de Resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei

<sup>32</sup> Julgado pelo Pleno em 23-2-2006, DJ de 1º-9-2006.

declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal”.

Proferi voto reafirmando minha posição no sentido de que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o Supremo, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no *Diário do Congresso*. Dessa forma, julguei procedente a Reclamação por entender desrespeitada a eficácia *erga omnes* da decisão proferida no HC 82.959, no que fui acompanhado pelo Ministro Eros Grau. Divergiram dessa posição os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa.<sup>33</sup>

### 5. Conclusão

Conforme destacado, a ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concepção que dominava entre nós sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a Emenda Constitucional de 16/65 e sob a Carta de 1967/69.

No sistema constitucional de 1967/69, a ação direta era apenas uma idiossincrasia no contexto de um amplo e dominante modelo difuso. A adoção da ADI, posteriormente, conferiu perfil diverso ao nosso sistema de controle de constitucionalidade, que continuou a ser um modelo misto. A ênfase passou a residir, porém, não mais no modelo difuso, mas nas ações diretas. O advento da Lei nº 9.882/99 conferiu conformação à ADPF, admitindo a impugnação ou a discussão direta de decisões judiciais das instâncias ordinárias perante o Supremo Tribunal Federal. Tal como estabelecido

<sup>33</sup> O julgamento acha-se suspenso em virtude de pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

na referida lei (art. 10, § 3º), a decisão proferida nesse processo há de ser dotada de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante. Ora, resta evidente que a ADPF estabeleceu uma ponte entre os dois modelos de controle, atribuindo eficácia geral a decisões de perfil incidental.

Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei nº 9.756, de 17.12.1998).

Essa é a orientação que parece presidir o entendimento que julga dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição por parte dos Tribunais ordinários, se o Supremo já tiver declarado a inconstitucionalidade da lei, ainda que no modelo incidental. Na oportunidade, ressaltou o relator para o acórdão, Ilmar Galvão, no já mencionado RE 190.728, que o novo entendimento estava “em perfei-

ta consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira”, ressaltando que se cuidava “de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial”.<sup>34</sup>

E ela também demonstra que, por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que tiram do instituto da “suspensão da execução da lei pelo Senado Federal” significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto.

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII).

Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988.

Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema.

A aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo. É que a decisão proferida na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e em outras ações de caráter coletivo não mais poderá ser considerada uma decisão *inter partes*.

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.

Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem *efeito transcendente* às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso.

Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988.

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto* (FERRAZ, 1986, p. 64 et seq.; JELLINEK, 1991, p. 15-35; HSÜ, 1998, p. 68 et seq.).

Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, CF, indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988.

<sup>34</sup> RE 190.728, Rel. p/o Ac. Min. Ilmar Galvão, DJ de 30-5-1997.

É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a se generalizar.

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo um certo efeito vinculante – à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei nº 9.756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao Relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, § 1º-A).

De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental – esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias – continue a ter eficácia restrita entre as partes.

Explica-se, assim, o desenvolvimento da nova orientação a propósito da decisão do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, no contexto normativo da Constituição de 1988.

A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt (1997, p. 145) para quem a finalidade da decisão do Senado era, desde

sempre, “apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”.

Sem adentrar o debate sobre a correção desse entendimento no passado, não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte,<sup>35</sup> estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988.

Assim, parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, *uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação*, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas

<sup>35</sup> MS 16.512 (Rel. Min. Oswaldo Trigueiro), RTJ 38(1):23; RMS 17.976 (Rel. Min. Amaral Santos) RDA, 105:111(113); AgRegAI nº 168.149 (Rel. Ministro Marco Aurélio), DJ de 4.8.1995; AgRegAI nº 167.444, (Rel. Min. Carlos Velloso), DJ de 15.9.1995; RE 190.728 (Rel. Min. Celso de Mello), DJ 30.5.1997; RE nº 191.898 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), DJ de 22.8.1997; RE 228.844.SP (Rel. Min. Maurício Corrêa), DJ 16.6.1999; RE 221.795 (Rel. Min. Nelson Jobim), DJ 16.11.2000; RE 364.160 (Rel. Min. Ellen Gracie), DJ 7.2.2003; AI 423.252 (Rel. Min. Carlos Velloso), DJ 15.4.2003; RE 345.048 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), DJ 8.4.2003; RE 384.521 (Celso de Mello), DJ 30.5.2003; ADI nº 1.919 (Rel. Min. Ellen Gracie), DJ 1º.8.2003.

constitucionais (Constituição austríaca, art. 140, 5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31, (2) publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.

Essa solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988.

### Referências

- ALENCAR, Ana Valdevez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 57, ano 15, p. 234-237, jan./mar. 1978.
- ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die verfassung des deutschen reichs*. 2. ed. Berlim: [s. n.], 1930.
- ARAÚJO, Castro. *A nova constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.
- BARBOSA, Ruy. *O direito do Amazonas ao Acre septentrional*. 2 v. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1910.
- \_\_\_\_\_. Os atos inconstitucionais: do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal. In: \_\_\_\_\_. *Trabalhos jurídicos*. v. 20. t. 5. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1958.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Arquivos do Ministério da Justiça).
- BRASIL. Congresso. Senado Federal. Parecer nº 154, de 1971. Relator: Senador Accioly Filho. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 12, n. 48, p. 266-268, out./dez 1975.
- BRASIL. Constituição (1946). *Emendas*. Emendas à Constituição de 1946 número 16: reforma do poder judiciário. Brasília: Câmara dos Deputados, 1968. 189 p.
- BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do controle de constitucionalidade. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HSÜ, Dau-Lin. *Mutación de la constitución*. Tradução de Christian Förster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: [s. n.], 1998.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Tradução de Christian Förster. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- MARINHO, Josaphat. O artigo 64 da constituição e o papel do Senado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 1, n. 2, p. 5-12, abr./jun. 1964.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: J. Bushasky, 1980.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 4, ago. 1999. Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/profpito/oefeitovinculante-gilmar.html>>. Acesso em: [2003].
- NUNES, José de Castro. Teoria e prática do poder judiciário. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, 1943. 698 p.
- REVISTA do Tribunal de Justiça, [S. 1.], [199-]. p. 389-390.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

# As grandes características do último processo constituinte brasileiro

Stéphane Monclair

## Sumário

I - Un processus de longue durée. 1. Un début incertain. 2. Processus constituant et transition à la démocratie. 3. Les grandes phases du processus. II - Ampleur des mobilisations. 1. Hétérogénéité des formes d'action et diversité des intervenants. III - Les contrastes du texte fleuve promulgué. 1. Un record mondial? 2. Pointillisme et généralités.

Depuis son Indépendance, le Brésil a connu plusieurs processus constitutants, c'est-à-dire plusieurs ensembles de séquences enchaînées ayant conduit à la promulgation d'une nouvelle charte.<sup>1</sup> Plus précisément, chaque processus fut un ensemble de pratiques, d'interactions aux effets imbriqués, menées par divers protagonistes tout à tour intéressés politiquement ou/et économiquement ou/et économiquement à l'avènement ou au non-avènement d'un processus constituant, à telle ou telle forme de déroulement et à telle ou telle issue de ce processus; ces pratiques et ces interactions concouraient, au sein d'une société donnée, à introduire et à imposer un nouvel ordre juridique; c'est-à-dire, participaient à produire une redéfinition plus ou moins totale, légitimée et légitimante, des rôles, des rangs, des titres et des postes ainsi que de leurs relations, et à mettre en œuvre une

Este texto corresponde à segunda parte da «Introduction générale» de um livro do autor, consagrado ao processo constituinte brasileiro, a ser publicado na França em vários volumes a partir de 2008. A primeira parte desta introdução encontra-se dentro do nº 162 da Revista de Informação Legislativa. A terceira parte indica as problemáticas desenvolvidas no livro cujas análises são notadamente baseadas sobre mais de 250 entrevistas com o pessoal político de então, com funcionários do Congresso, jornalistas, intelectuais e sindicalistas da época. Para este livro, foram também muito utilizados os arquivos e as publicações da Constituinte, assim como as da imprensa brasileira e trabalhos acadêmicos. O autor agradece particularmente os funcionários da Câmara e do Senado (notadamente aqueles da Biblioteca) que lhe ajudaram a realizar as suas pesquisas científicas.

<sup>1</sup> Par commodité et pour éviter des répétitions vite lassantes, charte et constitution seront ici considérées comme étant des mots totalement synonymes.



police des significations. Assurément, le dernier des processus constitutants est du point de vue scientifique et de l'archéologie constitutionnelle<sup>2</sup> le plus complexe et le plus riche de tous. Pour s'en convaincre, il suffit d'évoquer ses trois caractéristiques majeures: sa longueur; l'ampleur des mobilisations qu'il occasionne; les contrastes du texte fleuve qui le clôt formellement. Je me contenterai ici de présenter rapidement et successivement ces trois caractéristiques, car souligner et comprendre leur profonde interdépendance (question pourtant scientifiquement passionnante) nécessiterait une soixantaine de pages supplémentaires.

### *I – Un processus de longue durée*

Jamais au Brésil un processus constituant n'aura été si long, et ce record vaut sans doute pour tout le continent sud-américain. À eux seuls les travaux de l'Assemblée Nationale Constituante (ANC) s'étalent sur 613 jours, du 1<sup>er</sup> février 1987 au 5 octobre 1988, soit 2.676 heures et 16 minutes de session plénière (durée horaire qui ne comptabilise pas le temps – plus considérable encore – passé en commission, en réunions préparatoires, en séances de travail et de négociation). Or le processus constituant ne se résume évidemment pas aux travaux de la constituante. Il comprend d'autres moments et recoupe d'autres luttes, à commencer par celles engagées contre le régime autoritaire, sans lesquelles ni les débats de l'ANC ni les dispositifs juridiques finalement promulgués n'auraient existé ou été ce qu'ils furent. De fait, sous ce régime inauguré par le putsch de 1964 puis institutionnalisé à travers l'octroi répété de textes normatifs à valeur constitutionnelle (les *atos institucionais*), toute critique n'était pas interdite. L'opposition modérée étant tolérée, nombre d'acteurs purent diffuser des représentations négatives de la situa-

<sup>2</sup> Sur la nécessité d'étudier les origines d'une charte, notamment celle promulguée en 1988, lire MONCLAIRE, 2004.

tion politique brésilienne. Parmi eux, et de façon souvent concurrente et intéressée, certains s'efforçaient d'imputer aux textes octroyés par les militaires la responsabilité d'un réel qu'ils dépeignaient comme sombre. Si leurs déclarations visaient d'abord à discréditer les généraux au pouvoir et à fustiger leur régime, elles permettaient aussi d'élever l'existence et la teneur de ces textes au rang de «problème à résoudre», tout en suggérant et limitant implicitement les réponses susceptibles d'y être apportées. Car la formulation d'un tel problème, en aidant à dire et faire admettre qu'il exigeait un traitement juridico-politique, permettait par exemple de soutenir et de faire croire que la convocation d'une assemblée constituante pouvait être «la meilleure solution» du problème à résoudre.<sup>3</sup> Plus cette solution – au fil de la lente objectivation du problème – recevait le soutien de groupes décisifs, plus son inscription sur l'agenda politique devenait possible. Et cela amplifiait les polémiques à la fois sur la définition légitime de ce que la future charte devait contenir, et sur la façon dont celle-ci devait être écrite.

#### *1. Un début incertain*

Cette dynamique entre restructuration des perceptions du réel, restructuration des attentes et des opportunités d'agir, ne s'est évidemment pas produite sur un rythme continu, puisque les interactions composant ces diverses étapes ne furent pas toutes tranchées dans le même sens ou au bénéfice du même camp. De la sorte, avant qu'il ne s'ouvre véritablement, le processus constituant a été amorcé à plusieurs reprises. «L'histoire de la convocation de l'ANC, c'est un peu celle du moteur d'une voiture froide au petit matin: d'abord on l'entend tousser trois quatre fois, et puis il démarre

<sup>3</sup> Si l'énonciation du problème facilitait la mise en avant et l'acceptation d'un type de solution, toute offre de solutions de ce type tendait, évidemment, en retour, à démontrer l'existence du dit problème et contribuait à sa reconnaissance publique.

un peu, cale, repart et se met à vrombir; sauf que là, au lieu de prendre quelques secondes, cela a demandé des années» raconte Ulysses Guimarães (président de l'ANC).<sup>4</sup> Effectivement, au vu de la consultation de tous un ensemble d'archives (principalement journalistiques), c'est en juillet 1971 (donc 17 ans avant la promulgation de la constitution actuellement en vigueur) que, pour la première fois, un groupe d'acteurs dotés d'une assez forte visibilité dans un champ socialement légitime pour évoquer une telle question (en l'espèce, le champ politique), se prononce ouvertement en faveur d'une nouvelle constitution, démocratique et écrite par une assemblée nationale constituante.<sup>5</sup> Jusque là et en raison de l'autoritarisme régnant et d'une répression grandissante (les mouvements de guérillas ou de lutte armée n'étaient alors pas encore éradiqués), ce genre de propos «subversifs» n'étaient tenus que dans des cercles restreints par des personnes soucieuses d'éviter qu'ils ne soient trop divulgués. Là au contraire, le propos est délibérément destiné à toucher un vaste public. Il s'agit d'un court manifeste, venu conclure une réunion inter-régionale de parlementaires du MDB (seul parti d'opposition - timide - admis à l'époque par les militaires) et tenue à Recife; d'où son nom: «Carta de Recife».

Ce document dresse la liste des grandes réformes politiques à entreprendre. Parmi elles, figure une proposition émanant d'une dizaine de parlementaires de cette formation et réclamant la convocation d'une Assemblée Nationale Constituante. Puis, assez vite, cet objectif est partiellement écarté. Mais le 14 septembre 1977, lors d'une Convention nationale du MDB, il est spectaculairement réactivé et devient, pour ce parti, la principale des priorités

<sup>4</sup> Entretien du 20 août 1991.

<sup>5</sup> C'est aussi la date que retient un des rares ouvrages brésiliens traitant directement ou indirectement des luttes menées en faveur de la constituante (WHITAKER, 1989, p. 22). Malheureusement, la période 1971-1977 ne donne lieu qu'à un seul et court paragraphe.

du pays: «Pour le Brésil et les brésiliens, la démocratie est le nom politique de la paix, et l'Assemblée Nationale Constituante est l'unique forum capable de l'écrire».<sup>6</sup> Toutefois les dirigeants MDBistes, prudents, du moins conscients que leur parti est et sera encore longtemps minoritaire, conscients d'être sous un régime autoritaire leur laissant peu de possibilités d'action, se gardent bien d'indiquer la date à laquelle ce forum pourrait siéger. Lucides, ils savent qu'ils ne sont pas en mesure d'imposer l'agenda politique. D'ailleurs en 1978, les leaders de l'opposition se divisent à nouveau sur l'opportunité de cette revendication. Si des considérations tactiques la font ressurgir au printemps 1979, le processus constituant ne s'ouvre véritablement que fin décembre 1979 lorsque plusieurs ministres, rompant le large consensus existant chez les pro-militaires et selon lequel l'idée de changer de constitution était à la fois inconvenante et sans objet, se disent favorables à la promulgation d'une nouvelle charte, en indiquent la date (1982, soit au lendemain des prochaines élections législatives) et la procédure (ce ne sera pas à travers une constituante, proprement dite). Dès lors, pour une bonne partie des élites brésiliennes et de la presse, l'écriture et la promulgation de cette future constitution cessent d'être une simple hypothèse, une éventualité parmi tant d'autres; elle devient l'un des principaux scénarios possibles à venir, de surcroît d'un proche avenir (1982, c'est alors dans 24 mois).

Concernant un processus ou une dynamique, vouloir fixer avec précision la date à laquelle tout s'enclenche est souvent illusoire. Ainsi, la relative convergence des points de vue de ces leaders de l'opposition et de ces ministres ne se serait évidemment pas produite, si depuis 1971, voire peut-être avant, diverses discussions, concertations et mobilisations n'avaient existé. Face à l'impossibilité de trouver un moment

<sup>6</sup> L'intégralité de la déclaration du MDB a été publiée dans *Jornal do Brasil* (JB), 15 sept. 1977, p. 3.

indiscutablement fondateur et clairement identifiable, mieux vaut s'en remettre à la perception de la situation qu'avaient alors les acteurs. Il faut donc chercher à partir de quand, aux yeux des acteurs, la nouvelle constitution commence à devenir un des scénarios privilégiés, un scénario dont la prise en compte génère les anticipations créatrices qui rendront plus probable la concrétisation de cette éventuelle constitution. La divulgation, par la presse pauliste, le 23 décembre 1979, des confidences de ces ministres, l'impact de cette publicisation parmi les élites correspondent assez bien à ce moment particulier.

Considérer la date du 23 décembre 1979 comme seuil du processus constituant ne signifie donc pas que rien n'ait été entrepris avant, cela ne signifie pas non plus que la perspective de voir siéger une constituante se soit, après cette date et jour après jour, mécaniquement renforcée. De fait, la Constituante n'allait pas débiter ses travaux en 1982 mais en 1987, soit cinq ans plus tard. Et de 1979 à l'approbation par le Congrès, le 22 novembre 1985, d'un amendement constitutionnel convoquant l'ANC et fixant l'élection de ses membres au 15 novembre 1986, la perspective qu'une telle assemblée soit un jour réunie allait à plusieurs reprises s'estomper. Cela n'empêche, le processus constituant démarre bel et bien fin décembre 1979, puisque l'hypothèse d'un nouvel ordre constitutionnel devient alors plausible. Car ce n'est plus seulement l'opposition, plus ou moins divisée, qui souhaite (sincèrement ou/et tactiquement) sa concrétisation; c'est aussi des tenants du pouvoir qui commencent à l'envisager concrètement tandis que d'autres se mettent du même coup à la redouter véritablement. Un fait suffit à prouver que la situation, fin décembre 1979, a changé: jusqu'alors les groupes d'intérêts (terme sociologique que englobe les groupes de lobbying, les syndicats, les associations, les ONGs et toute organisation énonçant et défendant une cause sociale-

ment plus ou moins subjectivée)<sup>7</sup> étaient, sur cette question, restés muets ou très discrets; dans les jours qui suivent, des déclarations spectaculaires, comme celle du président de l'Ordre des avocats du Brésil, commencent à jaillir, donnant du même coup au débat plus d'importance et d'écho.

Parce que fin 1979, l'expression «nouvelle constitution» commence à apparaître en pointillé sur l'agenda politique du pays, parce que les acteurs prennent donc davantage en compte la vraisemblance d'un tel horizon et parce qu'au fil de sa matérialisation ils devront s'inscrire dans la perspective des transactions que suppose le travail de formalisation et de codification qu'entraîne tout ré-ordonnement de l'ordre constitutionnel (cela sous peine de se voir exclure de ce travail ou d'y participer dans une position trop incommode), le processus constituant démarre à cette date.

## *2. Processus constituant et transition à la démocratie*

En raison de son existence, de sa longueur et d'une issue qui a pu traduire (ou rendre plus éclatante) la fin du régime autoritaire, le processus constituant brésilien semble se confondre avec la transition à la démocratie entamée dans la seconde moitié des années 1970. Plus les militaires et leurs alliés civils perdaient la maîtrise du jeu, plus le processus constituant prenait corps. Si aujourd'hui, donc rétrospectivement, cette relation est criante, elle était déjà fortement perçue au moment des faits. Les élites comprenaient que parler de nouvelle charte, d'une constitution démocratiquement écrite, tendait à souligner et à accroître l'illégitimité du régime militaire; elles devinaient que plus ce régime souffrait ou allait souffrir d'illégitimité, plus l'idée de sa disparition s'imposerait; et elles percevaient que le moment auquel il disparaîtrait allait dépendre notamment de l'efficacité des

<sup>7</sup> Sur ces groupes, lire Michel Offerlé, *Sociologie des groupes d'intérêt*, Paris, Montchrestien, 1994.

moyens tactiques choisis pour le combattre. Réclamer la convocation d'une ANC était un des moyens possibles. Il fut employé par les pro-démocrates comme par les acteurs plus épris de conquête ou de conservation du pouvoir que de démocratie. User de ce moyen n'a pas empêché d'en rechercher et d'en utiliser d'autres. Bien des coups furent envisagés et tentés.

De la sorte, le processus constituant n'est pas seulement l'histoire d'une marche (plus ou moins sinueuse et continue) vers la promulgation d'une charte, c'est aussi l'histoire de la définition du choix de chemins jugés plus disponibles, plus propices, trop lents ou trop rapides ou trop dangereux. Mais attention, si le processus constituant brésilien s'est réalisé et a abouti (rédaction puis promulgation, en octobre 1988, d'une nouvelle constitution) ce n'est parce que le projet d'une nouvelle charte rédigée par une assemblée élue a fini par être considéré comme le moyen le plus opérationnel pour se défaire du régime militaire. La preuve: ce régime est déjà largement défait lorsque le Congrès, en novembre 1985, débat de l'amendement convoquant l'ANC. De fait, dès 1977, la censure avait été assouplie. En 1979, l'Acte Institutionnel accordant à l'exécutif divers pouvoirs d'exception avait été abrogé. La même année, le multipartisme avait été rétabli et une large loi d'amnistie en faveur des prisonniers politiques avait été votée; ce qui autorisait le retour des exilés. En 1982, l'élection des gouverneurs s'était déroulée de nouveau au suffrage universel direct et ce mode de scrutin avait été restauré pour les prochaines municipales. Tout cela fit que l'opposition, sachant utiliser les possibilités que lui offrait cette libéralisation juridico-politique progressive, était parvenue à faire élire son candidat, Tancredo Neves, à la tête de l'Etat en janvier 1985 (élection décidée à travers le vote d'un grand collège électoral de 686 membres, qui, quelques mois plus tôt soutenaient encore majoritairement le régime militaire). Pour la première fois de-

puis le putsch de 1964, un pro-démocrate, de surcroît civil, allait siéger au Planalto. Le rythme des réformes aptes à faire du Brésil une démocratie (au moins formelle) fut de la sorte accéléré. On le voit, la transition est donc on ne peut plus entamée lorsque, en novembre 1985, le Congrès décide, à une large majorité, de convoquer cette fameuse constituante. Elle l'est à ce point que Tancredo Neves, dans les mois ayant précédé son élection et dans les semaines qui la suivirent, a fortement songé à ne pas la convoquer du tout, préférant sans doute poursuivre la voie des toilettages constitutionnels et des réformes législatives.

Pourquoi, dans ces conditions, le Congrès vote-t-il la convocation d'une ANC? En raison, principalement, de la mort de Tancredo Neves et de la faible légitimité politique de José Sarney, ancien président de l'ARENA (c'est-à-dire du parti conservateur qui appuyait le régime militaire), qui avait rejoint le PMDB à la dernière heure et qui avait été élu vice-président de la République par le grand collège en février 1985. De fait, le 14 mars 1985, c'est-à-dire quelques heures avant son investiture, Tancredo Neves est hospitalisé et son état de santé est préoccupant. Rapidement, les grands caciques du PMDB, leurs alliés du PFL et quelques généraux décident que José Sarney doit être investi. Il l'est le 15 mars. Tancredo Neves meurt le 21 avril; avec lui disparaissent beaucoup des possibilités politiques de concrétiser une bonne partie des arrangements institutionnels qu'il avait élaborés dans un assez grand secret. José Sarney n'a pas le prestige personnel, ni les ressources partisans, ni le savoir-faire du défunt. Par conséquent, il doit améliorer son image, adopter un comportement apte à obtenir les appuis au sein des groupes progressistes du PMDB et parmi la société brésilienne organisée. Aussi, rapidement il se dit favorable à une nouvelle constitution, mais à la condition qu'elle soit écrite par les membres de la prochaine Chambre et du Sénat, c'est-à-dire après les élections législatives et gubernatoriales de novembre

1986 (solution présentant pour lui, pour les politiciens modérés ou conservateurs moins de risques de marginalisation politique). S'ajoutent à ces préoccupations tactiques, un élément de bon sens, compris par tous les acteurs importants (personnel politique, journalistes, militaires, syndicalistes, patronat, évêques, intellectuels, ...): rédiger une nouvelle constitution c'est évidemment créer la possibilité de modifier plus rapidement ce qui pourrait être toiletté par une série d'amendements constitutionnels ou par le vote d'innombrables lois nouvelles; c'est aussi se donner la possibilité de pouvoir modifier en profondeur l'ordre juridique en vigueur (et pas seulement dans les chapitres des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire) et de donner, notamment, de la légalité et un surcroît de légitimité aux multiples relations qu'on souhaitait établir ou qui était déjà en partie instaurées; c'est également offrir à tels ou tels groupes sociaux que le personnel politique disait représenter, certains biens juridiques que ces groupes réclamaient et, de cette manière, permettre de renforcer les l'image des représentants, liens représentants/représentés, le principe de représentation.<sup>8</sup>

C'est pourquoi, bien qu'il en soit un élément contingent et tardif, le processus constituant ne se réduit pas à la transition. Il en déborde, car nombre des interactions qu'il a occasionnées et les effets de celles-ci lui ont été extérieurs, relevaient de logiques ou d'intérêts distincts. À dire vrai, tous deux sont de nature assez différente. Certes l'un et l'autre sont des enchaînements de faits revendiqués et analysables; mais la transition, bien plus que le processus constituant, est un cadre d'interprétation construit par des acteurs et théorisé par des commentateurs. Preuve en est la multiplicité des dates auxquelles, au Brésil, la transition est censée s'être achevée. Si le passage du régime autoritaire au régime démocratique n'était pas à ce point un mé-

lange de transformations politiques à la fois voulues *et* modélisées, savoir quand il a pris fin ne serait pas si délicat et les réponses fournies s'avéreraient moins divergentes.<sup>9</sup> Pour ne citer ici que les journalistes ou les universitaires (les hommes politiques étant dans cette affaire à la fois, et bien trop, juges et parties),<sup>10</sup> certains parlent du 15 janvier 1985 (défaite du candidat pro-militaire à l'élection présidentielle)<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Dit autrement, vu le nombre de définitions différentes proposées de la démocratie, les critères considérés comme distinctifs de ce régime s'avèrent élevés. Or, comme dater la fin d'une transition (au Brésil, dans l'ex-URSS ou dans tout autre pays) revient à évaluer les changements observables à l'aune des critères de la définition à laquelle on adhère, les réponses émises tendent à être divergentes.

<sup>10</sup> Ils peuvent en effet avoir quelques intérêts tactiques à affirmer que la transition est achevée (ne serait-ce que pour s'adjuger les mérites du chemin effectué) ou à dire, au contraire, qu'elle n'est point terminée (ne serait-ce que pour éviter que leurs adversaires ne puissent trop facilement se prévaloir des changements survenus). La déclaration du président Sarney, le 4 octobre 1988, en fournit un bel exemple: «Demain est une date historique pour notre pays. La nouvelle constitution sera promulguée. C'est la consécration de l'Etat de droit, implanté dès 1985 par mon gouvernement. Nous nous y étions engagés envers le Brésil. [...] La constitution est faite. Nous sommes arrivés à la fin du processus de transition». (cité par *O Estado de São Paulo*, OESP, 5août1988, p. 5). Son allocution du 7 octobre est tout autant révélatrice: «Avant hier, la nation a vécu un moment de son Histoire: la nouvelle constitution a été promulguée, et adoptée dans la plus libre des assemblées constitutives qu'ait connues notre pays. [...] C'est avec satisfaction que je constate qu'avant même l'adoption de cette constitution, le Brésil était un pays de liberté [...]; et ce grâce aux mesures que j'ai prises dès le début de mon mandat. La constitution est libre, car le Brésil vivait déjà en liberté. J'ai assuré la paix, j'ai assuré la tranquillité du pays, de façon à garantir un climat permettant à la nation de participer, de donner son opinion et de revendiquer sans entrave ni limitation. Mon grand projet a toujours été la transition démocratique. J'ai le bonheur de pouvoir dire qu'elle est maintenant conclue en raison même de ce nouvel ordre juridique. Désormais, c'est l'heure de l'apprentissage et de l'éducation politique, du sentiment démocratique, c'est-à-dire du sentiment qui doit exister en chacun des vrais citoyens démocrates. [...] Je le répète: le processus institutionnel de la transition est achevé». (*Conversa...*, 1988/89/90, p. 219-220).

<sup>11</sup> C'est le cas notamment de Scott Mainwaring (1986, p. 149 et 171). Pour le sociologue et latino-américaniste Alain Touraine (1985, p. 6), «cette élection

<sup>8</sup> MONCLAIRE, 1992, p. 129-151.

ou du 15 mars 1985 (investiture du nouveau chef de l'Etat).<sup>12</sup> D'autres disent le 1<sup>er</sup> février 1987 (session d'ouverture de l'ANC) (DREIFUSS, 1989, p. 43) ou le 5 octobre 1988 (promulgation de la nouvelle charte),<sup>13</sup> ou bien encore le 15 novembre 1989 (première élection au suffrage universel direct du chef de l'Etat depuis la dictature – le scrutin sera remporté par Fernando Collor de Mello).<sup>14</sup> Enfin il y a ceux qui préfèrent retenir le 7 septembre 1993 (jour où les brésiliens, selon la constitution, devaient se prononcer par référendum sur le type de système de gouvernement à adopter),<sup>15</sup> voire le 3 octobre 1994 (jour de l'élection de Fernando

---

marque la fin d'une longue période de distension progressive, débutée en 1974». Charles Vanhecke, correspondant du Monde au Brésil, «cette élection met fin à 21 ans de régime militaire» (17jan.1985, p. 1).

<sup>12</sup> Date retenue par Luciano Martins (1985, p. 54), par Guillermo O'Donnell dans son livre co-dirigé par Fábio Wanderley Reis (1988, p. 49 – à noter que c'est aussi à cette date qu'il fait débiter la phase dite de consolidation démocratique) ou par le brésilien américain Wayne A. Selcher et plusieurs des co-auteurs brésiliens du livre publié sous sa direction (1988). De même, en sous-titre de la «une» de son édition commentant les cérémonies d'investiture du 15 mars, un grand quotidien pauliste affirme: «Après bien des années, la démocratie a prévalu» (OESP, 16mars1985).

<sup>13</sup> C'est notamment l'avis de la *Folha de São Paulo* (FSP, un des principaux quotidiens du pays qui titre à la «une» de son édition du 5août88 «La nouvelle constitution entre en vigueur; elle achève la transition pour la démocratie»), du président de l'association des correspondants de presse étrangère au Brésil, René Villegas, (1988, p. 13) et du président de l'Ordre des Avocats Brésiliens (cf OESP, 6oct.1988, p. 6).

<sup>14</sup> «Au Brésil, la transition de l'autoritarisme à la démocratie a duré pas moins de 15 ans, si nous prenons comme point de départ la libéralisation initiée par le gouvernement Geisel et comme point final l'élection présidentielle directe de 1989», écrit le politiste Bolívar Lamounier (1991, p. 9). De même, pour Thomas Bruneau (1992, p. 257): «la transition politique d'un gouvernement militaire vers un gouvernement civil au Brésil culmine, fin 1989, avec l'élection présidentielle, scrutin libre et vraiment disputé»; point de vue également partagé par Emir Sader (1990, p. 65).

<sup>15</sup> Selon le constitutionnaliste Paulo Bonavides, «la transition ne sera vraiment achevée qu'une fois le parlementarisme implanté dans notre pays, par décision populaire lors du prochain référendum». (conférence donnée à la Maison de l'Amérique Latine, 30oct.1991).

Henrique Cardoso à la présidence de la République).<sup>16</sup> Inversement, parce que le processus constituant brésilien est plus action que conceptualisation, ou – pour être précis – parce que ses acteurs (dans le but d'en maîtriser ou d'en orienter le déroulement) ou ses observateurs n'ont donc guère besoin de ramener les interactions qui le composent à des situations idéal-typiques dégagées sur la base d'autres processus constituants, en dater la fin est extrêmement facile.

La date de clôture du processus constituant brésilien est évidemment celle de la promulgation de la nouvelle constitution: le 5 octobre 1988. Toutefois, l'entrée en vigueur de cette charte épuise plus qu'elle n'arrête le processus constituant. Car depuis bien des semaines, la plupart des membres de l'ANC sentaient que des pans entiers du texte en écriture n'allaient plus être modifiés. De la sorte, la fin des travaux de l'ANC leur semblaient à portée de main. Or, plus cette impression les gagnait, plus ils tendaient à juger dépassés certains affrontements et révolus certains registres de transaction. Et comme pareil état d'esprit rejaillissait sur leur comportement, la promulgation de la charte n'en devint que plus probable et, à force, imminente. «Sur la fin, même les plus bagarreurs devenaient réalistes. Personne ou presque n'ayant plus grand intérêt à souffler sur les braises, à raviver les tensions, le feu s'éteignit tout seul» se souvient Ulysses Guimarães.<sup>17</sup> «On avait tous hâte d'en finir. Quelques points restaient à régler et nous devions encore nous prononcer sur la version définitive du texte, mais bien des compagnons avaient déjà la tête ailleurs; ils étaient pris

---

<sup>16</sup> Commentant le score réalisé par le vainqueur et son suivant et insistant sur le fait que «vingt ans après le début de 'l'ouverture', deux adversaires du régime militaire sont les hommes les plus importants de la République», l'éditorial de Clovis Rossi, journaliste célèbre et influent de la *Folha de São Paulo*, a pour titre: «S'achève ainsi la transition 'lente, graduelle et sûre'» (17nov.94, p. 1-8).

<sup>17</sup> Entretien du 20août1991.

par d'autres tâches. En quelque sorte, avant même le 5 octobre, les constituants n'étaient plus des constituants» ajoute Bernardo Cabral, rapporteur de l'ANC.<sup>18</sup> «Dans les faits, mais pas en droit, le processus constituant se termine lors de l'ultime votation du texte en session plénière, donc le 22 septembre 1988 et non le 5 octobre», précise Miguel Real Junior, principal conseiller juridique d'Ulysses Guimarães.<sup>19</sup> «Ce vote était acquis d'avance; en réalité, tout ou presque s'est arrêté début septembre, quand on a compris que la commission de rédaction chargée de nettoyer la charte de ses impuretés stylistiques n'allait quasiment rien changer» renchérit Fernando Henrique Cardoso, un des constituants les plus actifs.<sup>20</sup> Bref, la promulgation de la charte ne surprend personne et c'est avant tout d'un point de vue juridique et symbolique qu'elle met fin au processus constituant. Elle en signifie le terme formel peu à peu annoncé et anticipé.<sup>21</sup>

### 3. Les grandes phases du processus

Au total, du 23 décembre 1979 au 5 octobre 1988, le processus constituant bré-

<sup>18</sup> Entretien du 28 avril 1993.

<sup>19</sup> Entretien du 16 août 1989.

<sup>20</sup> Entretien du 20 août 1991.

<sup>21</sup> En conséquence, l'ère des usages de la constitution ne démarre pas brusquement le 5 octobre au soir. Plus la future charte paraissait bouclée, plus les acteurs se préparaient aux effets les plus prévisibles de son entrée en vigueur. Dans les partis politiques, par exemple, les présidentiables n'ont pas attendu la fin des travaux de l'ANC pour faire campagne: dès que la date de la prochaine élection présidentielle leur a semblé acquise, ils ont ajusté leur stratégie à cette nouvelle donne. De même, députés et sénateurs n'attendent pas l'entrée en vigueur de la constitution pour trouver une parade à ses art. 49-VII et 153-III qui, en rendant impossibles tous les revenus et en supprimant donc implicitement les avantages fiscaux dont les élus jouissaient jusque là, menacent de réduire leurs gains: ils pressent rapidement leur Bureau d'obtenir auprès de l'administration la transformation d'une part de leurs revenus en dédommagements (FSP, 6 oct. 88, p. A 16). L'inscription du texte au sommet de la hiérarchie des normes n'inaugure pas la phase des usages de la constitution, elle l'accélère et la rend aussi incontournable qu'irréversible.

silien s'étale donc sur presque neuf ans et peut être divisé en trois grandes phases de durée différente, elles-mêmes composées de multiples séquences.

La première de ces grandes phases est celle durant laquelle se renforce la double perspective qu'une nouvelle constitution soit rédigée et que sa rédaction soit confiée à une assemblée élue démocratiquement. Cette phase est, de loin, la plus longue des trois: elle se déroule sur cinq ans et demi. Ses nombreuses séquences sont en grande partie interdépendantes du processus de transition démocratique que connaît alors le Brésil. Comme je l'ai dit, elle débute fin décembre 1979, au moment où, pour la première fois, des personnalités importantes du régime autoritaire alors en place envisagent favorablement, à l'instar des pro-démocrates de l'opposition, l'idée de promulguer une nouvelle charte. Elle s'achève fin juin 1985 lorsque le chef de l'Etat, José Sarney, n'a guère d'autre solution que d'adresser au Congrès un projet d'amendement constitutionnel convoquant une Assemblée Nationale Constituante et incitant celui-ci à le voter.

La seconde phase est trois fois moins longue; elle dure 21 mois. C'est celle durant laquelle se codifie l'essentiel des règles juridiques qui organiseront la gigantesque interaction que sera la rédaction de la constitution par cette Assemblée. De la sorte, si cette seconde phase débute le 28 juin 1985, lorsque le Congrès reçoit ce projet d'amendement convocateur, elle ne s'achève pas à la veille de l'ouverture des travaux de l'ANC (soit le 31 janvier 1987), mais plus tard, lorsque l'ANC promulgue son règlement interne, c'est-à-dire le 24 mars 1987. Cette seconde phase est composée de trois grosses séquences. La première va du 28 juin au 27 novembre 1985 et dure cinq mois. Elle correspond au débat et au vote de l'amendement convoquant l'ANC. Selon ce texte, il ne s'agira pas d'une assemblée exclusive, élue à la seule fin de rédiger une nouvelle charte, puisqu'elle sera for-

mée de la réunion en une Chambre unique des députés fédéraux et des sénateurs. Ce Congrès constituant, baptisé officiellement – mais abusivement – «Assemblée Nationale Constituante»,<sup>22</sup> aura des pouvoirs constituants élargis. Il commencera à siéger au début de la législature suivante, donc à partir du 1<sup>er</sup> février 1987; ses 559 membres seront donc élus à l'occasion des élections législatives et gubernatoriales de novembre 1986, prévues elles de longue date. La future constitution ne sera pas soumise à ratification populaire. À sa promulgation, l'ANC disparaîtra mais ses membres continueront de siéger dans leur Chambre respective. La deuxième grosse séquence s'étale sur un an, de fin novembre 1985 à la mi-novembre 1986. Elle se résume essentiellement au choix des membres de l'ANC (sélection des candidats à la candidature, campagne électorale et résultats du scrutin législatif du 15 novembre 1986). La troisième grosse séquence est la mise au point du règlement de l'ANC. Certes les discussions sur ce règlement démarrent avant que l'ANC ne siége (donc avant le 1<sup>er</sup> février 1987), mais elles gagnent forcément en intensité, en profondeur et en permanence une fois l'ANC installée. Cette troisième séquence fut plus longue que prévue. Cela tient principalement aux relations inter et intra-partisanes. Les partis brésiliens, notamment celui qui, sur la papier, détenait la majorité absolue des sièges (à savoir le PMDB), n'étaient pas (à l'exception relative du PT) politiquement disciplinés, ni centralisés. Or tout règlement interne définit, plus ou moins en détail, une division du travail entre les parlementaires, établit une hiérarchie entre eux, leur fournit d'inégales positions et ressources. Aussi, plus les

partis sont divisés en clans, en factions et en tendances, plus il devient difficile de trouver une solution qui plaise à chacun, du moins à une majorité de parlementaires. Les luttes furent donc intenses. Par ailleurs, tout règlement interne indique un processus de rédaction et, par conséquent, tend à suggérer ou à indiquer de manière plus ou moins détaillée le type de thèmes qui auront le droit d'être débattus dans tel ou tel lieu (commission, assemblée plénière, ...) et l'ordre dans lequel ces thèmes seront abordés ou regroupés; ce qui est un autre gros facteur de désaccords. Ainsi parce que les partis brésiliens siégeant dans l'ANC étaient (toujours à la relative exception du PT – mais celui-ci ne détenaient qu'une poignée de sièges) des juxtapositions de fiefs, des conglomerats raisonnés et complexes d'entreprises politiques locales, codifier les règles juridiques censés organiser le déroulement des travaux de l'ANC fut une œuvre ardue et de longue haleine.

La troisième phase est la moins longue des trois, mais est la plus agitée et, évidemment, la plus spectaculaire. C'est celle de la rédaction *officielle* de la future charte. Elle débute avec l'entrée en vigueur du règlement interne de l'ANC, le 25 mars 1987, et dure 18 mois. Pour s'en tenir à ce règlement (texte qui, indiscutablement, fixe aux constituants un parcours à suivre, bien que d'autres critères d'approche puissent être retenus pour établir le découpage séquentiel de cette phase), celle-ci est composée de huit étapes au délais impartis, mais qui seront tous repoussés (parfois même à plusieurs reprises). La première de ces étapes (présentées ici de façon très sommaire) correspond d'abord à la répartition des 559 constituants en 8 commissions dites «techniques», une par grand thème à traiter (par exemple, la «Commission des droits et garanties individuelles», celle «de l'ordre économique», ...), elles-mêmes divisées en trois sous-commissions (par exemple, concernant la «Commission de l'organisation de l'Etat», la «Sous-commission des droits

<sup>22</sup> Tout au long de ce texte, j'ai cependant conservé l'appellation officielle «ANC». Non par respect des intitulés des publications du Congrès relatives aux travaux de cette arène (elles portent toutes la mention «ANC», que par commodité. D'ailleurs, élus, journalistes, lobbyistes, tous disaient «Assemblée Nationale Constituante», tout en sachant qu'elle n'était qu'un Congrès constituant).



de l'Union, du District Fédéral et des Territoires», celle «des Etats», celle «des communes et des régions»). Chaque commission et sous-commission élit son rapporteur et son président. Dans chaque sous-commission, le rapporteur élabore un pré-avant-projet sur la base des suggestions et propositions reçues; ce texte est discuté; des amendements y sont présentés puis votés; il en résulte un avant-projet voté qui est transmis à la commission technique dont elle émane. Cela devait s'achever le 18 mai; cela ne fut fait que le 25 mai, soit avec une semaine de retard. Au cours de la seconde étape, le rapporteur de la commission technique fusionne, en tentant de les rendre compatibles, les trois avant-projets reçus. Son texte donne lieu à débat, au dépôt puis au vote d'amendements; il en résulte un avant-projet voté, transmis à la Commission de systématisation. Cela devait se terminer le 2 juin; il fallut attendre le 15 juin, soit 13 jours de retard. Troisième étape, le rapporteur de la commission de systématisation (composée des rapporteurs des sous-commissions et commissions, des présidents des commissions et de 49 autres membres de l'ANC) confie à son rapporteur (élu en son sein) le soin d'allier les huit avant-projets reçus. Son texte est discuté, amendé et réécrit à trois reprises, puis voté pour donner naissance au «projet de constitution A» transmis à l'assemblée plénière. Celui-ci devait lui parvenir au plus tard le 1<sup>er</sup> août 1987; il n'a été conclu que le 18 novembre, soit avec trois mois de retard. Quatrième étape, l'assemblée plénière examine le «projet A», y fait des amendements, les vote; d'où le «projet B». Censé être prêt début novembre 1987, ce projet ne fut disponible que le 5 juillet 1988, soit avec sept mois de retard. L'étape suivante permet à l'assemblée plénière de débattre du «projet B», d'y opposer des amendements et de les voter; d'où un «projet C», supposé sortir fin novembre 1987, mais qui fut présenté, avec un retard de neuf mois, le 2 septembre 1988. Au cours

de la sixième étape, une commission nettoie le texte de ses impuretés de formes; ce qui donne le «projet D», soumis, septième étape, à un vote d'approbation générale de l'ANC. Huitième et ultime étape, prévue, selon le règlement interne de l'ANC, pour début décembre 1987: la promulgation. Celle-ci ne s'effectua que le 5 octobre 1988, soit avec un retard de dix mois. Au total, cette troisième grande phase du processus constituant brésilien a donc duré 560 jours. «Je ne pensais pas que cela aurait été si long, si épuisant», reconnaît le député (le mieux élu de l'ANC) Luiz Inácio Lula da Silva, dit Lula, «tout compte fait, cette durée fut pour ainsi dire proportionnelle aux efforts précédemment accomplis: on avait déjà dû attendre des années pour que l'ANC soit convoquée; il aura encore fallu beaucoup patienter pour que le pays dispose enfin d'une nouvelle charte».<sup>23</sup>

Comparé à la durée des processus constituants d'autres pays ou à celle des sept processus constituants que le Brésil avait précédemment connus, neufs ans c'est considérable. Pourtant, pareille durée n'est pas exorbitante. Elle est simplement à la mesure des discordes entre de nombreux acteurs individuels ou collectifs quant à l'avènement puis au déroulement de chacune des grandes phases du processus et de leurs séquences. Elle ne résulte pas que des affrontements au sein d'un personnel politique divisé; elle tient aussi à l'antagonisme des causes défendues par de multiples groupes d'intérêt qui se mobilisèrent pour viabiliser ou freiner le projet de Constituante puis, une fois l'ANC convoquée, pour obtenir que soient inscrits dans la future charte les dispositions juridiques qu'ils en espéraient et que n'y figurent pas celles qu'ils redoutaient. Enfin et bien sûr, elle tient au fait que la norme juridique dans laquelle pourrait être et sera finalement inscrit tel ou tel article, est une constitution, c'est-à-dire la loi des lois, la plus haute et

<sup>23</sup> Entretien du 3mars1989.

la plus majestueuse des normes de l'ordre juridique brésilien. Ce dernier point étaient évidemment connu de tous les juristes, des intellectuels et des élites brésiliennes, mais l'étaient aussi (ou fut vite assimilés) par les dirigeants (et par bien des militants) des groupes d'intérêts. La constitution étant la norme la plus haute, son contenu s'impose donc théoriquement aux normes juridiquement inférieures (lois, décrets, règlements) et peut difficilement être changé (par exemple, la constitution de 1988 exige, pour la modification d'un simple mot, l'ajout ou la suppression d'une simple virgule, deux lectures successives dans chacune des deux chambres et, à chaque fois, un vote à la majorité des trois-cinquièmes des députés et des sénateurs). Autrement dit, tout ce qui allait être inscrit dans la future constitution avait non seulement plus de probabilité d'être appliqué, du moins d'être respecté dans les décisions de justice à venir, mais aussi de perdurer dans l'ordre juridique du pays. Cette double perspective incitait donc de multiples acteurs à se mobiliser. L'ampleur des mobilisations survenues fut telle, qu'elle forme la seconde caractéristique majeure du processus constituant.

## II – Ampleur des mobilisations

Le nombre et la diversité des groupes mobilisés impressionnent au regard de l'histoire politique et sociale, qu'elle soit brésilienne ou d'ailleurs. «C'est un des plus extraordinaires et longs débats qu'ait connu notre pays. Tout le monde était atteint par l'onde des discussions sur les principes que la nouvelle constitution devait établir» écrit Luiz Gutemberg (1987, p. 3), grand spécialiste des joutes politiques.<sup>24</sup> «Aucune de nos constitutions antérieures n'a réussi à exprimer autant le sentiment du peuple [...] Aucune n'a été à ce point influencée directement par la société. Aucune n'a été suivie

<sup>24</sup> Par ailleurs auteur de plusieurs discours du président José Sarney puis directeur de TV Bandeirantes-DF au début des années 1990.

par l'opinion avec un si grand intérêt» ajoute João Emílio Falcão (1988, p. 13) un de ses confrères.<sup>25</sup> «Jamais le Congrès et ses alentours n'ont tant débordé de délégations représentant tous les segments de la population», admet un autre vieil habitué des débats parlementaires. «C'était par milliers qu'elles parcouraient et obstruaient les couloirs de l'édifice, tentant de faire valoir leurs positions» (RIBEIRO, 1988, p. 3). De fait, sont intervenus des hommes et des femmes de tout âge, race, confession, région, condition et, surtout, de toute profession. «Il n'y a pas eu, je crois, un métier qui n'ait pas été représenté et défendu» estime le constituant chargé du maintien de l'ordre dans l'ANC et qui délivrait les laissez-passer permettant de circuler aux abords de l'hémicycle ou d'accéder aux galeries.<sup>26</sup>

Ce phénomène est surprenant à plus d'un titre. D'abord, il s'est opéré malgré ce à quoi les distances à parcourir obligeaient: dans ce pays grand comme seize fois la France, le coût élevé d'un déplacement à Brasilia n'a pas empêché la venue au Congrès de délégations nombreuses provenant des régions les plus éloignées de la capitale fédérale. Il s'est aussi opéré malgré la propension des individus, surtout ceux des populations les plus dominées socialement et culturellement, à s'auto-éliminer par avance des luttes pour la prise de parole dans l'espace public: dans ce pays dont la population adulte comptait alors 20% d'analphabètes, le sentiment d'incompétence politique habituellement ressenti par les petites gens n'a pas empêché une partie d'entre elles de participer à sa manière au processus constituant. Enfin, ce phénomène s'est opéré malgré le fait que les personnes mobilisées (toutes positions sociales confondues) n'avaient pas – vieux paradoxe des actions collectives – besoin de l'être pour bénéficier à l'avenir

<sup>25</sup> João Emílio Falcão, président du comité de presse du Sénat Fédéral.

<sup>26</sup> Jorge Arbage, 2<sup>e</sup> vice-président de l'ANC, entretien du 31 août 1988.

des avantages (quels qu'ils fussent) que délivrerait la future charte. Pourtant, la propension à être ce que Mancour Olson (1966) appelle un «free-rider» (obtenir un avantage commun sans s'être pour autant engagé personnellement dans l'entreprise collective ayant permis de l'acquérir), cette inclination à préférer l'attentisme plutôt que l'engagement et la mobilisation, étaient encouragées par la nature du régime politique brésilien: tant que le pays demeurait en situation autoritaire, intervenir dans l'espace public était risqué et donc d'un coût élevé; et si ce risque s'évanouissait une fois les libertés publiques rétablies et la démocratie partiellement revenue, la présence de partis politiques censés être devenus plus représentatifs qu'avant et donc supposés mieux défendre les intérêts de la nation n'incitait théoriquement pas à la mobilisation. Or, au début des années 1980 et malgré la répression du régime militaire, de nombreuses actions collectives sont effectuées en faveur d'une nouvelle charte et d'une Constituante; puis, une fois le pouvoir rendu aux civils, la quantité de ces actions devient incalculable. Cette masse de mobilisations est d'autant plus frappante que dans des pays où la démocratie était également naissante ou renaissante, et dans lesquels une Assemblée Nationale Constituante allait être ou était chargée de rédiger une nouvelle charte, le niveau de mobilisation a été très inférieur. En France, par exemple, au lendemain de la chute du régime de Vichy (dont les gouvernants avaient collaboré avec le totalitarisme nazi), bien peu de mobilisations ont précédé et exigé le référendum du 21 octobre 1945 relatif à la tenue d'une Constituante, ou accompagné les travaux de celle-ci. De même, en Europe de l'Est, après la chute du Mur en 1989 et l'effondrement (ou le renversement) des régimes communistes, le volume et les modalités des actions collectives menées au long des processus constitutants que connaissaient alors ces pays se sont avérés modestes, comparés au Brésil.

### *1. Hétérogénéité des formes d'action et diversité des intervenants*

Ainsi, avant même la convocation de l'ANC brésilienne (novembre 1985), interviennent de très nombreux acteurs individuels et collectifs qui font connaître leur point de vue intéressé et leurs revendications premières. Ils s'expriment à la fois sur les problèmes devant être abordés par la charte et sur les solutions à y apporter, tout en essayant, pour certains d'entre eux, d'acquérir à cette occasion de nouvelles ressources, de réassurer leur position ou/et leur représentativité dans leur propre secteur d'activité, voire de briguer le droit d'être constituant. Leurs actions, qu'elles aient été éparses ou partiellement coordonnées, ont souvent pesé sur le cours des événements. Elles ont contribué à modifier le rythme de l'agenda politique et permis de préciser le site et les formes des futurs débats. Une fois la constituante effectivement convoquée, les mobilisations se sont encore amplifiées et approchées de Brasília. Des mois durant, et la liste ci-dessous ne se veut ni ordonnée ni exhaustive, sont ainsi intervenus des ouvriers et des fonctionnaires de tout échelon, des intellectuels et des féministes, des religieux de toute sorte, des militaires à la retraite ou en active, des enseignants de tout grade, des syndicalistes de toute branche et de chaque Etat, des publicitaires, des fazendeiros et des paysans sans terre, des chefs d'entreprise et des chômeurs, des indiens et des minorités de tout genre, des commerçants gros et petits, des marins et des journalistes, le personnel médical de tout ordre, des écologistes et des élus locaux, des enfants, des détenus, etc.. Comme le souligne Fernando Henrique Cardoso «nous avons vu défiler ici une sorte d'échantillon de tout le Brésil» (DIARIO..., 1988, p. 14317); avis partagé par l'un de ses anciens professeurs, Florestan Fernandes (1987, p. A3), lui aussi constituant et sociologue renommé: «c'était comme entendre le Brésil réel [...] avec des passes

d'armes parfois émouvantes, poignantes et mémorables».<sup>27</sup>

Pour s'en tenir aux seules réunions de l'ANC, 947 «membres illustres ou anonymes de la société civile ont partagé le micro avec les constituants».<sup>28</sup> Parlant à titre personnel ou/et au nom (ainsi qu'au bénéficiaire) des centaines de groupes d'intérêt qu'ils représentaient ou disaient représenter, ces 947 intervenants ont défendu de multiples causes et revendications. Dans le même temps, 12.265.854 signatures de brésiliens ont été apposées au bas de 122 amendements dits «populaires» et adressés à l'ANC. Quelques mois plus tôt, 72.719 suggestions individuelles étaient parvenues à Brasília. À ces actions collectives et démarches personnelles plus ou moins suscitées, s'ajoutent des milliers de réunions publiques (allant de l'assemblée générale au colloque, en passant par les expositions et les forums itinérants), des campagnes de presse ou d'affichage, des lettres ouvertes et du mailing, des distributions de tracts, des marches, des manifestations de rue mais aussi du lobbying, sans oublier quelques coups médiatiques. En somme, le répertoire des actions menées est aussi étendu que le profil sociologique des mobilisés est hétéroclite.

Ce parallèle entre hétérogénéité des formes d'action et diversité des groupes ou individus mobilisés n'est pas sans rapport avec le nombre élevé et la grande variété des causes défendues. Bien sûr, plusieurs de ces causes ont pu relever d'un thème commun. Par exemple, tandis que des individus ou des groupes de toutes tailles et d'implantation géographique différente œuvraient, les uns en faveur d'une modification des compétences de tel ou tel tribunal fédéral, les autres pour une refonte du système de nomination ou d'affectation des juges ou procureurs, certains groupes

ou individus réclamaient plus simplement une réforme du système judiciaire brésilien. Il en fut de même pour des questions comme les libertés publiques, l'organisation de l'État et, plus encore, pour les grands principes économiques et sociaux.

En effet, la plupart des mobilisations survenues au cours du processus constituant visaient à introduire dans la future charte des articles délivrant des avantages divers (matériels, conditions de vie et de travail, possibilités d'agir, reconnaissance de statut, ...) en matière agricole, industrielle, bancaire, financière ou commerciale, militaire, religieuse, sportive, de salaire, de retraite, d'éducation et de culture, d'habitat et d'urbanisme, de santé, de protection, de télécommunication et d'information, d'environnement, de sécurité, etc. Or, comme les avantages recherchés étaient le plus souvent très minutieux et davantage réclamés pour (et souvent par) une catégorie particulière de brésiliens, plutôt que pour et par l'ensemble de la population, le nombre des causes plaidées devint considérable. Ainsi le service informatique du Sénat, lorsqu'il décida d'indexer le flot de suggestions, de propositions et d'amendements reçus de la société, dut faire appel à des linguistes pour établir un thésaurus comptant pas moins de 1.301 items tant les sujets abordés étaient divers. À titre d'illustration, on peut mentionner la proposition adressée par les principaux membres du Rotary-Club des quartiers Est de Curitiba (PR), selon laquelle la constitution devrait obliger les éditeurs des manuels scolaires à destination des enfants de 7 à 14 ans, d'inclure «des livrets ou des encadrés valorisant les principes moraux et de civisme»;<sup>29</sup> ou bien celle de

<sup>29</sup> «Des principes qui inculquent aux élèves le sentiment de patriotisme, d'idéalisme, de vérité, de moralité, d'honnêteté, de sincérité, de ponctualité, de dignité, qui transmettent l'enseignement de l'amour, du respect au prochain, de l'application des lois, de la conscience des droits et devoirs, qui mettent en valeur le travail, la persévérance, l'honorabilité, et qui incitent à la culture et au sport ainsi qu'à la lecture». Suggestion n° 10.868 in *DANC*, supplément au n° 116, 6août1987, p. 823-824.

<sup>27</sup> Sur sa forte et durable influence intellectuelle, lire José de Souza Martin (1995).

<sup>28</sup> Mauro Benavides, vice-président de l'ANC, entretien du 28avril1993. «Un indien, un noir, un professeur modeste surgissait sur la scène et rivalisait avec les notables» confirme Florestan Fernandes (1987, p. A3).

l'association des chercheurs de diamants de Virgem da Lapa (petite commune mineira) souhaitant que la constitution charge la Caixa Econômica Federal d'ouvrir des agences bancaires dans lesquelles «l'acquisition des pierres précieuses se fasse au juste prix»;<sup>30</sup> ou encore celle de la fédération brésilienne des entités troubades demandant que «la langue officielle du pays soit le portugais d'expression brésilienne, dénommée de façon simplificatrice Langue Brésilienne et écrite en orthographe phonétique».<sup>31</sup>

Le plus souvent, l'attention accordée par les membres l'ANC à chacune de ces causes n'a pas été proportionnelle à l'étendue des mobilisations qui en démontraient ou en construisaient l'importance supposée. Les questions ayant poussé une multitude de personnes ou organisations à faire le siège des constituants n'ont pas toujours été celles qui ont le plus retenu leur considération. Si venir en nombre ne fut pas toujours une stratégie bien récompensée, user d'actions spectaculaires<sup>32</sup> n'a pas non plus nécessairement entraîné les revirements d'opinion escomptés ou l'inscription dans la charte des dispositions souhaitées. Inversement, les membres de l'ANC concentrèrent parfois leur efforts et s'opposèrent longuement sur des questions auxquelles la population portait bien peu d'intérêt (comme celle du règlement interne ou des modes de scrutin) ou sur des sujets pour lesquels les mobilisés

agissaient de façon volontairement discrète (par exemple la fiscalité des organismes hospitaliers privés).

De ces mobilisations, la constitution du 5 octobre 1988 a conservé l'abondance. De sa période de gestation, elle semble avoir hérité la longueur. C'est la troisième grande caractéristique du processus constituant brésilien: celui-ci s'achève par un texte fleuve et contrasté.

### III – Les contrastes du texte fleuve promulgué

Cette nouvelle charte est, de loin, la plus prolixe de l'histoire brésilienne. Composée de 245 articles et de 1.562 alinéas ou paragraphes organisés en 33 chapitres, elle est forte de 46.659 mots et 310.394 caractères.<sup>33</sup> Elle est deux fois et demie plus longue que celle imposée en 1967 par les militaires putschistes et trois fois plus que celle votée en 1946 par les «démocrates». Les juristes et politistes français saisiront mieux l'exceptionnelle longueur de cette charte en se souvenant que la constitution française du 4 octobre 1958, jugée à l'époque déjà prolixe, ne comporte que 43.088 signes, soit sept fois moins. Sans doute, comparer un texte promulgué à la fin du XX<sup>e</sup> siècle avec une constitution rédigée trente ans plus tôt n'est guère significatif puisque sur tous les continents les chartes ont eu tendance à s'allonger au cours des dernières décennies. Une comparaison faite à l'échelle internationale et ne portant que sur les années 1980/90 est beaucoup plus parlante.

#### 1. Un record mondial?

À ne considérer que des pays qui, comme le Brésil, sortaient alors de l'autoritarisme, la charte brésilienne est, de loin, la plus

<sup>30</sup> Suggestion n° 10.181 in DANC, supplément au n° 116, 6août1987, p. 120.

<sup>31</sup> Suggestion n° 9.534 in DANC, supplément au n° 68, 29mai1987, p. 333. Cette suggestion, comme bien d'autres, est accompagnée d'un justificatif très détaillé d'une dizaine de pages.

<sup>32</sup> Parmi les plus spectaculaires, il faut mentionner celle menée sur le toit du Congrès par des militants écologistes. Ces derniers, un jour de décembre 1987, n'ont pas hésité à recouvrir le dôme blanc et hémisphérique du Sénat de plusieurs et larges bandes de couleur sombre, de manière à le faire ressembler au dos tacheté d'une grosse baleine. Rapprochement rendu d'autant plus facile que ces militants faisaient flotter au-dessus du toit de la Chambre de gigantesques ballons, gonflés à l'hélium, aux formes de cétaqués (Voir les photos publiées par Jornal da Constituinte, n° 29, 14-20déc.1987, p. 1 et 15).

<sup>33</sup> Dont 8.078 mots et 52.360 caractères correspondant à ses *Dispositions transitoires*. J'ai effectué ce recensement lexicométrique ainsi que les suivants avec le logiciel Word 2000; de sorte que les quantités de signes ici annoncées incluent les espaces entre les mots et les retours à la ligne.

volubile: par exemple, la constitution tchèque du 1<sup>er</sup> janvier 1993 est six fois moins longue;<sup>34</sup> la russe du 12 décembre 1993, comme la roumaine du 21 novembre 1991, le sont quatre fois moins;<sup>35</sup> la polonaise du 2 avril 1997, trois fois moins.<sup>36</sup> Et si en Amérique latine ou en Afrique, les chartes sont en moyenne plus bavardes qu'en Europe de l'est, celle du Brésil continue de dominer les autres: par exemple, la constitution argentine du 22 août 1994 est quatre fois moins longue;<sup>37</sup> l'africaine du Sud, du 8 mai 1996, deux fois et demie moins;<sup>38</sup> la paraguayenne, du 20 juin 1992, deux fois.<sup>39</sup> Il existe bien peu de normes suprêmes de cette taille. Celle du Venezuela, rédigée en 1999 sous l'égide du néo-populiste Hugo Chavez, s'en approche, de même que celle de la Thaïlande promulguée en 1997; mais elles ne l'égalent pas.<sup>40</sup> Qu'à donc de plus la constitution brésilienne? Que dit-elle que les autres ne disent pas? Non seulement elle aborde souvent de façon très détaillée les sujets dont elle traite, mais elle traite d'innombrables sujets.

Il n'est pas besoin de lire attentivement cette charte pour s'en rendre compte. Au premier regard, cela saute aux yeux, tant certaines sections nécessitent des dizaines de pages. La plus longue, s'intitule «du pouvoir judiciaire»<sup>41</sup> et comprend 40.888

<sup>34</sup> Sa traduction anglaise ne comporte que 7.767 mots et 46.418 caractères.

<sup>35</sup> La traduction anglaise de la constitution russe ne comporte que 13.215 mots et 84.928 caractères; la version française de la constitution roumaine n'en contient que 12.211 et 77.204.

<sup>36</sup> Sa traduction française ne comporte que 19.385 mots et 119.672 caractères.

<sup>37</sup> Sa version originale (espagnol) ne comporte que 12.532 mots et 79.652 caractères.

<sup>38</sup> Sa version originale (anglais) ne comporte 18.812 mots et 118.382 caractères.

<sup>39</sup> Sa version originale (espagnol) ne comporte que 25.769 mots et 163.053 caractères.

<sup>40</sup> Dans sa version originale (espagnol), la constitution vénézuélienne comporte 36.404 mots et 239.272 caractères, soit 23% de moins que la charte brésilienne. Dans sa traduction anglaise, celle de Thaïlande en contient 41.299 et 246.945, soit 20% de moins.

<sup>41</sup> Constitution de 1988 (C1988), Titre IV.

caractères, soit en gros l'équivalent de la totalité de la constitution française de 1958 ou de celle du Maroc, promulguée le 14 août 1996.<sup>42</sup> Autres sections gigantesques: celle dénommée «de l'organisation de l'Etat», traitant du fédéralisme et de l'administration, qui fait 38.655 caractères; et celle dite «des droits et garanties fondamentaux» qui en comprend 27.242, soit trois fois plus que son équivalente béninoise du 11 décembre 1990 ou 40% de plus que son équivalente bulgare du 12 juillet 1991. À lui seul, l'article cinq, exclusivement consacré aux «droits et devoirs individuels et collectifs» (que la charte brésilienne distingue notamment des «droits sociaux» et des «droits politiques» formés eux de 6.957 et 3.644 caractères), en contient 13.283. Très rarement une constitution a été si longue sur ces questions ordinaires au constitutionnalisme. Mais la charte brésilienne est tout aussi prodigue sur des questions moins traditionnelles. Ainsi les dispositifs regroupés sous l'appellation «de l'ordre social»<sup>43</sup> représentent 35.491 caractères (soit une fois et demi l'ensemble de la constitution albanaise du 1<sup>er</sup> mai 1991);<sup>44</sup> ceux «de la fiscalité et du budget»<sup>45</sup> en comprennent 31.768; ceux «de l'ordre économique et financier»<sup>46</sup> 18.034.

La table des matières de cette charte donne une première idée de l'abondance et de la diversité des domaines traités. Non seulement la liste de ces thèmes est copieuse, mais l'éventail de leur subdivisions ou déclinaisons est aussi large qu'insolite. Par exemple la longueur de la section «du pouvoir judiciaire» tient notamment à ce que chaque ordre juridictionnel y est présenté: le Suprême Tribunal Fédéral (5.168 caractères); le Tribunal Supérieur de Justice (3.894); les tribunaux fédéraux régionaux (4.865); les tribunaux du travail (3.948); les tribu-

<sup>42</sup> La version française de la constitution du Maroc comprend 36.688 caractères.

<sup>43</sup> C1988, Titre VIII.

<sup>44</sup> Sa version anglaise comporte 24.511 caractères.

<sup>45</sup> C1988, Titre VI.

<sup>46</sup> C1988, Titre VII.

naux électoraux (3.068); les tribunaux militaires (1.166); les tribunaux des Etats (1.429). Y figurent aussi les acteurs institutionnels: le Ministère Public (5.526), le Parquet de l'Union (2.128). La charte est tout aussi inclusive concernant «l'ordre social». Y sont tour à tour traités: d'abord la sécurité sociale, c'est-à-dire son système général (3.155 caractères), le droit de la santé (2.091), la prévoyance sociale (3.108), l'aide sociale (4.514); puis l'éducation (6.101), la culture (1.895), le sport (968), ainsi que la science et la technologie (1.398), la communication sociale (3.721), l'environnement (2.644), la famille, (des enfants aux personnes âgées, 4.939); et, pour finir, les indiens (2.367). De même, «l'ordre économique et financier» débute par une longue énonciation «des principes généraux de l'activité économique»: définition des types d'entreprises, délimitation des monopoles, transports, planification, tourisme, ... soit en tout 9.006 caractères. Il se poursuit par des dispositifs relatifs à la politique urbaine (1.993), à la politique agricole et foncière ainsi qu'à la réforme agraire (4.335), et se termine par des articles concernant le système financier national (2.699).

Si un contenu si riche est notamment dû au désir d'inscrire dans la norme suprême des dispositifs qui dans le passé, relevaient du domaine de la loi ou du règlement, le libellé de cette constitution est pourtant loin d'être uniforme.

## 2. Pointillisme et généralités

De fait, alors que cette constitution semble interminable et qu'une telle longueur aurait pu signifier le souci des constituants de codifier chaque question avec la même précision, les contrastes d'une disposition à l'autre sont saisissants. La charte brésilienne ne cesse d'osciller entre pointillisme et généralité. Par exemple, l'article 201-V-6 stipule que «la gratification de Noël des retraités et pensionnés a pour base la valeur des rémunérations du mois de décembre de chaque année»; mais la charte ne pose

aucun principe quant au financement des partis politiques et reste évasive sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil de la République, instance pourtant chargée de se prononcer sur la nécessité de décréter l'état de siège et l'état de défense. Cette oscillation ne s'opère pas (ou rarement) au gré de l'importance sociale des questions codifiées. Certains droits, généralement secondaires au regard de l'ordre social existant, sont stipulés avec minutie dans des normes réalisables par elles-mêmes (dites aussi «auto-exécutables», c'est-à-dire, selon la doctrine, dans des normes qui contiennent les moyens juridiques essentiels à leur exécution et qui peuvent, dès promulgation, prêter de la sorte à tel ou tel usage).<sup>47</sup> Ainsi les communes se voient reconnaître la possibilité d'établir des impôts sur les combustibles gazeux; la police ferroviaire fédérale reçoit comme mission de patrouiller ostensiblement le long de diverses installations; la justice sportive doit dorénavant prononcer ses jugements dans un délai de 60 jours; l'utilisation des radio-isotopes est soumise à un régime de concession; etc.<sup>48</sup> Par contre, des centaines d'autres droits, plus cruciaux dans l'ordre social, sont codifiés à grands traits et renfermés dans des «normes immédiatement non-réalisables» (c'est-à-dire, toujours selon la doctrine, dans des normes qui voient leur effectivité d'autant plus repoussée dans le temps qu'elles ne disposent pas initialement de ces moyens là).<sup>49</sup> Autrement dit, ils sont fréquemment accompagnés de formules

<sup>47</sup> User ici de ces catégories du droit ne signifie pas pour autant qu'il faille vouloir imputer, aux divers types de norme insérés dans le texte constitutionnel, l'intégralité des problèmes de l'application de toute charte.

<sup>48</sup> C1988, art. 156-3; 144-1-IV-3; 217-IV-2 et 21-XXIII-b.

<sup>49</sup> Cette distinction entre normes est globalement acceptée tant par les tenants du droit positif brésilien (par exemple, Manoel Gonçalves Ferreira Filho) que par leurs collègues de la sociologie du droit (par exemple, T. S. Ferraz Jr. et ali, *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*, São Paulo: Atlas, 1989).

telles «la loi complétera», «la loi assurera», «la loi dira», «la loi punira», etc., indiquant qu'ils devront être assortis de normes complémentaires pour devenir effectifs.

Pareille écriture, pareille présence massive de normes conditionnées n'est pas innocente. Elle ne signifie pas que les constituants aient voulu laisser à d'autres le soin de rédiger des mesures d'accompagnement jugées peu dignes de figurer dans une charte (car, en ce cas, comment expliquer le goût du détail qui s'étale tout au long du texte promulgué?). Elle découle plutôt d'une double impuissance: celle de constituants qui ne pouvaient imposer, faute de majorité, l'adoption de dispositions constitutionnelles permettant l'immédiate entrée en vigueur des réformes qu'ils souhaitaient; et celle de constituants qui, sans disposer des forces capables de rayer de la charte en écriture les articles énonçant le principe des réformes qu'ils redoutaient, parvenaient à repousser la date de leur entrée en vigueur et donc à en retarder l'éventuelle application. Car, en chargeant le législateur du soin de voter les normes complémentaires nécessaires à la mise en place de ces réformes, ils espéraient que les rapports de force qui prévaudraient dans les chambres composant le futur parlement interdiraient la promulgation de ces normes et permettraient du coup de surseoir une nouvelle fois à l'application éventuelle des dites réformes. Stratagème efficace, puisqu'au 31 décembre 1991, soit trois ans après que la charte ait été promulguée, seules 82 des 355 lois complémentaires expressément ou tacitement requises par la constitution<sup>50</sup> avaient pu être votées. Même dans les cas où la charte fixe au législateur un délai pour rédiger ces lois, beaucoup de celles qui finirent par être votées le furent

<sup>50</sup> La lecture de la constitution faite par le Ministère de la Justice, a amené celui-ci à considérer que la nouvelle charte, pour être complétée, exigeait *expressément* la rédaction et le vote de 269 lois, et réclamait *tacitement* la publication de 86 autres. La liste et l'objet en sont fournis In: Ministério da Justiça, *Leis a Elaborar*: Constituição de 1988. Brasília: Imprensa Nacional, 1989, p. 23-468.

avec un important retard. Par exemple, l'article 48 des *Dispositions Transitoires* commande au Congrès d'«élaborer un code de défense du consommateur dans le délai de cent vingt jours à compter de la promulgation de la Constitution» (donc avant le 22 février 1989); mais ce code ne fut publié que le 11 septembre 1991, soit avec un dépassement de trente et un mois par rapport à la date buttoir constitutionnellement imposée. Un autre élément témoigne des hésitations des constituants, de leur défiance vis-à-vis des droits et devoirs qu'ils avaient charge d'établir: parce qu'ils voulaient changer aisément les articles qui ne les satisfaisaient guère, les constituants brésiliens ont décidé, à l'instar de leurs homologues portugais de 1976, que la charte serait révisée cinq ans après sa promulgation à la majorité absolue des membres du Congrès,<sup>51</sup> et non séparément par chacune des deux chambres à la majorité des trois cinquièmes – donc plus dure à atteindre – comme cela est prévu pour toute autre période. Pour résumer, cette charte laisse penser que bon nombre de ses auteurs, craignant qu'elle finisse par instituer un Brésil autre que celui dont ils rêvaient, cherchèrent à en limiter juridiquement la portée et firent, en quelque sorte, du droit contre le droit.

Mais ces contrastes, cette longueur du texte promulgué ont-ils un lien étroit avec les deux autres caractéristiques majeures du processus constituant (niveau élevé de mobilisations, très longue gestation)? Si oui, le quel? Plus exactement, existe-il des effets de corrélation entre ce qui peut être vite perçu comme formant trois caractéristiques spectaculaires de ce processus? Pour prendre une image, est-on face à trois gros morceaux de glace flottant côte à côte à la surface de l'océan, mais indépendants? Ou est-on face à trois parties émergées d'un même iceberg? À observer d'autres processus constitutants, la relation entre ces caractéristiques n'est pas d'emblée certaine. Ainsi depuis

<sup>51</sup> C1988, art. 3, DT.



cinquante ans et quel que soit le continent, toutes les constitutions «bavardes» n'ont pas nécessité des années de gestation et des mobilisations multiples. La réciproque est vraie: toutes les chartes courtes ne sont pas nées rapidement. De même pour l'ampleur des mobilisations. Certes peu de pays ayant récemment changé, démocratiquement, de constitution ont connu à cette occasion d'amples mobilisations; mais là où se fut le cas, il n'y a pas toujours eu processus long et texte fleuve. Résoudre la question du lien importe: d'une part, cela aidera à mieux préciser l'objet «processus constituant brésilien»; d'autre part et surtout, si ce lien est démontré, cela aidera à prendre la mesure du réel intérêt scientifique de cet objet.

La première hypothèse qui vient à l'esprit, du moins qu'impose l'approche interactionniste du politique, du juridique ou du social, est que ces trois caractéristiques tiennent aux enjeux en présence. Mais cette formulation est très maladroite car elle suggère que ces enjeux étaient de nature immuable, de nombre constant et de valeur stable, alors que ce fut l'inverse. Bien sûr, la question des enjeux est cruciale; il faut cependant la poser correctement. C'est là une condition essentielle pour pouvoir comprendre à la fois ce qui relie les trois caractéristiques majeures du processus constituant et qui fait que ce processus possède ces trois caractéristiques. Le lecteur me pardonnera de ne pas aller au-delà ce propos introductif et abstrait, car développer cela exige plusieurs dizaines d'autres pages; pages que le cadre de la *Revista de Informação Legislativa* ne peut évidemment offrir.

### Referências

BRASIL. Ministério da Justiça. *Leis a elaborar: Constituição de 1988*. Imprensa Nacional, 1989.

BRUNEAU, Thomas. Brazil's political transition. In: HIGLEY, John; GUNTHER, Richard (Org.). *Elites and democratic consolidation in latin America and southern Europe*. Cambridge, 1992.

CONVERSA ao pé do rádio. Brasília, Presidência da República, 1988, 1989, 1990.

DIÁRIO da Assembléia Nacional Constituinte (DANC). nº 307, Brasília, 23 set. 1988.

DREIFUSS, René. *O jogo da direita*. Petrópolis: Vozes, 1989.

FALCÃO, João Emílio. *Entrevista ao Jornal da Constituinte*. nº 63, caderno 1. 5 out. 1988.

FERNANDES, Florestan. Invasão e desafio. In: *Folha de São Paulo*. 8 maio 1987, p. a3.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. et al. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

GUTEMBERG, Luiz. *Mapa geral das idéias e propostas para a nova Constituição*. Brasília: Ministério da Justiça/Fundação Petrônio Portella, 1987.

LAMOUNIER, Bolívar. Apresentação. In: *De Geisel a Collor: o balanço da transição*. São Paulo: IDESP, 1991.

MAINWARING, Scott. The transition to democracy in Brasil. In: *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*. v. 28, nº 1. 1986.

MARTINS, Luciano. Transition facile, démocratie difficile. In: *Problèmes d'Amérique Latine*. nº 78. 1985.

MARTINS, José de Souza. O Professor Florestal Fernandes e nós. In: *Tempo social*. v.7, nº 1-2. São Paulo, 1995.

MONTCLAIRE, Stéphane. Para uma archeologia constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Número especial. Brasília: Senado Federal, 2004.

\_\_\_\_\_. Representes, représentants et représentation au Brésil. In: COUFFIGNAL, George (Dir.). *Réinventer la démocratie: le défi latino-américain*. Paris: PFNSP, 1992.

OFFERLE. *Sociologie des groupes d'intérêt*. Paris: Montchrestien, 1994.

O'DONNELL, Guillermo; REIS, Fábio Wanderley. *A democracia no Brasil: dilemas e perspectivas*. São Paulo: Vértice, 1988.

OLSON, Mancour. *Logique de l'action collective*. Paris, 1966, PUF, 1978.

TOURAINÉ, Alain. Vive le Brésil. *Le Matin de Paris*. 15 fev. 1985.

RIBEIRO, Ronaldo Paixão. Maintenant, à la fin du tunnel, brille la lumière. *Entrevista ao Jornal da Constituinte*. nº 63, caderno 1. 5 out. 1988.

ROSSI, Clóvis. S'achève ainsi la transition lente, graduelle et sûre. In: *Folha de São Paulo*. 17 nov. 1994, p.1-8.

SADER, Emir. *A transição no Brasil*. São Paulo: Atual, 1990.

SELCHER, Wayne A. et al. *A abertura política no Brasil: dinâmica, dilemas e perspectivas*. São Paulo: Convívio, 1988.

VILLEGAS, René. *Jornal da Constituinte* (entrevista). nº 63. 5 out. 1988, p.13.

WHITAKER, Francisco et al. *Cidadão constituinte*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

# A Constituição de 1988

Walter Costa Porto

## Sumário

I. Nossa Trajetória Institucional. II. A Convocação da Constituinte. III. A Constituição Afonso Arinos e seu Anteprojeto. IV. A Assembléia Constituinte. V. O texto final da Constituição. VI. O Mandado de Injunção.

Quando da feitura da Constituição de 5 de outubro de 1988, o noticiário jornalístico a apontou, algumas vezes, como sendo a oitava de nossa história. Contou-se, assim, como mais uma Constituição a Emenda nº 1, imposta, em 1969, por nossos líderes militares.

A maior parte dos doutrinadores considera, no entanto, como seis as Cartas anteriores: a primeira, a monárquica, de 1824, outorgada por Pedro I, após a dissolução da constituinte; a segunda, a republicana, de 1891, aprovada a partir de um texto revisto por Rui Barbosa; a terceira, a de 1934, elaborada após uma revolução, em São Paulo, que se chamou de “constitucionalista”; a quarta, outorgada por Getúlio Vargas, que se denominou de “polaca”, para acentuar sua proximidade ao texto polonês de abril de 1935; a quinta, a da “redemocratização”, de 1946; finalmente, a sexta, de 1967, quase outorgada, dado o prazo exíguo – de um mês e doze dias – concedido ao Congresso para a aprovação de seu texto (preparado, inicialmente, por comissão integrada por Orozimbo Nonato, Levi Carneiro, Themístocles Cavalcanti e Seabra Fagundes mas

corrigido e desliberalizado pelo Ministro da Justiça) e as poucas possibilidades de sua alteração.

A Emenda nº 1/69, como sua denominação esclarece, foi uma modificação substancial à Constituição de 1967, trazida, entretanto, ao arrepio da própria Carta que, obviamente, previa outro modo para sua reforma. Bem merecia ela a crítica dirigida por Francisco Campos, em 1945, às “Leis Constitucionais” com que Getúlio Vargas reformulava a Constituição de 1937: não se encontrava, na Carta de 1937, qualquer dispositivo que, direta ou mediante ilação, atribuísse ao Presidente, ou à Junta Militar, posterior, a faculdade de emendá-la ou reformá-la. Uma Constituição, insistia Campos, mesmo outorgada, somente representaria uma garantia para os cidadãos se se constituísse em regra normativa, em limitação do poder; somente poderia ser emendada ou reformada, então, mediante o processo por ela mesma estabelecida.

Quanto ao problema do número de nossas Constituições, há, ainda, autores que fazem menção a cartas “informais e provisórias”, como, por exemplo, as que regularam dois momentos de crise institucional, no fim da Monarquia e no encerramento de nossa 1ª República. No primeiro caso, o Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889; no segundo, o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930. Esses atos revolucionários, segundo Caio Tácito, submeteram a Nação a uma estrutura de poderes reais, embora transitórios, “consubstanciando uma verdadeira constituição de poderes, uma ordem institucional provisória, de sentido concentrado.”<sup>1</sup>

<sup>1</sup> “Mas, nunca, no arrolamento das Constituições brasileiras, se faz referência àquela que, efetivamente, bem poderia ser arrolada como a primeira de nossas Cartas: a espanhola, de Cadiz, jurada em nosso País em 21 de abril de 1821. No dia seguinte, foi tornado sem efeito o juramento. Curiosa Constituição, a de Cadiz. Ela resultou de uma reação do povo espanhol aos cinco anos de domínio napoleônico. As Cortes de Cadiz a votaram em 1812, numa cópia do texto francês, de 1791. Portugueses, italianos, romenos, noruegueses,

Resta a discussão sobre se é excessivo o número de nossos textos constitucionais. Há quem lembre a França, a nos acompanhar – e nos superar – nessa imoderação. Há quem deplore nosso descomedimento legal, recordando o exemplo dos EUA. Esquecendo que, ali, a permanência da redação original resultou, de um lado, das dificuldades técnicas opostas a sua reforma e, de outro, do papel do Judiciário, livre para leituras que implicaram sempre não tão sutis modificações do texto.

### *I – Nossa trajetória institucional*

O Brasil conheceu duas formas de Estado: o governo unitário, no Império, e a Federação, acentuada na 1ª República, amenizada, nos períodos seguintes e com os lapsos de centralização absoluta, de 1930 a inícios de 1934 e no período do chamado “Estado Novo”, de 1937 a 1945.

Quanto às formas de governo, o país conheceu, de 1824 a 1891, a Monarquia, e, depois, a República presidencialista.

Viveu, se não um verdadeiro parlamentarismo, práticas parlamentaristas, no Império e, na 4ª República, um novo ensaio de parlamentarismo, de setembro de 1961 a janeiro de 1963. Quanto à separação de poderes, experimentou, no Império, a originalidade de um Poder Moderador<sup>2</sup>, no

belgas, russos – e, por fim, brasileiros – sofreram seu influxo. Portugal a teria em 1820, quando motins populares fizeram com que fosse jurada, como ocorreria pouco depois no Brasil. Em razão de outro motim, ela foi revogada em Portugal, menos, entre outros pontos, quanto ao sistema eleitoral (TÁCITO, 1985, p. 6).

<sup>2</sup> Segundo Benjamin Constant, em livro de 1872, até então não se havia distinguido, nas organizações políticas, senão três poderes. Ele disse: “Eu retiro cinco: 1º – o Poder Real; 2º – o Poder Executivo; 3º – o Poder Representativo da Duração; 4º – o Poder Representativo da Opinião; 5º – o Poder Judiciário”. No mundo, somente dois países – o Brasil, por sua primeira Constituição monárquica, de 1824, e Portugal, por sua Constituição de 1826 – tentaram pôr em prática o entendimento de Constant. Mas com dois grandes equívocos: o Poder Moderador e o Poder Executivo foram reunidos em mãos do Monarca, negando, assim, a isenção do Poder que Constant denominava,

que foi seguido, somente, por Portugal, em sua Constituição de abril de 1826, cópia da nossa, de março de 1824.

Quanto aos sistemas eleitorais, utilizou o Brasil quase todas as opções tentadas pelos outros países – o voto restrito e o universal; o secreto e o a descoberto; o majoritário-distrital; o proporcional; o limitado; o cumulativo; a eleição em dois graus e, mesmo, em 1821, na designação dos deputados às Cortes de Lisboa, a eleição em quatro graus, do modo como dispunha a Constituição de Cadiz.

Em 1822, escrevia Tavares de Lyra (1981, p. 195): “Sobre o voto, temos ensaiado todos os sistemas conhecidos, com exceção, apenas, do voto obrigatório, do voto proporcional e do voto às mulheres.” Em verdade, o voto feminino somente foi concedido em 1932; e o voto proporcional, por meio de quocientes eleitorais, somente nos chegou, no plano nacional, em 1932. Mas é estranho que Tavares de Lyra não descobrisse, já, nas disposições que acompanhavam o decreto de 26 de março de 1824, o voto obrigatório.

Quanto aos sistemas de partidos, o Brasil teve um bipartidarismo, no Império e, no final daquele período, um tripartidarismo; no início da 1ª República, viu partidos estaduais “dominantes”, na classificação de Duverger (1966, p. 386 e ss); somente a partir de 1930 conheceria, verdadeiramente, agremiações nacionais, já de funda conotação ideológica; assistiria, na 4ª República, à explosão de um multipartidarismo, com 13 legendas; na 5ª República, a um bipartidarismo, imposto pelo regime militar que teve, para auxiliá-lo, o mecanismo – copiado do modelo uruguaio – da sublegenda; com a volta ao multipartidarismo, tentou-se imitar o sistema alemão, de condicionar a atuação dos partidos ao alcance de um mínimo de base eleitoral.

---

também, de “neutro”. Depois, entendera Constant que “a chave da organização política era a separação dos poderes”. A Constituição brasileira afirmou, e a portuguesa repetiu, que “a chave da organização política é o Poder Moderador.”.

Para teóricos como Bolívar Lamounier (1986, p. 11-12), o Brasil é, no nível econômico e cultural em que se situa, caso, único no mundo, de subdesenvolvimento partidário. Isso se deve, segundo eles, à interferência constante do Estado, que se compraz em golpear as agremiações, ao fato de o Poder Central, no Brasil, ter sempre dificultado ou procurado impedir o fortalecimento de nossos partidos. Mas se poderia lembrar, também, que nosso sistema eleitoral proporcional, de lista, mas com escolha uninominal pelo eleitor – tão destoante do modelo proporcional adotado pelos demais países –, colabora, igualmente, para a redução da força dos partidos, instalando um individualismo destrutivo do tão necessário congraçamento partidário.

## II – A convocação da Constituinte

A Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, determinou que “os membros da Câmara de Deputados e do Senado Federal” reunir-se-iam “em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987”. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalaria a Assembléia e dirigiria a sessão de eleição de seu presidente. A Constituição promulgada “depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte.”

Esse texto abriu um aceso debate sobre a natureza e a correspondente extensão dos poderes da Assembléia. Para alguns, a Constituinte, instalada em 1987, seria “derivada”, com poderes secundários, o que equivaleria dizer que ela teria “poderes de reforma e que, por mais gerais que sejam, não se revestem da força e da autoridade para permitir deliberações sobre o que não poderia o Congresso decidir por simples emenda.” (RAMOS, 1987, p. 11)

Em favor dessa tese, veio a palavra, tão autorizada, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1987, p. 17), para quem o caminho

escolhido mostrou bem que a Assembléia Constituinte da Nova República era, “juridicamente, Poder Constituinte derivado”. A Câmara de Deputados desempenharia funções normais, o Senado Federal, idem, o Congresso Nacional, também mas, para elaborar normas de hierarquia constitucional, os seus membros integrariam uma chamada Assembléia Nacional Constituinte: “Esta, outra coisa não é senão o Congresso Nacional enquanto Poder Constituinte derivado”.

Órgão reformador, o que a caracterizaria “como detentora de poderes derivados da Constituição em vigor”, a Assembléia Constituinte estaria impedida, então, “de interferir no direito instituído dos demais poderes constituídos, isto é, nas estruturas institucionais profundas dos poderes Executivo e Judiciário” (RAMOS, 1987, p. 17). E não poderia, então, dispor, por exemplo, sobre o mandato do Presidente Sarney, este, afinal, o núcleo da discórdia.

Desde o início da década de 80, quando se iniciara o retorno, que se programou como “lento e gradual”, à normalidade democrática, opunham-se os que, de um lado, pregavam a convocação de uma Constituinte ou a transformação, em Constituinte, do Congresso de então; e, de outro, os que entendiam não ser essa uma questão prioritária: o povo estaria mais interessado em problemas como o do controle da inflação e contenção de preços, sempre em desordenada espiral ascendente. E era também necessário dar um basta a nosso tão arraigado costume de esperar, das normas, uma solução mítica e de pretender, sempre, que as leis se antecipassem ao processo social.

Depoimentos prestados, em Brasília, pelo Prof. Miguel Reale e repetidas declarações, à imprensa, no Rio de Janeiro, do ex-Chanceler Afonso Arinos, trouxeram plena nitidez à controvérsia.

Reale advertia contra dois riscos do momento, quando parecia haver, segundo ele, “uma convicção dominante entre brasileiros de todas as camadas, de serem

indispensáveis certas modificações fundamentais que repercutem no estatuto político”. Essas “soluções perigosas” seriam o casuísmo, de um lado, e, de outro, “o das fórmulas majestosas e aparatosas que não levam a nada.”

Recomendava ele, então, que, em vez de casuísmos e de formulações consagradas e estereotipadas, se promovesse “uma apreciação de fundo” sobre sete ou oito problemas basilares e um prévio e indispensável debate sobre esses temas para se possibilitasse, já ao Congresso eleito em 1982, “uma tarefa efetivamente fecunda”. Mas sem a convocação de uma Constituinte e, sim, com mera possibilidade de uma revisão global da Carta em vigor, mediante emendas oferecidas e aprovadas de conformidade com o que estava previsto na Constituição.

A fórmula proposta por Arinos era a da autoconvocação do Congresso, ao modo da “resolução concorrente” dos EUA. Para Reale, não seria possível a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte porque isso representaria, quer por parte do Executivo, quer por parte do Legislativo, ato não compatível com a letra constitucional vigente e, portanto, revolucionário.

O desacordo resultou, afinal, em um diálogo enriquecedor de nossa cena política, tão diferente de outros, alicerçados somente em uma base frágil de emoção e despreparo.

Mas nenhuma das teses prevaleceu, sendo substituídas, mais tarde, por reparos à Emenda nº 26, por ter dado uma natureza “congressual”, não “exclusiva”, à Assembléia Constituinte, e por tentativas de respaldar, nas palavras daquela Emenda, que falavam de uma Assembléia “livre e soberana”, a verdadeira autonomia cuja ausência tantos deploravam.

“Não adianta chorarmos o leite derramado da Constituinte exclusiva e independente que poderíamos ter tido”, era o desabafo, em novembro de 1986, de Francisco Weffort (1986).

### III – A Constituição Afonso Arinos e seu Anteprojeto

Grande controvérsia cercou a formação e o desempenho da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 10 de julho de 1985. Uma ponte, como a classificaria o Presidente Sarney, “de alguns meses, entre a gente brasileira e os representantes que ela elegerá”, uma “área de discussão livre e informal das razões nacionais, submetendo ao debate público teses básicas quanto ao Estado, à Sociedade e à Nação”<sup>3</sup>. Presidida por Afonso Arinos<sup>4</sup>, a Comissão foi criticada à esquerda e à direita e, afinal, seu anteprojeto, publicado no Diário Oficial de 26 de setembro de 1986, não foi sequer encaminhado à Assembléia Constituinte. Segundo a justificação divulgada pelo Palácio do Planalto, o Presidente resolvera “não encampar o anteprojeto, nem mesmo a título de sugestões aos constituintes”. A Constituinte era “livre e soberana para elaborar seu próprio projeto” e o Executivo não poderia “interferir nos trabalhos do Legislativo” (PRADO, 1987, p. 1).

Professor da Universidade de Lisboa e com notável contribuição ao estudo do Direito Constitucional, Jorge Miranda (1987, p. 34), divulgando em seu país o texto do anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, afirmou que sua publicação no Diário Oficial fora “uma decisão sem precedentes”. Mas, em verdade, já em 22 de junho de 1891, o Governo Provisório, chefiado por Deodoro, fazia publicar o texto do anteprojeto da Constituição, preparado por Santos Werneck, Américo Brasiliense, Magalhães Castro, Rangel Pestana e Saldanha Marinho, e revisado por Rui Barbosa. Também, em 1933, outro Governo Provisório, dirigido por Getúlio

Vargas, dera à publicidade o anteprojeto elaborado pela Comissão do Itamaraty.

Sem precedentes, então, na história constitucional brasileira, foi a cautela do Presidente em não enviar o documento à Assembléia. Para um dos membros da Comissão – e, depois, um de seus maiores críticos –, a atitude deixava transparecer, ainda que de forma elegante, sua decepção e discordância quanto à forma e à substância do anteprojeto (PRADO, 1987, p. 1).

No anteprojeto, desbordado, com preâmbulo, 436 artigos e 12 disposições gerais e transitórias, Jorge Miranda enxergaria quatro notas fundamentais: a vastidão do texto; a extensão do tratamento constitucional a áreas até então por ele não cobertas; seu caráter compromissório e a complexidade da sistematização.

Se ele justificava esse “duplo fenômeno de alargamento das matérias e de dilatação dos textos constitucionais” como fenômeno generalizado em nossa época, e o caráter compromissório como o “preço da democracia pluralista”, via como uma das mais ostensivas deficiências do anteprojeto o não estabelecimento de uma distinção nítida no tocante aos direitos fundamentais e a não exposição, à parte, de regras aplicáveis a uma e outra categoria desses direitos. Não teria havido, no tratamento dessa matéria, “um correspondente nível científico.”

No âmbito da organização econômica e do sistema político, a sistematização do texto não teria sido satisfatória: se havia um fio condutor, ele não se apresentava muito claro.

Via Jorge Miranda (1987, p. 1), finalmente, como “nota mais curiosa”, o estabelecimento de um “presidencialismo congressual”, sistema que, para ele, parecia retomar, “sem os vícios de origem e com aperfeiçoamento, o modelo do Ato Adicional de 1961”.

Essa decisão do anteprojeto levava Miguel Reale (1986), membro da Comissão, à queixa de que, mais uma vez, “como se fosse o destino de nossa história política,

<sup>3</sup> *Constituição Federal – Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos*; Rio: Forense, 1987, p. 126.

<sup>4</sup> A tarefa, tão honrosa para Arinos, tinha uma conotação que lhe era particularmente grata: seu pai, Ministro do Exterior da 2ª República, igualmente presidira, de fato, a chamada Subcomissão do Itamaraty, que elaborara o anteprojeto da Constituição de 1934.

não se soubera preservar o equilíbrio de poderes”.

#### *IV – A Assembléia Constituinte*

Muito foi diferenciado, em relação a outros de nossos momentos constituintes, esse que congregou, de fevereiro de 1987 a outubro de 1988, os representantes da Nação brasileira.

Primeiramente, porque se alargou, em definitivo, a base eleitoral que levou a escolha dos parlamentares. O Brasil conhecera, no século XIX, e mesmo no século XX, restrições ao direito do voto, que resultaram em um corpo eleitoral reduzido, de pouca expressão. Negara-se, com efeito, até 1891, o voto aos que não provassem certa renda. Negara-se o voto à mulher, até 1932. Negara-se, finalmente, até 1975, o sufrágio aos analfabetos.

Por uma emenda constitucional de 1985, não somente se concedeu o voto aos analfabetos como se reduziu a idade eleitoral para 16 anos. Sessenta e nove milhões de eleitores compareceram ao pleito de novembro de 1986, número vastamente superior aos que, em outras ocasiões, haviam respaldado a seleção de constituintes anteriores.

Por outro lado, os meios de comunicação – os jornais, o rádio, a televisão – e, mesmo, as facilidades de transporte, puderam fazer dessa mais recente elaboração constitucional um arranjo institucional que motivou, verdadeiramente, toda a opinião pública. Na televisão, por exemplo, o noticiário, em certos momentos, reuniu 60 milhões de ouvintes, quase todo o corpo eleitoral sendo, assim, alcançado e posto a par do que se discutia na Assembléia Constituinte.

Desses fatores, da maior participação popular e do tão dilatado conhecimento da elaboração legislativa, pelo corpo de votantes, resultou que a feitura da nova Constituição, que agora nos rege, foi algo efetivamente partilhado. E que o antigo “mandato representativo”, que estabelecia

uma dualidade entre eleitor e eleito, teve uma necessária correção, por um acompanhamento e uma efetiva fiscalização por parte dos eleitores, com relação às idéias dos candidatos e aos programas dos partidos.

Anotem-se, também, duas peculiaridades que fizeram da última elaboração constitucional uma novidade em nossa história.

Primeiro, não se restringiu, como em ocasiões anteriores, a participação dos constituintes na fase inicial de elaboração da Carta. Na primeira de nossas Constituintes republicanas, a de 1890/1891, constituiu-se uma Comissão, que se denominou “dos 21”, com representantes dos Estados da Federação, para deliberar, em um primeiro momento, sobre o projeto que fora encaminhado pelo Poder Executivo. Em 1934, uma “Comissão Constitucional”, no congresso constituinte, teve a missão de analisar, inicialmente, o projeto preparado pelo Executivo. Na Constituinte de 1946, uma “Grande Comissão”, com 37 membros, teve a mesma tarefa. A rotina era de que essas comissões se dividissem em subcomissões. O relator de cada uma redigia um texto da seção respectiva; depois de emendado no seio da subcomissão, era oferecido à comissão, cujos membros o crivavam de novas emendas. Depois, essas seções eram coordenadas, num projeto dito “da Comissão”, que o oferecia ao plenário. Só então os demais deputados podiam começar seu trabalho.

Em 1987, foi grande a reação dos deputados constituintes que não pretenderam ficar à margem nos primeiros momentos. Daí que se tivesse partido para uma inovação: foram constituídas 24 subcomissões, nelas distribuído o conjunto de representantes. Como resumiu um analista, essas subcomissões, “dotadas de uma Mesa e um relator, ouvindo representações e especialistas sobre temas específicos e tentando dar início a uma parcela do futuro projeto. Três a três, essas subcomissões unificaram-se em oito comissões temáticas, as quais revisa-



ram o trabalho de seu terços e formularam, cada qual, um oitavo do futuro projeto”.

Em segundo lugar, foram permitidas, na Constituinte de 1987/1988, emendas populares e se estabeleceu, também, um Sistema de Apoio Informático à Constituinte (SAIC), com apoio do Centro de Informática e Processamento de Dados do Senado Federal, que culminou com a criação de um Banco de Dados capaz de coletar, armazenar e tornar disponível, para todos os constituintes, quase 80.000 sugestões emanadas das diversas camadas da população brasileira.

### V – O texto final da Constituição

A Constituição promulgada em 5 de outubro se afastou, no campo da separação de poderes, do anteprojeto. Fazendo retornar as antigas prerrogativas do Parlamento, no campo da iniciativa das leis, manteve o presidencialismo da 4ª República, sem o manuseio abusivo, pelo Executivo, do Decreto-lei e do decurso de prazo.

O constituinte pareceu ouvir a repreensão de Jorge Miranda, quanto ao não estabelecimento, no projeto Arinos, de uma distinção nítida no tocante aos direitos fundamentais. O texto final, ao contrário das Constituições anteriores, trouxe uma separação “marshalliana”<sup>5</sup> das categorias dos direitos: a parte civil, relativas às liberdades individuais, foi discriminada no art. 5º; a parte política, no art. 14; a parte social, em larga enumeração, no art. 6º.

Inegáveis os seus avanços no campo dos direitos econômicos e sociais se bem que lhe

---

<sup>5</sup> Em conferência de 1949, em Cambridge, numa das *Marshall Lectures*, dedicadas a Alfred Marshall (1988, p. 9), em texto de notável repercussão, T. H. Marshall disse dos três elementos que compunham a cidadania: uma parte civil, relativa aos direitos necessários à liberdade individual; uma parte política, referente ao direito de participar do exercício do poder político, e uma parte social. Esta última, ele assim a definiu: “Tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança, ao direito de participar, por completo, da herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade”.

fossem dirigidas críticas no disciplinamento relativo à propriedade rural.<sup>6</sup>

Nenhuma alteração de monta se propôs à cena eleitoral e partidária. Nem se ouviu, na Assembléia Constituinte, um debate à altura dos problemas trazidos, a nossa representação política, pelo quadro de nossas agremiações e pelo sistema que regula nossos pleitos. Quanto aos partidos, deixou-se de acolher a fórmula alemã, algumas vezes sugerida na legislação anterior, e proposta pela Comissão Arinos, de condicionar o funcionamento das legendas a certo nível de aceitação popular – uma porcentagem dos votos na eleição para a Câmara.

Quanto ao sistema eleitoral, merece menção o fato de que, pelo novo texto, nas eleições presidenciais, será considerado eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta dos votos. Se nenhum dos candidatos alcançar a maioria absoluta na primeira votação, far-se-á, trinta dias depois, nova eleição, concorrendo, somente, os dois candidatos mais votados e considerando eleito o que obtiver, então, a maioria, simples, dos votos válidos.

A exigência de dois turnos não é uma inovação da atual Carta. Na 1ª República, a Constituição de 1891 os requeria. Mas, no segundo turno, o Congresso é que elegeria, por maioria dos presentes, um, entre os que tivessem alcançado as duas votações mais elevadas na eleição direta. O quadro das eleições presidenciais naquele período mostra que, embora prevista na Constituição, em nenhuma oportunidade foi necessária a participação do Congresso, na eleição. Das onze escolhas diretas então realizadas, somente quatro – as de 1910,

---

<sup>6</sup> Primeiramente, dispôs-se, pelo Decreto nº 91.766, de 10.10.1985, que o Poder Público evitaria, sempre que conveniente, a desapropriação de imóveis que, mesmo classificados como latifúndios, atendessem a certos requisitos estabelecidos pelo Estatuto da Terra. Depois, com o Decreto-Lei nº 2.363, de 21.10.1987, determinou-se que não seriam desapropriadas “as áreas em produção”. Finalmente, o texto constitucional, pelo seu art. 185, declarou insuscetível de desapropriação “a propriedade produtiva”.

1919, 1922 e 1930 – envolveram uma efetiva disputa. E mesmo nessas ocasiões, os vencedores – Hermes da Fonseca, Epitácio Pessoa, Arthur Bernardes e Júlio Prestes – somaram, respectivamente, 64%, 71%, 59% e 59% dos votos.

A Constituição de 1946 dizia, somente, que o Presidente e o Vice seriam eleitos “simultaneamente, em todo o país, cento e vinte dias antes do termo do período presidencial”. Nenhuma palavra, pois, sobre a maioria, se simples, se absoluta. Mas, tendo Getúlio Vargas alcançado, em 1950, pouco mais de 47% dos votos, a oposição, de modo especial a União Democrática Nacional, tentou a impugnação de sua escolha, sob a alegação de que não conseguira ele a maioria absoluta dos votos. “A Carta de 46 não dizia taxativamente que a eleição do Presidente deve ser por maioria absoluta de votos. Mas pode-se compreender assim”, insistia Aliomar Baleeiro, então Deputado e que, depois, integraria o Supremo Tribunal Federal (CARONE, 1985, p. 41).

Outra vez se levantou a questão quando Juscelino Kubitschek se elegeu, em 1955, com 37% dos votos. Mas, quando Jânio Quadros, apoiado pela UDN, não atingiu, também, em 1960, a maioria absoluta, nem o partido nem seu líder extremado, Carlos Lacerda, veriam qualquer ilegitimidade na eleição.

Na 5ª República – esse período que se iniciaria com o movimento militar de março de 1964 e terminaria com a posse, na Presidência, do Vice José Sarney –, pediu-se sempre, nas suas seis escolhas presidenciais, a maioria absoluta.

E pela Emenda Constitucional nº 9, de 1967, chegou-se a determinar, de forma curiosa, que, não se verificando a maioria absoluta na eleição presidencial, o Congresso se manifestaria sobre o candidato mais votado, considerando-se, então, eleito, este, se obtivesse metade mais um dos votos no Parlamento. Menos que uma eleição, seria uma ratificação, ou não, da escolha anterior.

Mas a disposição não chegou a ser aplicada. As três primeiras designações, dos Presidentes Castello Branco, Costa e Silva e Garrastazu Médici, foram efetuadas pelo Congresso e as três últimas, dos Presidentes Ernesto Geisel, João Figueiredo e Tancredo Neves, por um Colégio Eleitoral, que reunia o Congresso e representantes das Assembleias Estaduais. Em todas as ocasiões, alcançou-se, no primeiro turno, a maioria absoluta, somente não atingida quando Vice Presidente da chapa Castello Branco, José Maria Alckmin, obteve, na primeira votação, somente 203 dos 441 votos então colhidos.

Por muitas razões, a principal delas nosso multipartidarismo agora exarcebado, os segundos turnos passaram a ser uma constante em nossos pleitos.

## VI – O Mandado de Injunção

A crônica constitucional brasileira assistiu a uma fecunda controvérsia desde quando, na Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, propôs-se que, “verificada a inexistência ou omissão da lei, inviabilizando a plenitude e eficácia” de direitos e garantias asseguradas na Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendaria “ao Poder Competente a edição da norma que venha suprir a lacuna”.

No texto final da Constituição se dispôs: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, LXXI).

O debate se iniciou com a referência ao texto do artigo 283 da Constituição da República Portuguesa, de 1976 – com a revisão procedida em 1982 –, e, segundo o qual, a requerimento do Presidente da República, do Provedor da Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional

apreciaria e verificaria o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. E quando o Tribunal Constitucional verificasse a existência de inconstitucionalidade por omissão, daria, disso, “conhecimento ao órgão legislativo competente”.

Indicou-se a decisão do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha que, em acórdão de 29 de janeiro de 1969, falava do desenvolvimento de “uma estratégia mal expressada de não vigência” da norma constitucional quando a teoria sobre as normas constitucionais programáticas pretenda que, na ausência de lei expressamente reguladora da norma, esta não tenha eficácia: “a) A fim de justificar-se uma orientação de política legislativa – que levou à omissão do Legislativo – vulnera-se a hierarquia máxima normativa da Constituição; b) o argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a transferência de função constituinte ao Poder Legislativo, eis que a omissão deste retiraria a vigência até sua ação, do preceito constitucional; c) não dependendo, a vigência da norma constitucional programática, da ação do Poder Legislativo quando – atribuível a esta a edição da lei ordinária – dentro de um prazo razoável, não resultar implementado o conceito, sua mora implica em violação da ordem constitucional; d) neste caso, tal mora pode ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, competindo a este ajustar a solução do caso *sub judice* ao preceito constitucional não implementado pelo legislador, sem prejuízo de que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais” (GRAU, 1985, p. 44).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com rispidez, inquina a “inconstitucionalidade por omissão” de ser “uma falácia”. E argumentou que, tendo o legislador ordinário a discricção quanto ao momento e o modo de tornar juridicamente impositiva a promes-

sa (programática), ele não descumpriria a Constituição ao retardar ou omitir a regulamentação de preceito não executável da Lei Suprema. Ao contrário, a omissão se coadunaria com o cumprimento da Constituição pois que esta teria deixado ao legislador “a escolha do momento (bem como do modo) de execução da norma programática” (FERREIRA FILHO, 1968, p. 64).

A “regulamentação” judicial da norma programática violaria, assim, a discricção do Legislativo “quanto ao modo e o momento de se tornar efetiva a promessa constitucional”. O Legislativo, emanado do povo pela eleição, é, numa democracia, “o poder habilitado a mandar fazer ou não fazer alguma coisa”.

“Esta é essência da legalidade democrática. O Juiz não é um representante do povo, pelo menos no sentido político do termo. Um governo de juizes seria uma aristocracia, não uma democracia”, concluía Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Mas o que o problema da inconstitucionalidade por omissão pode aprofundar é um debate anterior, ainda mais rico, em torno dos chamados direitos civis – imprescritíveis, sagrados, direitos necessários às liberdades individuais – e aqueles ditos econômicos e sociais. Na síntese de Marshall (1988, p. 10), “tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança, ao direito de participar, por completo, da herança social e levar a vida de um ser civilizado, de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade”.

Os primeiros levam o indivíduo a exigir, somente, do Estado, que se abstenha de ato que venha a lesar esses direitos. Os outros pedem do Estado – e dos indivíduos que o integram – um fazer específico.

Os primeiros se fundam na longa evolução política inglesa e teriam seu remate nas revoluções norte-americana e francesa do século XVIII. Nosso século assistiria – como lembra toda a doutrina – a sua transposição, de uma base puramente política, a uma plataforma econômica e social.

E. H. Carr (1988, p. 22) ilustraria essa transição com uma comparação entre dois documentos, a Declaração dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa, em 1789, e a Declaração dos Povos Trabalhadores e Explorados, adotada pelo Congresso Panrusso dos Sovietes, em 1918.

Em 1789, dizia-se que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”; que os “direitos naturais e imprescritíveis do homem” eram “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”; que a liberdade de opiniões religiosas e o intercâmbio, sem obstáculos, de idéias e opiniões se garantiam, condicionados à responsabilidade por qualquer perturbação da “ordem pública estabelecida pela lei”.

Pela Declaração de 1918, a aspiração fundamental é de “suprimir a exploração do homem pelo homem, abolir definitivamente a divisão da sociedade em classes, suprimir sem piedade toda exploração, levar a cabo a organização socialista da sociedade em todos os países”. Os meios para alcançar tais objetivos seria a abolição da propriedade privada da terra e dos meios de produção.

Aron (1972, p. 210) iria enfatizar essa transição comparando a Declaração francesa com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948 pelas Nações Unidas. A Declaração de 1789 considerava como inviolável e sagrado o direito de propriedade, com o que os redatores de 1948 não concordaram. Mas estes não aceitaram, também, que o objetivo de toda associação política fosse a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Os direitos do homem definem e caracterizam, agora, “a condição que convém assegurar a todos os membros da coletividade, ainda que mediante a ação estatal”.

A Declaração de Direitos de 1789 pressupunha, claramente, para Carr (1988, p. 6), a aceitação, pelo indivíduo, da ordem estabelecida. E a obrigação correlata aos

direitos políticos seria principalmente a passiva, consistindo na lealdade à ordem política sob a qual se desfrutavam esses direitos. Mas, no caso dos direitos sociais e econômicos, as obrigações correlatas seriam ativas: “Se na nova declaração de direitos do homem não de incluir-se disposições para os serviços sociais, para proteção da infância, da velhice, em caso de incapacidade ou de desemprego, é evidente que não há nenhuma sociedade que possa garantir o gozo de tais direitos ao menos que ela, ao mesmo tempo, tenha o direito de dirigir e recorrer às capacidades produtivas dos indivíduos que os desfrutem”.

Assim, uma declaração de direitos que imponha à sociedade a obrigação de proporcionar certos meios materiais e serviços ao cidadão particular, sem exigir dele a obrigação de produzir a proporção requerida desses meios e serviços, seria “uma falsidade oca”.

Os riscos da inconstitucionalidade por omissão viriam, então, não da transferência, ao Poder Legislativo, da função constituinte; não da violação da discricção do Legislativo quanto ao modo ou o momento de tornar efetiva a promessa constitucional; não da entrega ao Judiciário – um poder “não representativo”, pelo menos “no sentido político do termo” – da atribuição de interferir em uma questão política de opção de conteúdo e oportunidade de um ato. Mas da crença na praticabilidade, sem reservas, do efetivo cumprimento das promessas constitucionais, ideais nobres, patamares que, anunciados, apenas sirvam para estimular e balizar os esforços dos dirigentes.<sup>7</sup>

O risco é que, aproximando os direitos individuais aos econômicos e sociais,

<sup>7</sup> Aron (1972, p. 214) chega a uma constatação pessimista: “Quando se procura medir a capacidade real que têm os governos, em função de seu regime, as muitas pressões a que estão sujeitas, desaparece a diferença radical entre a ordem econômica e a ordem política: os governantes não dominam soberanamente nenhuma das duas”.

negando, com relação a eles, qualquer diferença de natureza, se dê, assim, valor extremo ao mero enunciado das normas, na suposição tão ingênua de que a crueza das realidades sociais possa ser amenizada e corrigida pelo sonho legislativo.

### Referências

- ARON, Raymond. *Escritos políticos*. Brasília: UnB, 1972.
- CARONE, Edgar. *A República liberal II: evolução política (1945 - 1964)*. São Paulo: Difel, 1985.
- CARR, E. H. *Leituras sobre a cidadania*. t. 5. Brasília: Fundação Projeto Rondon, 1988.
- DUVERGER, Maurice. *Sociologia política*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Idéias para uma nova Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Uma falácia: a inconstitucionalidade por omissão*. In: FMU-Direito, n. 2, ano 2, mar. 1968.
- GRAU, Eros Roberto. *A Constituição brasileira e as normas programáticas*. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, jan./jun. 1985.
- LAMOUNIER, Bolívar; MENEGUELLO, Rachel. *Partidos Políticos e consolidação democrática*. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- LYRA, Tavares de. *Regime eleitoral, 1821-1921*. In: *Modelos alternativos de representação política no Brasil, 1821-1921*. Brasília: EdUnb, 1981.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania e classe social*. In: *Leituras sobre cidadania*. Brasília, Ministério do Interior / Fundação Projeto Rondon, 1988.
- MIRANDA, Jorge. *A transição constitucional brasileira e o anteprojeto da comissão Afonso Arinos*. In: *Revista de Informação Legislativa*. ano 24, n. 94. Brasília, Senado Federal. abr./ jun. 1987.
- PRADO, Ney. *Os notáveis erros dos notáveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- RAMOS, J. Saulo. *Assembléia constituinte*. Rio de Janeiro: Alhambra, 1987.
- REALE, Miguel. *Jornal Folha de São Paulo*, edição de 15 ago. 1986.
- TÁCITO, Caio. *No limiar da décima Carta Constitucional*. Rio de Janeiro: UERJ, 1985.
- WEFFORT, Francisco C. *Jornal Folha de São Paulo*, edição de 7 nov. 1986.

# A Súmula Vinculante nº 4 como expressão de *deficit* constitucional

Aldacy Rachid Coutinho

*“[...] É um julgamento histórico no sentido de que é o primeiro caso. [...] Vinculante. [...] Súmula vinculante. [...] E friso que é esse o papel do Supremo Tribunal Federal, ou seja, de definir o alcance do direito posto, considerados os ditames constitucionais. [...] esta decisão repercute sobre quinhentos e oitenta processos no Supremo Tribunal Federal e, no âmbito do TST, pelas informações provisórias, algo em torno de dois mil, quatrocentos e cinco processos. Vejam, portanto, o alcance dessa decisão e desse novo procedimento que estamos a declarar. [...] Creio que tivemos, realmente, hoje, um dia histórico [...]” STF. Plenário. Debates para aprovação da Súmula Vinculante nº 4. Ata da 10ª Sessão Ordinária. 30 de abril de 2008. DJe 105/2008, p. 42, publicado em 11.06.2008.*

1. A Constituição da República de 1988 inscreve a saúde como direito fundamental social (art. 6º), ao determinar, entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, inc. XXII), pelo que leva em consideração, sobretudo, a integridade física do trabalho, isto é, o aspecto fisiológico da insalubridade, e a “proibição de trabalho [...] perigoso [...] a menores de dezoito [...]” (art. 7º, inc. XXXIII). Reconhece, porém, igualmente, a necessidade de, em presença de agentes insalubres, proceder-se ao pagamento de um complemento salarial, ou seja, de um “adicional de remuneração para as atividades [...] insalubres [...], na forma da lei” (art. 7º inc. XXII).

Para além da segunda, norma proibitiva, as demais normas constitucionais de proteção, sendo a primeira de compleição promocional de um ambiente saudável e a última de feição compensatória independentemente do comprometimento da saúde, apenas e tão-somente em decorrência da exposição aos efeitos como condição mais gravosa, pressupõem a inevitabilidade, embora denotem seja indesejável, de certo risco à saúde a que se pode sujeitar todo aquele que, nada mais possuindo senão sua força de trabalho, a vende como condição de subsistência sua e de sua família.

Merece ser notada – e severamente criticada –, além da perspectiva puramente monetarista expressa na compensação pelo risco à saúde, quando deveria estabelecer a proibição da exposição a agentes nocivos, ainda, a ausência da extensão dos referidos direitos aos trabalhadores domésticos, consoante se depreende da redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição da República.

2. Se é certo, por um lado, que a Súmula Vinculante nº 4 se apresenta como “acontecimento histórico”, cumprindo o princípio da segurança jurídica, em reconhecimento procedido pelos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal, com o fito de pacificar a jurisprudência e consolidar o entendimento daquela Corte a respeito da impossibilidade de se adotar o salário mínimo<sup>1</sup> como parâmetro para indexação de parcelas pecuniárias de empregados, é certo, ademais, por outro lado, que não teve o condão de superar a balburdia que se instalara em torno da base de cálculo do adicional de insalubridade;<sup>2</sup> ao contrário,

<sup>1</sup> Inúmeros são os posicionamentos sobre a impossibilidade de vinculação do salário mínimo para adicional de insalubridade (RE 439.035, RE 208.684, RE 236.396, RE 351.611, RE 284.627, RE 221.234), piso salarial de categorias profissionais (RE 273.205), abonos ou gratificações (RE 426.059), indenização por dano moral (RE 225.488), pensão especial (RE 217.700), multa administrativa (RE 237.965), entre outros. Sobre precedentes, ver RE 565.714, Relatora Ministra Cármen Lúcia.

<sup>2</sup> No próprio Supremo Tribunal Federal, há julgados pugnano a possibilidade de empregar o salário-mínimo como base de cálculo do adicional de

instalou uma nova fase de absoluta insegurança quanto às normas jurídicas aplicáveis, denotando o *deficit* de constitucionalidade ainda presente e a falibilidade dos efeitos decorrentes da edição das súmulas vinculantes, pois algumas decisões deixam de aplicá-la, a revisão da jurisprudência pacificada no Tribunal Superior do Trabalho não se deu de maneira uniforme e vinculativa para adequação à nova súmula (Enunciado de Súmula nº 228 e Orientação Jurisprudencial SBDI-2 nº 71) e em observância às normas constitucionais, bem como a base de cálculo ora vem sendo determinada como sendo o salário-base, ora o próprio salário mínimo, ora o salário mínimo profissional (inclusive calculado com base em salários mínimos).<sup>3</sup>

É indiscutível que a regra constitucional inserta no art. 7º, inc. IV, é proibitiva quanto à vinculação do salário mínimo para qualquer fim, embora não tenha caráter absoluto, visando precipuamente que não seja empregado como fator econômico de indexação, inclusive como referência para servir de índice de correção monetária e, com tal medida, pelo seu emprego, acabe por criar empecilhos à implementação de política salarial que concretiza a determi-

insalubridade; por todos, ver RE 340.275, RE 458.802, RE 230.688-AgR.

<sup>3</sup> Por todos, anote-se julgamento do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: “ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO – SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO E. STF. [...] Acontece, porém, conforme observou o Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, em recente decisão acerca do tema (TST; RR 955/2006-099-15-00.1; DJU 16-5-2008), ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT e, por conseguinte, da própria Súmula nº 228 do TST, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante no 4 do STF não permite que se crie critério novo por decisão judicial. Assim, até que se consolide entendimento diverso do E. STF ou do C. TST, ou até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo distinta do salário mínimo para o adicional de insalubridade, continuará a ser aplicado esse critério para o cálculo do referido adicional, salvo quando ao caso for possível aplicar a Súmula nº 17 do TST. Na hipótese em exame, não se têm presentes as circunstâncias que autorizem a adoção dessa Súmula.” TRT-PR-00398-2006-093. Acórdão nº 25525/2008 – 1ª Turma. Relator Des. Edmilson Antonio de Lima DJPR, publicado em 15-07-2008.

nação constitucional de manutenção do poder aquisitivo com o aumento do próprio salário vital, por conta de eventual pressão ante reflexos em cadeia daí decorrentes. Tal argumento, pelo impacto, em última instância (RE 217.700; RE 565.714-SP<sup>4</sup>) justificou a edição da Súmula Vinculante, sendo também acolhido, de outra parte, para entender pela constitucionalidade de dispositivos legais alheios a referida motivação, tal como a fixação de valor de alçada, *in verbis*: “a vedação da vinculação [...] não tem sentido absoluto, [...] mas deve ser entendida como vinculação de natureza econômica, para impedir que, com essa vinculação, se impossibilite ou se dificulte o cumprimento da norma na fixação de salário-mínimo compatível com as necessidades aludidas nesse dispositivo. [...e se ...] não se enquadra na finalidade a que visa a Constituição com a vedação por ela prevista, razão por que não é proibida constitucionalmente.” (RE 20.297).

No tocante a questão afeta aos servidores públicos, agregam-se outros fundamentos para a inconstitucionalidade da vinculação, pois, ao atrelar o cálculo de vantagem ao salário mínimo, (a) a Administração Pública abdicaria de sua competência exclusiva de propor lei específica para o aumento da remuneração (aqui, no caso, o adicional de insalubridade) em adequação aos seus recursos orçamentários, diante da incidência de reajuste automático decorrente dos novos valores do salário mínimo fixados em lei federal; (b) haveria ofensa ao art. 37, inc. XIII, da Constituição da República. (RE 565.714-SP).

Merece destaque, de qualquer sorte, o entendimento de que a construção de sentido do texto gráfico em questão já fora

<sup>4</sup> “A norma constitucional tem o objetivo de impedir que aumento do salário mínimo gere, indiretamente, peso maior do que aquele diretamente relacionado com o acréscimo. Essa circunstância pressionaria reajuste menor do salário-mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República”. RE 565.714-SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia.

distinto, outrora,<sup>5</sup> no próprio Supremo Tribunal Federal e, em algum aspecto ainda o é na Justiça do Trabalho – inclusive no Tribunal Superior do Trabalho –, ao interpretar restritivamente o dispositivo constitucional para entender que a vedação gravava tão-só elementos exteriores às parcelas pecuniárias trabalhistas, haja vista o contido na Orientação Jurisprudencial nº 71,<sup>6</sup> da SBDI-2, que contraria a jurisprudência pacificada e a própria súmula vinculante, permitindo a fixação de salário mínimo profissional em salários-mínimos; dada a rejeição dos salários complexivos, os benefícios e vantagens dos empregados sempre tomaram como base de cálculo ou a remuneração como um todo, ou o salário-base do empregado, ou o salário mínimo profissional, ou, por fim, o próprio salário mínimo.

Aliás, a adoção do salário mínimo resultou do fato de que não se haveria de estabelecer diferenças de tratamento pelo empregador em relação a valores percebidos pelos empregados, quando trabalham em contato com os mesmos efeitos nocivos dos agentes insalubres porquanto laboraram no mesmo local, caso tenham padrões remuneratórios distintos, situação agora repentinada; o risco à saúde não poderia merecer tratamento díspar na dependência do salário pactuado, pois, independentemente do padrão de ganho, a saúde de todos deve ter um mesmo “valor”; o salário mínimo serviu, então, de parâmetro para balizar a igualdade de tratamento, ora abandonada pelo Supremo Tribunal Federal.

Pretendeu-se evitar, ademais, que, com o adicional de insalubridade, os trabalhado-

<sup>5</sup> Ver RE – 458.802, Relatora Ministra Ellen Gracie.

<sup>6</sup> TST. OJ nº 71. “AÇÃO RESCISÓRIA. SALÁRIO PROFISSIONAL. FIXAÇÃO. MÚLTIPLO DE SALÁRIO MÍNIMO. ART. 7º, IV, DA CF/88. (Nova redação – DJ 22.11.04) A estipulação do salário profissional em múltiplos do salário mínimo não afronta o art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, só incorrendo em vulneração do referido preceito constitucional a fixação de correção automática do salário pelo reajuste do salário mínimo”.



res fossem incentivados a manter contato com os efeitos dos agentes nocivos como condição de possibilidade de incrementar seus ganhos, embora tenha abandonado a natureza indenizatória em prol da salarial e os empregadores se omitissem de reduzir ou eliminar a insalubridade pelo simples atendimento de regra jurídica que determina o pagamento do sobre-salário.

3. Inicialmente fora considerada a “taxa de insalubridade” como indenização,<sup>7</sup> em compensação ao risco, sendo que desde sempre se rejeitou a possibilidade de se acolhê-la como “retribuição contratada”. Posteriormente, por meio da Lei nº 185, de 14 de janeiro de 1936, teve sua natureza jurídica legalmente alterada para componente remuneratório – adicional de insalubridade de até 50% sobre o salário mínimo,<sup>8</sup> o que se traduziu em um erro histórico, na medida em que o risco de dano deveria ser indenizado e com o impacto econômico da responsabilidade civil dissuadido o empregador de manter os empregados em exposição aos efeitos nocivos dos agentes, o que incorre na disponibilidade da entrega da força de trabalho comprada mediante contraprestação pela remuneração: “O próprio Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar a Súmula nº 228 e restaurar a de nº 17, deixou claro o entendimento de que o cálculo com base no salário mínimo não cumpria os objetivos a que se propunha, pois seria menos dispendioso para o empregador efetuar o pagamento do próprio adicional do que implantar as medidas necessárias à eliminação do risco.”<sup>9</sup>

<sup>7</sup> CATHARINO, José Martins. Tratado jurídico do salário. Ed. Fac-similada. São Paulo: LTr, 1994, p. 279.

<sup>8</sup> Art. 2º, Lei nº 185, de 14 de janeiro de 1936; regulamentado pelo Decreto-lei nº 399, de 30 de abril de 1938. Ver, ainda, Portaria nº 51, de 13 de abril de 1939, que aprovou os quadros das indústrias insalubres, competência do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Cabia, então, às Comissões de Salário Mínimo a faculdade de fixar o adicional dentro do limite legal. CATHARINO, José Martins. Op. Cit., p. 279.

<sup>9</sup> TRT-PR-00398-2006-093. Acórdão nº 25525/2008 – 1ª Turma. Relator Des. Edmilson Antonio de Lima DJPR, publicado em 15-07-2008.

De qualquer sorte, note-se que mesmo o legislador infraconstitucional optou por tratamentos diferenciados em relação às condições prejudiciais de prestação de trabalho, ora proibindo-o quando ocorrer o contato com agentes insalubres, perigosos ou trabalho penoso, como sucede em relação a determinadas pessoas, no caso dos menores de 18 anos (trabalho insalubre, perigoso ou penoso),<sup>10</sup> ora em determinadas situações contratuais em relação ao elasticidade da jornada ordinária (contratos a tempo parcial). Quando permitido, no entanto, há de se assegurar o pagamento de adicionais, conforme a condição desvantajosa, quer agregando como política legislativa a redução de horário de trabalho, tal qual por ficção se adotou na hipótese de trabalho noturno, quer tomando diferentemente base de incidência do cálculo consoante se dispõe em relação aos adicionais de insalubridade ou de periculosidade, se envolvem o direito fundamental à saúde ou à vida. Anote-se, de toda sorte, que, no caso da insalubridade, já houve lei que limitasse o trabalho além da jornada ordinária de oito horas.<sup>11</sup>

Mas, jamais se enfrentou o tratamento legislativo diferenciado quanto à base de cálculo (adicional de insalubridade/adicional de periculosidade), nem ao tempo da promulgação da Constituição da República em 1988 por conta da vedação da vinculação ao salário mínimo ou para invocar o princípio da isonomia de forma a garantir tratamento igualitário para situações em que empregados arriscavam sua saúde e sua vida trabalhando, como ora se faz para preencher<sup>12</sup> lacuna decorrente da não-

<sup>10</sup> Constituição da República de 1988, art. 7º, inc. XXXIII; até o advento da Lei nº 7.855, de 24 de outubro de 1989, vedado o trabalho feminino em “atividades perigosas ou insalubres, especificadas nos quadros para este fim aprovados” conforme redação original da CLT, art. 387, “a”, (atualmente homens e mulheres são iguais em direitos – art. 5º, “caput” e inc. I).

<sup>11</sup> Decreto-lei nº 21.364, de 04 de maio de 1932, que tratava dos industriários empregados em serviços insalubres (art. 4º).

<sup>12</sup> TRT-PR-08-08-2008 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO – SALÁRIO-BASE

recepção (revogação) da parte final do art. 192, da Consolidação das Leis do Trabalho, por analogia (art. 4º, Lei de Introdução ao Código Civil; art. 8º, Consolidação das Leis do Trabalho).

Sua incidência sempre se deu sobre o salário mínimo,<sup>13</sup> sendo, inclusive nas

---

DO EMPREGADO - APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 193, § 1º, DA CLT. Com a impossibilidade de utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, em razão da aprovação da súmula vinculante nº 04 do E. STF, nos termos do artigo 103-A da CF, permaneceu no ordenamento jurídico um vácuo legislativo quanto ao tema. Tal lacuna deve ser colmatada pela aplicação analógica do art. 193, § 1º, da CLT (salário-base do empregado), conforme autoriza o parágrafo único do art. 8º da CLT e art. 126 do CPC, mormente considerando que as condições insalubres e perigosas, conquanto diversas, guardam similitude, tanto que disciplinadas pelo mesmo inciso XXIII do art. 7º da CF - *ubi legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde impera a mesma razão deve prevalecer a mesma decisão). Trata-se de pura acepção matemática, de uma semelhança de relações, que vai do particular ao particular, não podendo o Direito dela prescindir. TRT-PR-01689-2007-673 Acórdão nº 27899/2008. 3ª Turma. Relator Des. Paulo Ricardo Pozzolo. DJPR, publicado em 08-08-2008. (grifo nosso); TRT-PR-04-07-2008 SÚMULA VINCULANTE Nº 04 DO STF ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DE ADOÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE DE CÁLCULO - APLICAÇÃO POR ANALOGIA DO ARTIGO 193, § 1º, DA CLT (BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE) - ARTIGO 8º DA CLT - Com a publicação da Súmula Vinculante nº 04 do STF, não se pode mais adotar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, [...] prevaleceu o entendimento de que, com a promulgação da CF/1988, teriam sido revogados dispositivos legais que tenham fixado o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, a exemplo do artigo 192 da CLT (este não teria sido recepcionado pela CF, relativamente à base de cálculo). Logo, nesta linha de raciocínio, por falta de disposição legal quanto à base de cálculo para o adicional de insalubridade, deve-se aplicar, por analogia, o § 1º do artigo 193 da CLT (adicional de periculosidade), com fulcro no suporte legal dado pelo artigo 8º da CLT, para fixar como base de cálculo do adicional de insalubridade o salário base do empregado, salvo disposição convencional em sentido contrário. [...] TRT-PR-12987-2006-013. Acórdão nº 23423/2008. 4ª Turma. Relator De. Sérgio Murilo Rodrigues Lemos. DJPr, publicado em 04-07-2008.

<sup>13</sup> Sendo exceção o Decreto-lei nº 5.473, de 11 de maio de 1943, que instituiu um "salário profissional" para indústria e previa o pagamento do acréscimo sobre a remuneração.

primeiras décadas de sua criação, uma atribuição específica das Comissões de Salário Mínimo a de fixar a percentagem incidente, tanto que se afirmou que "é inegável que o conceito legal da 'taxa de insalubridade' está intimamente ligado às normas sobre salário mínimo",<sup>14</sup> muito embora, a hipótese do adicional de periculosidade, que pressupõe exercício de trabalho em atividades de risco à vida (30%), tenha repercutido sobre o salário básico.

4. A trajetória do adicional de insalubridade fora tumultuada, oscilando entre a adoção como base de cálculo o salário mínimo, a remuneração, o salário profissional, o piso nacional de salários ou o salário mínimo de referência, como se depreende da discussão jurisprudencial em torno da base de incidência do adicional de insalubridade por meio de edição de enunciados de súmulas pelo Tribunal Superior do Trabalho, que ora se submete à edição da Súmula Vinculante nº 04 pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: "Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial".

Previsto pelo Ministro Marco Aurélio, quando dos debates para aprovação da Súmula Vinculante, tal medida "[...] levará o Tribunal Superior do Trabalho, meu ex-Tribunal, à revisão de um verbete de súmula que admite o cálculo a partir do salário mínimo". Alguns dias após a publicação da Súmula Vinculante, o Pleno da Corte Superior Trabalhista, em sessão realizada em 26 de junho de 2008, aprovou uma nova redação para a Súmula nº 228,<sup>15</sup> *in verbis*:

---

<sup>14</sup> CATHARINO, José Martins. Op. Cit., p. 280.

<sup>15</sup> TST. Súmula nº 228. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo

“A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”.

Ora, a inconstitucionalidade que implica a não-recepção da parte final do art. 192 da Consolidação das Leis do Trabalho não é concomitante ou superveniente à Súmula Vinculante, como se fosse possível haver vinculação em período anterior a 9 de maio de 2008.<sup>16</sup> Nem em seu corolário e, assim, em nenhuma hipótese, dada a imperatividade das normas jurídicas, seria constitucional a fixação do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, tal como determinava a anterior redação. Segundo o Ministro Marco Aurélio (RE 565.714-1), “[...] a atuação do Supremo é pedagógica, sendo observada pelos órgãos do Judiciário que estão em patamares diversos”. Nem tanto, justo ao contrário, pois a lição não foi aprendida, eis que, por exemplo, para o Tribunal Superior do Trabalho, a ordem constitucional seria mera expressão de uma súmula vinculante que, esta sim, deve ser observada e atendida a partir de sua edição e, ainda assim, não incorporada por completo, tendo em vista o contido na Orientação Jurisprudencial nº 71, da SBDI-2, que mantém posição contrária à súmula vinculante.

5. Os adicionais laborais têm como objetivo assegurar uma contraprestação pela disponibilidade e entrega da força de trabalho em condições prejudiciais ao trabalhador. Pela própria natureza, a sua provisoriedade assegura o atendimento à ne-

<sup>16</sup> Assim decidiu o TST, aplicando-se o salário mínimo até 9 de maio de 2008. Por todos: TST-RR - 9771/2002-902-02-00. 8ª Turma. Ministra-Relatora Dora Maria da Costa. Julg. 06.08.08. DJ, publicado em 08.08.08. Ver, ainda, a TST. SBDI-2. OJ nº 2. AÇÃO RESCISÓRIA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. CABÍVEL (mantida a redação na sessão do Tribunal Pleno realizada em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. Viola o art. 192 da CLT decisão que acolhe pedido de adicional de insalubridade com base na remuneração do empregado.

cessidade de se manter um meio ambiente de trabalho indene e, por conseguinte, sem a presença de agentes nocivos que devem ser eliminados ou neutralizados, inclusive com o uso obrigatório<sup>17</sup> de equipamentos de proteção individual (EPI)<sup>18</sup> franqueados pelo empregador. E, ainda, a condicionalidade (pendente sempre de revisão)<sup>19</sup> busca manter uma relação de implicação com os efeitos nocivos decorrentes do contato com os agentes químicos, físicos ou biológicos acima dos níveis de tolerância<sup>20</sup> fixados pelo Ministério do Trabalho,<sup>21</sup> proporção-

<sup>17</sup> A recusa em utilizar os EPIs é descumprimento faltoso grave que determina a rescisão sem justa causa do contrato individual do trabalho (art. 158, Consolidação das Leis do Trabalho).

<sup>18</sup> TST. Súmula nº 289. INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

<sup>19</sup> Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977, Consolidação das Leis do Trabalho, art. 194 - “O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho”. TST. Súmula nº 248. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO ADQUIRIDO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A reclassificação ou a descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.

<sup>20</sup> TST - SBDI-1. OJ nº 4 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LIXO URBANO. (Nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial nº 170 da SBDI-1, DJ 20.04.2005) I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho. [...].

<sup>21</sup> Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977, Consolidação das Leis do Trabalho, art. 190 - “O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes. Parágrafo único - As

nalmente à intensidade e ao tempo de exposição aos seus efeitos, classificando-o em distintos graus<sup>22</sup> (mínimo, médio e máximo, respectivamente, 10%, 20% ou 40%).

Eliminado o contato com os efeitos nocivos pelo uso de equipamentos individuais de proteção,<sup>23</sup> embora presentes ainda as causas da insalubridade, necessário se faz proceder ao pagamento do referido adicional, mesmo que intermitente,<sup>24</sup> salvo se eventual.

6. Melhor seria se os constituintes tivessem abandonado a política de remunerar os efeitos nocivos à saúde pelo contato com agentes insalubres acima dos limites de tolerância. A saúde é indisponível. Mas, se assim não foi, abre-se novamente a oportunidade para enfrentamento do tema a demandar algumas considerações aptas a ensejar o frutífero debate na construção de sentidos do direito constitucional do trabalho.

Em primeiro plano, com primazia, a construção de um direito ao meio ambiente saudável que instale uma perspectiva de supremacia do ser sobre o ter, situação

---

normas referidas neste artigo incluirão medidas de proteção do organismo do trabalhador nas operações que produzem aerodispersóides tóxicos, irritantes, alérgicos ou incômodos”.

<sup>22</sup> A gradação foi instituída pelo Decreto-lei nº 2.162, de 1º de maio de 1940, como “acréscimo de remuneração”. A Consolidação das Leis do Trabalho restabeleceu o parâmetro anteriormente estabelecido, sem gradação, até o limite de 50% sobre o salário mínimo (art. 79), a ser determinado pelas Comissões de Salário Mínimo; com redação dada pela Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977, dispõe o art. 192 – “O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.”

<sup>23</sup> TST. Súmula nº 80. INSALUBRIDADE (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional.

<sup>24</sup> TST. Súmula nº 47. INSALUBRIDADE (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional.

alheia a toda discussão em torno da base de cálculo do adicional de insalubridade. E, até que o legislador infraconstitucional disponha sobre a matéria, que se assegure a determinação normativa constitucional de redução dos riscos, em uma tutela inibitória que preserve um meio ambiente saudável ou, eventualmente, reparatório com o pagamento de indenizações pelo risco de dano ou prejuízo.

Para além, o reconhecimento de que há ainda um *deficit* constitucinal, 20 anos após, e o tempo não resolverá a não ser que se introjete na mentalidade jurídica que é a nova ordem constitucional que deve prevalecer, rompendo a prática instalada entre juslaboralistas que continuam a interpretar a Constituição conforme a Consolidação das Leis do Trabalho, porquanto o novo projeta o desafio de construir sentidos diante da não-recepção.

Por fim, a necessidade de ditar uma solução, que não seja “desapareceu a base de cálculo, extirpou-se o direito”, isto é, em prol da concretização dos direitos assegurados constitucionalmente, mas que harmonize regras e princípios constitucionais.

A efetivação do direito a receber um adicional remuneratório de insalubridade que não poderá ser ditado pela criação pelo Poder Judiciário<sup>25</sup> de uma nova base de cálculo, pois seria invasão de competência privativa do Poder Legislativo (princípios da legalidade e separação dos poderes),<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> “Pelo que caberá à Justiça Trabalhista definir a base de cálculo do adicional de insalubridade devido nas relações regidas pela CLT, levando em consideração a legislação trabalhista e os acordos e as convenções coletivas de trabalho” (RE 565.74).

<sup>26</sup> De se rejeitar, portanto, a posição expressa no seguinte julgado, que abre a albergia a possibilidade de o juiz atuar como legislador positivo, concedendo vantagens pecuniárias e não só legislador negativo, que extirpa do ordenamento jurídico regras inconstitucionais: “SALÁRIO PROFISSIONAL. SALÁRIO MÍNIMO. VINCULAÇÃO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. O entendimento jurisprudencial do Excelso Supremo Tribunal Federal é no sentido de que é vedada a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim, de acordo com o disposto no art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal/88. E isto inclui a impos-

nem a adoção da remuneração (art. 457, Consolidação das Leis do Trabalho), eis que assentou o Supremo Tribunal Federal que a expressão “adicional de remuneração” inserida no inciso XXIII do art. 7º da Constituição da República deve ser interpretada como “adicional remuneratório, a saber, aquele que desenvolve atividades penosas, insalubres ou perigosas tem direito a adicional, a compor a sua remuneração. Se a Constituição tivesse estabelecido remuneração do trabalhador como base de cálculo

teria afirmado ‘adicional sobre a remuneração’, o que não fez” (RE 565.714). Não resta outra solução senão a adoção de idêntico parâmetro adotado para o adicional de periculosidade, embora gere distorções pelo pagamento de valores diferenciados a empregados com diferentes padrões salariais, recebendo valores maiores os que tiveram mais condições de investimento no “capital humano”; a saúde dos pobres vale menos.

---

sibilidade de vinculação do salário profissional ao salário mínimo, cabendo ao juiz fixar os vencimentos da reclamante, nos termos do art. 4º da LICC.” (TST, ERR 423273/98, Ac. SBDI1, Rel. Min. Vantuil Abdala, publicado no DJ de 24.11.2000).

# A integração regional e a Constituição

## Vinte anos depois

André de Carvalho Ramos

### Sumário

O parágrafo único do Art. 4º como norma programática. Os poderes implícitos: quem dá os fins, dá os meios. O STF e a incorporação do direito do MERCOSUL. Omissão na incorporação de normas de integração. Conclusão: uma nova visão do direito de integração e o Encontro de Supremas Cortes do MERCOSUL.

Este artigo visa estudar, em homenagem aos vinte anos da edição de nossa Constituição, o alcance do parágrafo único do artigo 4º que estabelece, expressamente, que a “República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações” e seu uso, na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como eventual fundamento para a afirmação do Direito da Integração do Mercado Comum do Sul (Mercosul) no Brasil.

A importância desse dispositivo no que tange ao Mercosul já foi destacada por diversos doutrinadores. Lafer (1994, p. 20) expõe que tal princípio sobre a “integração dos povos” atua como *vis diretiva* do Mercosul. Para Magalhães (2000, p. 21), a Constituição revelou notável senso de realismo e de atualidade, não se restringindo a mencionar a integração econômica, mas uma mais ampla, voltada à formação de

uma comunidade latino-americana. Como bem aponta Dallari (1994, p. 182)<sup>1</sup>, o princípio da integração latino-americana não encontra precedente nas anteriores Constituições brasileiras.

De fato, esse dispositivo constitucional merece esta análise por ser, por três motivos, um *marco*. Em primeiro lugar, é *generoso*: em pleno fervor das esperanças da redemocratização do Cone Sul, o constituinte originário previu uma integração ampla, não só econômica, mas também política, social e até cultural. Em segundo lugar, foi o constituinte *inovador e ambicioso*: talvez estimulado pela integração do continente europeu, pugnou pela abrangência irrestrita – a formação de uma comunidade *latino-americana* de nações. Em terceiro lugar, esse dispositivo é importante por ser praticamente um *cavaleiro solitário* no bojo da Constituição cidadã: contando com a menção ao princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, como dispõe o artigo 4º, inciso IX, não há qualquer outra lembrança constitucional referente aos processos de integração, que hoje assolam todo o globo.

Vinte anos depois, parte das esperanças do Poder Constituinte originário realizou-se. De fato, o Mercado Comum do Sul (Mercosul) é uma realidade, apesar dos percalços (como veremos abaixo), e está em pleno processo de ampliação, com a entrada da Venezuela.

Resta avaliar como se interpreta o parágrafo único do artigo 4º da Constituição no que tange ao delicado relacionamento do Direito da Integração do Mercosul e o Direito Interno.

Como resultado das intensas negociações, foi assinado, em 26 de março de 1991, por Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai o “Tratado de Assunção para Constituição

do Mercado Comum do Sul”. O Tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional em 25 de setembro de 1991 (Decreto Legislativo nº 197/91) e promulgado pelo Presidente da República pelo Decreto 350/91 de 22 de novembro do mesmo ano. Depois do depósito das devidas ratificações, o Tratado de Assunção entrou em vigor em 29 de novembro de 1991. O Tratado de Assunção de 1991 é visto pela doutrina como um marco no lento processo de integração entre as economias dos Estados do Cone Sul-americano ao estabelecer, como objetivo final, a constituição de um *mercado comum* entre o Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai.<sup>2</sup>

De acordo com o preâmbulo do Tratado para a constituição do Mercosul, os Estados contratantes almejam a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais por meio da integração, o que constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social. O exemplo europeu de integração econômica é mencionado, indiretamente, no preâmbulo do Tratado de Assunção, pois os Estados levaram em consideração “a evolução dos acontecimentos internacionais, em especial a consolidação de grandes espaços econômicos, e a importância de lograr uma adequada inserção internacional para seus países”.

Desde então se almeja a livre circulação de bens, serviços, pessoas e capital entre os países membros (as chamadas “quatro liberdades”), bem como a adoção de uma política comercial comum em face de Estados terceiros, além de coordenação e harmonização de políticas econômicas gerais e setoriais. Assim sendo, os Estados decidiram constituir um mercado comum, com liberdade de movimentação dos “bens, serviços e fatores produtivos entre os países” (artigo 2º do Tratado). Apesar de receber influência do objetivo audacioso de constituição de um mercado comum advindo da experiência européia, vê-se que a

<sup>1</sup> Ver também DALLARI, Pedro B. de Abreu. “O Mercosul perante o sistema constitucional brasileiro” in BASSO, Maristela. Mercosul: Seus Efeitos Jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-membros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 102-116.

<sup>2</sup> Artigo 1º do Tratado de Assunção.

doutrina não vislumbra no Mercosul qualquer indício de natureza comunitária.

Baptista (1998, p. 69), no tocante à ausência de efeito direto (invocação pelos particulares) das normas mercosulinas, ensina que as normas do Mercosul obrigam o Estado e a própria organização. Assim, “cidadãos não podem exigir em juízo o cumprimento dessa providência; só a pode reclamar qualquer dos Estados ou a organização internacional Mercosul”.

Por sua vez, a experiência histórica europeia ensina que, em regra, a integração regional suscita reações internas poderosas de setores prejudicados, o que pode levar a paralisias ou retrocessos. Faria (1998, p. 375-389) resume tal posição sustentando que “o Mercosul é uma organização internacional de integração com a *contraditória estrutura orgânica* das entidades de cooperação”<sup>3</sup>.

Restou claro, então, que o Direito Comunitário e o Direito da Integração do Mercosul divergem e possuem características distintas. Contudo, convergem em um ponto: a origem de ambos é o Direito Internacional, ancorado no *pacta sunt seroanda*. A riqueza do Direito Internacional mostra que algumas das características do Direito Comunitário podem ser também aplicadas às normas internacionais tradicionais. Com efeito, a hierarquia superior e o efeito direto das normas não são exclusividade de uma organização internacional supranacional.

No tocante à hierarquia superior, é uma característica de toda norma internacional, pois não pode um Estado descumprir um comando convencional válido, por exemplo, alegando ausência de norma interna regulamentadora ou norma interna superior em sentido contrário. De fato, desde o primeiro caso da Corte Permanente de Justiça Internacional (caso Wimbledon)<sup>4</sup>, está

<sup>3</sup> Em especial p. 384, grifo meu.

<sup>4</sup> Corte Permanente de Justiça Internacional, S.S. Wimbledon, P.C.I.J., Serie A, nº 1. Em outro caso, a Corte Permanente de Justiça Internacional (antecessora da Corte Internacional de Justiça) reiterou seu entendimento anterior e afirmou que “according to generally accepted principles, a State cannot rely, as

assente que um Estado não pode deixar de cumprir uma norma internacional em virtude de conflito com norma interna, mesmo que de estatura constitucional. O artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados meramente reproduz esse princípio geral de Direito Internacional.<sup>5</sup>

Quanto ao efeito direto (norma de caráter *self-executing*), vê-se que tal característica depende da redação da norma internacional: assim, mesmo normas de Direito Internacional tradicional podem ser auto-aplicáveis, sem qualquer transposição interna. Como bem recorda Baptista (1998, p. 69-70), há tratados que contêm “duplo endereçamento”: aos Estados e aos súditos destes.

Além disso, as organizações internacionais podem ter mais elementos inter-governamentais em determinada fase, mas, ao mesmo tempo, possuir alguma característica supranacional. A Organização das Nações Unidas, por exemplo, possui algumas características supranacionais relacionadas com as atribuições do Conselho de Segurança, cujas decisões em determinada matéria podem vincular todos os Estados, mesmo os divergentes. Soares (2002, p. 121-170) denomina tal situação de “graus de supranacionalidade”.

No Mercosul, os elementos intergovernamentais preponderam: todas as decisões são realizadas por consenso e os órgãos decisórios são compostos por representantes dos Estados. Contudo, o sistema de solução de controvérsia, agora aprimorado pelo Protocolo de Olivos, fornece já um elemento de supranacionalidade: os árbitros, mesmo

against another State, on the provisions of the latter's Constitution, but only on international law” Corte Permanente de Justiça Internacional, P.C.I.J., Series A/B, nº 44, p. 24-25.

<sup>5</sup> *In verbis*: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado”. O Brasil não é parte da referida Convenção, em virtude da reticência do Congresso Nacional em aprovar seu texto (a Mensagem Presidencial nº 116 solicitando a aprovação do tratado foi enviada em 1992). Ver o texto da Convenção em português em RANGEL, Vicente Marotta. Direito e Relações Internacionais. 3. ed. São Paulo: RT, 1988, p. 213.



que indicados pelos Estados, devem exercer as funções decisórias com independência funcional. Com efeito, já no Protocolo de Brasília, os tribunais *ad hoc* eram órgãos de natureza supranacional, uma vez que os árbitros atuavam com independência funcional, os laudos eram emitidos por maioria e obrigavam os Estados, mesmo contra a vontade deles.

De qualquer modo, não importando a ausência de natureza comunitária, permanece intacta a necessidade de cumprimento das normas mercosulinas. Resta agora indagar se a interpretação da ordem constitucional do Brasil, em especial do comando do parágrafo único do artigo 4º (objeto de nosso estudo) permite que a integração se realize, valorizando ou não os compromissos assumidos no âmbito do Mercosul.

#### *O parágrafo único do Art. 4º como norma programática*

A Constituição brasileira de 1988 disciplina a condução das relações internacionais que deve ser pautada por uma série de princípios<sup>6</sup>, entre eles, o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, como dispõe o artigo 4º, inciso IX. Ademais, o parágrafo único do artigo 4º estabelece, expressamente, que a “República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Nos demais membros do Mercado Comum do Sul (Mercosul), vê-se que, inicialmente, a Constituição da *Argentina* expressamente autoriza, em seu artigo 75 (sobre as atribuições do Congresso), inciso 24, a adesão a organizações de integração supranacionais, dispondo sobre de que modo deve ser tal tratado aprovado

<sup>6</sup> Ver MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. SEITENFUS, Ricardo Antonio Silva. *Relações Internacionais*. São Paulo: Manole, 2004.

pelo Congresso (maioria absoluta) e suas condições (reciprocidade e igualdade de tratamento).

No mesmo sentido, a Constituição do *Paraguai* reconhece, em seu artigo 145, a existência de uma “ordem jurídica supranacional”. A Constituição do *Uruguai* é bem mais restritiva; tece loas à soberania nacional e indica a integração latino-americana tão-somente como um objetivo a alcançar (artigos 4º e 6º).

Como mencionado acima, o parágrafo único do artigo 4º é inédito na história constitucional brasileira. Entretanto, tal novidade da Constituição de 1988 não gerou efeito maior sobre eventual diferença de tratamento normativo constitucional no tocante ao Mercosul, mais avançado processo de integração do qual o Brasil participa.

De fato, para os comentaristas da Constituição, como, por exemplo, Ferreira Filho (1990, p. 21), o parágrafo único do artigo 4º encerra uma norma *programática* de fixação de um objetivo para as relações exteriores do Brasil. Quanto ao impacto de tal princípio em relação à formação do Mercado Comum do Sul, Moraes sustenta que a soberania brasileira resta intocável.<sup>7</sup>

Soares (2002, p. 227), por seu turno, enfatiza que os princípios constantes do artigo 4º *não autorizam* interpretação diferente da fixada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para os tratados em geral, culpa da omissão histórica da Constituição sobre o processo de incorporação dos tratados e hierarquia normativa.

#### *Os poderes implícitos: quem dá os fins, dá os meios*

Há uma segunda corrente doutrinária, contudo, que pugna pela interpretação ampliativa do parágrafo único do artigo 4º.

<sup>7</sup> Alexandre de Moraes (2002, p. 154) é enfático e afirma que “a futura integração para a criação de um mercado comum amplo deverá ser entendida sob um novo prisma de soberania estatal, que permanecerá intocável, mesmo porque é fundamento da República Federativa do Brasil”.

De início, Yves Gandra Martins e Celso Bastos (1998, p. 466) destacam que, apesar da ambigüidade do parágrafo único do artigo 4º, tal dispositivo “envolve a possibilidade da integração em organismos supranacionais. (...) Do contrário, ele seria desnecessário, posto que organização sem caráter supranacional já existe na América Latina”.

Por sua vez, a Professora e Ministra do Supremo Tribunal Federal brasileiro Antunes Rocha (1998, p. 283-304) relembra o tradicional pensamento de “quem dá os fins, dá os meios” e conclui que o artigo 4º, parágrafo único, contém uma ordem: o Brasil “buscará a integração...”. Para a autora, “o direito internacional da integração do Mercosul tem base constitucional específica, não se generalizando na principiologia das normas relativas ao direito internacional comum”.<sup>8</sup> Assim, deve o Brasil possuir os meios para tanto e, em geral, um processo de integração exige determinada transferência de soberania e aceitação da supranacionalidade.

Nesse sentido, a favor da *supranacionalidade*, Oliveira Silva (1996, p. 61-79) sustenta que “(...) se o legislador estabeleceu que a República Federativa do Brasil deverá buscar a formação de uma Comunidade Latino-Americana, obviamente que, devido ao alcance daquela norma – obtido através de sua interpretação – e à inexistência de qualquer limitação a esta concretização, entendemos ser possível a constituição de um megabloco sul-americano, aos moldes do europeu”.<sup>9</sup>

Mesmo que se classifique o artigo 4º, parágrafo único, da Constituição como norma programática, tal natureza não implica a ausência de efeitos jurídicos do citado preceito. Há muito se reconheceu que as normas programáticas não são meras exortações morais ou conselhos, mas, ao contrário, geram efeitos jurídicos, como, por exemplo, revogar a normatividade

posterior ou não recepcionar a normatividade anterior incompatível. Para Canotilho (2000, p. 205-217), as normas programáticas “têm uma estrutura própria, mas isso não significa que sejam desprovidas de juridicidade, vinculatividade e aplicabilidade”.<sup>10</sup>

No mesmo sentido, Reis (2000, p. 915-969) defende que o preceito do parágrafo único do artigo 4º, malgrado não poder ser exigido em abstrato perante o Poder Judiciário por não criar direitos subjetivos aos indivíduos, fixa *limites materiais negativos*, que impedem o retrocesso da integração já iniciada e possibilitam a defesa judicial de direitos eventualmente feridos por atos posteriores contrários à integração.<sup>11</sup>

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a força normativa do artigo 4º, parágrafo único, da Constituição e sua aplicação sobre os atos e acordos celebrados no âmbito do Mercosul decidiu que “(...) Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul”<sup>12</sup>.

Assim sendo, consagrou-se na jurisprudência brasileira que os acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do

<sup>10</sup> Continua o autor salientando que “Quem continua a falar de ‘normas programática’ como esquemas retóricos ou declarações ideológicas é o jurista imperativista e subsuntivista que pouco mais vê que a conclusão apolítica dos silogismos de aplicação de normas jurídicas”. Ver em especial p. 209.

<sup>11</sup> Em especial p. 949.

<sup>12</sup> Ver Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279 – Argentina, Relator Min. Celso de Mello, julgamento de 17 de junho de 1998, publicado no DJU de 10 de agosto de 2000.

<sup>8</sup> Em especial p. 296.

<sup>9</sup> Em especial p. 78.

Mercosul sujeitam-se à *mesma* disciplina constitucional que tradicionalmente rege o processo de incorporação dos tratados internacionais em geral ao ordenamento jurídico brasileiro.

A leitura de tal jurisprudência esclarece que a praxe republicana de incorporação interna de tratados internacionais exige: a assinatura do tratado (ato do Poder Executivo); a remessa, por meio de mensagem presidencial, do texto do tratado ao Congresso para sua aprovação; a aprovação pelo Congresso (fase do decreto legislativo); a ratificação (ato do Estado Federal no plano internacional); e a posterior promulgação do tratado pelo Poder Executivo por meio de um Decreto Presidencial (fase do decreto executivo).

Tal *iter* procedimental decorre da posição consolidada do Poder Judiciário brasileiro ao interpretar a nossa lei fundamental. Destarte, o Supremo Tribunal Federal sustenta que *é necessária a incorporação interna das normas convencionais internacionais por meio de ato do Poder Legislativo e ato subseqüente do Poder Executivo*.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal recusou-se a aplicar o Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, que já havia sido assinado, aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado, mas que não havia ainda sido promulgado por Decreto do Presidente da República. De acordo com o relator, Ministro Celso de Mello,

“(…) esse ato de direito internacional público, muito embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 192/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/3/97), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República. Na realidade, o Protocolo de Medidas Cautelares (Mercosul) – que se qualifica como típica Convenção Internacional

– não se incorporou definitivamente à ordem jurídica doméstica do Estado brasileiro, eis que ainda não se concluiu o procedimento constitucional de sua recepção pelo sistema normativo brasileiro”<sup>13</sup>.

Magalhães (2000, p. 72) resume a situação ao comentar que

“embora o Executivo tenha firmado o tratado, e o Congresso tenha-o ratificado, completando-se, dessa forma, a intervenção dos dois Poderes da República para tornar obrigatória qualquer norma jurídica, a Constituição preveria uma terceira providência interna, qual seja, a de nova e redundante manifestação do Executivo, mediante a edição de um Decreto destinado a dar-lhe vigência no plano interno, não obstante tenha o Executivo já depositado o instrumento de ratificação, validando o tratado no plano internacional”.

No caso do Mercosul, essa disciplina constitucional é aplicável em plena forma de acordo com o Supremo Tribunal Federal. Assim, em um primeiro momento, todos os tratados integracionistas tidos como “instituidores” devem ser transpostos para o plano do Direito Interno utilizando-se da mesma sistemática vista anteriormente.

Não há, na visão do Supremo Tribunal Federal, qualquer dispositivo constitucional que estabeleça tratamento privilegiado ao processo de recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul. Assim, até que seja realizada uma alteração da Constituição que explicita de que modo tais normas devem ser tratadas, a vigência interna dos acordos mercosulinos continuará sujeita ao mesmo tratamento normativo que a Constituição brasileira impõe ao Direito Internacional convencional.

<sup>13</sup> Ver Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279 – Argentina, Relator Min. Celso de Mello, julgamento de 17 de junho de 1998, publicado no DJU de 10 de agosto de 2000.

## O STF e a incorporação do direito do MERCOSUL

O Direito Derivado do Mercosul é aquele produzido pelos órgãos decisórios estabelecidos pelo Protocolo de Ouro Preto (CMC, GMC e Comissão de Comércio). De acordo com o artigo 42 do Protocolo, tais normas devem ser incorporadas, quando necessário, em cada ordenamento nacional<sup>14</sup>. De acordo com a Decisão nº 23/00 do Conselho Mercado Comum, não há necessidade de incorporação em duas hipóteses: ser a norma mercosulina reprodução de norma nacional já existente ou referente a tema de organização interna do Mercosul. Nos demais casos, há a necessidade de incorporação, quer por meio de lei (matéria de reserva legal), quer por meio de ato administrativo (no caso de matérias relativas à atribuição do Poder Executivo).

Na leitura do Supremo Tribunal Federal e de parte majoritária da doutrina<sup>15</sup>, a Constituição brasileira, em que pese o disposto no artigo 4º, parágrafo único, não contemplou, no caso do Direito da Integração, o princípio do efeito direto e o da aplicabilidade imediata. Com isso, há de ser concluído o ciclo de incorporação ao ordenamento doméstico para que os tratados internacionais e os acordos de integração possam ser invocados pelos particulares,

<sup>14</sup> Artigo 42. *As normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país.*

<sup>15</sup> BASSO, Maristela, *Perspectivas do Mercosul através de uma visão econômico-jurídica*, 2 Revista do Conselho da Justiça Federal (1997), p. 39-46, em especial p. 45-46. DALLARI, Pedro B. de Abreu. *O Mercosul perante o sistema constitucional brasileiro* in: BASSO, Maristela. *Mercosul: Seus Efeitos Jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 102-116, em especial p. 113 a 116. Ver BAPTISTA, Luiz Olavo. "Inserção das normas do Mercosul no Direito Brasileiro" in BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (orgs.). *O Direito Internacional no Terceiro Milênio: estudos em homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: Ed. Ltr, 1998, p. 390-404, em especial p. 399.

no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto). Tal ciclo também é exigido para que sejam passíveis de aplicação no âmbito doméstico do Estado brasileiro (princípio da aplicabilidade imediata, que implica a vigência automática e *ipso jure* da norma internacional no ordenamento interno).

Tal posição há muito foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, segundo o qual o

"princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil"<sup>16</sup>.

Além da previsão expressa do artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto sobre a necessidade de incorporação do Direito Derivado na ordem jurídica interna, o próprio Decreto Legislativo 188, que aprovou o texto do Protocolo no Brasil, possui a clássica restrição à normatividade posterior<sup>17</sup>, pela qual "são

<sup>16</sup> Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279 – Argentina, Relator Min. Celso de Mello, julgamento de 17 de junho de 1998, publicado no DJU de 10 de agosto de 2000.

<sup>17</sup> Cachapuz de Medeiros (1997, p. 429) narra a irresignação de vários Consultores Jurídicos do Itamaraty, entre eles Cançado Trindade, em relação a tal cláusula, pois "Pretender que todos e quaisquer atos complementares ou de implementação devem ser submetidos à aprovação do Poder Legislativo equivaleria a pretender dificultar, se não a tornar lenta e inviável, a própria execução do Acordo".

sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido Protocolo, assim como quaisquer atos complementares que, nos termos do art. 49, I, da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional". Para Baptista (1998, p. 390-404), ficou claro que "as normas emanadas do Mercosul que representem encargos econômicos ou obrigações para o patrimônio nacional deveriam ser objeto de aprovação legislativa. Aquelas normas que, por modo diferente, ampliam poderes ou alterarem as estruturas do Mercosul (resultando em uma revisão) também recaem sob essa condição"<sup>18</sup>.

Em face de tais condicionantes, o Brasil e seus parceiros no Mercosul preferem, em vários casos, aprovar, por meio de Decisão do CMC, um texto de acordo internacional, que será, então, submetido ao trâmite interno de aprovação congressional de tratados internacionais, ratificação e posterior promulgação por meio de decreto presidencial. Tal preferência é explicada por três motivos: a forma (acordo internacional) realça a importância daquilo que foi negociado, distingue a matéria nele inserida pela sua origem internacional (em vez da lei, que, após aprovada, não mais se indaga dos motivos que levaram a sua adoção) e, finalmente, pela inexistência de diferença relevante<sup>19</sup> entre o trâmite de aprovação de um tratado pelo Congresso e aprovação de uma lei.

O estatuto normativo de tratado, já incorporado internamente, é de mera lei ordinária, conforme posição reiterada do Supremo Tribunal Federal, que já decidiu que

"(...) as normas previstas nos atos, tratados, convenções, ou pactos internacionais devidamente aprovados pelo Poder Judiciário e promulgados pelo

Presidente da República ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, de mesma hierarquia às leis ordinárias"<sup>20</sup>.

Veremos, abaixo, como o parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional 45, inspirou mudanças na visão do estatuto normativo de tratados de *diretos humanos* para alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal (o que pode ser levado em consideração no momento da reapreciação do valor do parágrafo único do artigo 4º, conforme defenderemos *infra*).

Porém, como regra geral, não há a prevalência automática dos atos internacionais em face da lei ordinária, já que, para a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ocorrência de conflito entre essas normas deve ser resolvida pela aplicação do critério cronológico (a normatividade posterior prevalece) ou pela aplicação do critério da especialidade. Na realidade, essa é a posição atual do STF, consolidada após o julgamento do recurso extraordinário nº 80.004/77. Como ensina Mercadante (1996, p. 487),

"nas decisões mais recentes, o Supremo Tribunal Federal vem contrariando a doutrina dominante entre os internacionalistas brasileiros, no sentido de considerar o tratado internacional quanto aos seus efeitos equiparável à lei federal, e dentro dessa interpretação decidir que os tratados revogam as leis anteriores que lhes sejam contrárias, mas podem ser revogados pela legislação posterior".

Nesse sentido, sustentou o Ministro Celso de Mello que

"a eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá – presente o contex-

<sup>18</sup> Ver em especial p. 399.

<sup>19</sup> Há variações mínimas, tão-somente. No fim do procedimento de incorporação do tratado, após sua ratificação no plano internacional, há a necessária promulgação do tratado pelo decreto presidencial. No caso do projeto de lei aprovado pelo Congresso, há a sanção e promulgação.

<sup>20</sup> Ver Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3, Relator Min. Celso de Mello, publicada no DJU de 2 de agosto de 1996. Ver também Informativo do STF, Brasília, Assessoria do STF, nº 48, 1996, p. 1.

to de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico – não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade (RTJ 70/333 – RTJ 100/1030 – RT 554/434)<sup>21</sup>.

No caso do Mercosul, parte da doutrina também critica a ausência de primazia da norma mercosulina em face do Direito Interno, sustentando que o Direito da Integração deve merecer tratamento normativo diferenciado e, além disso, eventual conflito entre tratado de integração e norma interna deve ser resolvido pelo recurso ao princípio da *norma mais favorável à integração*<sup>22</sup>.

Casella (1996, p. 223-225), por seu turno, acusa a falta no ordenamento brasileiro de um dispositivo de caráter geral que afirme a prevalência do tratado sobre a lei, em especial em um processo de integração, pois

“(…) se mesmo em relação ao direito internacional positivo, coloca-se a lei interna superveniente como base para revogação de estipulação contida em tratado internacional, certamente não se poderá pretender estruturar adequadamente esforço de integração, nos moldes de mercado comum, onde necessariamente devam ser transferidas competências legislativas e jurisdicionais, bem como administrativas e executivas, em favor de entidades supranacionais às quais competiria zelar pela implementação da integração”.

Reis (2000, p. 915-969) sustenta que, se é exagerado pretender vislumbrar para os tratados constitutivos uma hierarquia constitucional, pode-se concluir, com base na regra do artigo 4º, parágrafo único, que

<sup>21</sup> Ver *in* Carta Rogatória 8.279 – República Argentina. Ministro Celso de Mello, Presidente, grifos do original foram retirados.

<sup>22</sup> Em clara analogia ao princípio da “norma mais favorável ao indivíduo” no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

tais tratados possuem hierarquia *supralegal*. Assim, para o autor mencionado, não pode o legislador editar lei de retrocesso, podendo qualquer juiz deixar de aplicar norma posterior que venha a ferir os tratados do Mercosul, bem como podendo ser tal lei declarada inconstitucional no controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>23</sup>

De fato, não se pode olvidar a existência de um princípio constitucional explícito favorável ao processo de integração latino-americano (artigo 4º, parágrafo único). Ao considerar tal princípio norma programática e sem maiores conseqüências, o Supremo Tribunal Federal negou vigência a tal comando constitucional. O fato é que o Direito da Integração não possui, na visão atual do Supremo Tribunal Federal, características distintivas que o separem, no plano constitucional, do tratamento dado ao Direito Internacional Geral, no que tange à hierarquia normativa.

#### *Omissão na incorporação de normas de integração*

A “obrigatoriedade” das normas derivadas do Mercosul (artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto) resume-se a dois deveres do Estado: o dever de incorporar a medida mercosulina e o dever de não adotar qualquer outra que frustre seus propósitos.

Ao jurisdicionado brasileiro, prejudicado pela falta de implementação da normatividade do Mercosul, então, resta apenas invocar a proteção jurisdicional contra a omissão do Poder Executivo ou Poder Legislativo em cumprir seus deveres previstos no artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto, que, no Brasil, tem previsão na menção ao mandado de injunção<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Em especial p. 950.

<sup>24</sup> Artigo 5º, inciso LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A trajetória passada de tal remédio era pouco animadora, uma vez que, até 2007, o Supremo Tribunal havia decidido que o mandado de injunção não autorizava o Poder Judiciário a suprir a omissão, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado.<sup>25</sup> A doutrina frustrou-se com esse efeito rarefeito, para dizer o mínimo, de tal remédio constitucional. Novas teses surgem, uma delas de mutação constitucional, com a perda da competência constitucional do órgão omissor para que outro assumira e supra a omissão indevida (troca de sujeito), como expõe Rothenburg (2005). Recentemente, o Supremo Tribunal Federal adotou posição próxima da chamada “linha concretista”, pela qual o STF deve adotar solução normativa (inclusive com uso de analogia com outro diploma legal), até que o Poder Legislativo saia de sua inércia e legisle.<sup>26</sup>

Como se sabe, o particular não possui acesso direto e pleno ao sistema de solução de controvérsia do Mercosul, restando, então, a via do Judiciário local para fazer valer as normas mercosulinas que porventura o beneficiem.

Ocorre que no Brasil, como vimos, a jurisprudência dominante nega qualquer primazia à norma do Mercosul, inclusive aos próprios tratados instituidores. A equiparação dos tratados de integração à lei ordinária sujeita a normatividade do Mercosul à espada de Dâmocles do princípio cronológico.

Por outro lado, ironicamente, a própria invocação do sistema de solução de controvérsia do Mercosul pode ser mais prejudicial aos interesses do particular.

<sup>25</sup> Ver Mandado de Injunção nº 168-5, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 20 de abril de 1990.

<sup>26</sup> Ver Mandado de Injunção 708, Impretante: Sintem - Sindicato dos trabalhadores em educação do município de João Pessoa, Impetrado. Congresso Nacional. O STF, por maioria, adotou a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, à greve dos servidores públicos, solucionando a mora legislativa. Plenário, 25.10.2007.

De fato, caso o sistema do Protocolo de Olivos venha a ser acionado e caso o particular veja seu interesse prevalecer, nem assim poderá obrigar o Estado brasileiro a cumprir os ditames do laudo, uma vez que o Protocolo de Olivos expressamente prevê a possibilidade de não-cumprimento do laudo com a conseqüente imposição de medidas compensatórias.

Assim, admitiu-se, por vias oblíquas, que o Estado brasileiro prefira descumprir as normas do Mercosul e “pagar o preço”, isto é, sofrer os efeitos adversos das medidas compensatórias. Para o particular lesado (por exemplo, importador de produtos de Estado membro do Mercosul, apenado por medidas de restrição à livre-circulação de bens), essa situação é nada animadora. Mesmo que o Estado implemente tal laudo, nem por isso estará o particular livre de questionamentos judiciais. De fato, outros particulares ou o Ministério Público podem invocar preceitos constitucionais ou mesmos legais para exigir, em juízo, o *descumprimento* do laudo<sup>27</sup>.

Para parte da doutrina, a Constituição brasileira *não* permite que se impeça o acesso à justiça brasileira em virtude de já ter sido a controvérsia dirimida internacionalmente. O artigo 5º, inciso XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), e também o artigo 92 (que enumera os órgãos do Poder Judiciário brasileiro) servem de base para tal argumento.<sup>28</sup>

Baptista (1995, p. 157-186) expõe o tal ponto de vista com precisão, afirmando que

<sup>27</sup> Vide o caso do VII Laudo Arbitral e a irresignação do Ministério Público Federal, contrário à importação de pneus remoldados (lesão ao meio ambiente).

<sup>28</sup> Para Pereira (2001, p. 87), é “pouco provável que o particular possa, no âmbito do judiciário nacional, valer-se de um laudo arbitral para pleitear uma indenização por danos sofridos em virtude da comprovada violação do ‘direito do Mercosul’ por um Estado Parte”. Também ver ACCIOLY, Elizabeth. Sistema de Solução de Controvérsias em blocos econômicos. Coimbra: Almedina, 2004, p. 244.

“(…) A criação do Tribunal do Mercosul implicará a modificação, em diferentes graus, das Constituições dos países envolvidos. Será preciso que elas admitam a existência de um órgão judicial supranacional, que predomine sobre a estrutura dos respectivos Poderes Judiciários e parece haver obstáculos intransponíveis, ao menos do ponto de vista da Constituição brasileira, como apontou o Min. Moreira Alves”<sup>29</sup>.

No choque entre a decisão judicial interna e o laudo arbitral, possivelmente o Supremo Tribunal Federal optará por fazer prevalecer a decisão judicial brasileira. Com efeito, foi realizado o *II Encontro de Cortes Supremas do Mercosul* (nos dias 28, 29 e 30 de novembro de 2004, em Brasília), no qual foi aprovada a *Carta de Brasília*.

Nesse esclarecedor documento, os Presidentes das Cortes Supremas de cada Estado (pelo Brasil, participou o Min. Nelson Jobim, Presidente do Supremo Tribunal Federal) acordaram que

“o Protocolo de Olivos, de 18 de fevereiro de 2002, representou significativo avanço político, mas, no plano jurídico, constitui apenas aperfeiçoamento do sistema arbitral de solução de controvérsias; Os Poderes Judiciários nacionais são imprescindíveis na estrutura funcional do MERCOSUL, na condição de aplicadores de suas normas, decidindo no âmbito de suas respectivas jurisdições, com autoridade de coisa julgada”<sup>30</sup>.

*Conclusão: uma nova visão do direito de integração e o Encontro de Supremas Cortes do Mercosul*

O Direito Internacional é conhecedor da tradicional “ambigüidade” brasileira

nesta seara; o Brasil ratifica os tratados, mas não consegue cumprir internamente seus comandos normativos, como se viu no caso do Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, o que enseja a sua responsabilização internacional. Em voto proferido no HC 72.131, o Min. Rezek reconheceu expressamente a possibilidade de responsabilização internacional do Brasil nos seguintes termos: “(...) dá-se prevalência sempre a Carta, embora isso não nos exonere de responder, internacionalmente, pelo ato ilícito – consistente em adotar, pelos meios rotineiros, um compromisso que não poderíamos honrar, culpa da inadvertência dos poderes políticos do Estado”<sup>31</sup>.

Fica claro que o Poder Judiciário (leia-se Supremo Tribunal Federal) repassa a carga do descumprimento do tratado aos Poderes Políticos, sem levar em consideração eventual alternativa interpretativa que poderia ter adotado.

Não que tal busca pela integração possa vir a ser feita sem freios ou medidas, somente pela invocação do parágrafo único do artigo 4º como fundamento. Há limites estabelecidos em outros princípios e regras constitucionais.

De fato, a Constituição brasileira não autoriza a busca da integração sem escrúpulos, violando direitos fundamentais dos jurisdicionados no afã de se construir um mercado comum.

Assim, é imprescindível a observância, na esteira do pensamento de Antunes Rocha (1998, p. 283-304), dos princípios superiores do Estado brasileiro, em especial, no que tange ao presente estudo, à prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II).<sup>32</sup> Para a autora, “também não se pode desconhecer que os direitos humanos e os direitos sociais têm que ter prioridade absoluta no processo da integração, considerando-se uns e outros na contigência latino-americana e não como

<sup>29</sup> Em especial p. 183.

<sup>30</sup> Ver em <[http://www.mercosur.org.uy/eventos/noticias\\_noticia\\_16.pdf](http://www.mercosur.org.uy/eventos/noticias_noticia_16.pdf)>, acesso em 12 de abril de 2005.

<sup>31</sup> Ver HC 72.131/RJ, julgamento de 22.11.95, publicado no DJU de 1º de agosto de 2003.

<sup>32</sup> Em especial p. 301.



se passa a sua garantia em outros Estados” (Idem, p. 283-304).<sup>33</sup>

Reis (2000, p. 915-969) estipula outro limite, que vem a ser a conservação da soberania pela impossibilidade de transferência aos órgãos comunitários do poder de modificar a Constituição.<sup>34</sup>

Por outro lado, vivemos em um momento de reapreciação e evidente valorização do Direito Internacional pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Por exemplo, vê-se claramente que a Emenda Constitucional 45, de 8 dezembro de 2004 (EC 45/04), que introduziu o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal (CF/88)<sup>35</sup>, estimulou a revisão da jurisprudência do STF sobre os tratados internacionais de direitos humanos. Assim, em vários votos de Ministros do STF, começam a surgir indícios de novos padrões hermenêuticos sobre o estatuto interno dos tratados de direitos humanos, modificando a visão tradicional de outra, que os via apenas como equivalentes à lei ordinária federal, sujeitos à suspensão de eficácia caso surgisse lei posterior em sentido contrário.

No caso de tratados internacionais de direitos humanos, o STF já havia mantido a mesma posição vista acima na análise da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, incorporada internamente em 1992<sup>36</sup>. Com efeito, no tocante à prisão por dívida, expressamente proibida pela *Convenção Americana de Direitos Humanos* em seu art. 7º, item 7, com a exceção da obrigação alimentar<sup>37</sup>, decidiu o STF que o dispositivo mencionado deveria ser subordinado ao

texto constitucional brasileiro, que, em seu art. 5º, inc. LXVII, menciona, além da obrigação alimentar também permitida por essa Convenção, a hipótese do depositário infiel<sup>38</sup>. Nesse caso da prisão civil do depositário infiel, mencione-se o julgamento do HC 72.131<sup>39</sup>, *leading case* no STF, no qual os Ministros Marco Aurélio, relator originário, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence votaram pela concessão da ordem, ou seja, pela prevalência da *Convenção Americana de Direitos Humanos*; pelo indeferimento votaram os Ministros Moreira Alves, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Néri da Silveira, formando-se a maioria. O relator para o acórdão foi o Min. Moreira Alves. Para reforçar tal visão, o STF comparou a CF/88 com a Constituição argentina, a qual, depois da reforma de 1994, consagrou expressamente a *hierarquia constitucional* dos tratados de direitos humanos. Para a Corte Suprema brasileira, a diferença entre as duas Constituições demonstrava que, quando o constituinte almeja estabelecer um *status* normativo diferenciado aos tratados de direitos humanos, ele assim o faz expressamente<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 73.044/SP. Paciente: Paulo Sandoval Moreira, Impetrante: Ednesio Geraldo de Paula Silva. Coator: Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo. Relator: Min. Maurício Correa. Brasília, 19/03/1996. Publicado em 20/9/1996.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 72.131/RJ. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Sateplan Consórcios Ltda. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 23/11/1995. Publicado em 1º/8/2003.

<sup>40</sup> Nos termos da decisão do Excelso Pretório: “Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil – à semelhança do que hoje estabelece a Constituição argentina de 1853, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 (art. 75, n. 22) – houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 249.970/RS. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: José Luiz Rechini Greco. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 4/8/1999. Publicado em 27/8/99.

<sup>33</sup> Em especial p. 303.

<sup>34</sup> Em especial p. 947.

<sup>35</sup> *In verbis*: “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”.

<sup>36</sup> Decreto legislativo 27/92 e promulgado pelo Decreto executivo 678/92.

<sup>37</sup> Art. 7, 7: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

A visão tradicional acima mencionada do STF, no que tange aos tratados de direitos humanos, passa por forte revisão e já existem votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes (RE 349.703/RS<sup>41</sup> e RE 466.343<sup>42</sup>) e Celso de Mello (HC 87.585), que sustentam novo patamar normativo para os tratados internacionais de direitos humanos, inspirados pelo § 3º do art. 5º da CF/88 introduzido pela EC 45/04.

Para não fugir ao escopo do presente estudo, cabe mencionar a posição de Gilmar Mendes, que, retomando a visão pioneira de Sepúlveda Pertence (em seu voto no HC 79.785-RJ<sup>43</sup>), sustentou que os tratados internacionais de direitos humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional no rito especial do art. 5º, § 3º da CF/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei<sup>44</sup>.

Para Celso de Mello, trata-se de adaptar a CF/88, pela via interpretativa, ao novo contexto social de aceitação da internacionalização dos direitos humanos. Assim, o Ministro Celso de Mello, revendo sua posição anterior, sustentou que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil integram o ordenamento jurídico como norma de estatura constitucional. De acordo ainda com o voto do Ministro Celso de Mello, a CF/88, em sua redação original, determina a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II, da CF/88) e reconhece o estatuto constitucio-

nal dos tratados internacionais de direitos humanos (art. 5º, § 2º, da CF/88). Dessa forma, os tratados de direitos humanos, mesmo que anteriores a EC 45/04, são normas consideradas constitucionais<sup>45</sup>.

Assim, ao melhor estilo da doutrina do estatuto *supralegal* dos tratados de direitos humanos, podemos avançar e estabelecer que os tratados integracionistas devam também possuir *estatuto normativo superior ao das leis*, fundado no parágrafo único do artigo 4º.

Só assim poderíamos compatibilizar o disposto nos artigos 102, III, “b”, e 105, III, “a”, que servem como suporte normativo à doutrina do “estatuto legal” dos tratados com o disposto no parágrafo único do artigo 4º.

Ademais, o estatuto supralegal dos tratados, além de conferir certa eficácia a um quase olvidado dispositivo da Constituição (o parágrafo único do artigo 4º), ainda impede retrocessos da integração ao sabor de maiorias momentâneas do Parlamento brasileiro. Por outro lado, o eventual estatuto constitucional almejado dependeria de avanço legislativo a ser introduzido por Emenda Constitucional, tal qual ocorreu em vários países europeus.

Há ainda um segundo caminho que pode ser trilhado. Para dar efetividade às normas do Direito da Integração sem que se altere a interpretação vigente do texto da Constituição, pode ser útil a continuidade das atividades coordenadas pelo STF no que tange ao Mercosul. Neste caso, o STF coordena anualmente o Encontro das Supremas Cortes do Mercosul no qual são debatidas e buscadas soluções visando a implementação e uniformização da normativa Mercosul no âmbito dos Poderes Judiciários dos Estados membros.

Tal iniciativa incorporou o Judiciário às discussões sobre o Mercosul e, em especial, sobre a necessidade de cumprimento de suas normas e dos laudos arbitrais eventu-

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.703/RS. Recorrente: Banco Itaú S/A, Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator Ministro Carlos Britto, em curso.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, em curso.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 79785. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 29 de março de 2000, publicado no DJ de 23.5.03.

<sup>44</sup> Vide voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-SP, Relator Cezar Peluso.

<sup>45</sup> Vide voto do Min. Celso de Mello no HC 87.585-TO.

almente prolatados sob a égide do *Protocolo de Olivos*, que criou Tribunal Permanente de Revisão arbitral <sup>46</sup>.

A título de conclusão, vê-se que a integração mercosulina seria beneficiada pela maior segurança e estabilidade conferida por estatuto supralegal dos tratados integracionistas, cujo fundamento constitucional pode ser encontrado em nova leitura do parágrafo único do artigo 4º da Constituição.

O bom momento que valoriza o direito internacional pode ser aplicado ao direito da integração, inspirando possível *mutação constitucional* do alcance da norma em comento. A crescente interdependência da economia brasileira e o aumento do volume do comércio intrazona no Mercosul (com claras vantagens à economia brasileira) podem servir de estímulo para nova interpretação deste pouco prestigiado princípio da integração dos povos.

### Referências

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Inserção das normas do Mercosul no direito brasileiro*. In: \_\_\_\_\_; FONSECA, José Roberto Franco da (Org.). *O direito internacional do terceiro milênio: estudos em homenagem ao prof. Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: Ltr, 1998.

\_\_\_\_\_. *O Mercosul: suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998.

\_\_\_\_\_. *Solução de divergências no Mercosul*. In: BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BASSO, Maristela. Perspectivas do Mercosul através de uma visão econômico-jurídica. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, 2. 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentário à constituição do Brasil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 72. 131/RJ. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza

Granado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Sateplan Consórcios Ltda. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 23 nov. 1995. Publicado em 1º agos. 2003.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 73.044/SP. Paciente: Paulo Sandoval Moreira. Impetrante: Ednézio Geraldo de Paula Silva. Coator: Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 19 mar. 1996. Publicado em 20 set. 1996.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* 349.703/RS. Recorrente: Bano Itaú S.A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator: Ministro Carlos Britto. Em curso até o momento presente.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* 466.343. Recorrente: Banco Bradesco S/ A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator Ministro Cezar Peluso. Em curso até o momento presente.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em Habeas Corpus*. 79.785. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 29 mar. 2000. DJ de 23 maio 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomez. *Da constituição dirigente ao direito comunitário dirigente*. In: CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Mercosul: integração regional e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Mercosul: exigências e perspectivas*. Integração e consolidação de espaço econômico. São Paulo: Ltr, 1996.

DALLARI, Pedro B. de Abreu. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DALLARI, Pedro B. de Abreu. *O Mercosul perante o sistema constitucional brasileiro*. In: BASSO, Maristela. *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FARIA, Werter. *Unidade do direito e uniformidade na interpretação e aplicação das normas do Mercosul*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (Org.). *O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao prof. Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: Ltr, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1990.

LAFER, Celso. Prefácio. In: DALLAR, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.

<sup>46</sup> Ver sobre a atuação do STF no que tange ao Mercosul em <<http://www.stf.gov.br/encontro4/>>, último acesso em: 1º fev. 2007.

- MEDEIROS, Antônio Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Processualística internacional e a constituição de 1988*. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e o direito econômico no Mercosul*. São Paulo: Ltr, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.
- RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 3.ed. São Paulo: RT, 1988.
- REIS, Márcio Monteiro. *Interpretação constitucional do conceito de soberania: as possibilidades do Mercosul*. In: CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Mercosul: integração regional e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ROCHA, Carmem Lucia Antunes. *Constituição, soberania e Mercosul*. *Revista de Informação Legislativa*, 139. Brasília: Senado Federal, 1998.
- RUTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 2005.
- SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2004.
- SILVA, Volney Zomenhof de Oliveira. *Interpretação do parágrafo único, art. 4º da constituição federal: a perspectiva de surgimento de nova concepção de Estado*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 14. 1996.
- SOARES, Guido F. S. *Curso de direito internacional público*. v.1. São Paulo: Atlas, 2002.
- \_\_\_\_\_. *União Européia, Mercosul e proteção dos direitos humanos*. In: PIOVESANI, Flávia (Org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

# Constituição e Direito Penal

Vinte anos de desarmonia

Miguel Reale Júnior

## Sumário

I - Dignidade penal. II - O Direito Penal pós-Constituição. 1. A lei penal ambiental. 2. Código de Defesa do Consumidor. 3. Lei dos crimes hediondos. 4. Lei dos remédios e cosméticos. 5. O RDD - Regime Disciplinar Diferenciado. III - Conclusão.

### *I - Dignidade penal*

A Constituição em um Estado Democrático de Direito se de um lado consagra direitos fundamentais e estabelece limites ao poder político, instituindo princípios básicos de proteção do indivíduo perante o Estado, por outro fixa diretrizes, com a finalidade de promover valores e ações de cunho social.

Defluem, portanto, do texto constitucional princípios fundamentais do Direito Penal, sendo o primeiro e básico o da dignidade da pessoa humana, do que decorre a proibição de penas cruéis ou o desrespeito à integridade física e moral do preso e do condenado, as penas de caráter perpétuo, a pena de morte. Outros princípios fundamentais, garantidores do indivíduo contra o arbítrio estatal são os da legalidade, da não retroatividade, da proporcionalidade, da individualização da pena.

Ao lado desses princípios garantistas, uma Constituição de marca social alça ao patamar de valores constitucionais condições essenciais de vida com dignidade, os

denominados “direitos sociais”, como a saúde, a educação, os direitos trabalhistas, o meio ambiente, bem como as regras da atividade econômica, como a livre concorrência e o limite ao poder econômico.

Neste sentido o Direito Penal está limitado negativamente pela Constituição, devendo ater-se a esses princípios, não violando os valores constitucionais, mas sim por eles pautando-se. Mesmo porque do contrário a norma seria inconstitucional (REALE JÚNIOR, 2002).

Alguns penalistas, no entanto, procuram ancorar de forma mais estrita o Direito Penal à Constituição, entendendo que não pode o direito penal punir comportamentos que não lesem valores constitucionais (CUNHA, 1995, p. 129).

A dignidade penal, portanto, decorreria como reflexo dos princípios e valores constitucionais, espelhando-os. Indo mais além, haveria a força impositiva da Constituição de se proteger valores constitucionais por via da incriminação, dando eficácia ao teor do texto constitucional (CUNHA, 1995, p. 287). A Constituição, ao promover um determinado valor, estaria por isso autorizando o legislador ordinário a proteger esse valor por meio da tutela penal.

Essa concepção, diante da amplitude dos textos constitucionais, que antes fixam diretrizes, com normas promocionais, como a de que a “saúde é um dever do Estado”, estaria antes alargando o campo penal do que restringindo-o, ao que Janaína Pascoal (2003, p. 40) considera que conduz antes ao Direito Penal máximo do que ao Direito Penal mínimo, sendo incompatível com o reconhecimento de que deve o Direito Penal ser a *ultima ratio*.

Doutra parte, a Constituição, ao consagrar valores, visa antes a dirigir a ação estatal no sentido da sua realização, e não descrever condutas proibidas. A incriminação se gira em torno da proteção de um valor, no entanto, tem por objeto uma determinada espécie de conduta, a lesar de forma relevante esse valor. Destarte, o exa-

me da criação de tipos penais requer atenta reflexão sobre o grau de ofensividade de um comportamento a fim de se aquilatar se efetivamente requer a proteção penal.

Os valores fundamentais da justiça e liberdade exigem que o legislador, ao construir as normas incriminadoras, arcabouço do Direito Penal, tenha em vista os bens jurídicos considerados dignos de tutela. O bem jurídico preexiste à construção normativa, sendo objeto da escolha do legislador pelo valor digno de tutela penal<sup>1</sup> (REALE JÚNIOR, 1998; FIANDACA; ALBEGGIANI, 1996, p. 161). E bem por essa razão, o crime constitui, no dizer de Fiandaca e Albeggiani (1996, p. 160), “offesa significativa a beni costituzionalmente rilevanti”, pelo que, da própria Constituição, se extrai também o princípio da “ofensividade”, isto é, o crime só pode ser lesão ou efetiva colocação em perigo de um bem jurídico.<sup>2</sup>

Em um Estado de Direito Democrático, a configuração penal – por se constituir na forma mais gravosa de interferência, com custos elevados ao infrator e também à sociedade – deve-se ater aos fatos que atinjam valores por via de uma conduta efetivamente lesiva desses valores. A intervenção penal deve ser aquela necessária, como único meio, forte, mas imprescindível, para a afirmação do valor violado, e para a sua proteção, visando à manutenção da paz social.

O bem jurídico deve exercer, na esfera da Política Criminal, importante função ao orientar o legislador na decisão de qual conduta deva ser reprimida por meio da ameaça penal. E mais: auxilia a definir, entre múltiplas formas que a conduta possa apresentar, qual aquela especial que, dadas

<sup>1</sup> Para os autores citados, o bem jurídico deve funcionar como critério de seleção dos fatos puníveis.

<sup>2</sup> No mesmo sentido, Fiandaca e Musco, para os quais o recurso à pena, por violar o direito de liberdade, apenas se justifica se dirigido a tutelar bens socialmente valiosos dotados de relevância constitucional. (*Diritto Penale*, Bolonha, Zannichelli, 2. edição, p. 28). Entre nós acerca do princípio constitucional penal da “ofensividade”, Cf. D’ávila, Fábio Roberto, *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, Coimbra, 2006.

suas características, exige-se seja incriminada por ofender efetivamente um interesse avaliado como relevante.

Assim, pelo *princípio da liberdade*, esta apenas pode ser restringida por ofensa relevante a bem jurídico, a ser sancionada de forma proporcional ao relevo social do valor atingido, e em vista da forma agressiva pela qual foi atingido.

A ameaça penal utilizada prodigamente pode conduzir a “tipos grotescos sancionados com penas grotescas,” como diz Enrique Cury (1973, p. 49). Por isto, deve-se recorrer, repita-se, à ameaça penal com prudência, na expectativa de que o legislador só utilize o Direito Penal “para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipifique aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos a esos bienes jurídicos” (MUÑOZ CONDE, 1984, p. 49).

Assim, se a norma incriminadora deve visar a proteção de valores fundamentais à convivência social, não tem cabença o avassalador processo de criminalização, operado por meio de uma inflação legislativa penal (DOTTI, 2002, p. 25)<sup>3</sup>, que conduz a uma contínua administrativização do Direito Penal, com referências no tipo penal à inobservância de normas regulamentares como fulcro da conduta incriminada.

A administrativização do Direito Penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a inobservância a regras de conveniência da Administração Pública, matérias antes de cunho disciplinar. No seu substrato, está a concepção pela qual a lei penal visa antes a “organizar” do que a proteger, sendo, portanto, destituída da finalidade de consagrar valores e tutelá-los.

## II – O Direito Penal pós-Constituição

A trajetória da produção legislativa em matéria penal no Brasil, após a Constituição, não seguiu a diretriz de prudência na

<sup>3</sup> Elenca a série de leis penais recentemente editadas no Brasil, relativas a fatos irrelevantes no plano penal.

escolha das condutas a serem alçadas à categoria de comportamentos penais típicos, não por eleger bens jurídicos destituídos de relevo, pois a própria Constituição prevê sua proteção penal, mas por se realizar intenso expansionismo, sob o impacto da denominada “esquerda punitiva”, para a qual a criminalização do mínimo se tornou o instrumento de tutela dos bens de interesse difuso. Desse modo, vulgariza-se a repressão penal e criam-se oportunidades de extorsão policial com a ameaça estatal sobre ações irrelevantes, quando muito merecedoras de sanção administrativa.

De outra parte, sob o impacto do crescimento da violência, baseado na hipótese do denominado “crime hediondo”, mencionado no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, pretendeu-se, ingenuamente, enfrentar o crescimento da criminalidade com o rigor penal, ao se consagrar medidas limitadoras de direitos fundamentais previstos no mesmo art. 5º da Constituição.

Começamos pela análise do processo de administrativização do Direito Penal.

### 1. A lei penal ambiental

Com a Lei nº 9.605/98, pretende-se, no campo da proteção penal ao meio ambiente, aliás, prevista no art. 225, § 3º, da Constituição, atribuir ao Direito Penal uma tarefa primordialmente intimidativa, que não só se antecipe ao resultado lesivo, mas incida sobre momento prévio que sequer coloque o bem jurídico em possível perigo (PELARIN, 2002, p. 154)<sup>5</sup>. Segundo essa concepção, o tipo do crime ecológico

<sup>4</sup> CARVALHO (2006, p. 93) anota que se observa com espanto a facilidade de movimentos progressistas atrelados às esquerdas em recorrer ao direito penal, em um movimento que denomina de “nova moral criminalizadora”. Assim ONGs e mesmo instituições ligadas aos direitos humanos acabam consumindo o discurso criminalizador, com um potencial maior do que o dos setores conservadores tradicionais.

<sup>5</sup> Para o qual se instrumentaliza a proteção dos bens jurídicos por meio de delitos de perigo abstrato, sendo suficiente a comprovação da ação, em descrição típica vaga, punindo-se a mera desobediência. Para Pelarin (2002, p. 157), recorre-se a malabarismos penais,

configurar-se-ia, no dizer de Paulo José da Costa Júnior (1996, p. 79), como um crime-obstáculo, sendo, então, a intervenção do legislador penal uma medida preventiva diante de uma simples promessa de lesão ao bem protegido, ou seja, um crime de mera posição. É de se rejeitar a admissão de uma intervenção penal com essas características (SILVEIRA, 2003, p. 137).

Por outro lado, no Direito Penal Ambiental, como demonstra a Lei nº 9.605/98, dá-se uma evidente dependência em face do Direito Administrativo, o que tem como corolário a obrigatoriedade do recurso ao reenvio a elementos extrapenais na formulação da norma incriminadora<sup>6</sup>. Para Hassemer (1998, p. 31), inafastavelmente o Direito Penal ambiental transforma-se em instrumento auxiliar do Direito Administrativo, mesmo porque apenas as normas regulamentares de cunho administrativo podem fixar os limites do permitido e do proibido. Assim, a Lei nº 9.605/98 apresenta diversas normas incriminadoras que fazem o reenvio a normas administrativas, para estabelecer os lindes dentro dos quais a conduta é de se considerar ilícita (MASCARENHAS PRADO, 2000, p.95).

Exemplo de exagero punitivo e de referência a dado regulamentar que torna a lei penal incompreensível vê-se no crime de dano do art. 40 da Lei nº 9.605/98, que considera crime dar causa a *dano direto ou indireto à Unidade de Conservação ou às áreas definidas no Decreto nº 99.274/90*. Nessa figura penal, não se exige especial dimensão ao dano, nem se indica o que seja dano indireto e, no entanto, pune-se com reclusão de um a cinco anos. O mais grave está em se prever no parágrafo o crime na forma culposa,

como a tutela antecipada, na crescente utilização de figuras de perigo abstrato.

<sup>6</sup> A "ligação por demais estreita com a disciplina administrativa é, em muitos casos, fonte primeira do que se deve evitar: a grande indeterminação das descrições típicas" (PRADO, 2001, p. 33). Vide, igualmente, Almeida da Costa, p. 28. A dependência mútua entre os ramos do Direito Administrativo e Penal em matéria ambiental é ressaltado por Miranda Rodrigues.

consistente na causação negligente de dano indireto a unidade de conservação.

O mesmo se pode registrar em face do crime previsto no art. 49, pelo qual se pune o fato de maltratar planta de ornamentação de logradouro público ou de propriedade privada, dispondo-se, também, que será crime o dano ou maltrato a planta de ornamentação de terceiro causado culposamente. Assim, tropeçar e pisar a begônia do jardim do vizinho tornou-se delito punido com pena de detenção de um a seis meses.

Outros exemplos do acima registrado está no crime de perigo abstrato previsto no art. 56 da Lei nº 9.605/98, consistente em embalar substância tóxica *em desacordo com as exigências estabelecidas em lei ou nos seus regulamentos, punido-se a conduta com reclusão de um a quatro anos*.

Exageros punitivos, com recurso a critérios de cunho meramente disciplinares e com sanção desproporcional, estão presentes também nos parágrafos 1º e 3º do mencionado art. 56. No § 1º pune-se com a pena de reclusão de um a quatro anos e multa a ação de abandonar produto tóxico ou de utilizá-lo em desacordo com as normas de segurança. O desrespeito às normas de segurança, que deveria constituir infração administrativa, é alçado à condição de crime, com pena igual à cominada ao crime de poluição, o mais grave constante da lei.

No § 3º prevê-se a forma culposa do abandono do produto tóxico ou da sua utilização sem observância das regras de segurança, em marcado exagero criminalizador, cominando-se a pena mínima de seis meses de detenção, ou seja, a metade da pena prevista para o crime de poluição.

Por fim, ressalto a figura penal prevista no art. 56, § 1º, que descreve como crime o fato de abandonar ou usar em desacordo com as normas de segurança substâncias tóxicas, admitindo-se como delito a conduta culposa, consistente no esquecimento de um produto agrotóxico no campo.

Constata-se, portanto, a elevação de condutas insignificantes à categoria de



crimes, em uma expansão de cunho meramente simbólico, instrumentalizando-se o Direito Penal, afastando-o dos pressupostos de dignidade e merecimento de pena das condutas incriminadas próprios de um Estado de Direito Democrático.

## 2. Código de Defesa do Consumidor

Outro diploma penal, que decorre de previsão constitucional, art. 5º, XXXII, é o Código de Defesa do Consumidor, cujas falhas técnicas na parte penal são gritantes, a começar pela sofreguidão punitiva de que é exemplo a dupla punição da publicidade abusiva, nos artigos 67 e 68.

Nos artigos 67 e 68 da Lei 8.078/90, estabelece-se:

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Sucedo, contudo, que a publicidade abusiva vem descrita no art. 37:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º...

§ 2º É *abusiva*, dentre outras, a publicidade *discriminatória* de qualquer natureza, a que *incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais*, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Segundo esse artigo, a publicidade é abusiva por violar o devido respeito à pessoa, instrumentalizada ao se explorar

sua fragilidade, para, por meio do medo, da superstição, do pequeno discernimento, pretender cooptar sua adesão em favor da aquisição de um produto. É também abusivo o anúncio se for capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

A abusividade<sup>7</sup>, destarte, apresenta diversas facetas, mas que contém um denominador comum, qual seja, a proteção dos *especialmente frágeis ou vulneráveis*<sup>8</sup>, especialmente frágeis porque discriminados, porque de menor experiência ou conhecimento, porque passíveis de intimidação pelo medo ou superstição, porque receptores crédulos e confiantes facilmente induzidos a comportamentos prejudiciais à sua própria segurança.

Ora, se no art. 67 prevê-se como crime a prática de publicidade abusiva, no artigo seguinte, art.68, descreve-se como crime exatamente a prática de publicidade abusiva, sancionando-se, no entanto, com pena maior. A falta de critério, na sofreguidão punitiva, leva aos absurdos dessa natureza, nada justificando que se isole uma forma de abusividade, de igual danosidade e fundamento que as demais, para se punir com o dobro da pena.

<sup>7</sup> A Diretiva 89/552 da CEE, denominada “TV sem fronteiras”, estabelece em seu art. 12 que a publicidade na televisão não deve afrontar a dignidade da pessoa humana e conter qualquer tipo de discriminação, interferir em convicções religiosas ou encorajar comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança dos consumidores. A respeito, Cf. Tenreiro, (1996, p. 207).

<sup>8</sup> No art. 4º do Código de Defesa do Consumidor estabelece-se a presunção absoluta de ser o consumidor vulnerável. É um dos princípios basilares para compreensão da relação de consumo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, considerado este princípio, por Judith Martins Costa (2004, p. 85-128), como um postulado fático-normativo e, portanto, um ponto de partida obrigatório, fundado na realidade, mas agasalhado pelo direito. Diz Judith Martins Costa ser o pressuposto fático e normativo da vulnerabilidade do consumidor também estruturante da Política Nacional das Relações de Consumo, na medida em que o consumidor é vulnerável no mercado de consumo.

Mas o Código de Defesa do Consumidor apresenta, também, exemplos de criação de figuras penais que contemplam condutas irrelevantes, sem dignidade penal, desmerecedoras de pena, como se pode ver no tipo penal previsto no § 2º do art. 66, que prevê a omissão culposa de informação relevante acerca da durabilidade ou desempenho do produto ou serviço.

Igualmente, não se compadece com a dignidade penal a figura estatuída no art. 73 do Código de Defesa do Consumidor que tipifica como crime *deixar de corrigir IMEDIATAMENTE informação sobre consumidor constante de cadastro ou banco de dados que DEVERIA SABER INEXATA*, ou seja, pune-se a ação negligente de não se ter corretamente tomado ciência de fato por essa razão não de imediato alterado.

Passemos, então, ao segundo aspecto destacado, qual seja, o da falta de relevo penal de incriminações tratadas com elevada e desproporcional reprimenda.

### 3. *Lei dos crimes hediondos*

Houve, de 1988 a esta parte, a criação de disposições penais de extremo rigor que correspondiam a uma genérica disposição constitucional, ou seja, a estipulação da categoria de crimes hediondos, que a lei ordinária especificou e deu tratamento penal diferenciado, para atender a reclamos de férrea repressão da opinião pública em face de fatos explorados pela mídia.

Deu-se larga resistência durante a Constituinte a se aprovar a emenda proposta pelo deputado paulista do PTB Gastone Righi que, por exercer a liderança de seu partido, terminou por conseguir ver aceita a proposta de previsão de crimes hediondos, a serem definidos em lei, conforme o art. 5º, XLIII.

Em seguida ao seqüestro de Roberto Medina, no Rio de Janeiro, no ano eleitoral de 1990, o Congresso resolveu editar a denominada Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8.172/90, por via da qual, com relação a determinados crimes, como tráfico de en-

torpecentes, latrocínio, extorsão mediante seqüestro, estabelecia-se que a pena seria cumprida desde o início em regime fechado, vedada a progressão de regime, podendo ser concedida a liberdade condicional cumpridos 2/3 da pena.

Sempre defendi a inconstitucionalidade da lei, pois, com a proibição da progressão, impedia-se a individualização da pena, que se dá em três planos: legislativo, ao se fixar a pena em abstrato na norma penal; judicial, na aplicação concreta da pena na sentença condenatória; e executória<sup>9</sup>, ao se definir benefícios ou restrições no cumprimento da pena conforme o comportamento do apenado, o que compreendia a passagem de um regime mais duro para outro menos rigoroso.

O Supremo Tribunal Federal, em sua anterior composição, não reconheceu a inconstitucionalidade da proibição da progressão. Essa inconstitucionalidade era, ao ver de muitos, evidente. O Executivo constituiu Comissão presidida pelo falecido procurador da República FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, comissão esta que integrei. Foi elaborado anteprojeto de lei, visando, em um eufemismo, a permitir aos crimes de especial gravidade, na verdade os hediondos, um processo de progressão na execução da pena, mas com maior rigor. Permitia-se a passagem para o regime semi-aberto desde que cumpridos 2/5 da pena. O livramento condicional permanecia aos dois terços da pena.

Aprovado o projeto na Câmara, no Senado no dia de votação na Comissão de Justiça, havendo parecer favorável do relator, Senador Bernardo Cabral, o senador Antonio Carlos Magalhães, em tom de denúncia, repercutida pela rede Globo, anunciou que se pretendia facilitar a vida dos bandidos. O governo ficou acuado e indevidamente retirou o projeto.

<sup>9</sup> Neste sentido, Garcia Garcia (1999, p. 319), afirma que com base em MIR PUIG, ao momento legislativo e ao judicial deve-se acrescer a individualização durante o cumprimento das penas de prisão.

Passados os anos, o Supremo Tribunal Federal, em sua nova e recente composição, reconheceu a inconstitucionalidade do impedimento da progressão na execução da pena de prisão, a ser cumprida integralmente no regime fechado, por lesão à individualização da pena, garantida no Art. 5º da Constituição. Dessa forma, passou-se a aplicar a progressão prevista para a generalidade dos crimes, com a passagem do regime fechado para o semi-aberto passado 1/6 do tempo de aprisionamento, podendo o livramento condicional ser concedido no prazo de 1/3 da pena.

Em voto vencedor<sup>10</sup>, o Ministro Aires Brito afirmou:

“a ordem constitucional, se interpretada como um todo harmônico, jamais se coaduna com a vedação da progressão, como se percebe da proibição da pena de morte e de prisão perpétua. Assim, há um mister reeducativo que deve ser desempenhado pelo esforço conjunto da pessoa encarcerada e do Estado-carcereiro, daí a supremacia da individualização das penas, que deve ser seqüenciada. Lembrou, também, que o fato de a Constituição permitir ao legislador a regulação da progressão, não lhe cedeu autorização de nulificar o processo gradativo de ressocialização. Em síntese, asseverou que: a) A vontade objetiva da Constituição de 1988 é de acolher a regenerabilidade de toda pessoa que se encontre em regime de cumprimento de condenação penal; b) deve existir claro comprometimento do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III) com a garantia da individualização da pena (CF, art. 5º, inc. XLVI); c) não se pode confundir hediondez do crime com a hediondez da pena, devendo ser lembrado que a condenação não nulifica os direitos à saúde, à integridade física, psicológica e moral, à recreação,

à liberdade de expressão, à preferência sexual e de crença religiosa”.

Diante da nova orientação do Supremo Tribunal Federal, os juízes da Execução Penal também mudaram de opinião, e passaram a aplicar, para os crimes definidos como hediondos, a progressão de regime nos prazos fixados para a generalidade dos crimes, conforme disposto no Código Penal e na Lei de Execução Penal. Editou-se, então, com rapidez a Lei nº 11.464/67, que estabelece, exatamente, a progressão, tal como proposta anos antes para os crimes de especial gravidade.

Atendendo o clamor público, sequioso de resolver o problema da criminalidade violenta pelo meio fácil e enganoso do rigor penal, dando ouvidos à ideologia conservadora da Lei e da Ordem, o governo e o Congresso violaram seguidamente a Constituição. Rejeitou-se uma solução que se estava à beira de aprovar com receio da opinião pública, solução à qual se teve de retornar apressadamente para vir ao encontro de um termo médio que respeitasse a Constituição e, ao mesmo tempo, correspondesse aos anseios de maior rigor para com os crimes violentos.

#### 4. *Lei dos remédios e cosméticos*

Com a mais absoluta ausência de critério e em arrepio ao princípio da proporcionalidade, no ano eleitoral de 1998, nas únicas reuniões do Legislativo durante o recesso branco em vista do pleito, o Congresso, diante da repercussão da venda de anticoncepcionais com apenas farinha em sua composição, editou a lei dos remédios (Lei nº 9.677/98), tratando com rigor não só a falsificação de medicamentos como também a venda de shampoo em discordância com a fórmula aprovada pela ANVISA, independentemente de se ter causado algum dano à saúde. Pune-se tal fato “delituoso”, conforme disposto no novel art. 273, § 1º A, do Código Penal, com reclusão de dez a quinze anos, enquadrando-se a conduta como crime hediondo.

<sup>10</sup> *Habeas Corpus* nº 82.959-7, de 23 de fevereiro de 2006.

A ausência de dignidade penal da conduta é evidente, o que torna ainda mais inaceitável a punição imposta, gravemente lesiva ao princípio da proporcionalidade, ao se prever a esse crime, indevidamente considerado hediondo, a pena mínima de dez anos de reclusão, mesmo que o produto cosmético, fabricado com divergência ao registrado na ANVISA, não venha a ser perigoso ou danoso à saúde<sup>11</sup>.

##### 5. O RDD – Regime Disciplinar Diferenciado

Em 2003, foi editada a Lei nº 10.792, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), por via do qual se estabelece o encarceramento em cela individual, sem sair dela a não ser para banho de sol diariamente por duas horas, a se impor o completo isolamento do condenado.

O RDD é de ser imposto ao preso que cometa crime doloso, bem como àqueles que “apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, critério que fica ao talante da subjetividade do diretor do estabelecimento prisional do qual deve partir a sugestão do castigo cruel.

A Lei nº 10.792 modificou a Lei das Execuções Penais para acrescentar a medida drástica do RDD, passando o art. 52 a ter nova redação:

“Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

<sup>11</sup> Trata-se de mais das tantas figuras de perigo abstrato produzidas recentemente em nossa legislação, nas quais se antecipa a incriminação, considerando-se a conduta em si perigosa, independentemente da criação de uma situação de perigo, no pressuposto de uma lesividade que a ação encerra e que guarda em si, como assinala Angelo Roberto Iha da Silva, que indica a inconstitucionalidade de diversas figuras de perigo abstrato em seu livro: *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*, São Paulo, RT, 2003.

I – Duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II – Recolhimento em cela individual;

III – Visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV – O preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.”

Ora, infringe-se com a criação do RDD a proibição constante do art. 5º, XLVII, no sentido de não haver penas cruéis. O isolamento celular, sem contato com qualquer pessoa, a não ser o direito a uma breve visita semanal, sem qualquer atividade ou ocupação, é o caminho seguro para a perda da identidade e para a abulia. O silêncio imposto, pois só se poderá conversar com as paredes, conduz, como se verificou no sistema aubarniano nos EUA, à loucura. Trata-se, portanto, de pena cruel, evidentemente vedada pela nossa Constituição, de caráter meramente profilático, de exclusão até mesmo do meio carcerário, a se visualizar o detento como *inimigo*, nos termos preconizados por Jakobs, ou seja, pessoa a ser desconstituída de direitos e garantias diante do perigo que representa ao Estado e à civilização<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Sobre direito penal do inimigo Cf. Jakobs (2005, p. 37).

Na falta de competência para se garantir a disciplina carcerária, resolve-se a questão pela forma mais fácil: trancafia-se o reputado perigoso (critério este sim perigoso) para, com certeza de sua não integração futura, fazer da exclusão um fim em si mesmo, punindo-se o condenado mais gravemente do que o foi pela sentença, em face da eventual possibilidade, como perigoso, de atos futuros nocivos à vida prisional.

### III – Conclusão

Verifica-se, então, que o Direito Penal como desaguadouro de todas as frustrações da sociedade pós-moderna, na qual faltam formas de controle social informais, assumiu um papel de tábua de salvação, pau para toda obra, razão pela qual vem sendo instrumentalizado como solução para a defesa de interesses diversos, visando antes a ordenar e a satisfazer interesses da Administração, do que a impor a positividade de valores essenciais.

Urge, portanto, reafirmar o princípio da reserva do Código Penal, para se evitar a proliferação de leis mistas, que têm por objeto aspectos variados de determinada questão, sob aspectos civis, administrativos e também penais, com perda dos parâmetros próprios da tipificação penal.

De outra parte, sob a ótica da proporcionalidade e da ofensividade, cumpre fazer-se uma revisão da legislação penal extravagante, para adequá-la aos princípios fundantes de nossa Constituição.

### Referências

- COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. Desenvolvimento sustentável e proteção penal do meio ambiente no Mercosul. 2001. Dissertação de Mestrado em Direito - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001.
- CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. Direito penal ecológico. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- CUNHA, M. C. F. Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- CURY, Enrique. Orientación para El estudio de La teoria Del delito. Santiago: Ediciones Nueva Universidad, 1973.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios. Coimbra, 2006.
- DOTTI, R. A. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FIANDACA, Giovanni; ALBEGGIANI, Ferdinando Libri. Casi i questioni di diritto penale. Milão: Giuffrè, 1996.
- \_\_\_\_\_; MUSCO, Enzo. Diritto penale. 2.ed. Bolonha: Zannichelli.
- GARCIA GARCIA, Julian. Drogodependencias y justicia penal. Madrid: Ministério da Justiça, 1999.
- HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito ambiental. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v.22. São Paulo: Revista dos Tribunais. Abr./jun. 1998.
- JACKOBS, Gunther. Derecho penal Del enemigo. Cancio Meliá (Trad.). Madrid: Civitas, 2003.
- MARTINS COSTA, Judith. Os campos normativos da boa fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. Estudos de direito do consumidor. v.6. Coimbra, 2004.
- MASCARENHAS PRADO, Alessandra Rapassi. Proteção penal do meio-ambiente: fundamentos. São Paulo: Atlas, 2000.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela. Direito penal do ambiente: uma aproximação ao novo direito português. In: Revista de Direito Ambiental. ano 1. abr./jun. 1996.
- MUÑOZ CONDE, F. Teoria general Del delito. Temis, 1984.
- PASCOAL, Janaína C. Constituição, criminalização e direito penal mínimo. São Paulo: RT, 2003.
- PELARIM, Evandro. Bem jurídico-penal: um debate sobre a discriminação. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- PRADO, Luís Régis. Crimes contar o meio ambiente. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_, Miguel. Teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos crimes de perigo abstrato em face de Constituição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. Drogas e política criminal entre o direito penal do inimigo e o direito penal racional. In: REALE

JÚNIOR (Coord.). Drogas, aspectos penais e criminológicos. Coletânea. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TENREIRO, Mário Paulo. O regime comunitário da publicidade enganosa. In: Comunicação e defesa do consumidor. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, Instituto Jurídico da Comunicação, 1996.

# Congresso Nacional e tratados

## O regime constitucional de 1988

Francisco Rezek

### Sumário

I – O regime constitucional de 1988. 1. Constituição e acordos executivos: juízo de compatibilidade. 2. Procedimento parlamentar. II – O conflito entre tratado e norma de produção interna. 1. Prevalência dos tratados sobre o direito interno infraconstitucional. 2. Paridade entre o tratado e a lei nacional. 3. Situações particulares em direito brasileiro atual.

### *I – O regime constitucional de 1988*

A Constituição brasileira vigente diz ser da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, sendo que ao Presidente incumbe “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.<sup>1</sup>

A Carta não inova substancialmente por mencionar encargos, etc: não há compromisso internacional que não os imponha às partes, ainda que não pecuniários. Ela preserva, ademais, a redundância terminológica, evitando qualquer dúvida sobre o propósito abrangente do constituinte. Uma exegese constitucional inspirada na experiência norte-americana – e em quanto ali se promoveu a partir da compreensão restritiva do termo *treaties* –, se não de todo

<sup>1</sup> Constituição de 1988, art. 49-I e art. 84-VIII.

inglória no Brasil republicano anterior, tornou-se agora (ou mais exatamente desde o regime constitucional de 1967-1969) impensável. Concedendo-se, pois, que tenha Accioly abonado, a seu tempo, uma prática estabelecida *extra legem*, é provável que tal prática, na amplitude com que tenciona convalidar acordos internacionais desprovidos de toda forma de consentimento parlamentar, não se possa hoje defender senão *contra legem*.

Muitas vezes se viu tratar a prática dos acordos executivos como uma imperiosa necessidade estatal, a ser escorada, a todo preço, pela doutrina. Os argumentos metajurídicos que serviram de apoio a essa tese enfatizavam a velocidade com que se passam as coisas na política internacional contemporânea, diziam da importância das decisões rápidas, enalteciam o dinamismo e a vocação simplificadora dos governos, deplorando, por contraste, e, finalmente, a lentidão e a obstrutiva complexidade dos trabalhos parlamentares. Não se sabe o que mais repudiar nesse repetido discurso, se o que tem de frívolo ou o que tem de falso. O suposto ritmo trepidante do labor convencional, nas relações internacionais contemporâneas, seria fator idôneo à tentativa de inspirar o constituinte, nunca à pretensão de desafiá-lo. Por outro lado, é inexata e arbitraria a assertiva de que os parlamentos, em geral, quando vestidos de competência para resolver sobre tratados, tomem nisso maior tempo regular que aquele despendido pelos governos – também em geral – para formar suas próprias decisões definitivas a respeito, mesmo que não considerado o período de negociação, em que agentes destes – e não daqueles – já conviviam com a matéria em processo formativo. Toda pesquisa por amostragem permitirá, neste país, e não apenas nele, concluir que a demora eventual do Legislativo na aprovação de um tratado é companheira inseparável da indiferença do próprio Executivo em relação ao andamento do processo; e que o empenho real do

governo pela celeridade ou a importância da matéria tendem a conduzir o parlamento a prodígios de expediência.<sup>2</sup>

Juristas da consistência de Hildebrando Accioly e de João Hermes Pereira de Araújo não escoraram, naturalmente, seu pensamento em considerações do gênero acima referido. Nem se pode dizer que tenham tomado por arma, na defesa da prática dos acordos executivos, o entendimento restritivo da fórmula “tratados e convenções”, num exercício hermenêutico à americana. O grande argumento de que se valeram, na realidade, foi o do *costume constitucional*, que se teria desenvolvido, entre nós, temperando a fria letra da lei maior.

Parece, entretanto, que a gênese de normas constitucionais costumeiras, numa ordem jurídica encabeçada por constituição escrita – e não exatamente sumária ou concisa –, pressupõe o silêncio, ou no mínimo a ambigüidade do diploma fundamental. Assim, a Carta se omite de abordar o desfazimento, por denúncia, de compromissos internacionais, e de partilhar a propósito a competência dos poderes políticos. Permite pois que um costume constitucional preencha – com muita nitidez, desde 1926 – o espaço normativo vazio. Tal não é o caso no que tange à determinação do poder convencional, de cujo exercício a Carta, expressa e quase que insistentemente, não quer ver excluído o poder Legislativo. Não se pode compreender, portanto, e sob risco de fazer ruir toda a lógica jurídica, a formação idônea de um costume constitucional *contra a letra da Constituição*.

<sup>2</sup>O *Tratado de Itaipu* foi encaminhado ao Congresso por mensagem presidencial datada de 17 de maio de 1973. No dia 30 do mesmo mês, promulgava-se o Decreto Legislativo 23/73, aprovando-o. No Senado – cujo pronunciamento sucede sempre ao da Câmara – durou dois dias a tramitação da matéria. O Acordo nuclear Brasil-Alemanha também ilustra a assertiva do texto. A mensagem presidencial que o mandou ao Congresso é de 21 de agosto de 1975, e o inteiro processo se concluiria, com a promulgação do Decreto Legislativo 83/75, aprobatório do acordo, em 20 de outubro seguinte. Nesse caso, foi de vinte dias a permanência da matéria no Senado.



A própria realidade do elemento psicológico de qualquer costume é, no caso, muito discutível. Não há *opinio juris* em que, como no Itamaraty, a sombra da dúvida, que se projetava, em seu tempo, sobre o espírito de Raul Fernandes, marca ainda incômoda presença. Está claro que os acordos executivos, até hoje celebrados sob o pálio doutrinário de Accioly, expõem-se à luz plena do conhecimento: publica-os o Diário Oficial da União, e lêem-nos os membros do Congresso. Mas o silêncio usual não perfaz a *opinio juris*, além de se ver quebrado vez por outra.

Na edição de 25 de maio de 1972, à página 3, o jornal *O Estado de S. Paulo* estampou esta notícia:

“O voto de aplauso ao Chanceler Gibson Barbosa, sugerido pelo Deputado Marcelo Linhares à Comissão de Relações Exteriores da Câmara, pelo êxito brasileiro na assinatura do acordo de pesca com Trinidad-Tobago, foi sustado pela unanimidade dos membros daquele órgão técnico, sob a alegação ‘de desconhecimento oficial do texto aprovado’.

Lembraram os deputados Flávio Marcílio e Henrique Turner o texto constitucional, que dá competência exclusiva ao Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República, não importando que título tenham tais documentos.

Revelou Flávio Marcílio o interesse da Marinha em que os acordos de pesca fossem ratificados pelo Congresso Nacional, em contraposição à opinião dominante do Itamaraty, pelo não-envio deles ao Legislativo sob o argumento de que sua aprovação seria muito demorada.

Henrique Turner acentuou que, no caso do acordo de Roboré, o governo alegara que se tratava ‘apenas de notas reversais’, mas acabou remetendo

seu texto ao Congresso, para que se soubesse se era realmente um tratado ou realmente ‘notas reversais’.

O deputado paulista admitiu a hipótese de o Itamaraty não ter ainda encaminhado o acordo ao Congresso, talvez por não lhe interessar a divulgação antes de serem concluídos entendimentos idênticos com outros países, como ocorreu recentemente com os Estados Unidos.

De qualquer maneira, mesmo com essa tentativa de explicação, a Comissão decidiu, por unanimidade, sustar a votação do voto de aplauso e congratulação, proposto pelo Deputado Marcelo Linhares, até que o Ministério das Relações Exteriores forneça à Câmara os necessários esclarecimentos sobre a matéria”.<sup>3</sup>

#### 1. *Constituição e acordos executivos: juízo de compatibilidade*

Sobre a premissa de que um costume constitucional se pode desenvolver em afronta à literalidade da lei maior, os patrocinadores contemporâneos da prática do acordo executivo, no Brasil, prosseguem fiéis ao rol permissivo lavrado sob a vigência da Carta de 1946. Na lógica, na observação de outros modelos nacionais, na própria experiência local – não na Constituição –, pretendem encontrar base para sua lista de tratados consumáveis sem consulta ao Congresso. Não é de estranhar, assim, que a lista seja encabeçada justamente por seus dois tópicos indefensáveis – visto que, quanto a eles, nenhuma acomodação aos preceitos da lei fundamental se pode conceber. Trata-se dos acordos “sobre assuntos que sejam da competência privativa do poder Executivo”, e daqueles “concluídos por agentes que tenham competência para isso, sobre questões de interesse local ou de importância restrita”, que compõem as

<sup>3</sup> A notícia é confirmada pela Ata da 6a reunião ordinária da Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, realizada em 24 de maio de 1972.

alíneas *a* e *b* do rol de Accioly (BOLETIM..., 1948, p. 8).

Tão nebulosa é a segunda categoria – sobre a qual não se produziram fundamentos teóricos, senão exemplos avulsos – que melhor parece não discuti-la em abstrato, sobretudo à vista da probabilidade de que não constitua mais que extensão periférica da primeira. Esta, por seu turno, vem a ser uma versão da terceira categoria norte-americana de *executive agreements*, concebida em termos menos precisos que os do modelo. A adaptação, de todo modo, resulta impossível: no Brasil, os poderes constitucionais que revestem o Executivo são por este amplamente exercitáveis à luz singular da ordem jurídica nacional, mesmo no que tange ao relacionamento diplomático ordinário. Quando se cuide, porém, de legislar internacionalmente, de envolver no contexto outra soberania, assumindo perante esta compromissos regidos pelo Direito das Gentes, e apoiados na regra *pacta sunt servanda*, não há como agir à revelia da norma específica, que exige a combinação da vontade dos dois poderes políticos, independentemente da importância do tratado ou de qualquer outro elemento quantitativo.

Não é ocioso lembrar quanto se encontram já ampliados os poderes reais do Executivo, neste domínio, pela interposição dos entes parastatais dotados de personalidade jurídica de direito privado – e hábeis, assim, para contratar com seus congêneres no exterior, e mesmo com Estados estrangeiros, sob a autoridade política do governo, e sem controle parlamentar.

Por certo que a alegada competência privativa do governo não pretende confundir-se com o poder regulamentar, e buscar legitimidade nas leis votadas pelo Congresso. Se assim fosse, tampouco haveria lugar para acordos executivos no setor: lembrou Valladolid que seria insensato assumir compromissos externos em área normativa subordinada, por excelência, ao

próprio Congresso, que a todo tempo “poderia alterar a lei passível de regulamento”. Idêntico raciocínio proscreve a conclusão de acordos executivos naquele domínio em que a lei formal tenha autorizado o governo à ação administrativa discricionária – concessão de licenças de pesca ou pesquisa mineralógica, entre outros temas comuns –, porque a mutabilidade da lei seria incompatível com o vínculo assumido ante soberania estrangeira. O quadro é, na essência, diverso daquele em que o Congresso norte-americano, por lei, expressamente autoriza o governo a pactuar com nações estrangeiras sobre determinada matéria. Nesse caso, a estabilidade dos tratados resultará garantida pela própria lei, conscientemente elaborada para servir de base ao comprometimento exterior.

Mais grave parece o fenômeno da complacência perante os acordos executivos, em nações cuja ordem constitucional não os abona em princípio, quando se verifica que, a propósito, o padrão norte-americano, mal compreendido alhures, conduziu ou propende a conduzir a conclusões e a práticas alarmantes. Descrevendo o entendimento oficial dessa questão na Argentina, Juan Carlos Puig dá como pacífico que o que pode o governo, ali, resolver por decreto, é matéria idônea para fazer objeto de acordo executivo (PUIG, 1975, p. 149).

No Brasil, como noutras nações de regime republicano presidencialista, o poder Executivo repousa nas mãos do chefe de Estado, a quem o ministério serve como um corpo de auxiliares, na expressiva linguagem da lei fundamental.<sup>4</sup> Os poderes constitucionais privativos do governo são aqueles que a Carta vigente atribui no artigo 84 ao Presidente da República, como exercer a direção superior da administração federal, iniciar o pro-

<sup>4</sup> Constituição de 1988, art. 76 e art. 84, II.

cesso legislativo, ou vetar projetos de lei. É importante observar que a competência para celebrar “tratados, convenções e atos internacionais” se inscreve nessa mesma lista, só que acrescida do vital complemento “... sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Não há, dessarte, como fugir à norma específica, a pretexto de que o tema do ato internacional compromissivo pode inscrever-se noutra inciso da relação. Assim fosse e nos defrontaríamos com uma perspectiva convencional gigantesca, além de tangente de pontos os mais sensíveis do poder político. O Presidente da República, por sua singular autoridade constitucional, nomeia e destitui livremente os ministros de Estado, bem como exerce o comando supremo das Forças Armadas.<sup>5</sup> Ninguém, contudo, o estimará por isso autorizado a celebrar acordos executivos, por hipótese, com o Equador e com a Santa Sé, partilhando temporariamente aquele comando supremo, e condicionando a escolha e a dispensa de ministros ao parecer da Cúria Romana.

Apesar de tudo, o acordo executivo – se assim chamamos todo pacto internacional carente da aprovação individualizada do Congresso – é uma prática convalidável desde que, abandonada a idéia tortuosa dos *assuntos da competência privativa do governo*, busque-se encontrar na lei fundamental a sua sustentação jurídica.

Três entre as cinco categorias arroladas por Accioly são compatíveis com o preceito constitucional: os acordos “que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente”, os “que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento” e os de *modus vivendi*, “quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram, ou estabelecer

simples bases para negociações futuras” (BOLETIM..., 1948, p. 8). Os primeiros, bem assim estes últimos, inscrevem-se no domínio da diplomacia ordinária, que se pode apoiar em norma constitucional não menos específica que aquela referente à celebração de tratados. Os intermediários se devem reputar, sem qualquer acrobacia hermenêutica, cobertos por prévio assentimento do Congresso Nacional. Isso demanda, porém, explicações maiores.

*O acordo executivo como  
subproduto de tratado vigente*

Nesse caso a aprovação congressional, reclamada pela Carta, sofre no tempo um deslocamento antecipativo, sempre que, ao aprovar certo tratado, com todas as normas que nele se exprimem, abona o Congresso desde logo os acordos de especificação, de detalhamento, de suplementação, previstos no texto e deixados a cargo dos governos pactuantes.

Dir-se-á que o acordo executivo, subproduto evidente de acordo anterior aprovado pelo Congresso, escapa assim ao reclamo constitucional de uma análise do seu texto acabado, implícito na fórmula ad referendum. Ao contrário, porém, de toda exigência legal de condição *prévia* – que em princípio não se pode suprir com a respectiva satisfação *a posteriori* –, a exigência do referendo pode perfeitamente dar-se por suprida quando ocorre a antecipação do consentimento. Desnecessário lembrar que, nesse caso, a eventual exorbitância no uso do consentimento antecipado encontra remédio corretivo nos mais variados ramos do direito, e em todas as ordens jurídicas.

Nos exemplos seguintes observa-se, primeiro, a previsão convencional de acordos executivos e, em seguida, a conformação vinculada destes últimos.

a) No acordo Brasil-Marrocos sobre transportes aéreos regulares (Brasília,

<sup>5</sup> Constituição de 1988, art. 84, incisos I e XIII, respectivamente.

1975), aprovado pelo Decreto Legislativo 86/75:

“Art. VIII - 1. Cada Parte Contratante poderá promover consultas com as autoridades aeronáuticas da outra Parte para interpretação, aplicação ou modificação do Anexo ao presente Acordo ou se a outra Parte Contratante tiver usado da faculdade prevista no Artigo III.

2. Tais consultas deverão ser iniciadas dentro do prazo de 60 (sessenta) dias a contar da data da notificação do pedido respectivo.

3. Quando as referidas autoridades aeronáuticas das Partes Contratantes concordarem em modificar o Anexo ao presente Acordo, tais modificações entrarão em vigor depois de confirmadas por troca de notas, por via diplomática.”

No Acordo básico de cooperação técnica Brasil-Itália (Brasília, 1972), aprovado pelo Decreto Legislativo 31/73:

“Artigo I

4. (...) Os programas de cooperação serão executados em conformidade com os entendimentos técnicos que forem estabelecidos entre as autoridades qualificadas para tanto. Esses entendimentos passarão a ter força executiva na data em que forem confirmados por troca de notas, as quais passarão a constituir Ajustes Complementares ao presente Acordo.”

No Acordo Brasil-Colômbia sobre usos pacíficos da energia nuclear (Bogotá, 1981), submetido ao Congresso pela Mensagem 131/81 do Presidente da República:

“Art. 4. A fim de dar cumprimento à cooperação prevista neste Instrumento, os órgãos designados de conformidade com os termos do Artigo I, parágrafo 2, celebrarão Acordos Complementares de Execução, nos quais serão estabelecidas as condi-

ções e modalidades específicas de cooperação, incluindo a realização de reuniões técnicas mistas para estudo e avaliação de programas.”

b) No Ajuste complementar ao Acordo básico de cooperação técnica Brasil-R. F. da Alemanha, concluído por troca de notas, em 5 de maio de 1981:

“Senhor Embaixador,

Tenho a honra de acusar recebimento da nota (...) datada de hoje, cujo teor em português é o seguinte:

‘Senhor Ministro,

Com referência à nota (...) de 17 de abril de 1979, bem como em execução do Acordo Básico de Cooperação Técnica, de 30 de novembro de 1963, concluído entre os nossos dois Governos, tenho a honra de propor a Vossa Excelência, em nome do Governo da República Federal da Alemanha, o seguinte Ajuste sobre o desenvolvimento de processo bioquímico contra a ferrugem no cafeeiro.

(...)’ (H.J.S.).

(...)” (R.S.G.).

No Ajuste complementar ao Acordo de cooperação científica e tecnológica Argentina-Brasil, lavrado em instrumento único e vigente à data da assinatura (Brasília, 15 de agosto de 1980):

“O Governo da República Federativa do Brasil

e

O Governo da República Argentina Animados do desejo de desenvolver a cooperação científica e tecnológica, com base no Artigo II do Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica, firmado em Buenos Aires a 17 de maio de 1980, e

Reconhecendo a importância da cooperação no campo das comunicações para promover o desenvolvimento econômico e industrial,

Acordam o seguinte:

(...)” (R.S.G.) (O.C.).

A constitucionalidade do acordo executivo que, em razão do disposto em tratado antes aprovado pelo Congresso, aparece como subproduto daquele, não pode ser colocada em dúvida. Essa tese é, no mínimo, compatível com quanto preceitua o artigo 84 da Carta de 1988. Dessarte, serve o costume para convalidá-la.

O Congresso, ademais, tem perfeita ciência do assentimento prévio que confere a esses acordos antevistos na literalidade de um pacto submetido a seu exame. E se, porventura, não deseja no caso concreto abdicar do controle individualizado de todos os subprodutos ali enunciados, procede como quando aprovou o Acordo básico de cooperação Brasil-Líbia:

“Decreto Legislativo nº 23, de 1981.

Aprovo o texto do Acordo Básico de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a Jamairia Árabe Popular Socialista da Líbia, celebrado em Brasília, a 30 de junho de 1978.

Art. 1º Fica aprovado o texto do Acordo Básico de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a Jamairia Árabe Popular Socialista da Líbia, celebrado em Brasília, a 30 de junho de 1978.

Art. 2º Todas as emendas ou alterações introduzidas no texto referido no artigo anterior só se tornarão eficazes e obrigatórias para o País após a respectiva aprovação pelo Congresso Nacional.

Art. 3º Este decreto legislativo entrará em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, em 09 de junho de 1981.

*Senador Jarbas Passarinho*  
Presidente.”

*O acordo executivo como expressão de diplomacia ordinária*

Precedendo o inciso que se refere à celebração de “tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, o artigo 84 da Cons-

tituição encerra um inciso apartado que diz ser da competência privativa do Presidente da República “manter relações com os Estados estrangeiros”. Nesse dispositivo tem sede a titularidade, pelo governo, de toda a dinâmica das relações internacionais: incumbe-lhe estabelecer e romper, a seu critério, relações diplomáticas, decidir sobre o intercâmbio consular, sobre a política de maior aproximação ou reserva a ser desenvolvida ante determinado bloco, sobre a atuação de nossos representantes no seio das organizações internacionais, sobre a formulação, a aceitação e a recusa de convites para entendimentos bilaterais ou multilaterais tendentes à preparação de tratados. Enquanto não se cuide de incorporar ao direito interno um texto produzido mediante acordo com potências estrangeiras, a auto-suficiência do poder Executivo é praticamente absoluta.<sup>6</sup>

Também no referido inciso – cuja autonomia em relação ao referente a tratados merece destaque – parece repousar a autoridade do governo para a conclusão de compromissos internacionais terminantemente circunscritos na rotina diplomática, no relacionamento ordinário com as nações

<sup>6</sup> Temperam-na, não obstante, os fatores seguintes:

a) A declaração de guerra e a celebração da paz, promovidas pelo Presidente da República, têm sua validade condicionada ao endosso ulterior do Congresso, quando este não haja manifestado antecipadamente sua aquiescência.

b) Na escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente, depende o Presidente da aprovação prévia do Senado Federal, por voto secreto.

c) Como todo ministro de Estado, encontra-se o chanceler obrigado a comparecer perante a Câmara dos Deputados, o Senado, ou qualquer de suas comissões, desde que convocado por uma ou outra casa para prestar, pessoalmente, informações acerca de assunto determinado. A convocação dirá respeito, presumivelmente, a tema afeto às relações exteriores. Pode transparecer em tal ensejo a desaprovação do Congresso à política exterior do governo. Nada, porém, mais que isso. Num sistema presidencialista, as convicções do Congresso não vinculam o Executivo. Diversamente do que sucede nos regimes parlamentares, não depende entre nós o governo, ou cada um de seus integrantes em particular, da confiança do Legislativo.

estrangeiras. Não seria despropositado, mas por demais rigoroso, sustentar que a opção pelo procedimento convencional desloca o governo de sob o pálio desse inciso lançando-o no domínio da regra seguinte, e obrigando-o à consulta parlamentar. Dir-se-ia então que, livre para decidir unilateralmente sobre qual a melhor interpretação de certo dispositivo ambíguo de um tratado em vigor, ou sobre como mandar proceder em zona de fronteira enquanto não terminam as negociações demarcatórias da linha limítrofe em causa, ou sobre a cumulatividade de nossa representação diplomática em duas nações distantes, ou ainda sobre quantos escritórios consulares poderão ser abertos no Brasil por tal país amigo, o governo decairia dessa discricção, passando a depender do abono congressional, quando entendesse de regular qualquer daqueles temas mediante acordo com Estado estrangeiro. O rigor não elide a razoabilidade dessa tese, que não é, contudo, a melhor. Acordos como o *modus vivendi* e o *pactum de contrahendo* nada mais são, em regra, que exercício diplomático preparatório de outro acordo, este sim substantivo, e destinado à análise do Congresso. Acordos interpretativos, a seu turno, não representam outra coisa que o desempenho do dever diplomático de entender adequadamente – para melhor aplicar – um tratado concluído mediante endosso do parlamento.

Deve-se haver, entretanto, como pedra de toque na identificação dos acordos executivos inerentes à diplomacia ordinária, e por isso legítimáveis à luz do inciso VII do artigo 84 da lei fundamental, o escrutínio de dois caracteres indispensáveis: a *reversibilidade* e a *preexistência de cobertura orçamentária*.

Esses acordos devem ser, com efeito, desconstituíveis por vontade unilateral, expressa em comunicação à outra parte, sem delongas – ao contrário do que seria normal em caso de denúncia. De outro modo – ou seja, se a retratação unilateral

não fosse hábil a operar prontamente –, o acordo escaparia às limitações que o conceito de rotina diplomática importa. Por igual motivo, deve a execução desses acordos depender unicamente dos recursos orçamentários *alocados às relações exteriores*, e nunca de outros.

São muitos os exemplos de acordos executivos celebrados pelo governo brasileiro – na pessoa do ministro das Relações Exteriores ou de chefe de missão diplomática, nas mais das vezes –, e caracterizáveis como expressão da atividade diplomática ordinária, coberta por inciso autônomo do artigo 84 da Constituição em vigor. Alguns deles:

Acordo Brasil-Uruguai sobre turismo, concluído por troca de notas, em Brasília, em 11 de setembro de 1980:

“Senhor Ministro,

Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência com relação ao intercâmbio turístico entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai, cujo volume experimentou um crescimento constante nos últimos anos.

2. Esta circunstância requer uma permanente adequação das normas aplicáveis para facilitar e promover o normal desenvolvimento do turismo recíproco.

3. Contudo, as normas que regulam a referida atividade, ou que de alguma maneira sobre ela incidem, referem-se atualmente a temas específicos e conexos, como migrações, transportes, alfândega e outros, cuja harmonia normativa é necessário lograr para estimular as correntes turísticas entre nossos países.

4. Para tal fim, e com o objetivo de harmonizar no maior grau possível as disposições que regulam o desenvolvimento do intercâmbio turístico brasileiro-uruguaio e de consubstanciar num instrumento jurídico a aspiração que nos é comum, é neces-

sário concertar a adoção de medidas adequadas para lograr um acordo de caráter integral sobre facilitação do turismo.

5. Para tanto, o Governo brasileiro concorda com o de Vossa Excelência em celebrar o referido acordo, o qual seria concluído como resultado do seguinte procedimento prévio:

1. Criar uma Comissão *ad hoc* que terá a seu cargo os estudos prévios correspondentes e a redação de um projeto de convênio para a facilitação do turismo entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai.

2. A Comissão será integrada por funcionários designados por cada uma das Partes.

3. A Comissão deverá finalizar os estudos prévios e redigir o pertinente projeto de acordo antes do dia 1º de janeiro de 1981.

6. A presente Nota e a de Vossa Excelência de mesma data e idêntico teor constituem um acordo entre nossos Governos, o qual entrará em vigor a partir do dia de hoje.

(...)” (R.S.G.).<sup>7</sup>

Acordo Argentina-Brasil sobre transportes marítimos, concluído por troca de notas, em Brasília, em 18 de junho de 1981:

“Senhor Encarregado de Negócios, Tenho a honra de acusar recebimento da nota nº 192, de 18 de junho de 1981, relativa às negociações de novo Convênio sobre Transporte Marítimo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina, cujo teor em português é o seguinte:

‘Senhor Ministro,

Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência, com referência ao Acordo, por troca de notas, celebrado nesta

cidade no dia 20 de agosto último, mediante o qual nossos Governos criaram uma Comissão Especial encarregada de preparar texto de um projeto de convênio sobre transporte marítimo, que consolide e atualize as disposições que regulam o citado transporte.

Sobre o assunto, tendo em vista que a citada Comissão Especial deve finalizar seu trabalho antes do dia 18 de junho de 1981, e que, não obstante haver avançado significativamente na tarefa que lhe foi cometida, restam a precisar certos aspectos do Convênio, tenho a honra de manifestar a concordância do Governo da República Argentina com o de Vossa Excelência, em estender por 180 dias adicionais, a partir desta data, o prazo fixado para a conclusão das tarefas da Comissão Especial.

A presente nota e a de resposta de Vossa Excelência, de mesma data e igual teor, constituirão um acordo entre ambos os Governos, que entrará em vigor no dia de hoje.

(...)” (R.A.R.).

2. Em resposta, comunico a Vossa Senhoria que o Governo brasileiro concorda com a proposta de prorrogação de prazo contida na nota, a qual, com a presente, constitui acordo entre os dois Governos, a entrar em vigor na data de hoje.

(...)” (R.S.G.).<sup>8</sup>

Acordo Brasil-Malásia sobre estabelecimento de escritório comercial, concluído por troca de notas, em Brasília, em 15 de outubro de 1981:

“Senhor Embaixador,

Tenho a honra de levar ao conhecimento de Vossa Excelência que o Governo brasileiro concorda em que seja mantido na cidade de São Paulo um escritório da Federação da Malá-

<sup>7</sup> Diário Oficial de 4.11.80, S. I, p. 21.986.

<sup>8</sup> Diário Oficial de 24.07.81, S. I, p. 13.962.

sia para fins comerciais, nas seguintes condições:

a) o escritório, designado como Escritório Comercial da Federação da Malásia, constituirá uma seção dos serviços comerciais da Embaixada da Malásia no Brasil;

b) o Escritório Comercial terá exclusiva função de fomentar o intercâmbio comercial entre o Brasil e a Federação da Malásia e promover os interesses comerciais desta última no Brasil, não podendo, entretanto, praticar atos de comércio;

c) as instalações do Escritório Comercial, bem como sua correspondência, gozarão do privilégio de inviolabilidade;

d) os funcionários de nacionalidade malásia que vierem a servir no Escritório Comercial em São Paulo serão considerados um acréscimo ao número total dos funcionários da Embaixada da Federação da Malásia no Brasil;

(...)

2. Fica assegurada pelo Governo da Federação da Malásia reciprocidade de tratamento ao Governo brasileiro caso este venha a solicitar o estabelecimento de Escritório da mesma natureza na Federação da Malásia.

3. A presente nota e a respectiva resposta de Vossa Excelência, de igual teor, constituirão um Acordo sobre a matéria entre os Governos do Brasil e da Federação da Malásia, o qual entrará em vigor na data de recebimento da nota de resposta.

(...)” (R.S.G.).<sup>9</sup>

Acordo Argentina-Brasil sobre identificação de limites, concluído por troca de notas, em Buenos Aires, em 16 de setembro de 1982:

“Senhor Ministro,

Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência para referir-me à conve-

niência de melhorar a identificação do limite de nossos países, no trecho do rio Uruguai, que compreende os grupos de ilhas Chafariz (argentinas) e Buricá ou Mburicá (brasileiras), tendo em conta que as citadas ilhas, por sua situação geográfica, podem suscitar dúvidas nos habitantes da zona, com respeito à jurisdição sobre as mesmas.

2. As ilhas citadas foram incorporadas definitivamente ao domínio territorial de cada um dos dois países, de conformidade com o Tratado de 6 de outubro de 1898, pelos ‘Artigos Declaratórios da Demarcação de Fronteiras entre a República Argentina e os Estados Unidos do Brasil’, assinados no Rio de Janeiro, em 4 de outubro de 1910.

3. A respeito do assunto, é-me grato levar ao seu conhecimento que o Governo brasileiro concorda com o de Vossa Excelência em atribuir à Comissão Mista de Inspeção dos Marcos da Fronteira Brasil-Argentina, constituída por troca de notas de 11 de maio e 17 de junho de 1970, as faculdades para a construção dos marcos que considere convenientes nos grupos de ilhas Chafariz (argentinas) e Buricá ou Mburicá (brasileiras).

4. A presente nota e a de Vossa Excelência, da mesma data e idêntico teor, constituem um acordo entre nossos Governos, que entra em vigor nesta data.

(...)” (C.S.D.G.R.).<sup>10</sup>

Ficou visto que não se enquadra na ação diplomática ordinária, não podendo, assim, celebrar-se executivamente, o acordo que envolva ônus apartado dos recursos do orçamento para as relações exteriores. A aprovação do Congresso é neste caso indispensável.

O Protocolo preliminar Bolívia-Brasil sobre navegação fluvial do Amazonas, firmado em La Paz, em

<sup>9</sup> Diário Oficial de 28.10.81, S. I, p. 20.515.

<sup>10</sup> Diário Oficial de 19.10.82, S. I, p. 19.809.



29 de março de 1958, com que se pôs a funcionar certa comissão mista para estudos e sugestões, teria sido celebrável pela autoridade dos dois governos, não importasse despesas de algum vulto na época. Como consequência disso, foi submetido ao Congresso, que o aprovou pelo Decreto Legislativo 4/61.

O Acordo Brasil-FAO sobre estabelecimento de escritório da organização em Brasília (Roma, 1979) não difere, em natureza, daquele acordo Brasil-Malásia citado no item precedente, e consumado pelos dois governos. Aqui, porém, a necessidade do abono do Congresso – que o aprovou pelo Decreto Legislativo 122/80 – explica-se à leitura do artigo IV:

“O Governo, através do Ministério da Agricultura, prestará assistência ao estabelecimento e efetivo funcionamento do Escritório do Representante da FAO no Brasil, emprestando à FAO instalações, móveis, material de escritório e demais acessórios, bem como um aparelho de telex e telefones, e deverá também proporcionar pessoal de apoio técnico e administrativo e serviços de limpeza e manutenção para as instalações acima mencionadas. As despesas decorrentes do uso diário dos aparelhos de telex e telefones e quaisquer outras que a FAO considerar necessárias ao bom funcionamento do Escritório correrão inteiramente à conta da FAO. A contribuição governamental está especificada no Anexo ao presente Acordo.”<sup>11</sup>

Um raciocínio análogo talvez explique, a esta altura, a razão por que tradicionalmente se apontam como independentes de aprovação parlamentar os *acordos de trégua* e *assemelhados*, que se concluem, dentro do estado de guerra, entre chefes militares – agentes do poder Executivo das respectivas partes.

<sup>11</sup> Diário Oficial de 15.05.81, S. I, p. 8.842.

Mais que o argumento pragmático, tocante às circunstâncias prementes em que se ajustam esses pactos, vale a consideração de que presenciamos, nesse quadro, o exercício de uma diplomacia de guerra; ou a manutenção de relações – no caso especialíssimas, por óbvio – com Estados estrangeiros, dentro de um clima de guerra. A trégua, o cessar fogo, o acordo para preservação de certas áreas, ou para troca de prisioneiros, e outras tratativas a cargo de comandos militares – quase todas previstas nas grandes convenções de Haia e de Genebra – configuram à evidência o resultado de uma peculiar diplomacia ordinária; e, tais como os acordos desta resultantes em tempo de paz, ostentam as características do não-comprometimento de recursos indisponíveis e da reversibilidade. Mal há lugar para que se efetive esta última, tão imediata a execução ou tão breve a duração de muitos dos acordos da cena de guerra.

Não se confundam esses acordos com a celebração da paz. Esta é de tal modo valorizada pela Constituição brasileira que, para o simples ato de *fazê-la* – e independentemente, assim, da confirmação de um tratado de paz – depende o Presidente da República de aprovação ou do referendo do Congresso.<sup>12</sup>

## 2. Procedimento parlamentar

Quando o tratado tenha podido consumir-se executivamente, por troca de notas ou pela assinatura do instrumento único, publica-o o Diário Oficial no título correspondente ao Ministério das Relações Exteriores. Em caso algum esses acordos pretendem produzir efeito sobre particulares, mas, por imperativo do direito público brasileiro, a divulgação ofi-

<sup>12</sup> Constituição de 1988, art. 84, XX. Na vigência da carta de 1946, era necessária, em todos os casos, a aprovação prévia do Congresso para a feitura da paz – assim entendida, juridicamente, a terminação do estado de guerra. V., a respeito, o parecer de 26 de julho de 1951, de Levi Carneiro, consultor jurídico do Itamaraty (Pareceres, IV, pp. 516-518).

cial se impõe para que a própria ação de funcionários públicos da área, no sentido de dar cumprimento ao avençado, seja legítima. Importa agora informar sobre o procedimento que circunda, no Brasil, a apreciação do tratado pelo Congresso Nacional.

Concluída a negociação de um tratado, é certo que o Presidente da República – que, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, poderia não tê-la jamais iniciado, ou dela não ter feito parte, se coletiva, ou haver ainda, em qualquer caso, interrompido a participação negocial brasileira – está livre para dar curso, ou não, ao processo determinante do consentimento. Ressalvada a situação própria das convenções internacionais do trabalho,<sup>13</sup> ou alguma inusual obrigação imposta pelo próprio tratado em causa, tanto pode o chefe do governo mandar arquivar, desde logo, o produto a seu ver insatisfatório de uma negociação bilateral ou coletiva, quanto determinar estudos mais aprofundados na área do Executivo, a todo momento; e submeter, quando melhor lhe pareça, o texto à aprovação do Congresso. Tudo quanto não pode o Presidente da República é manifestar o consentimento definitivo, em relação ao tratado, sem o abono do Congresso Nacional. Esse abono, porém, não o *obriga* à ratificação.<sup>14</sup> Isso significa,

<sup>13</sup> Sobre as convenções internacionais do trabalho e a razão pela qual é menor, nesse terreno, a liberdade do governo, v. Rezek, J.F., *Direito dos Tratados*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 164-168.

<sup>14</sup> Parecer de Hildebrando Accioly, consultor jurídico do Itamaraty, sob a vigência da Constituição de 1946 (8 BSBDI (1948), pp. 164-166):

“Aprovado um tratado pelo Congresso Nacional, pode o Poder Executivo adiar a sua ratificação ou deixar de o ratificar? A questão tem dois aspectos: o internacional e o interno (ou constitucional).

1) Sob o primeiro, é princípio corrente, já consignado até em convenção internacional (art. 7º da Convenção de Havana, de 1928), que a ratificação de um tratado pode ser livremente recusada por qualquer de suas partes contratantes. Realmente, ou se considere a ratificação como a confirmação explícita, dada pela autoridade competente do Estado, do ato assinado por seu representante, ou se considere, como quer

noutras palavras, que a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, repousa sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos. A vontade individualizada de cada um deles é *necessária*, porém não *suficiente*.

A perspectiva aberta ao chefe do governo, de não ratificar o tratado aprovado pelo Congresso, torna lógica a simultanei-

Anzilotti, como a verdadeira declaração da vontade de estipular – é sabido que ela não constitui mera formalidade, sem importância, e que cada parte contratante tem a plena liberdade de a dar ou de a recusar. A assinatura ou acordo dos plenipotenciários é apenas – conforme escrevi em meu *Tratado de Direito Internacional Público* – um primeiro ato, após o qual os órgãos competentes do Estado vão apreciar a importância e os efeitos ou conseqüências do tratado. Essa apreciação, entre nós, cabe em parte ao Poder Legislativo, mas não pode deixar de caber igualmente ao Poder Executivo ou, antes, ao Presidente da República, que é o órgão ao qual incumbe a representação do Estado e aquele a quem compete manter as relações do país com os Estados estrangeiros. Dessa apreciação, pode resultar a confirmação ou a rejeição do tratado. Internacionalmente, a primeira hipótese é representada pela ratificação, expressa pelo Presidente da República. Pouco importa para a outra ou as outras partes contratantes que um dos órgãos do Estado (no caso, o Poder Legislativo) já tenha dado sua aquiescência ao tratado. O que vale é que o Poder representativo do Estado, ou seja, o Executivo, o ratifique. Assim, a potência ou potências estrangeiras não têm propriamente que indagar se já se verificou ou não a aprovação do ato pelo Congresso Nacional: o que lhe ou lhes importa é a ratificação pelo Chefe do Estado.

2) Do ponto de vista constitucional, não vejo onde exista a obrigação de o Poder Executivo ratificar um tratado, como conseqüência necessária da aprovação do mesmo pelo Congresso Nacional. É verdade que a Constituição Federal, em seu art. 66, nº 1, declara ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República. Parece-me, porém, que essa estipulação deve ser entendida no sentido de que o tratado – celebrado como deve ser, pelo Presidente da República (por meio de delegado seu) – não está completo, não pode ser definitivo, sem a aprovação do Congresso Nacional. Aquela expressão significa, pois, que o tratado celebrado pelo Poder Executivo não pode ser confirmado ou entrar em vigor sem a aprovação do Congresso Nacional; mas não querará dizer que essa aprovação obrigue o Presidente da República a confirmar o tratado. E não querará dizer isso, não só porque seria, então, desnecessária a ratificação, mas também porque o órgão das relações exteriores

dade eventual do exame parlamentar e do prosseguimento de estudos no interior do governo. Ilustram essa hipótese as primeiras linhas de um parecer de Levi Carneiro (1951, p. 505-509), consultor jurídico do Itamaraty, com data de 9 de junho de 1951:

do Estado, aquele a quem compete privativamente manter relações com Estados estrangeiros, é o Presidente da República – que, por isso mesmo, se acha mais habilitado, do que o Congresso, a saber se as circunstâncias aconselham ou não o uso da faculdade da ratificação. Por outro lado, essa interpretação lógica é confirmada implicitamente por outra disposição da Constituição Federal. De fato, determina esta, em seu art. 37, no VII, que ao Presidente da República compete privativamente celebrar tratados e convenções internacionais ad referendum do Congresso Nacional; donde se deve concluir que o papel do Congresso, no caso, é apenas o de aprovar ou rejeitar o ato internacional em apreço – isto é, autorizar ou não a sua ratificação, ou seja, resolver definitivamente sobre o dito ato. Assim, o Presidente da República assina o tratado, por delegado seu, mediante uma condição: a de submeter ao Congresso Nacional o texto assinado. Depois do exame pelo Congresso, estará o Presidente habilitado, ou não, a confirmar ou ratificar o ato em causa. A rejeição pelo Congresso impede a ratificação; a aprovação permite-a, mas não a torna obrigatória.

.....  
Green Hackworth, em seu recente Digest of International Law (vol. V, p. 54), menciona um caso bem expressivo dessa interpretação, assinalando o seguinte fato, relativo à convenção internacional da hora (International Time Convention), de 1913. O Senado aprovou-a, o Presidente chegou a ratificá-la, o respectivo instrumento de ratificação foi enviado à Embaixada americana em Paris, para depósito, mas, depois, por decisão do próprio Governo americano, foi dali devolvido a Washington, sendo anulado. O consultor do Departamento de Estado, a quem fora submetida a questão de saber se o Poder Executivo podia anular uma ratificação, independentemente de qualquer ação do Senado ou Congresso, opinara em sentido favorável. É de se notar que, no caso, não se tratava de deixar de ratificar um ato aprovado pelo Senado, mas de anular uma ratificação já dada e ainda não depositada. Na verdade, poucas vezes sucederão hipóteses como essa ou como a que vim encarando; porque, em geral, o governo que assina um ato internacional e o submete ao poder competente, para sobre ele opinar, deseja que o mesmo seja posto em vigor. Assim, logo que obtém a aprovação ou o parecer favorável, trata de ratificar o ato em apreço. Nada impede, porém, que circunstâncias supervenientes mostrem a necessidade, às vezes imperiosa, de sustar, por certo tempo ou, até, indefinidamente, a ratificação do ato já aprovado pelo Congresso ou, como sucede nos Estados Unidos, pelo Senado.”

“Tendo-se verificado que a convenção sobre privilégios e imunidades das agências especializadas das Nações Unidas, aprovada na Assembléia-Geral de 21 de novembro de 1947, não foi oportunamente submetida à minha apreciação, como havia sido determinado e se afirmou (até acentuando-se a demora do meu parecer) – veio-me agora às mãos, para o mesmo fim, o referido convênio.

No entanto, esse convênio já se acha, ao que fui informado, em exame no Congresso Nacional – e, anteriormente, tivera, provavelmente, a coparticipação e a assinatura do representante do Brasil. Em tais condições, torna-se agora difícil fazer acolher alguma modificação conveniente.

Ainda assim, não me posso furtar à satisfação do pedido que tenho presente.

(...)”.

A remessa de todo tratado ao Congresso Nacional, para que o examine e, se assim julgar conveniente, aprove, faz-se por *mensagem* do Presidente da República, acompanhada do inteiro teor do projetado compromisso, e da exposição de motivos que a ele, Presidente, terá endereçado o ministro das Relações Exteriores.<sup>15</sup> Essa mensagem é capeada por um aviso do Ministro Chefe do Gabinete Civil ao Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados – visto que, tal como nos projetos de lei de iniciativa do governo, ali, e não no Senado, tem curso inicial o procedimento relativo aos tratados internacionais.

Os papéis abaixo transcritos dão idéia da integralidade do que tem entrada no Congresso Nacional.

“Em 19 de abril de 1982.

Excelentíssimo Senhor Primeiro Secretário:

Tenho a honra de encaminhar a essa Secretaria a Mensagem do Excelentís-

<sup>15</sup> Ocasionalmente, em razão da matéria, firmam a exposição de motivos outros ministros de Estado além do titular das Relações Exteriores.

simo Senhor Presidente da República, acompanhada de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, relativa ao texto do Tratado de Amizade e Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Equador, concluído em Brasília a 09 de fevereiro de 1982.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência protestos de elevada estima e consideração.” (J.L.A. – Ministro Chefe do Gabinete Civil)

“Mensagem nº 150

Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional:

Em conformidade com o disposto no artigo 44, inciso I, da Constituição Federal, tenho a honra de submeter à elevada consideração de Vossas Excelências, acompanhado de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, o texto do Tratado de Amizade e Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Equador, concluído em Brasília a 09 de fevereiro de 1982.

Brasília, em 19 de abril de 1982.”

(J.F.)

“Senhor Presidente,

Tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência o anexo Tratado de Amizade e Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Equador, assinado em Brasília, no dia 9 de fevereiro passado, por ocasião da visita ao Brasil do Presidente Osvaldo Hurtado Larrea.

2. Trata-se de documento que, pela flexibilidade e característica de acordo-quadro, visa a sistematizar a ampla área das relações entre os dois países, além de estabelecer diretrizes básicas de cooperação e prever a institucionalização, por instrumentos

complementares, de mecanismos próprios para a consecução dos objetivos nele fixados.

3. O referido Tratado estabelece, em seu Artigo II, a criação de uma Comissão de Coordenação Brasileiro-Equatoriana, que terá por finalidade fortalecer a cooperação entre os dois países, analisar e acompanhar o desenvolvimento de assuntos de interesse mútuo relativos à política bilateral, regional ou multilateral, e igualmente propor aos dois Governos as medidas que julgue pertinentes, sobretudo nos seguintes campos:

(...)

4. Tendo presente a crescente importância do papel que a Amazônia deve desempenhar como elemento de união entre os países que integram e como ponto focal de um vasto processo de cooperação, sob a égide do Tratado de Cooperação Amazônica, o Tratado de Amizade e Cooperação consigna a decisão das Partes Contratantes de outorgar a mais alta prioridade à execução dos diversos projetos acima relacionados. Constituindo-se, dessa forma, em marco significativo nas relações Brasil-Ecuador, o referido ato internacional proporcionará elementos para que a cooperação mútua se desenvolva e fortifique de forma harmônica e sistemática, dentro de entendimento e boa vizinhança, em benefício do estreitamento dos laços que unem os dois países.

5. À vista do exposto, Senhor Presidente, creio que o Tratado de Amizade e Cooperação em apreço mereceria ser submetido à aprovação do Congresso Nacional, nos termos do artigo 44, inciso I, da Constituição Federal. Caso Vossa Excelência concorde com o que precede, permito-me submeter à alta consideração o anexo projeto de Mensagem ao Poder Legislativo,

acompanhado do texto do Tratado em apreço.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência, Senhor Presidente, os protestos do meu mais profundo respeito." (R.S.G.)

(Segue-se o texto integral do tratado)

A matéria é discutida e votada separadamente, primeiro na Câmara depois no Senado. A aprovação do Congresso implica, nesse contexto, a aprovação de uma e outra das suas duas casas. Isso vale dizer que a eventual desaprovação no âmbito da Câmara dos Deputados põe termo ao processo, não havendo por que levar a questão ao Senado em tais circunstâncias.

Tanto a Câmara quanto o Senado possuem comissões especializadas *ratione materiae*, cujos estudos e pareceres precedem a votação em plenário. O exame do tratado internacional costuma envolver, numa e noutra casa, pelo menos duas das respectivas comissões: a de Relações Exteriores e a de Constituição e Justiça. O tema convencional determinará, em cada caso, o parecer de comissões outras, como as de Finanças, Economia, Indústria e Comércio, Segurança Nacional, Minas e Energia. A votação em plenário requer o *quorum* comum de presenças – a maioria absoluta do número total de deputados, ou de senadores –, devendo manifestar-se em favor do tratado a maioria absoluta dos presentes. O sistema difere, pois, do norte-americano, em que apenas o Senado deve aprovar tratados internacionais, exigindo-se naquela casa o *quorum* comum de presenças, mas sendo necessário que dois terços dos presentes profiram voto afirmativo.<sup>16</sup> Os regimentos internos da Câmara e do Senado se referem, em normas diversas, à tramitação interior dos compromissos internacionais, disciplinando seu trânsito pelo Congresso Nacional.

<sup>16</sup> Essa maioria qualificada foi o que não conseguiu obter no Senado, em 1919, o Presidente Woodrow Wilson, em relação ao Pacto da Sociedade das Nações

O êxito na Câmara e, em seguida, no Senado significa que o compromisso foi aprovado pelo Congresso Nacional. Incumbe formalizar essa decisão do parlamento, e sua forma, no Brasil contemporâneo, é a de um *decreto legislativo*, promulgado pelo presidente do Senado Federal, que o faz publicar no Diário Oficial da União.

Alguns comentários tópicos, neste ponto, parecem úteis.

a) O uso do *decreto legislativo* como instrumento de aprovação congressional dos tratados é de melhor técnica que o uso da lei formal, qual se pratica na França<sup>17</sup> e já se praticou, outrora, no Brasil.<sup>18</sup> Não faz sentido que esse ato aprobatório, espelhando com absoluta pureza a posição do Congresso, comporte sanção do Presidente da República – e abra, conseqüentemente, a insólita possibilidade do veto.

b) Nos períodos da história do Brasil em que, desativado o Congresso, assumiu o Executivo seus poderes, teria sido lógico que o chefe de Estado simplesmente prescindisse de qualquer substituto formal do decreto legislativo de aprovação. Os juristas da época assim não entenderam. No Estado Novo desconstruíram-se, ademais, quanto ao diploma executivo preferível: alguns tratados foram aprovados por decreto simples,<sup>19</sup> outros por decreto-lei.<sup>20</sup> Esta última foi

<sup>17</sup> E também, ao que informam os textos, na Argentina, no Chile, na Colômbia e na Venezuela. No México adota-se a forma da resolução do Senado.

<sup>18</sup> V. em José Manoel Cardoso de Oliveira, *Atos Diplomáticos do Brasil*, Rio de Janeiro, *Jornal do Comércio*, 1912, vol. II, p. 48, a referência ao Tratado brasileiro-peruano de 1874, sobre permuta territorial, e alguns exemplos de aprovação de tratados na vigência da Constituição de 1891.

<sup>19</sup> Tratado de extradição Brasil-Venezuela, de 1938 (Col. MRE nº 160), aprovado pelo Decreto 4.868, de 9.11.39.

<sup>20</sup> Tratado de extradição Brasil-Colômbia, de 1938 (Col. MRE nº 168), aprovado pelo Decreto-Lei 1.994, de 31.01.40; Acordo sul-americano de radiocomunicações, de 1935 (Col. MRE nº 217), aprovado pelo Decreto-Lei 687, de 14.09.38.

também a forma adotada pela junta governativa no recesso parlamentar compulsório de 1969.<sup>21</sup> Em todos esses casos, observou-se um curioso processo de determinação da vontade nacional: o Executivo negociava e firmava o compromisso. Analisava-o depois e, se disposto a ir adiante, editava o decreto ou decreto-lei aprobatório. Em seguida, munido de sua própria aprovação, ratificava o tratado...

c) A aprovação pode ter como objeto qualquer espécie de tratado, sem exclusão do que se tenha concluído por *troca de notas*,<sup>22</sup> sendo numerosos os decretos legislativos que já se promulgaram para abonar compromissos vestidos dessa roupagem.<sup>23</sup>

d) O decreto legislativo exprime unicamente a aprovação. Não se promulga esse diploma quando o Congresso rejeita o tratado, caso em que cabe apenas a comunicação, mediante mensagem, ao Presidente da República. Exemplos de desaprovação repontam com extrema raridade na história constitucional do Brasil, e entre eles destaca-se o episódio do tratado argentino-brasileiro de 25 de janeiro de 1890, sobre a fronteira das Missões, rejeitado pelo plenário do Congresso em 18 de agosto de 1891, por 142 votos contra cinco.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Acordo geral de cooperação Brasil-R. F. da Alemanha, de 1969 (Col. MRE nº 644), aprovado pelo Decreto-Lei 681, de 15.07.69; Tratado da Bacia do Prata, de 1969 (Col. MRE nº 633), aprovado pelo Decreto-Lei 682, de 15.07.69; Atos (diversos) do XV Congresso da UPU, de 1964, aprovados pelo Decreto-Lei 544, de 18.04.69.

<sup>22</sup> O ritual muda, preservado o princípio, se o compromisso, nesse caso, já se encontrava em vigor quando da submissão ao Congresso.

<sup>23</sup> Decreto Legislativo 5/51; v. também a Mensagem 532/80 do Presidente ao Congresso; e comentário de Levi Carneiro, em 1949 (Pareceres, IV, pp. 318-322) e 1950 (Pareceres, IV, pp. 401-414).

<sup>24</sup> Nesse caso o próprio governo, e pela voz de Quintino Bocaiuva – que conduzira as negociações com o chanceler argentino Zeballos – recomendou a seus partidários no Congresso a desaprovação do Tratado (v. José Maria Bello, História da República;

e) Um único decreto legislativo pode aprovar dois ou mais tratados.<sup>25</sup> Todavia, novo decreto legislativo deve aprovar tratado que antes, sob essa mesma forma, haja merecido o abono do Congresso, mas que, depois da ratificação, tenha sido um dia *denunciado* pelo governo<sup>26</sup>. Extinta a obrigação internacional pela denúncia, cogita-se agora de assumir novo pacto, embora de igual teor, e nada justifica a idéia de que o governo possa fazê-lo por si mesmo.

f) A forma integral de um Decreto Legislativo que aprove, simplesmente, o tratado internacional é a seguinte:

“Decreto Legislativo nº 25 – de 28 de maio de 1979

*Aprova o texto do Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica entre o Governo da República Federativa*

São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1964, pp. 73-75). Para outro caso de rejeição, ocorrido em 1949, e atinente a um pacto bilateral com a Tchecoslováquia, v. o comentário de Levi Carneiro em Pareceres, IV, p. 410.

<sup>25</sup> Decreto Legislativo 91, de 1972:

“Art. 1º É aprovado o texto do Tratado sobre Vinculação Rodoviária, assinado em Corumbá, a 4 de abril de 1972, e o do Protocolo Adicional ao Tratado sobre Vinculação Rodoviária, firmado, em La Paz, a 5 de outubro de 1972, celebrados sobre a República Federativa do Brasil e a República da Bolívia.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Senado Federal, em 5 de dezembro de 1972.

Petrônio Portella – Presidente do Senado Federal.”

<sup>26</sup> Decreto Legislativo 77, de 1973:

“Art. 1º É aprovado o texto da Convenção Nacional Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia, concluída em Washington, a 2 de dezembro de 1946, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 14, de 9 de março de 1950, promulgada pelo Decreto nº 28.524, de 18 de agosto de 1950, e denunciada, por nota da Embaixada do Brasil em Washington, ao Departamento de Estado Norte-Americano, a 27 de dezembro de 1965, com efeito a partir de 30 de junho de 1966, em virtude de não haver, na ocasião, maior interesse do Brasil em continuar a participar da referida convenção.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Senado Federal, em 7 de dezembro de 1973.

Paulo Torres – Presidente do Senado Federal.”

*do Brasil e o Governo da República da Guiné-Bissau, celebrado em Brasília, a 18 de maio de 1978.*

Faço saber que o Congresso Nacional aprovou, nos termos do artigo 44, inciso I, da Constituição, e eu, Luiz Viana, Presidente do Senado Federal, promulgo o seguinte:

Art. 1º É aprovado o texto do Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Guiné-Bissau, celebrado em Brasília, a 18 de maio de 1978.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Luiz Viana

Presidente do Senado Federal.”

A aprovação parlamentar é retratável? Pode o Congresso Nacional, por decreto legislativo, revogar o igual diploma com que tenha antes abonado certo compromisso internacional? Se o tratado já foi ratificado – ou seja, se o consentimento definitivo desta república já se exprimiu no plano internacional –,<sup>27</sup> é evidente que não. Caso contrário, seria difícil fundamentar a tese da impossibilidade jurídica de tal gesto. Temos, de resto, um precedente.

*“Decreto Legislativo nº 20, de 1962.*

*Revoga o Decreto Legislativo nº 13, de 6 de outubro de 1959, que aprovou o Acordo de Resgate, assinado em 1956, entre os Governos do Brasil e da França.*

Art. 1º É revogado o Decreto Legislativo nº 13, de 6 de outubro de 1959, que aprovou o Acordo de Resgate assinado no Rio de Janeiro em 4 de maio de 1956, entre o Governo dos Estados Unidos do Brasil e da França, para a execução administrativa de questões financeiras e a liquidação, por meio de arbitramento, das indenizações devidas pelo Brasil, em decorrência da encampação das estradas de Ferro

São Paulo-Rio Grande e Vitória-Minas, bem como da Companhia Port of Pará.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Senado Federal, em 15 de dezembro de 1962.

Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal.”

Esse diploma revocatório de decreto legislativo anterior resultou de um projeto que mereceu, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o parecer seguinte:

“O Deputado José Bonifácio, pelo projeto de decreto legislativo número 36, de 1960, deseja a revogação do decreto legislativo acima transcrito. Em longa e bem articulada justificação, demonstra o equívoco a que foi levado o Congresso Nacional para aprovar o Acordo de Resgate assinado no Rio de Janeiro, em 4 de maio de 1956, entre os Governos dos Estados Unidos do Brasil e da França.

É da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República (art. 66, I, da Constituição Federal).

Em face das razões alegadas, algumas delas que atingem o decreto legislativo em vigor para colocá-lo em orla de duvidosa constitucionalidade, consideramos que se deve permitir a tramitação do Projeto Legislativo nº 36-60.

Brasília, em dezembro de 1960.

Pedro Aleixo, Relator.”

## *II – O conflito entre tratado e norma de produção interna*

O primado do Direito das Gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é,

<sup>27</sup> E não é, no caso, importante saber se o tratado já entrou em vigor ou não; ressalvada a possibilidade de retirada da ratificação em circunstâncias excepcionais.

ainda hoje, uma proposição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica. Resulta que, para o Estado, a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isso signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.

Embora sem emprego de linguagem direta, a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico. Tão firme é a convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir, em qualquer espécie de confronto, que nos sistemas mais obsequiosos para com o Direito das Gentes tornou-se encontrável o preceito segundo o qual todo tratado conflitante com a constituição só pode ser concluído depois de se promover a necessária reforma constitucional. Norma desse exato feitio aparece na Constituição francesa de 1958, na Constituição argelina de 1976 e na Constituição espanhola de 1978. Excepcional, provavelmente única, a Constituição holandesa, após a revisão de 1956, admite, em determinadas circunstâncias, a conclusão de tratados derogatórios do

seu próprio texto, cuja promulgação importa, por si mesma, uma reforma constitucional.

Abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente.

#### 1. Prevalência dos tratados sobre o direito interno infraconstitucional

Não se coloca em dúvida, em parte alguma, a prevalência dos tratados sobre leis internas anteriores à sua promulgação. Para primar, em tal contexto, não seria preciso que o tratado recolhesse da ordem constitucional o benefício hierárquico. Sua simples introdução no complexo normativo estatal faria operar, em favor dele, a regra *lex posterior derogat priori*. A prevalência de que fala este tópico é a que tem indisfarçado valor hierárquico, garantido ao compromisso internacional plena vigência, sem embargo de leis posteriores que o contradigam. A França, a Grécia e a Argentina oferecem, neste momento, exemplos de semelhante sistema.

Constituição francesa de 1958, art. 55: "Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, com ressalva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte".

Constituição da Grécia de 1975, art. 28, § 1: "As regras de direito internacional geralmente aceitas, bem como os tratados internacionais após sua ratificação (...), têm valor superior a qualquer disposição contrária das leis".

Constituição política da Argentina, texto de 1994, art. 75, § 22: "(...) os



tratados e concordatas têm hierarquia superior à das leis”.

## 2. Paridade entre o tratado e a lei nacional

O sistema brasileiro se identifica àquele consagrado nos Estados Unidos da América, sem contramarchas na jurisprudência nem objeção doutrinária de maior vulto. Parte da “lei suprema da nação”, o tratado ombreia com as leis federais votadas pelo Congresso e sancionadas pelo presidente – embora seja ele próprio o fruto da vontade presidencial somada à do Senado, e não à das duas casas do parlamento americano. A supremacia significa que o tratado prevalece sobre a legislação dos estados federados, tal como a lei federal ordinária. Não, porém, que seja superior a esta. De tal modo, em caso de conflito entre tratado internacional e lei do Congresso, prevalece nos Estados Unidos o texto mais recente. É certo, pois, que uma lei federal pode fazer “repelir” a eficácia jurídica de tratado anterior, no plano interno. Se assim não fosse – observa Bernard Schwartz (1972, p. 87-88) –, estaria dando ao tratado não força de lei, mas de restrição constitucional.

Nos trabalhos preparatórios da Constituição brasileira de 1934, foi rejeitado o anteprojeto de norma, inspirada na Carta espanhola de 1931, que garantisse entre nós o primado dos compromissos externos sobre as leis federais ordinárias. A jurisprudência, contudo, não cessou de oscilar até pouco tempo atrás, e a doutrina permanece dividida. Marotta Rangel (1960, p. 264-265), partidário do primado da norma convencional, enumerou, entre autores de idêntico pensamento, Pedro Lessa, Filadelfo Azevedo, Vicente Rao, Accioly e Carlos Maximiliano. Azevedo (1945, p. 12-29), quando ainda ministro do Supremo Tribunal Federal, em 1945, publicou comentário demonstrativo da convicção unânime da corte, naquela época, quanto à prevalência

dos tratados sobre o direito interno infraconstitucional.<sup>28</sup>

De setembro de 1975 a junho de 1977, estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do recurso extraordinário 80.004,<sup>29</sup> em que assentada por maioria a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – apesar das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. A maioria valeu-se de precedentes do próprio Tribunal para ter como inquestionável a introdução do pacto – no caso, a Lei uniforme de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias – na ordem jurídica brasileira, desde sua promulgação. Reconheceu, em seguida, o conflito real entre o pacto e um diploma doméstico de nível igual ao das leis federais ordinárias – o Decreto-lei 427/69, posterior em cerca de três anos à promulgação daquele –, visto que a falta de registro da nota promissória, não admitida pelo texto de Genebra como causa de nulidade do título, vinha a sê-lo nos termos do decreto-lei. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária a sua estatura no ordenamento jurídico.<sup>30</sup> Entretanto ficou claro que, dada a diversidade das fontes de produção normativa, não se deve entender que isso é uma simples aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*. O tratado tem, sem dúvida, qualidade para derogar a lei anterior desde o instante em que passa a integrar nossa ordem jurídica. Mas a lei interna carece de virtude para

<sup>28</sup> Filadelfo Azevedo, Os tratados e os interesses privados em face do direito brasileiro; BSBDI (1945), v. 1, p. 12-29.

<sup>29</sup> Para comentário à decisão do STF, v. Mirtó Fraga, Conflito entre tratado internacional e norma de direito interno, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

<sup>30</sup> V. a íntegra do acórdão em RTJ 83/809.

derrogar uma norma que envolve outras soberanias além da nossa. Diz-se então que o judiciário enfrenta, no caso do conflito real entre tratado e lei mais recente, a contingência de “afastar a aplicação” do primeiro, sem dá-lo por derogado. Por isso é que se, em termos práticos, resulta preferível não que o governo denuncie o tratado,<sup>31</sup> mas que o Congresso revogue a norma interna com ele conflitante, o tratado, jamais derogado pela lei, volta a aplicar-se entre nós em plenitude. Por acaso, foi justamente o que aconteceu com o texto de Genebra sobre títulos de crédito, uma vez que revogado, algum tempo depois, o decreto-lei que com ele entrara em conflito.

### 3. Situações particulares em direito brasileiro atual

Há, contudo, exceções à regra da paridade? Há domínios temáticos em que, desprezada a idéia de valorizar simplesmente a última palavra do legislador ordinário, seja possível reconhecer o primado da norma internacional ainda que anterior à norma interna conflitante? Duas situações merecem a propósito um comentário apartado, as que se desenham, no domínio tributário, à luz do artigo 98 do CTN, e, no domínio dos direitos e garantias fundamentais, à luz do artigo 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição de 1988.

#### *Domínio tributário: o artigo 98 do Código Tributário Nacional*

Esse dispositivo diz que os tratados (os que vinculam o Brasil, naturalmente) “... revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha”. Essa linguagem sugere mais uma norma preventiva de conflitos do que uma regra de solução do conflito consumado, mas, se assim for entendida, ela é virtualmente supérflua. Não há dúvida de que o tratado revoga, em qualquer

domínio, a norma interna anterior; nem tampouco de que o legislador, ao produzir direito interno ordinário, deve observar os compromissos externos da República, no mínimo para não induzi-la em ilícito internacional. Assim, para que se dê ao artigo 98 efeito útil, é preciso lê-lo como uma norma hierarquizante naquele terreno em que o CTN foi qualificado pela Constituição para ditar “normas gerais”. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, desde que primeiro tratou do assunto até a hora atual, e de modo uniforme, a eficácia do artigo 98 do CTN e sua qualidade para determinar o que determina.<sup>32</sup> Em matéria tributária, há de buscar-se com mais zelo ainda que noutros domínios a compatibilidade. Mas, se aberto e incontornável o conflito, prevalece o tratado, mesmo quando anterior à lei.

Resolve-se por mais de um caminho, creio, a questão de saber se o CTN tem estatura para determinar na sua área temática um primado que a própria Constituição não quis determinar no quadro geral da ordem jurídica. Faz sentido, por exemplo, dizer que, no caso do conflito de que ora cuidamos, a norma interna sucumbe por inconstitucionalidade. Ao desprezar o artigo 98 do CTN e entrar em conflito com tratado vigente, a lei ordinária implicitamente terá pretendido *innovar uma norma geral de direito tributário*, estabelecendo, para si mesma, uma premissa conflitante com aquele artigo, qual seja a de que é possível ignorar o compromisso internacional e dispor de modo destoante sobre igual matéria. É uma hipótese *sui generis* de inconstitucionalidade formal: a lei não ofende a Carta pela essência do seu dispositivo, nem por vício qualquer de competência ou de processo legislativo, mas por uma premissa ideológica hostil à exclusividade que a Carta dá à lei complementar para ditar normas gerais de direito tributário.

<sup>31</sup> O que não nos exonera da responsabilidade internacional por eventuais conseqüências do conflito, enquanto não surte efeito a denúncia.

<sup>32</sup> V. Carlos Mário da Silva Velloso, O direito internacional e o Supremo Tribunal Federal, Belo Horizonte, CEDIN, 2002.

*Direitos e garantias fundamentais: o artigo 5º, §§ 2º e 3º da Constituição*

No desfecho do extenso rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição um segundo parágrafo estabelece, desde 1988, que aquela lista não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios consagrados na Carta ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Sobre esta última categoria, nada se ouviu nos anos seguintes do Supremo Tribunal Federal, cuja maioria era entretanto pouco receptiva à idéia de que a norma assecuratória de algum outro direito, quando expressa em tratado, tivesse nível constitucional. Isso resultava provavelmente da consideração de que, assim postas as coisas, a Carta estaria dando ao Executivo e ao Congresso, este no quorum simples da aprovação de tratados, o poder de aditar à lei fundamental; quem sabe mesmo o de mais tarde expurgá-la mediante a denúncia do tratado, já então – o que parece impalatável – até pela vontade singular do governo, habilitado que se encontra, em princípio, à denúncia de compromissos internacionais. As perspectivas da jurisprudência, nesse domínio, pareciam sombrias quando se levavam em conta algumas decisões majoritárias que o Supremo tomou na época a propósito da prisão do depositário infiel (ou daqueles devedores que o legislador ordinário brasileiro entendeu de assimilar ao depositário infiel), perante o texto da Convenção de São José da Costa Rica.

A questão foi entretanto equacionada, em dezembro de 2004, pelo aditamento do terceiro parágrafo ao mesmo artigo constitucional: os tratados sobre direitos humanos que o Congresso aprove *com o rito da emenda à carta* – em cada casa dois turnos de sufrágio e o voto de três quintos do total de seus membros – integrarão em seguida a ordem jurídica no nível das normas da própria Constituição. Essa nova regra, que se poderia chamar de *cláusula holandesa* por analogia com certo modelo

prevalente nos Países Baixos e ali pertinente à generalidade dos tratados, autoriza algumas conclusões prospectivas. Não é de crer que o Congresso vá doravante bifurcar a metodologia de aprovação dos tratados sobre direitos humanos. Pode haver dúvida preliminar sobre a questão de saber se determinado tratado configura realmente essa hipótese temática, mas se tal for o caso o Congresso seguramente adotará o rito previsto no terceiro parágrafo, de modo que, se aprovado, o tratado se qualifique para ter estatura constitucional desde sua promulgação – que pressupõe, como em qualquer outro caso, a ratificação brasileira e a entrada em vigor no plano internacional. Não haverá quanto a semelhante tratado a possibilidade de denúncia pela só vontade do Executivo, nem a de que o Congresso force a denúncia mediante lei ordinária (v. adiante o § 53), e provavelmente nem mesmo a de que se volte atrás por meio de uma repetição, às avessas, do rito da emenda à Carta, visto que ela mesma se declara imutável no que concerne a direitos dessa natureza.

Uma última dúvida diz respeito ao *passado*, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte – e que já não se encontre no rol do art. 5º. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que, ao promulgar esse parágrafo na Emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a Carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.

# A participação dos servidores na Assembléia Nacional Constituinte

Agaciel da Silva Maia

A Constituição Federal vigente, de 05 de outubro de 1988, completa vinte anos como um marco na cidadania brasileira. Nestes vinte anos, ela já passou por várias emendas e adequações às novas e cambiantes realidades. Embora os parlamentares sejam os principais protagonistas históricos do processo legislativo constitucional, há que se reconhecer a importância do assessoramento e do suporte prestado pelos servidores de ambas as Casas do Congresso Nacional, para o êxito na missão de dar ao País uma Carta Política centrada na democracia e destinada a servir de pilar para o crescimento econômico com justiça social.

De fato, a participação de diversos órgãos administrativos do Senado Federal, no auxílio aos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, está bem documentada, como nos Anais do Seminário *A nova Constituição e as Constituições Estaduais*, realizado em abril de 1988, na Câmara dos Deputados. Assim, evidencia-se a participação da Subsecretaria de Análise do Senado Federal (atualmente Subsecretaria de Informações, voltada para a prestação de informações acerca da legislação federal e das proposições na Casa), já então responsável pela manutenção dos bancos de dados de informações legislativas.

Em conjunto com o PRODASEN (Centro de Informática e Processamento de Dados, atualmente Secretaria Especial de

Informática do Senado Federal), e com os órgãos congêneres da Câmara dos Deputados, a Subsecretaria de Análise realizava as pesquisas e as consolidações de dados demandados pelos Senadores e Deputados, justamente para subsidiar as discussões da Assembléia Constituinte. As informações de natureza jurídica, econômica, e outras, geradas nesse processo, transformaram-se em ferramentas indispensáveis para a normatização constitucional. Não fosse o preparo técnico dos servidores do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, aliado ao parque tecnológico adequado do Poder Legislativo, não teríamos construído um texto constitucional tão rico e condizente com as necessidades históricas daquele período.

Bastante destacado foi o esforço adicional do Centro Gráfico do Senado Federal, conhecido, hoje, como Secretaria Especial de Editoração e Publicações - SEEP, uma vez que à publicação corriqueira dos avulsos relativos à legislação infraconstitucional somava-se toda a produção concernente aos trabalhos da Constituinte, como o *Jornal da Constituinte*. A primeira emenda de iniciativa popular, com mais de trinta mil assinaturas, vinda de Salvador, pedindo um recanto para os aposentados, foi dada a conhecer nas páginas desse *Jornal*. Vale mencionar que se somaram a essa mais cento e vinte emendas populares. É graças ao trabalho do Centro Gráfico do Senado Federal que se materializava o dia-a-dia das discussões e das deliberações da Assembléia Constituinte. Com isso, os servidores já estavam contribuindo para a consolidação de um dos mais importantes preceitos constitucionais, relacionado diretamente com a cidadania: o direito à informação.

Vários outros órgãos da Casa também foram imprescindíveis na prestação de informações confiáveis e relevantes para o processo decisório dos constituintes. Cumpre mencionar, por exemplo, a Subsecretaria de Edições Técnicas, com trabalhos comparativos de constituições passadas,

de outros países ou, até mesmo, de entes subnacionais. Não se pode esquecer, tampouco, da Subsecretaria de Biblioteca do Senado Federal, que tornou acessível aos Senadores Constituintes as principais publicações, nas áreas do Direito, Economia, Sociologia, Ciência Política, apenas para citar algumas, sob a perspectiva da elaboração de uma nova constituição federal capaz de equacionar as inúmeras e diversas expectativas dos brasileiros.

Para explicar a Constituinte, o programa radiofônico *A Voz do Brasil* transformou-se na *Voz da Constituinte*. Editada permanentemente pela Secretaria de Divulgação e Relações Públicas do Senado Federal, em conjunto com a Câmara dos Deputados, essa verdadeira cartilha eletrônica, transmitida em cadeia nacional de rádio, ganhou mais duas transmissões diárias de cinco minutos cada, além de uma equipe de nove profissionais cedidos pela Radiobrás.

Como relatam os jornais da época, juntamente com os líderes e as figuras de destaque da Assembléia Constituinte, a equipe de 1400 servidores do Senado Federal e da Câmara dos Deputados teve uma participação bastante significativa. Uma das tarefas mais importantes da Assembléia Constituinte foi, justamente, a de selecionar quais temas iriam centralizar as discussões à época. As assessorias, portanto, foram divididas em áreas temáticas, como o grau de intervenção do Estado na economia, o uso e a destinação de terras, os sistemas de governo, além da política de segurança nacional. Para dar parecer às mais de 22 mil emendas apresentadas ao substitutivo do Relator, então Deputado Bernardo Cabral, os assessores técnicos elaboraram, por dia, uma média de 210 pareceres cada. As áreas que demandaram mais pareceres foram as de direitos individuais, ordem social e de sistema tributário.

Durante os vinte meses de funcionamento da Assembléia Nacional Constituinte, os serviços médicos do Senado e da Câmara funcionaram em plantão perma-

nente, atendendo às demandas vinculadas ao trabalho de elaboração constitucional. Parlamentares, servidores administrativos e jornalistas credenciados foram atendidos, habitualmente, ao longo dos debates daquele período. Esses esforços de médicos, enfermeiros, pessoal de laboratório e todos que integravam as equipes de apoio formaram um exemplo concreto de como os constituintes concebiam a saúde, um dos direitos sociais mais importantes do texto constitucional.

À época, as equipes de servidores das duas Casas do Congresso Nacional já se ocupavam da preservação da memória, para que as gerações futuras pudessem ter acesso às informações relativas a todo o processo de construção da nossa Carta Política. Esse trabalho é de extrema relevância histórica, mas também se presta a subsidiar a resolução de impasses jurídicos sobre normas constitucionais. A preservação dos registros da Constituinte, nesse contexto, pode esclarecer os sentidos originais dos dispositivos da Lei Maior, bem como as finalidades perseguidas pelo legislador. Naquele momento, nasceu o projeto História Oral – que não se confunde com o Projeto de História Oral do Congresso Nacional – cujo objetivo principal era a formação de um acervo de depoimentos para complementar outras formas de registros, dirigidos para os futuros pesquisadores das mais diversas áreas. Ali estão preservados depoimentos, entrevistas e comentários de constituintes de várias agremiações políticas e de personalidades da República.

Todo esse trabalho de registro requereu a participação dos profissionais da área de taquigrafia. Coube aos valorosos taquígrafos da Constituinte a transformação em sinais gráficos de milhões de palavras, sempre com rapidez e fidelidade, de debates e votações ocorridos ao longo de 20 meses, nas 8 comissões temáticas e nas 24 subcomissões. Ressalte-se que essa missão foi cumprida, sem deixar de lado as tradicionais tarefas do Senado e da Câmara

dos Deputados. Para esses fins, foram mobilizados 135 servidores, dos quais 80 eram taquígrafos.

Os engenheiros e os arquitetos do Senado e da Câmara foram os grandes responsáveis pela criação de espaços compatíveis com as necessidades da Constituinte de 1988. Merece destaque a competência desses profissionais, que tiveram de encontrar soluções para que, num curtíssimo prazo, fosse possível abrigar as comissões temáticas, as subcomissões, a Mesa da Assembléia Nacional Constituinte, as lideranças partidárias e as vice-lideranças, além das equipes de imprensa que cobriam diariamente os debates e as votações. Graças aos engenheiros e arquitetos, foram promovidas a modernização do sistema de votações, a reestruturação da telefonia, além de mudanças importantes, por exemplo, na iluminação, nos sistemas de ar-condicionado e ventilação e nas vagas de estacionamento.

Trago tais relatos a esta edição histórica com a finalidade de prestar uma homenagem sincera às servidoras e servidores do Senado Federal e da Câmara dos Deputados que colaboraram na feitura da nossa atual Constituição da República. Constituintes tomados pelo espírito democrático tiveram a assessoria competente de mulheres e homens que muito orgulham o Legislativo federal. A qualidade técnica do corpo de servidores da Constituinte foi expressamente reconhecida, pelo então Primeiro Secretário da Mesa da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Marcelo Cordeiro, conforme depoimento abaixo, publicado no Jornal da Constituinte:

“Aspecto dos mais expressivos do processo de elaboração legislativa dentro da Constituinte é o trabalho que vem sendo desenvolvido exclusivamente por funcionários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A diretriz nesse sentido adotada pela Mesa da Assembléia, além de economizar recursos, permitiu constatar,

mais uma vez, a alta qualidade dos trabalhos que os servidores do legislativo podem desenvolver, evidenciando que esse funcionalismo não está subalterno a rotinas burocráticas, mas, pelo contrário, é capaz de, sem nenhum treinamento prévio, assimilar métodos, funções e atividades novas. É isso que estamos observando no desempenho dos funcionários legislativos, frente aos desafios da Assembléia Nacional Constituinte. Não podemos deixar de registrar o papel que homens como Paulo Affonso, Ademar Sabino, Hélio Dutra, na Câmara, e Nerione Cardoso, no Senado, entre muitos outros que me dispense citar para não incorrer no erro de omissão, estão desempenhando para garantir à Constituinte o apoio logístico de que necessitamos, a fim de levar esta Assembléia histórica ao seu destino. Quero, nesta oportunidade, deixar claro o agradecimento a todos os servidores que, com seu trabalho, estão dando exemplo de competência e patriotismo.”

Estou certo de que, no instante em que estamos comemorando os vinte anos da

Carta-Cidadã de 1988, todos reconhecem esse trabalho, muitas vezes silencioso, dos servidores do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Na condição de Diretor da Gráfica do Senado, à época da Constituinte, e de atual Diretor-Geral do Senado da República, é minha obrigação resgatar essa memória, prestigiando as mulheres e os homens com quem trabalhei e continuo trabalhando, que deram e continuam a dar o melhor de si, junto com os constituintes e os congressistas, para a construção de uma constituição a mais bem adequada possível às necessidades do nosso País.

Pude, portanto, acompanhar a produção do texto original, assim como os seus desdobramentos. É que, com a promulgação da Constituição e o fim dos trabalhos constituintes, resgatou-se a condição do cidadão. Mas a atividade de concretizar as promessas constitucionais realiza-se a cada dia, em cada um de nós. E assim é o Senado Federal, uma instituição que cada vez mais se aperfeiçoa política e administrativamente, graças à determinação de sua Mesa Diretora e ao empenho do seu valioso quadro de servidores, uma referência que orgulha toda a Administração Pública brasileira.

# Um olhar sobre a Constituição de 1988, ao completar vinte anos

Carlos Fernando Mathias de Souza

## Sumário

I - Introdução. II - Influência da Constituição portuguesa sobre a Constituição de 1988. III - Algumas inovações surgidas com a Carta de 1988. IV - Direitos (ou interesses) difusos, coletivos e individuais homogêneos. V - O meio ambiente na Constituição de 1988. VI - Meios de proteção dos chamados direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos - a ação civil pública. VII - A defesa do consumidor. VIII - A função social do contrato, na escala da Constituição de 1988. IX - Novo ordenamento decorrente da Carta de 1988: alguns importantes diplomas (Estatuto da Criança e do Adolescente, do Idoso e do Torcedor). X - Conclusões.

## I - Introdução

A partir de 5.X.88, o Brasil passou a reger-se por sua sétima Constituição.

Essa *Lei das leis*, na linha mais avançada do constitucionalismo contemporâneo, agasalha os direitos fundamentais ditos de terceira geração ou, mais precisamente, os direitos coletivos, os de solidariedade social e os interesses difusos, sem descuidar, naturalmente, das garantias e dos direitos clássicos, tanto os individuais quanto os sociais.

O Capítulo I do seu Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) é significativo: Dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Ao tratar do Inquérito e da Ação Civil Pública, inseridos nas funções institucio-



nais do Ministério Público, prescreve que estes se dirigem à proteção do patrimônio público e social, *do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*.

Ademais, todo um capítulo é dedicado de modo especial ao *meio ambiente*, dispondo expressamente (art. 225) que: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, *bem de uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de *defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

De outra parte, a Carta de 1988 recebeu influências, acentue-se, de *novos constitucionalismos* do nosso tempo (e não tão-só dos tradicionais, como o francês e o norte-americano).

Abrindo seus primeiros capítulos – a observação é de Paulo Bonavides (1994, p. 335) – “com matéria dos direitos e garantias fundamentais, até nessa particularidade a Constituição brasileira de 1988 se avizinhou da Lei Fundamental de Bonn”, que, como se sabe, é de 1949.

A influência italiana também se faz evidente, em particular, no que se refere às *medidas provisórias*.

O constitucionalista português Jorge Miranda (1990), por sua vez, divisa íntimas relações entre o constitucionalismo português e o brasileiro, assim observando:

“Tem havido uma constante interação dos constitucionalismos brasileiro e do português: a nossa Carta Constitucional de 1826 decalca a Constituição Brasileira de 1824 e a primeira Constituição republicana portuguesa, de 1911, recebeu vários institutos da primeira Constituição republicana brasileira de 1891, tal como o modelo autoritário e corporativo da Constituição de 1933 deixou fortes marcas na Constituição de 1937. Não admira, por isso, que a Constituição portuguesa atual, tanto por razões de ordem cultural quanto por razões de imediata ordem políti-

ca, tenha sido uma das fontes da nova Constituição do Brasil”.

## II – *Influência da Constituição portuguesa sobre a Constituição de 1988*

Aponta Jorge Miranda (1990), pelo menos, 26 disposições da Constituição portuguesa de 1976 (na versão após as revisões de 1982 e 1989) muito próximas de disposições contidas na Carta brasileira de 1988.

A primeira delas está na definição de Estado Democrático de Direito (art. 1º da Carta-bras.), homóloga à do Estado de Direito Democrático, contida no preâmbulo e nos arts. 2º e 9º da Constituição Portuguesa; seguem-se os princípios relativos às relações internacionais (art. 4º da Const. Bras. e 7º, nº 1, da Const. Port.); a consagração constitucional do direito de resposta (art. 5º, V, da Const. Bras. e art. 26, nº 4, da Const. Port.); o direito à imagem (art. 5º, X, da Const. bras. e 26, nº 1, da portuguesa); a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da brasileira e art. 60 da Const. Portuguesa); o direito à informação dos Poderes Públicos (art. 5º, XXXIII, e art. 48, nº 2, respectivamente); o direito de ação popular para a defesa do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII, da Const. bras. e art. 52, nº 3, da Const. Port.); a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (parágrafo 1º do art. 5º da Const. Bras. e art. 18, nº 1, da portuguesa); os direitos de participação dos trabalhadores em colegiados de órgãos públicos que deliberem sobre suas profissões (art. 10 da brasileira e 54 e 56 da portuguesa); direito de acesso, gratuito ao rádio e à televisão aos partidos políticos, chamado de *direito de antena* em Portugal (art. 17, parágrafo 3º, e art. 40, respectivamente); a criação de uma comissão representativa do Congresso Nacional para funcionar durante o recesso legislativo (artigos 58, parágrafo 4º, e 182); a proibição de revisão constitucional na

vigência de estado de defesa ou de estado de sítio (na linguagem do direito português, na do estado de necessidade – art. 60 da Const. bras. e 289 da portuguesa).

De passagem, registre-se que igual vedação ocorre no direito brasileiro, também na vigência de intervenção federal, hipótese de que a Constituição Portuguesa (e, sabidamente, Portugal é um Estado unitário), por óbvio não poderia cuidar; o alargamento dos chamados limites materiais da revisão (no Brasil incluída a forma federativa do Estado), como expresso nos artigos 60, parágrafo 4º, da Const. Brasileira e 288 da Lei Maior portuguesa; o sistema eleitoral do Presidente da República (art. 77 da brasileira e 129 na portuguesa); o Conselho de Defesa Nacional (art. 91 da Const. brasileira e 274 da Lei Fundamental portuguesa); a fiscalização da constitucionalidade por omissão (art. 107 da *Lex Legum* brasileira e 283 da Carta Portuguesa); a distinção entre eficácia indicativa (para o setor privado) e imperativa dos planos (para o setor público), como previsto no art. 174 da *Lei Maior* de 1988 e no art. 92, nº 2, em Portugal, entre 1982 e 1989; o estímulo ao cooperativismo (art. 174, parágrafo 2º, da Const. brasileira e 84 da Lusitana); o sistema de saúde (arts. 198 e 64, respectivamente); a gestão democrática das escolas públicas, enunciada no art. 206, VI, da *Lex Fundamental* do Brasil e no artigo 77 da Carta Magna Lusa; o fomento ao desporto (art. 217 da Carta de 1988 e 79 da Constituição portuguesa); o apoio à ciência, expresso no art. 218 na *Lei das Leis* brasileira e nos artigos 73, nº 4, e 81, alínea *m* da Lei Fundamental portuguesa; o Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Const. portuguesa); o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Const. de 1988 e art. 39 da Const. de Portugal); a assistência à adoção (art. 227, parágrafo 5º, da Carta brasileira e 36, nº 7, da portuguesa) e a proteção aos idosos, como dever da família, da sociedade e do Estado, expressa nas disposições seguintes: art. 230 da Constituição da República Fe-

derativa do Brasil de 1988 e no artigo 72 da Constituição da República Portuguesa de 1976 (revista em 1982 e em 1989).

### III – Algumas inovações surgidas com a Carta de 1988

Muitas foram as inovações introduzidas pela Constituição; poder-se-ia destacar, por exemplo, no capítulo do Poder Judiciário, a extinção do Tribunal Federal de Recursos e a criação do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais; a ampliação, no Título da Ordem Social, dos direitos previdenciários, do direito à educação, do amparo e proteção à cultura, à família, à criança, aos adolescentes, aos idosos e aos índios.

Ademais, aos remanescentes das comunidades dos quilombos, ocupantes de suas terras, foi reconhecida a propriedade sobre elas, com obrigação do Estado de expedir-lhes o respectivo título (art. 68 do ADCT), ficando tais terras, (isto é, “os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”), expressamente, tombadas pelo texto constitucional (art. 116, § 5º).

A função social da propriedade, inaugurada como disciplina em sede constitucional pela Constituição de 1934, é cuidada quatro vezes no texto da Lei Maior de 1988 (art. 5º, XXII; art. 170, III; 182, § 2º; e art. 186, I a IV).

A Lei Fundamental de 1988 é inovadora, ainda, não só ao iniciar-se definindo a República Federativa do Brasil como Estado democrático de direito bem como enunciando os seus fundamentos (art. 1º) e os seus objetivos (art. 3º).

Acrescente-se que a Lei Maior proclama os princípios pelos quais o país deve-se reger nas suas relações internacionais (art. 4º). Entre eles, a prevalência dos direitos humanos, a solução pacífica dos conflitos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo.

Compromete-se ainda o Brasil – por sua Constituição – na busca pela integração econômica, política, social e cultural dos

povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

#### IV – Direitos (ou interesses) difusos, coletivos e individuais homogêneos

A humanidade experimenta a hora e a vez dos chamados direitos de terceira geração (já se falando em direitos de quarta geração). E o Brasil, naturalmente, está inserido nesse contexto, assinala-se de passagem, em particular após o advento da Constituição de 1988. Entre eles têm-se os direitos coletivos e os difusos, também designados interesses coletivos e difusos, a que, por construção, inicialmente, da doutrina, acresceram-se os chamados interesses (ou direitos) individuais homogêneos, hoje já também positivados pelo ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, no art. 81, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Boa parte dos doutrinadores consideram as expressões em destaque como sinônimas, sendo expressivo lembrar que Mauro Cappelletti (1975) sustenta que interesses “tipici de questo mondo nuovo, come quelle alla salute e all’ambiente naturale, hanno carattere ‘diffuso’, ‘colletivo’, poiché non appartengono a singoli individui in quanto tali, ma alla collettività”.

Em outras palavras, para o grande mestre italiano, tais interesses têm caráter difuso, coletivo, posto que não pertencem singularmente aos indivíduos como tais, mas à coletividade.

Ada Pellegrini Grinover (1977), abordando o tema, com autoridade, observa: “(...) tenta-se uma distinção, falando-se de interesses coletivos quando existe um grupo de pessoas com interesses comuns que só seriam comunitariamente perseguíveis, ao passo que interesse difuso não se caracterizaria por qualquer momento associativo”.

Sob uma óptica ou outra da doutrina, pode-se, em síntese, dizer que tais direitos

ou interesses (coletivos ou difusos) constituem direito sem dono específico, ou direito no qual não se identifica o rosto específico do seu titular.

#### V – O meio ambiente na Constituição de 1988

Dos direitos coletivos, um dos mais significativos é o direito ao ambiente ou, como se diz na linguagem brasileira, o direito ambiental.

A Constituição de 1988, agasalhando o que de melhor tem-se produzido na doutrina e na legislação, nos países de vanguarda quanto à proteção ao meio ambiente, dedicou a este todo um capítulo (o sexto do Título VIII, que trata da ordem social). É dizer-se, o meio ambiente está cuidado no mesmo título que trata da seguridade social, da saúde, da previdência social, da assistência social, da educação, da cultura, do desporto, da ciência e tecnologia, da comunicação social, da família, da criança, do adolescente, do idoso e dos índios, naturalmente, cada matéria com seus respectivos capítulos (ou seções) próprios.

É eloquente o *caput* do art. 225 da Lei Fundamental de 1988 (a primeira Constituição brasileira a cuidar do tema, enfatize-se): “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

José Afonso da Silva (1994) observa que “o capítulo do meio ambiente é um dos mais importantes e avançados da Constituição de 1988” e, mais adiante, afirma que nova Constituição segue, e até ultrapassa, constituições recentes (que aponta), e consigna:

“toma consciência de que a qualidade do meio ambiente se transformara num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja preservação, recu-

peração e revitalização se tornara num imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições do seu desenvolvimento. Em verdade para assegurar o direito fundamental à vida. As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreender que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida humana*".

Com efeito, a Carta de 1988, que proclama o direito à vida como um direito inviolável (nunca é demasiado assinalar), cuida da proteção ao meio ambiente também sob essa óptica.

É um direito coletivo, que obriga à coletividade, de par com o Poder Público, a sua defesa e sua preservação, não só para as presentes gerações mas também para as futuras.

De passagem, registre-se que, quando a Lei Maior fala em Poder Público, não é apenas o federal, posto que a Carta é expressa: "É da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (e) preservar as florestas, a fauna e a flora" (art. 23, VI e VII).

Interessante, por outro lado, observar que a Constituição de 1988 inovou, em

matéria de bem público, ao definir o meio ambiente "como *bem de uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida".

Em outras palavras, o meio ambiente é um bem público de uso comum do povo, a exemplo dos mares, rios, ruas, estradas e praças, e sempre oportuno enfatizar que preservação é "essencial à sadia qualidade de vida".

A propósito, a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira foram erigidos em patrimônio nacional, por efeito da própria Constituição.

De par disso, a biodiversidade, isto é, o patrimônio genético de um país, tem que ter sua integridade preservada.

Ademais, estudos prévios de impacto ambiental constituem exigência para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação, com a obrigação de que a tais estudos deva-se dar efetiva publicidade.

Fácil extrair-se que o direito ambiental pode afetar o próprio direito de propriedade, sabido que esta tem que atender sua função social (v. art. 5º, XXIII, da CF).

Assim, por exemplo, incumbe ao poder público, em todas as unidades da federação, definir "espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção".

Desnecessário enfatizar que tal limitação pode afetar, repita-se, o direito de propriedade que, tradicionalmente, se proclama como de uso, gozo e disponibilidade – *jus utendi, fruendi et abutendi*.

#### *VI – Meios de proteção dos chamados direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos – a ação civil pública*

A ação civil pública, que bem se harmoniza com a Constituição de 1988, adveio

com pouco mais de três anos antes da Lei Fundamental em referência; eis que estreou no ordenamento positivo brasileiro, com a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e tem sido aperfeiçoada por outros diplomas (por exemplo, Lei nº 8.884, de 11.6.94, e pelo Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Destina-se, sem prejuízo da ação popular (ação do cidadão por excelência), a promover a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direito de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso, à infração da ordem econômica da economia popular e à ordem urbanística.

Encontram-se muitos conceitos e (ou) definições de meio ambiente.

Na doutrina, José Afonso da Silva (1995) propõe que “o meio ambiente é (...) a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

O professor da USP divisa no conceito três vertentes do meio ambiente, a saber: 1) a artificial, que se forma pelo espaço urbano – a) fechado (edificações) e b) aberto (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres); 2) a cultural, que se constitui pelo patrimônio histórico, paisagístico e turístico; e 3) a natural ou física, que se compõe pelo solo, água, ar, flora e fauna onde se opera a inter-relação dos seres vivos com o seu *habitat*.

O direito positivado, por sua vez, cuidando mais do aspecto referente ao meio ambiente físico, oferece a seguinte definição: “entende-se por meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física e biológica, que permite, obriga e rege a vida em todas as suas formas” (q.v. art. 3º da Lei nº 6.938, de 31.8.81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de aplicação).

Por seu turno, a Constituição de 1988, como já referido, dedica ao meio ambiente

o Capítulo VI do seu Título VIII (Da Ordem Social), sendo expressa, no *caput* do art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações”.

Quanto ao consumidor, registre-se, desde logo, que a Lei da Ação Civil Pública – LACP foi pioneira nessa proteção, precedendo em um pouco mais de cinco anos ao advento do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Tal código, de muitos modos, a toda evidência, integra-se (e até complementa) a LACP.

Importante assinalar que, seguindo a linha mais moderna de diplomas com definições, o CDC oferece a de consumidor (art. 2º e seu parágrafo único) como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire, ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, equiparando-se a ele “a coletividade de pessoas, ainda indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Outros diplomas, por outro lado, têm cuidado de equiparações a consumidor, como é o caso do torcedor, por efeito de seu estatuto próprio.

Por outro lado, o CDC também é expresso, em seu art. 81: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”. Naturalmente, quando a defesa é exercida a título coletivo, a matéria pode passar pela ação civil pública.

Três são as situações ensejadoras de defesa coletiva: a) quando se tratar de interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza individual, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; b) quando se tratar de interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, como tais, “os transindividuais de natureza individual, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”; e

c) “interesses com os direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Observe-se, agora, que a Constituição de 1988 (*caput* do art. 215) agasalhou a expressão direitos culturais, já conhecida, pelo menos, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Por aí, tem-se consagrada, em nível constitucional, a proteção ao patrimônio cultural brasileiro, constituído de bens de natureza material e imaterial, entre eles “os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, paleontológico, ecológico e científico”.

Para a proteção (ou defesa) de tais bens ditos culturais, a própria Lei Fundamental remete à ação civil pública (art. 129, III), legitimando para tanto o Ministério Público, ressalvada a legitimação concorrente e (ou) supletiva de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo disposições de ordem constitucional ou de lei infraconstitucional.

Nesse sentido cumpre ressaltar, ainda uma vez, o pioneirismo da Lei da Ação Civil Pública (precedendo um pouco mais de três anos à Lei Fundamental, repita-se), ao dispor expressamente, em seu art. 1º, inciso III: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (com as alterações introduzidas pelo CDC, pela Lei nº 8.884/94 e pela Lei nº 9.494/97).

No que diz respeito à promoção da responsabilidade a qualquer outro *interesse difuso*, forçoso é reconhecer que a expressão está a exigir reflexão especial, em particular quando em confronto com outra como *interesses ou direitos coletivos*, para muitas consideradas como expressões sinônimas.

Sobre tal ponto, a merecer destaque, conclusão do “schollar” e magistrado José Augusto Delgado (1999, p. 21):

“Hoje as fronteiras dos dois interesses estão definitivamente delimitadas,

sendo difuso o interesse que abrange número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato, enquanto interesses coletivos seriam aqueles pertencentes a grupos ou categorias de pessoas determináveis, possuindo uma só base jurídica. Portanto, a indeterminidade seria a característica fundamental dos interesses difusos, e a determinidade aqueles interesses que envolvam os coletivos”.

Ademais, cabe também a Ação Civil Pública em hipóteses de infração à ordem econômica, à economia popular e à ordem urbanística.

A Carta de 1988 dedica seu Título VII à ordem econômica e financeira, fazendo assentar a econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, objetivando assegurar existência digna a todos, conforme ditames da justiça social e de grandes princípios, entre os quais, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente e a busca do pleno emprego.

Leis especiais cuidam de tais matérias, como, por exemplo, a Lei nº 8.884/94 sobre o abuso do poder econômico; a Lei nº 7.492/86, sobre os crimes contra o sistema financeiro; e a Lei nº 8.137/90, referente aos crimes contra a ordem tributária.

## VII – A defesa do consumidor

O Brasil elevou a defesa do consumidor ao patamar constitucional e, por duas vezes, a Lei Maior trata dela, expressamente: no art. 5º (que cuida dos direitos e deveres individuais e coletivos) e no art. 170, ao definir os princípios gerais da atividade econômica.

Diz o art. 5º, *caput* e seu inciso XXXII, da Constituição de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida à liberdade, à igualdade, à segurança e à

propriedade, nos termos seguintes: XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Por sua vez, prescreve o art. 170 (*caput*) e inciso V: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V – defesa do consumidor”.

Tem-se assim que a defesa do consumidor, promovida na forma da lei, é, sob a óptica da Constituição brasileira, a um só tempo, direito e garantia fundamental e também princípio basilar da ordem econômica.

Alguns diplomas legais em defesa do consumidor têm advindo, sendo o principal deles – consigne-se o óbvio – o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mais conhecido tão-só como o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) e, além, por exemplo, do Decreto nº 2.181, de 20.3.97, dispendo sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC e estabelecendo normas gerais sobre a aplicação das sanções administrativas previstas no CDC, e das Portarias de nºs 4 (de 13.3.98), 3 (de 15.3.01) e 5 (de 27.8.02), da Secretaria de Direito Econômico (Ministério da Justiça), divulgando as cláusulas contratuais consideradas abusivas.

Importante frisar que relações jurídicas em importantes áreas, como a do transporte aéreo (responsabilidade civil das empresas) e as bancárias, que pareciam incólumes à tutela do CDC, por efeito da doutrina e, mormente, da jurisprudência, passaram a submeter-se ao novo ordenamento.

Com relação à responsabilidade civil das empresas aéreas, por exemplo, questão da maior importância tem-se posto perante os Tribunais, qual seja, a da aplicação ou da própria prevalência do Código do Consumidor sobre a Convenção de Varsóvia (e do Protocolo de Haia).

A Convenção de Varsóvia de 12 de outubro de 1929, como se sabe, ratificada pelo

Brasil e promulgada pelo Decreto 20.704, de 24 de novembro de 1931, tem sido o esteio (de há muito) das empresas aéreas em matéria de responsabilidade civil. No direito interno, tem-se o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) altamente influenciado por tal convenção.

Com efeito, o Tratado de Varsóvia (como também se diz) unificou certas regras relativas a transporte aéreo internacional e, de plano, logo em seu artigo primeiro, prescreve: “Aplica-se a presente convenção a todo transporte internacional de pessoas bagagens ou mercadorias efetuado por aeronave, mediante remuneração. Aplica-se igualmente aos transportes efetuados gratuitamente por empresas de transportes aéreos”.

A convenção em destaque, em seu art. 22, consagrou o princípio da limitação da responsabilidade. Veja-se:

- (1) “No transporte de pessoas, limita-se a responsabilidade do transportador à importância de cento e vinte e cinco mil francos, por passageiro. Se a indenização, de conformidade com a lei do tribunal que conhecer da questão, puder ser arbitrada em constituição de renda, não poderá o respectivo capital exceder aquele limite. Entretanto, por acordo especial com o transportador, poderá o viajante fixar em mais o limite da responsabilidade.
- (2) No transporte de mercadorias ou de bagagem despachada, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de duzentos e cinquenta francos por quilograma, salvo se provar ser esta superior ao interesse real que o expedidor tinha na entrega.
- (3) Quanto aos objetos que o viajante conservar sob sua guarda, limita-se a cinco mil francos por viajante a responsabilidade do transportador”.

A aplicação dessa norma, contudo, vem sendo atualmente superada pela justiça brasileira.

O “schollar” Ruy Rosado, em feito de seu relato como ministro do STJ, magis-

tralmente, examinou o *punctum dolens* da questão:

“(...) sabe-se que a origem das cláusulas limitativas do valor indenizatório, inseridas nos tratados internacionais, está em se constituir o transporte aéreo uma atividade que, ao tempo, apresentava risco maior do que os outros meios de transporte, risco esse que deveria ser repartido entre o transportador e o seu cliente. Os tempos mudaram e hoje o transporte aéreo, segundo as próprias companhias de aviação divulgam e o comprovam os dados estatísticos, é um dos mais seguros, com o que desapareceu a razão de ser da própria limitação.

Mudaram as condições técnicas de segurança do voo e também se modificaram as normas que protegem o usuário dos serviços prestados pelo transportador. O Código de Defesa do Consumidor tem regra expressa, considerando abusiva a cláusula que restringe direitos inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar o equilíbrio contratual (art. 51, § 1º, II, do CDC), como acontece no caso de exoneração ou diminuição excessiva da responsabilidade, ocasionados pelo mau serviço. No conflito entre o disposto no novo diploma e no tratado, ‘a doutrina e a jurisprudência atual têm negado a existência de superioridade hierárquica entre o tratado recebido no ordenamento jurídico interno e a legislação interna, principalmente em matéria tributária e comercial’ (Cláudia Lima MARQUES, 1999, 155-166). A ilustre jurista ainda refere as restrições feitas por outros países à Convenção de Varsóvia, a começar pelos EEUU, e informa que o Tribunal Federal Alemão declarou nulas cláusulas de contrato de vôos internacionais, embora regulados por tratados”.

E, mais adiante, sustenta o Professor Ruy Rosado: “Inexiste, dentro do siste-

ma jurídico e da lógica, qualquer razão para privilegiar o transportador aéreo, beneficiando-o com tarifas reduzidas pelo mau serviço prestado em terra, na atividade comum a qualquer transportador. Essa desigualdade ofende o bom senso e o princípio da igualdade constitucionalmente assegurado.”

Em síntese, já se pode dizer que se vive hoje, por efeito do CDC, o tempo em que a responsabilidade civil das empresas aéreas está sob outra óptica.

Assim, a tutela da responsabilidade civil das empresas aéreas experimenta o que se poderia designar de um novo tempo, pondo, precisamente, por terra o princípio de que tal responsabilidade deva ser limitada, como na letra da Convenção de Varsóvia (1929), e outros diplomas, de muitos modos decorrentes dela, como é o caso do referido Protocolo de Haia (1955) e, no ordenamento jurídico brasileiro, o Código Brasileiro de Aeronáutica.

Quanto à aplicação do Código do Consumidor às relações bancárias, que foi a questão objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591-1/600-DF, concluiu o Supremo Tribunal Federal positivamente, isto é, sobre sua aplicabilidade.

Oportuno anotar-se, desde logo, que o Superior Tribunal de Justiça (bem antes da decisão da Suprema Corte) editou a Súmula 297, com o seguinte verbete: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Recorde-se que tal súmula cristalizou o entendimento da Corte Superior no dizer o direito federal, em diversos julgados (cinco, pelo menos), dos quais o mais abrangente ficou expresso no RESP 106.888, em que foi relator o magistrado e professor da Universidade Federal do Ceará, ministro César Asfor Rocha, cuja decisão final foi no sentido de reconhecer a relação de consumo (tutelada pela Lei nº 8.078/90 - CDC) a todas as atividades bancárias.

Como o assunto envolve também matéria constitucional, a Confederação Nacional



do Sistema Financeiro – CONSIF requereu a citada ADI nº 2591, perante o Supremo.

Em muito apertada síntese, a Confederação requerente pretendia obter do Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, constante no § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, indicando como parâmetros de confronto os arts. 5º, inciso LIV, e 192, *caput* e incisos II e IV, da Constituição.

Lembrem-se as disposições invocadas: o inciso LIV do art. 5º é expresso: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Em outras palavras, é a busca de abono do “due process of law”, à pretensão que, como mais do que sabido, tem suas raízes no direito norte-americano, admitindo duas vertentes: a substantiva e a adjetiva.

O art. 192, *caput* (hoje com nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 40 de 29.5.2003, EC, aliás, que revogou todos os incisos e parágrafos do artigo em destaque), em sua redação original, dispunha:

“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: (...) II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão fiscalizador e do órgão oficial ressegurador; e (...) IV – a organização, o funcionamento e as atribuições do banco central e demais instituições públicas e privadas”.

O STF, aos 7 de junho de 2007, concluiu o julgamento da ADI, pela improcedência, por maioria de votos (dois votos vencidos, inclusive o do relator, o “schollar” e magistrado Professor Carlos Mário Velloso), ficando como relator para o acórdão o não menos “schollar” e magistrado, Professor Eros Roberto Grau.

Em apertadíssimo resumo, a Suprema Corte julgou improcedente o pedido formulado pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF contra a expressão constante do § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/90) que inclui, no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária (Lei 8.078/90: “Art.3º... § 2º 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”).

Entendeu a Corte não haver conflito entre o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e, ainda, da defesa do consumidor, haja vista que, nos termos do disposto no art. 192 da CF, a exigência de lei complementar refere-se apenas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, não abrangendo os encargos e obrigações impostos pelo CDC às instituições financeiras, relativos à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram – operações bancárias e serviços bancários –, que podem ser definidos por lei ordinária.

Registre-se, de passagem, que o Conselho Monetário Nacional baixou resoluções (nº 2.878, de 26 de julho de 2001, alterada pela de nº 2.892, de 27 de setembro de 2001), dispondo sobre a proteção do consumidor dos serviços prestados pelas instituições financeiras, que também foram consideradas ilegais pelo *decisum* em destaque.

Do voto vencedor, extraia-se, desde logo, como ilustração, o seguinte trecho:

“Também não resta dúvida no que tange à caracterização do cliente de instituição financeira como consumidor, para os fins do artigo 170 da Constituição do Brasil. A relação entre banco e cliente é, nitidamente, uma relação de consumo.

Como observei também em outra oportunidade, o Código define ‘con-

sumidor', 'fornecedor', 'produto' e 'serviço'. Entende-se como 'consumidor', como 'fornecedor', como 'produto' e como 'serviço', para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, o que descrito está no seu art. 2º e no seu art. 3º e §§ 1º e 2º.

Inútil, diante disso, qualquer esforço retórico desenvolvido com base no senso comum ou em disciplinas científicas para negar os enunciados desses preceitos normativos. Não importa seja possível comprovar, por a + b, que tal ente ou entidade não pode ser entendido, economicamente, como consumidor ou fornecedor. O jurista, o profissional do direito não perde tempo em cogitações como tais. Diante da definição legal, força é acatá-la. Cuide apenas de pesquisar os significados dos vocábulos e expressões que compõem a definição e de apurar da sua coerência com o ordenamento constitucional.

O art. 2º do Código diz que 'consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final'. E o § 2º do art. 3º define como serviço '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'. Assim temos que, para os efeitos do Código do Consumidor, é 'consumidor', inquestionavelmente, toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. Isso não apenas me parece, como efetivamente é inquestionável. Por certo que as instituições financeiras estão, todas elas, sujeitas ao cumprimento das normas estatuídas pelo Código de Defesa do Consumidor".

#### VIII – A função social do contrato, na escala da Constituição de 1988

Vive-se, também, hoje, a hora e a vez da função social do contrato. O Código Civil de 2002 é expresso, em seu art. 421: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Assim, atualmente, já não se pode falar, em termos de contrato pura e simplesmente, na plenitude da autonomia da vontade de que é expressão a liberdade de contratar.

O que é liberdade de contratar? Mestre Orlando Gomes (1992), com o saber de sempre, sintetizou: "o conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de autoregência de interesses, de livre discussão das condições contratuais, e por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de estipular o conteúdo do contrato".

Antes mesmo do advento do atual Código Civil brasileiro, apreciando esse novo tempo ou essa nova óptica dos ajustes, o civilista e professor da Universidade de São Paulo, Antônio Junqueira de Azevedo (1998), observou:

"Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocaram seu eixo do dogma da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual sanciona porque são úteis, com a condição de serem justos.

(...) Nessa ótica, continua-se a visualizar o contrato como uma oportunidade para o cidadão, atuando no âmbito da autonomia privada, dispor sobre os seus interesses, de acordo com a sua vontade, mas essa manifestação de vontade não pode só por isso prevalecer se dela resulta

iniqüidade e injustiça. O primado não é da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade de uns é maior do que o de outros”.

Considere-se que aquilo que o professor Antônio Junqueira de Azevedo denominou o primado da justiça refere-se precisamente que de um contrato não possa resultar iniqüidade; por isso o Código Civil de 2002, de modo expresso, delimitou que o exercício da liberdade de contratar ocorra nos limites da função social do contrato.

Cláudia Lima Marques (1998, p. 104), grande conhecedora do Direito do Consumidor, por sua vez, com precisão, observa:

“(…) hoje a função social do contrato, como instrumento basilar para o movimento das riquezas e para a realização dos legítimos interesses dos indivíduos, exige que o contrato siga um regramento legal rigoroso. A nova teoria contratual fornecerá o embasamento teórico para a edição de normas cogentes, que traçarão o novo conceito e os novos limites da autonomia da vontade, com o fim de assegurar que o contrato cumpra a sua nova função social”.

O Professor e ministro do STJ Antônio Herman V. Benjamin, em apresentação da obra “Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais”, da citada professora Cláudia Lima Marques, invoca, como epígrafe, palavras de Fouillée, inspirado no pensamento de Emanuel Kant: “qui dit contractuel dit juste”, vale dizer em vernáculo: “quem diz contratual diz justo”.

Por aí passa, naturalmente, também uma reflexão que diz muito sobre a função social do contrato.

O Código de Defesa do Consumidor, nessa linha ou melhor nesse novo tempo da realidade contratual, contém disposições por si eloqüentes, como as expressas nos arts. 46 a 50. Veja-se:

“Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os

consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance; Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor; Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos; Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados; Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito. Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações”.

Ademais, o CDC dedica toda uma seção (no mesmo capítulo da *proteção contratual*) sobre as cláusulas abusivas, da qual a

merecer registro o elenco contido em dezesseis incisos (não exaustivos) que dizem da nulidade de pleno direito dos contratos referentes a relações de consumo que, por exemplo, “I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis” ou “estabelecer obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Ressalva, contudo, o Código do Consumidor que a nulidade de uma cláusula abusiva contratual não invalida o ajuste, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

Cuida ainda o CDC dos contratos de adesão, assim definidos como os ajustes “cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. É tema a exigir maior reflexão, que não caberia fazer-se neste momento.

Em apertada síntese, pode-se dizer que os contratos devem atender à função social, à boa-fé objetiva, ao equilíbrio econômico e, quando afetar a um consumidor, à sua vulnerabilidade, considerada sua fragilidade (legalmente presumida nas relações de consumo).

Acrescente-se, consoante Luiz Edson Fachin (2005, p. 131), que

“(…) o sistema de amparo às relações de consumo surge em consonância com a axiologia e principiologia constitucional com o escopo de auferir concretude ao princípio da igualdade material.

Destarte, os direitos básicos fixados no Código de Defesa do Consumidor são

normas materialmente constitucionais (em que pese não se situarem topograficamente no texto constitucional) fundamentais (já que baldrames da tutela jurídica dos hipossuficientes, neste caso, os consumidores)”.

### *IX – Novo ordenamento decorrente da Carta de 1988: alguns importantes diplomas (Estatuto da Criança e do Adolescente, do Idoso e do Torcedor)*

A Constituição de 1988 concebida, nunca é demasiado repetir, também na escala dos chamados direitos de terceira geração, dedica especial proteção à criança, ao adolescente, ao idoso, ao desporto, além do meio ambiente e do patrimônio cultural, entre outros.

Com relação à criança e ao adolescente, destaque-se que o texto constitucional é expresso:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (art. 227 da Lei Fundamental).

Em 1990, adveio o Estatuto da Criança e do Adolescente (L. nº 8069).

Nesses relativamente poucos anos de vigência, o Estatuto em destaque sofreu algumas alterações, como as introduzidas pela Lei 10.764, de 12.XI.2003, e, naturalmente, o diploma, pela própria matéria que disciplina, não tem ficado imune a críticas e tem gerado, até mesmo, discussões polêmicas.

Com referência ao idoso, a Lei Maior de 1988, prescreve: “A família, a sociedade, e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na

comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

A exemplo do que ocorre com a criança e com o adolescente, o ordenamento jurídico brasileiro conta hoje com o Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 1º.X.2003). O envelhecimento, por tal diploma, é definido *como direito personalíssimo* e a sua proteção, um direito social.

Após disposições preliminares (Título I), o Título II versa sobre os direitos fundamentais do idoso, em dez capítulos, tratando, respectivamente: 1) do direito à vida; 2) do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; 3) dos alimentos; 4) do direito à saúde; 5) da educação, cultura, esporte e lazer; 6) da profissionalização e do trabalho; 7) da previdência social; 8) da assistência social; 9) da habitação; e 10) do transporte.

Dedicou o Estatuto o seu Título III (dividido em dois capítulos) às medidas de proteção ao idoso e o Título IV (com seis capítulos) disciplina a política de atendimento ao idoso.

Todo um Título (o quinto) foi dedicado ao acesso à justiça pelo idoso. Tal Título, de par com um capítulo sobre as disposições gerais, contém capítulos específicos sobre o Ministério Público, e sobre a proteção jurídica dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos.

A merecer destaque, na parte referente às ações cíveis, fundadas em tais interesses, a legitimação concorrente, para a sua defesa, I – do Ministério Público, II – da União, os Estados, o Distrito Federal, III – da Ordem dos Advogados do Brasil, e IV – das associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre os fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da pessoa idosa, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária.

O Título VI do Estatuto em destaque cuida especificamente dos crimes, em dois capítulos. O primeiro mandando aplicar

subsidiariamente as regras da ação civil pública às situações previstas no Estatuto, e estendendo a Lei 9.099/95 aos crimes previstos no novo diploma, em hipóteses cuja pena máxima privativa da liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos. E, no Capítulo II, tem-se a disciplina dos crimes em espécie (em 14 artigos), definindo, de certo modo, novos tipos penais. Ademais, no Título VII (que trata das disposições finais e transitórias), além de prescrever como crime “impedir ou embaraçar ato do Ministério Público ou de qualquer outro agente fiscalizador”, altera oito dispositivos do Código Penal, um da Lei das Contravenções Penais e, mais três, respectivamente, das Leis nº 9.455/ 97 (*que define os crimes de tortura*), nº 6.368/76 (*que dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica*) e nº 10.048/2000 (*que dá prioridade de atendimento às pessoas portadoras de deficiência física, os idosos com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos, as gestantes, as lactantes e as pessoas acompanhadas por crianças de colo*).

O desporto é também objeto de cuidados, por parte da Constituição, e conta com diversos diplomas específicos, a disciplinarem, em síntese, suas atividades (Lei Pelé e Lei Zico, por exemplo).

De passagem, registre-se que a justiça desportiva foi constitucionalizada, sendo expressa a Carta de 1988 (art. 217,§ 1º) em que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”, justiça essa que tem o prazo máximo de sessenta dias para proferir decisão nos processos que lhe sejam submetidos.

De outra parte, da conjugação da proteção aos esportes (aí de certo modo) e ao consumidor, surgiu o Estatuto da Defesa do Torcedor (Lei nº 10.761, de 15.5.2003).

Tal Estatuto oferece um conceito legal de torcedor como sendo “toda pessoa que aprecie, apóie ou se associe a qualquer

entidade de prática desportiva do País e acompanhe a prática de determinada modalidade esportiva”, enquanto a entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora de mando de jogo, foi equiparada, para todos os efeitos legais, a fornecedor, como tal definido pelo Código do Consumidor.

A figura de *ouvidor da competição* (em particular para receber sugestões, propostas e reclamações dos torcedores) foi criada e o seu nome deverá constar, entre outras informações, obrigatoriamente, da publicidade das competições, publicidade essa que deve ser ampla, inclusive com o uso da *internet* e afixação em local visível, da informação, no lado externo de todas as entradas do local onde se realiza o evento.

Da segurança do torcedor cuida o Capítulo IV do Estatuto, prescrevendo (art. 13), em particular, que “o torcedor tem direito a segurança nos locais onde são realizados os eventos esportivos, antes, durante e após a realização das partidas”.

Disciplina especial com relação aos ingressos (prazos para início da venda, numeração etc) consta do Capítulo V e os dois capítulos seguintes cuidam, respectivamente, do transporte dos torcedores e da alimentação fornecida nos estádios bem como da respectiva qualidade das instalações físicas e sua higiene.

Regras específicas com relação à arbitragem das competições são estabelecidas, arbitragem essa que deve ser “independente, imparcial, previamente remunerada e isenta de pressões”.

Como se fosse preciso prescrever, o Estatuto manda que a justiça desportiva observe, no exercício de suas funções, os princípios da impessoalidade, da moralidade, da celeridade, da publicidade e da independência.

Penalidades são previstas, em capítulo próprio do Estatuto, para os dirigentes, para as entidades e para os torcedores, nas hipóteses que aponta.

## X – Conclusões

Eis, em apertadíssima síntese, uma visão (ou um olhar, como se intitulou) sobre a Constituição de 1988 que, apesar de suas mais de sessenta emendas (incluídas no cômputo as leis de revisão), conta com um saldo positivo, mormente se considerados o ambiente histórico e as circunstâncias em que foi elaborada.

## Referências

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. In: *Revista dos Tribunais*. v. 750. São Paulo, abr. 1998.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o difusi. Giurisprudenza italiana, tomo 5, 1975.

DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e Jurisprudência do STF. *Revista Jurídica*. n.260, jun. 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Estudos de direito do consumidor - CDC. n.7. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005.

FERREIRA F., Manuel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOMES, Orlando. Contratos. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verbete sobre direitos difusos. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. v. 45. São Paulo, 1977.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o CDC. Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor*. n.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Contratos no código de defesa do consumidor. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MIRANDA, Jorge. A nova Constituição brasileira. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. n.8. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. Direito ambiental constitucional. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Evolução histórica do direito brasileiro (34): o século XX. In: *Jornal Correio Braziliense*, Suplemento "Direito & Justiça". 7 abr. 2003.

\_\_\_\_\_. Ação civil pública: 20 anos (2). In: *Jornal Correio Braziliense*, Suplemento "Direito & Justiça". 15 ago. 2005.

\_\_\_\_\_. A defesa do consumidor na ótica dos tribunais (1). In: *Jornal Correio Braziliense*, Suplemento "Direito & Justiça". 18 set. 2006.

\_\_\_\_\_. A defesa do consumidor na ótica dos tribunais (7). In: *Jornal Correio Braziliense*, Suplemento "Direito & Justiça". 13 nov. 2006.

\_\_\_\_\_. A defesa do consumidor na ótica dos tribunais (9). In: *Jornal Correio Braziliense*, Suplemento "Direito & Justiça". 30 out. 2006.

\_\_\_\_\_. Código de Defesa do Consumidor - 15 anos (3). In: *Jornal Correio Braziliense*, Suplemento "Direito & Justiça". 11 jul. 2005.

\_\_\_\_\_. Evolução histórica do direito brasileiro (47): o século XX. In: *Jornal Correio Braziliense*, Suplemento "Direito & Justiça". 23 jun. 2003.

\_\_\_\_\_. Novo ordenamento: estatuto da criança e do adolescente, do idoso e do torcedor. Material de classe do Curso de Direito da Universidade de Brasília. (Unidade 23), 2005.

# A Justiça Militar da União na Constituição brasileira de 1988

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

A Magna Corte Castrense, conforme narra a historiografia pátria, foi instituída em 1º de abril de 1808, por Alvará com força de lei, assinado pelo Príncipe-Regente D. João, com a denominação de Conselho Supremo Militar e de Justiça.<sup>1</sup> Por volta de 1891, instituiu-se o Supremo Tribunal Militar, com as mesmas competências do extinto Conselho Supremo Militar e, após o advento da Constituição de 1946, adquiriu a terminologia atualmente adotada: Superior Tribunal Militar.

Ao longo dos anos, a composição da Corte Militar no Brasil sofreu diversas alterações até chegar ao atual número de

<sup>1</sup> O Conselho Supremo Militar e de Justiça visava manter a ordem e a disciplina no âmbito militar. “Acumulava o referido órgão duas funções: uma de caráter administrativo, coadjuvando o governo em questões referentes a requerimentos, cartas-patentes, promoções, soldos, reformas, nomeações, lavratura de patentes e uso de insígnias, sobre as quais manifestava seu parecer, quando consultado; outra de caráter puramente judiciário. Como Tribunal Superior de Justiça Militar, o Conselho Supremo julgava em última instância os processos criminais dos réus sujeitos ao foro militar.

O Conselho Supremo Militar era integrado pelos Conselheiros de Guerra e do Almirantado e por outros oficiais que fossem nomeados como Vogais, os quais a maioria das vezes galgavam as posições de Conselheiros de Guerra.

O Conselho Supremo de Justiça possuía a mesma composição, acrescentando-se-lhe, porém, três juizes togados, um dos quais para relatar os processos” (BASTOS, 1981, p. 21).



quinze magistrados, civis e militares. A despeito das modificações numéricas no seu *quorum*,<sup>2</sup> a composição mista sempre se fez presente. Efetivamente, o instituto do escabinato foi consagrado na Justiça Militar tendo em vista as peculiaridades da vida na caserna, donde decorre a necessidade de mesclar a experiência dos comandantes com o saber jurídico dos togados.<sup>3</sup>

Consubstanciando 200 anos de História, foi ela integrada ao Poder Judiciário pela Carta Política de 1934, decorrência da vontade soberana da Assembléia Nacional Constituinte.

Como Justiça especializada, acoberta uma categoria especial de agentes, impulsionando a aplicação da lei militar às Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica – e julga, tão-somente, os crimes militares definidos em lei, preceito emanado do art. 124 da Constituição Federal.

Prevê a Lei Maior duas espécies de Justiças Militares: a federal e a estadual, *ex vi* dos artigos 122 a 124 e 125 §§ 3º, 4º, 5º, respectivamente, inseridos no Título II, Capítulo III, do Poder Judiciário – Seção VII – Dos Tribunais e Juizes Militares. No tocante à esfera federal, são órgãos da Justiça Militar da União, consoante estatui o art. 122 da Constituição Pátria, o Superior Tribunal

<sup>2</sup> A composição da Justiça Militar da União variou ao longo da História Brasileira. Originariamente era integrada por 13 magistrados, conforme o Alvará instituidor datado de 1º de abril de 1808. Em 1850 passaram a 15 os seus membros, número mantido com o advento da República pelo Decreto nº 149, de 18 de julho de 1893. Posteriormente, o Decreto nº 17.231-A, de 26 de fevereiro de 1926, reduziria esse número para 10, ampliado depois para 11 pela Constituição de 1934, Constituição sob cuja égide a Justiça Militar foi inserida na estrutura do Poder Judiciário. Com a promulgação do Ato Institucional nº 2, de 5 de novembro de 1965, o já denominado Superior Tribunal Militar voltou a ter quinze ministros vitalícios, composição mantida pelas Cartas de 1967/69 e pela Lei Maior vigente, promulgada em 1988. No transcurso da história brasileira, a Justiça Militar foi presidida por personagens marcantes, tais como, os Marechais Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto.

<sup>3</sup> No dizer de Astor Nina de Carvalho Júnior (2006, p. 18): “o bom magistrado militar não é aquele

Militar, os Tribunais e juizes militares, instituídos por lei. A previsão constitucional é regulamentada pela Lei 8.457, de 4 de setembro de 1992, que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus serviços auxiliares.

Com jurisdição em todo o território nacional, encontra-se o Superior Tribunal Militar na cúpula da estrutura hierárquica do Judiciário Castrense e é composto por 15 Ministros vitalícios – três Oficiais-Generais da Marinha, quatro Oficiais-Generais do Exército e três Oficiais-Generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira; e cinco civis – três advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e dois por escolha paritária entre juizes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar. Todos os magistrados são nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal.

Preservou a vigente Carta Política o escabinato ou escabinado, instituto mediante o qual magistrados militares e cíveis togados integram o mesmo Tribunal ou Juízo. Preservou-o em razão de ele “permitir aliar a experiência dos comandantes que atingiram o ápice das carreiras, acumulando mais de quarenta anos de vida na caserna, com o inegável conhecimento jurídico dos ministros civis” (MARINI E SOUZA, 2006). Dessa forma, a Justiça Castrense garante “uma aplicação justa e humana do direito militar”, na lição do Ministro Carlos Alberto Marques Soares (2008).

No tocante à competência, cabe às auditorias e ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, a teor do art. 124 da Constituição

que necessariamente conhece bem o ordenamento jurídico pátrio, mas aquele que, além de conhecer bem o direito militar, conhece o funcionamento e o cotidiano dos quartéis, pois o juiz, mesmo imparcial, não se pode quedar distante dos anseios e valores sociais, sob pena de julgar mal e não traduzir o sublime ideal de justiça”.

Federal.<sup>4</sup> A referida lei, invocada pela *Lex Magna*, é o Código Penal Militar promulgado em 1969, cujos artigos 9º e 10º estatuem sobre os crimes militares em tempo de paz e em tempo de guerra.<sup>5</sup> Trata-se, portanto,

<sup>4</sup> Cumpre rememorar lição de João Barbalho a propósito da Justiça Militar cujo foro é competente para processar e julgar os crimes militares e não, os crimes dos militares. Leia-se: "(...) o foro especial é para o soldado, *ut miles*, na phrase do jurisconsulto romano (...).

Para os crimes previstos pela lei militar uma jurisdição especial deve existir, não como privilégio dos indivíduos que os praticam, mas atenta à natureza desses crimes e à necessidade, a bem da disciplina, de uma repressão prompta e firme, com fórmulas summarias.

A existência das forças militares liga-se à existência da nação, como garantia de sua independência e segurança, e sem uma exacta e constante disciplina não cumprirão ellas seo importante fim.

Sem disciplina não há subordinação nem segurança; ella é a vida e a força dos exércitos. E sem uma jurisdição própria, privativa, militar também, essa disciplina seria impossível.

Além d'isso, a infracção do dever militar por ninguém pode ser melhor apreciada do que por militares mesmo; elles, mais que os estranhos no serviço das forças armadas, sabem compreender a gravidade da violação e as circunstâncias que podem modifica-la.

E assim o foro especial é uma condição de boa administração da Justiça" (BARBALHO, 1924, p. 466).

<sup>5</sup> Crimes Militares são infracções que deturpam os alicerces básicos e específicos da ordem e disciplina militar, que olvidam e corroem, com o seu aperfeiçoamento, obrigações e deveres do militar. Esse raciocínio é compartilhado por Cêlio Lobão (2006, p. 56) quando assevera "o crime militar é a infracção penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da protecção à autoridade militar e ao serviço militar".

Cabe ressaltar que a doutrina e jurisprudência estabelecem uma diferenciação entre os crimes militares, distinguindo-os em crimes propriamente e impropriamente militares. Consoante acentua Esmeraldino Bandeira, a classificação do delito em propriamente militar se traduz naquele crime que tão-somente o soldado pode cometer, visto que diz respeito à vida militar, considerada no conjunto da qualidade funcional do agente, da materialidade especial da infracção e da natureza peculiar do objeto danificado, isto é, o serviço, a disciplina, a administração ou a economia militar (BANDEIRA, 1919, p. 26). No que tange aos crimes impropriamente militares, cabe trazer a lume a lição de Celso Lobão (2006, p. 98) quando ensina que "(...) é a infracção penal prevista no Código Penal Militar que, não sendo 'específica e funcional da pro-

de uma Justiça destinada a julgar, exclusivamente, os crimes militares, cometidos tanto por militares e assemelhados,<sup>6</sup> quanto por civis.

Em se tratando do Superior Tribunal Militar, atua como instância originária e recursal. Na qualidade de Corte de Apelação, compete-lhe apreciar os recursos interpostos contra as decisões do Juízo *a quo*. Seus acórdãos são definitivos, só cabendo a interposição, para o Supremo Tribunal Federal, de recurso extraordinário, quando versar sobre questão constitucional – art. 102, III, "a", "b", "c" da CF – e de recurso ordinário em *habeas corpus* ou mandado de segurança, quando denegatória a decisão – art. 102, II, "a".

Originariamente, cabe-lhe processar e julgar os oficiais-generais das Forças Armadas acusados em ações penais – art. 6º, I, da Lei nº 8.457/92 –, bem como os mandados de segurança contra seus próprios atos, os do Presidente do Tribunal e os de outras autoridades da Justiça Militar. Compete-lhe ainda, nesta sede, conhecer e decidir sobre as representações para decretação de indignidade de oficial ou sua incompatibilidade com o oficialato – art. 142, § 3º, VI, da CF, e os feitos dos Conselhos de Justificação – art. 142, § 3º, VII da CF.

Concernente à primeira instância, é constituída por doze Circunscrições Judiciárias Militares, sendo que, em cada uma, funciona uma Auditoria, à exceção da primeira (1ª CJM), sediada no Rio de Janeiro, que possui quatro; da segunda (2ª CJM), sediada em São Paulo, que dispõe de duas; e da terceira (3ª CJM), sediada em Porto Ale-

fissão do soldado', lesiona bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições castrenses".

<sup>6</sup> "Assemelhado é o indivíduo que não sendo militar está sujeito à subordinação, disciplina e jurisdição militar, em virtude de exercer uma função específica disciplinada em lei (médicos, dentistas, engenheiros) nas Forças Armadas, bem como as pessoas que trabalham em navios, quartéis, fortes, que aos civis se equiparam, desde que subordinados à disciplina militar" (BASTOS, 1981, p. 496).

gre, que conta com três. As áreas territoriais das Circunscrições Judiciárias Militares correspondem às Regiões Militares que detêm maior concentração de contingentes do Exército Brasileiro. Existe, ademais, uma Auditoria de Correição, sediada em Brasília, com competência para proceder às correições gerais a fim de sanar eventuais erros *in procedendo* do Juízo *a quo*, comunicar ao Presidente do STM fato que exija pronta solução e providenciar a uniformização de livros e registros das auditorias.

Dentro das Auditorias funcionam os Conselhos de Justiça que podem ser de dois tipos: o Permanente e o Especial.

Os Conselhos Permanentes de Justiça julgam as praças de suas respectivas Forças – soldados, cabos, sargentos e suboficiais – e também os civis nos crimes militares definidos em lei. Desse modo, existem Conselhos de Justiça Permanente para a Marinha, Exército e Aeronáutica. Compõe-se de quatro juízes militares, um dos quais, o oficial superior, o preside, e de um juiz civil – o juiz-auditor. Os juízes militares servem ao órgão durante um período de três meses, vedada, em regra, a recondução para o trimestre subsequente (FERREIRA, 2006). Eles são designados mediante sorteio, entre os oficiais que se encontram sediados na área de jurisdição de cada uma das Circunscrições Judiciárias Militares.

Os Conselhos Especiais de Justiça, por seu turno, julgam os oficiais graduados – dos tenentes aos coronéis – denunciados pela prática de crime militar e funcionam da mesma maneira que os Conselhos Permanentes. Em tais Conselhos, os postos e as graduações dos juízes militares deverão ser mais elevados do que a do oficial acusado e eles funcionam durante o período de tempo necessário ao julgamento do militar que estiver sendo processado, não se renovando trimestralmente.

Cumpra informar que, em cada Auditoria, encontram-se investidos dois juízes-audidores, titular e substituto, ingressos na magistratura mediante concurso público

de provas e títulos, e que exercem funções judicantes idênticas.<sup>7</sup> Compete ao Superior Tribunal Militar nomeá-los e promovê-los e, em se tratando de promoção ao cargo de titular, ela ocorre entre os juízes-audidores substitutos e observará os critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente, a teor do disposto no art. 36 da Lei nº 8.457/92. O Tribunal somente poderá recusar o magistrado mais antigo pelo voto de dois terços de seus membros, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação. Em havendo simultaneidade na posse, a promoção por antiguidade recairá preferencialmente sobre aquele que obteve melhor classificação no concurso de ingresso na carreira. Outrossim, é obrigatória a promoção de juiz que figure por três vezes consecutivas, ou cinco alternadas, em lista de merecimento, desde que conte dois anos de efetivo exercício e integre a primeira quinta parte da lista de antiguidade. A promoção por merecimento obedece aos critérios de presteza e segurança no exercício da judicância, bem como a frequência e o aproveitamento do magistrado em cursos de aperfeiçoamento, critério este aferido no efetivo exercício do cargo.

Entre as incompatibilidades, estatui o diploma *retro* mencionado não poderem servir, conjuntamente, os magistrados, membros do Ministério Público e advogados que sejam entre si cônjuges, parentes

<sup>7</sup> Conforme salienta Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 484): “A primeira investidura na carreira da magistratura da Justiça Militar se dá no cargo de juiz auditor substituto, mediante concurso público de provas e títulos organizado e realizado pelo Superior Tribunal Militar. Em todas as fases do concurso exige-se a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 33 da Lei nº 8.457/92). Os candidatos deverão ser brasileiros, ter mais de vinte e cinco e menos de quarenta anos de idade (salvo se já ocupante de cargo ou função pública), estar no gozo dos direitos políticos, ser bacharel em Direito graduado por estabelecimento oficial ou reconhecido, ter exercido, no mínimo, durante três anos, no último decênio, advocacia, magistério jurídico em nível superior ou função que confira prática forense, ser moralmente idôneo e gozar de boa saúde física (...). O concurso terá validade por dois anos, contados da homologação, prorrogável uma vez, por igual período (art. 34, Lei nº 8.457/92)”.

consangüíneos ou afins em linha reta, bem como colateral, até o terceiro grau, e os que tenham vínculo de adoção.

Tais incompatibilidades se resolvem: antes da posse, contra o último nomeado ou contra o menos idoso, se as nomeações forem da mesma data e, depois da posse, contra quem lhe deu causa e contra o mais moderno, se a incompatibilidade for imputada a ambos. Por fim, se a incompatibilidade se der com o advogado, ele deverá ser substituído.

Na primeira instância atuam, ademais, como de resto, no Superior Tribunal Militar, representantes do Ministério Público Militar que funcionam nas causas como *custus legis* ou *dominus litis*, advogados constituídos e defensores públicos ou dativos.

Enfatize-se, por oportuno, ser a ação penal pública, iniciando-se com o recebimento da denúncia ofertada pelo Ministério Público Militar. Inexiste o pagamento de custas processuais. O oferecimento da denúncia, normalmente, é fundado em um Auto de Prisão em Flagrante, em uma Instrução Provisória de Deserção ou em um Inquérito Policial Militar.

Sinteticamente, esse é o funcionamento da Justiça Militar em tempo de paz, sendo outra sua atuação, em tempo de guerra.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Definem os artigos 9º e 10º do Código Penal Militar os crimes militares em tempo de paz e os crimes militares em tempo de guerra. *Verbis*:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial; II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado,

Isso porque previu o legislador um duplo sistema de organização da Justiça Militar em períodos de paz ou de conflitos armados. Nesse diapasão, o Código Penal Militar tipifica os crimes cometidos na guerra ou na paz. Pode-se afirmar que a lei material castrense é a única espécie normativa que tem eficácia parcial, vez a aplicabilidade de seus dispositivos condicionarem-se à situação na qual se encontra o país.

Salienta o Ministro Marcos Augusto Leal de Azevedo (2007) que,

“em tempo de guerra, compõem a Justiça Militar, junto às forças em operações, os juízes-auditors, os Conselhos de Justiça Militar e os Conselhos Superiores de Justiça Militar (art. 89 da Lei nº 8.457/92). Estes órgãos processam e julgam os crimes

contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar; III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra: I – os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra; II – os crimes militares previstos para o tempo de paz; III – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente: a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado; b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo; IV – os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado.

praticados em teatros de operações ou em território estrangeiro militarmente ocupado por forças brasileiras, salvo o que dispuserem os tratados e as convenções internacionais nos quais o Estado seja signatário.

Ao Juiz-Auditor compete presidir a instrução criminal nos processos em que forem réus, praças, civis ou oficiais até o posto de capitão-de-mar-e-guerra ou coronel, inclusive, bem como julgar praças e civis.

O Conselho de Justiça é composto de um juiz-auditor ou juiz-auditor substituto e dois oficiais mais antigos que o acusado. Similarmente aos Conselhos Especiais (em tempo de paz), o Conselho de Justiça é constituído para cada processo e dissolvido após o julgamento. Cabe-lhe o julgamento de oficiais, excetuados os oficiais-generais.

O Conselho Superior de Justiça é órgão de segunda instância, composto de dois oficiais-generais, em serviço ativo ou da reserva convocados, e um juiz-auditor, todos nomeados pelo Presidente da República. A presidência é exercida pelo juiz militar mais antigo. Compete a este Conselho, em síntese, processar e julgar oficiais-generais e as apelações advindas dos Conselhos de Justiça.

Junto a ele, funcionam um procurador e um defensor público, também nomeados pelo Presidente da República, dentre os membros do Ministério Público Militar e da Defensoria Pública da União, respectivamente.

Em linhas gerais, são essas as características da Justiça Militar em tempo de guerra”.

### *A Justiça Militar da União e a Emenda Constitucional nº 45/2004*

Contempla o art. 125, §§ 3º, 4º e 5º da Constituição Federal a previsão de institu-

írem-se nos estados-membros a justiça militar estadual para julgar os delitos militares definidos em lei cometidos pelos membros das Forças Auxiliares – policiais militares e bombeiros – e as ações judiciais contra atos disciplinares militares.<sup>9</sup> Ao contrário da Justiça Militar Federal, não compete à justiça

<sup>9</sup> Conforme adverte o Ministro José Coelho Ferreira (2006), “a Justiça Militar Estadual não é uma criação recente. Desde 1892 já havia no *Estado de São Paulo a Auditoria da Força Pública*, composta de um Auditor e de Conselhos de Justiça. As decisões do órgão eram revistas pelo Presidente do Estado, cargo que corresponde ao atual Governador de São Paulo. A situação perdurou até o ano de 1936. Com o advento da Lei Federal nº 192, de 17 de janeiro daquele ano, foi criada a Justiça Militar nos Estados. O Governo do Estado, através da *Lei Estadual nº 2.856, de 8 de janeiro de 1937*, criou o *Tribunal de Justiça Militar*, com a denominação de Superior Tribunal de Justiça Militar. A sua denominação atual é *Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo* e, desde a Emenda nº 2 à Constituição do Estado, de 30 de outubro de 1969, é composto de cinco (5) juizes, sendo três civis e dois militares.

No *Rio Grande do Sul*, com fulcro na Lei Federal nº 3.351, de 3 de outubro de 1917, que autorizou o julgamento dos oficiais e das praças das Polícias por elementos das suas Corporações nos crimes propriamente militares, foi criada a *Justiça Militar Estadual* por força do *Decreto nº 2.347-A, de 28 de maio de 1918*, que estabeleceu os *Conselhos de Disciplina*, organizados extraordinariamente, o *Conselho Militar* permanente, para o primeiro grau, e, como instância revisora, o *Conselho de Apelação*, composto por cinco membros: o Comandante-Geral da Brigada (que deveria presidir-lo), três oficiais militares, convocados por este, e um juiz togado, nomeado pelo Presidente do Estado, atual Governador do Estado do Rio Grande do Sul.

A Lei Federal nº 192, de 17 de janeiro de 1937, procurou sistematizar melhor a matéria, autorizando expressamente os estados-membros a instituírem a Justiça Militar estadual. Por conta disso, o *Decreto-Lei nº 47, de 19 de novembro de 1940*, fixou a Lei Orgânica da Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, convertendo o Conselho de Apelação em Corte de Apelação e, finalmente, atribuindo aos seus membros garantias de magistrados, tais como vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos. A Corte continuava composta por cinco membros, porém, agora todos eram nomeados pelo Governador do Estado. No primeiro grau, foram instituídos dois Conselhos: o Especial, para julgar oficiais, e o Permanente, para julgar as praças. A Lei nº 6.156/70 manteve a Corte de Apelação com cinco membros, dos quais, um civil. O *Código de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul* (Lei Estadual n. 7.356/80), de 1º de fevereiro de 1980, fixou a composição do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul em sete juizes, quatro militares

estadual castrense processar e julgar civis, somente, militares; mas, tal qual a Justiça da União, trata-se de órgão especializado do Poder Judiciário, possuidor de conhecimento e experiência para manejar litígios relacionados à caserna, cujos pilares são a hierarquia e a disciplina.

Ocorre que a Justiça Militar estadual sofreu modificações significativas com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Citem-se, a título de exemplo, a inclusão do juiz de direito como órgão da Justiça Militar, a transferência da presidência dos Conselhos ao juiz togado, a ampliação de sua competência para julgar atos de natureza punitivo-disciplinar e a transferência para o tribunal do júri do julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil. Ressalve-se, contudo, que permanece na esfera de competência do Juízo Militar dos Estados processar e julgar os crimes dolosos contra a vida cometidos por militar contra militar.

e três civis, todos nomeados pelo Governador, sendo esta a composição atual.

Em Minas Gerais, a Justiça Militar foi criada pela Lei nº 226, de 09 de novembro de 1937. Naquela época, compunha-se, apenas, de um Auditor e de Conselhos de Justiça, especiais ou permanentes. Na falta de um órgão próprio de segundo grau, a jurisdição era exercida pela Câmara Criminal da Corte de Apelação, hoje, Tribunal de Justiça.

Em 1946, através da Lei de Organização Judiciária do Estado e Regimento de Custas (Decreto-lei nº 1.630, de 15/01/46) foi ela reestruturada, com a criação do então chamado Tribunal Superior de Justiça Militar, sediado na Capital, como órgão de segundo grau de jurisdição, composto de três juízes, sendo um civil e dois militares, nomeados pelo Governador do Estado. A Lei nº 1.098, de 22 de junho de 1954, aumentou o número de juízes componentes do Tribunal de Justiça Militar para cinco, sendo três militares e dois civis. A Resolução nº 61, de 08 de dezembro de 1975, do Tribunal de Justiça, manteve o mesmo número de juízes, composição que se mantém até os dias atuais<sup>9</sup>.

Atuando na 2ª instância, existem três Tribunais Militares Estaduais localizados em São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, instituídos consoante o disposto no § 3º do art. 125 da Lei Maior. Nas demais unidades federativas, os policiais militares e bombeiros são julgados, em primeiro grau, pelas Auditorias Militares, com recurso para os Tribunais de Justiça Estaduais.

À evidência, o constituinte derivado limitou sua atuação à esfera dos entes federados, não alterando os dispositivos constitucionais concernentes à União. Disso resultou uma assimetria no tocante às competências dos Juízes, vez que, por força do artigo 124 do Texto Fundamental, a Justiça Militar da União não aprecia as punições disciplinares militares no âmbito das Forças Armadas.

Buscando reparar tal omissão, tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional 358/2005, apresentada pelo Senado Federal, com vistas a dar continuidade à reforma do Poder Judiciário.

O texto modifica a composição do Superior Tribunal Militar e alarga sua competência autorizando-o a apreciar as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas.<sup>10</sup> Sem dúvida, a ampliação da competência da Justiça Castrense Federal, para exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas,<sup>11</sup> terá o

<sup>10</sup> Segundo observa Jéssica da Silva Rodrigues (2008, p. 71): “o que não pode ocorrer é um mesmo texto normativo, sobretudo aquele que se constitui na fonte de validade das demais normas jurídicas, abarcar essa disparidade de competências, onde a mesma matéria pode ser analisada pela justiça especial ou pela justiça comum, a depender da parte envolvida: se membro das Forças Armadas ou das Forças Auxiliares. Não há dúvidas de que, se aprovada a PEC nº 358/2005, serão necessárias diversas adaptações, tais como a exigência das ações da cobrança de custas, o preparo dos processos, valor da causa, vez que essa nova jurisdição não será gratuita, impondo a necessidade de imediata adaptação da Lei de Organização Judiciária Militar. Ademais, o Ministério Público Militar deixará de exercer seu papel estritamente penal, para atuar em suas diversas atribuições conferidas constitucionalmente no art. 127”.

<sup>11</sup> Define a Lei nº 6.880/80 – o Estatuto dos Militares – o conceito legal de disciplina, em seu art. 14, § 2º. A punição disciplinar é cabível em decorrência da violação das obrigações ou dos deveres militares. A administração militar, no âmbito de cada Força, classificou e especificou em seus Regulamentos Disciplinares as hipóteses de aplicação da referida punição, *vg*: Decreto nº 88.545, de 26/07/1983 (Regulamento Disciplinar da Marinha), art. 6º, Decreto nº 4.346, de 26/08/2002 (Regulamento Disciplinar do Exército),

condão de dirimir os sucessivos conflitos instaurados na Justiça Federal que, nos termos do art. 109 da Grande Norma, deve apreciá-los em razão do vínculo funcional dos militares com a União.<sup>12</sup> No momento, conforme destacou a Desembargadora Marga Tessler (2006, p. 16-18), a fratura de competências tem fragilizado o Poder Judiciário porque compromete a eficácia, a segurança e a certeza dos julgados ao desuniformizar a jurisprudência. A padronização das decisões emanadas de uma justiça especial, inegavelmente, mais preparada para lidar com as causas que envolvam seus membros, prestigia o exercício da Jurisdição.

Insufismável a constatação de que, sendo a Justiça Militar uma justiça especializada, tal qual a do Trabalho e a Eleitoral, é ela quem detém a expertise para assegurar

---

art. 14; e Decreto nº 76.322, de 22/09/1975 (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica), art. 8º. As punições previstas nos Regulamentos Disciplinares Militares para as transgressões são, em geral, com algumas distinções: advertência, repreensão, detenção, prisão, licenciamento e exclusão a bem da disciplina. Apesar de suas peculiaridades, as sanções disciplinares são espécies de sanções administrativas. Têm por escopo resguardar os valores que regem a Administração Pública como um todo.

<sup>12</sup> Sobre a discussão, decisão do STF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PUNIÇÃO IMPOSTA A MEMBRO DAS FORÇAS ARMADAS. CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE. *HABEAS CORPUS* CONTRA O ATO. JULGAMENTO PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA. MATÉRIA AFETA À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 109, VII, e 124, § 2º. I – À Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a infrações (art. 124, § 2º, da CF). II – A legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de *habeas corpus*. Precedentes. III – Não estando o ato sujeito a jurisdição militar, sobressai a competência da Justiça Federal para o julgamento de ação que busca desconstituí-lo (art. 109, VII, CF). IV – Reprimenda, todavia, já cumprida na integralidade. V – HC prejudicado. 1ª Turma. RHC nº 88543. DJ de 27.4.07.

a incolumidade dos bens jurídicos tutelados pela lei material penal, bem como para avaliar a legalidade do exercício do poder disciplinar militar.

Mais, a celeridade judicial da Justiça Castrense é imperiosa para a preservação da hierarquia e disciplina dentro dos quartéis.

Certo é que a Justiça que tarda, falha. Em se tratando do Direito Penal Militar, a morosidade processual pode revelar-se fatal para a integridade das Forças Armadas, instituições nacionais permanentes, conforme se extrai da dicção constitucional. São elas as únicas que têm por finalidade a defesa da Pátria, valor mais elevado do que a própria vida, posto que, sob determinadas circunstâncias, impõe-se aos militares o dever de matar ou morrer. À tal valor especialíssimo, correspondem regras especialíssimas, que devem ser rigorosamente observadas, sob pena de comprometimento do próprio Estado Democrático de Direito.

Para além, a mobilidade, outra característica inerente à Justiça Militar, vislumbra-se imponderável em se tratando da Justiça Federal Comum. Inconcebível em situações de conflitos armados o deslocamento da Justiça Federal para teatros de operações de guerra, onde o poder disciplinar militar se faz mais premente; a uma, porque o Comandante não pode praticá-lo de forma abusiva ou ilegal; a duas, porque os crimes cometidos em situação tão dramática determinam uma pronta, ativa e ágil estrutura judiciária, que permita apurar os delitos e punir os culpados com a maior brevidade de tempo possível.

### *Os desafios da Justiça Militar da União*

Resta apontar os desafios e as perspectivas a serem enfrentados pela Justiça Militar, a Justiça mais antiga do Brasil, na contemporaneidade.

O primeiro embate é a superação do estigma de “justiça corporativa”. As estatísticas referentes à Justiça Militar Federal

revelam o seu rigor na aplicação da lei penal castrense, inadmitindo a impunidade dos acusados quando efetivamente comprovadas a autoria e materialidade do ato delitivo. Assim, o escopo judicial objetiva proteger a Instituição Castrense e os princípios que a norteiam: a hierarquia e a disciplina. E não poderia ser diferente. Os militares, ao contrário dos civis, detêm as armas da Nação; seu contingente é de aproximadamente 310.000 jurisdicionados – 220.000 no Exército, 55.000 na Aeronáutica e 55.000 na Marinha. Temerária, pois, para a Democracia, a inobservância de paradigmas rígidos de conduta, afinal, quando as Forças Armadas se desorganizam, tornam-se impotentes para cumprirem sua missão constitucional de defender a Pátria, pondo em risco a soberania do Estado e a estabilidade do regime político. Está-se a lidar com valores singulares, por isso mesmo, tutelados pelo Constituinte Maior e pelo legislador como bens jurídicos a serem resguardados pela ordem normativa e social. Daí decorre a importância da Justiça Militar da União como justiça especializada.

Ocorre, porém, que, apesar de sua relevância e de o Superior Tribunal Militar ter completado dois séculos de existência em 2008, há um profundo desconhecimento por parte da sociedade e, o que é mais grave, dos próprios operadores do Direito, sobre sua competência e atuação. Confundida muitas vezes com as justiças militares estaduais, supõe-se, não raro, ser a Corte Militar Federal responsável pelo julgamento das Forças Auxiliares – policiais militares e bombeiros – juntamente com os integrantes das Forças Armadas. Ademais, é comum atribuir-lhe a pecha de tribunal de exceção quando da vigência dos regimes autoritários no país. Nada mais equivocado. Atesta a história brasileira sua imparcialidade e isenção em decisões memoráveis, tal qual a prolatada pelo então Supremo Tribunal Militar, quando reformou sentença condenatória proferida contra João Mangabeira pelo Tribunal de Segurança Nacional do

Estado Novo, concedendo-lhe a ordem de *habeas corpus* – HC nº 8.417, de 21 de junho de 1937 – ou, ainda, quando deferiu medida liminar em sede deste mesmo *writ* constitucional; primeira Corte a fazê-lo, servindo tal decisão de precedente para o Supremo Tribunal Federal – HC nº 41.296, de 14 de novembro de 1964.<sup>13</sup>

Lamentavelmente, tal desconhecimento levou a Emenda Constitucional nº 45/2004 a olvidar o assento a que a Justiça Militar da União faz jus no Conselho Nacional de Justiça, omissão que a PEC 358/2005 busca reparar. Indiscutivelmente, o ingresso da Justiça Castrense Federal no CNJ revela-se medida de direito para reparar tratamento inconstitucional que atenta contra a unidade da Justiça e contra o Poder Judiciário como órgão do Estado.

A importância da jurisdição penal castrense faz-se, pois, imperiosa, para a preservação da autoridade militar na vigilância e subordinação às ordens no interior da corporação. Afinal, como salienta o Ministro Carlos Alberto Marques Soares (2008), “a disciplina é a força e a vida das instituições

<sup>13</sup> Outros exemplos poderiam ser mencionados para ilustrar a trajetória dignificante da Justiça Militar da União. Rememore-se o caso da incomunicabilidade dos presos, proibidos de manter contato com seus advogados sob a égide da Lei de Segurança Nacional e que teve, na histórica decisão da Representação nº 985, correta e precursora solução, ao observar os princípios do direito de defesa. Do mesmo modo, decidiu o STM na década de 1970 que a greve, mesmo quando declarada ilegal pelo Poder Executivo, se perseguisse objetivos de melhoria salarial não se traduzia, segundo o R.C nº 5385-6, em crime contra a segurança nacional. Ainda, no R.C nº 38.628, assentou a Corte Militar que a mera ofensa às autoridades constituídas, embora expressa em linguagem censurável passou a não mais tipificar crime contra a segurança do Estado.

As decisões aqui referidas, entre outras que poderiam ser elencadas, conferiram incensuráveis desates e exata dimensão jurídica sobre temas que constantemente se prestavam a interpretações dúbias. Sem dúvida, está-se diante de jurisprudência que, ao sobrepor-se às pressões políticas, deixou significativo legado às gerações futuras e ao democratismo do Poder Judiciário. Por fim, saliente-se que os defensores públicos da União, quando atuaram pela primeira no Judiciário Pátrio, atuaram no Tribunal Militar Federal.



militares, juntamente com a preservação dos princípios hierárquicos (...).” Tais valores “necessitam de uma legislação própria e de uma jurisdição especializada que possa dar garantia de sua manutenção. Esse foro especial se constitui na condição da boa administração da Justiça”.

Alfim, imprescindível a ampliação da competência, decisiva para a unificação, por pertinência temática, das jurisdições militares, em face da alteração promovida pela EC nº 45/04, mormente porque, conforme salientado, tanto o crime quanto a infração disciplinar militar constituem ofensas à hierarquia e disciplina, princípios basilares não apenas para as Forças Auxiliares, mas, igualmente, para as Forças Armadas.

O enfrentamento de tais desafios vem ao encontro de um Brasil que vivencia momentos 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” (ALARCÓN, 2005, p. 28). Prestigiar os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana e renovar a atuação judicial, neutralizada por diversas mazelas que comprometem sua identidade conceitual e axiológica, constitui-se no decisivo contributo da Magistratura para a edificação da nacionalidade, tão acutilada pelas vicissitudes do processo político brasileiro.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> 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 a partir da dimensão de conflitualidade que a democracia, como processo, oferece.

Para Habermas (1977, p. 118), “o Estado democrático de direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim, como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente

A legitimidade da potestade pública, em todas as suas esferas, passa necessariamente pelos foros judiciais.<sup>15</sup> Sobrelevar-lhe a atuação é valorizar a coesão, a congruência e a identidade do sistema constitucional,<sup>16</sup> sem olvidar o que Lassalle chamaria de “os fatores reais do poder”.<sup>17</sup>

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”.

<sup>15</sup> Francisco Fernandez Segado (1984, p. 54) destaca a relevância da atuação da Judicatura quando se refere ao Tribunal Constitucional em Espanha, a quem compete a importantíssima função integradora do Direito. “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”.

<sup>16</sup> Deste teor colhe-se a doutrina de Jorge Miranda (1988, p. 228): “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 idónea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa (...)”.

Em sentido idêntico pronuncia-se García-Pelayo (1984, p. 115): “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”.

<sup>17</sup> Ferdinand Lassalle (1985), 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*.

“Sua teoria diferenciadora 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” (BASTOS, 2000, p. 22).

Nesse diapasão, a vivência bicentenária da Justiça Militar da União, cuja trajetória institucional amalgama a História do Brasil, projeta a afirmação do Estado como *ethos* e o permanente comprometimento do Poder Judiciário com a construção da legitimidade e do democratismo estatal.

### Referências

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do judiciário e efetividade da prestação jurisdicional*. In: Reforma do Judiciário analisada e comentada. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón (Coord.). São Paulo: Método, 2005.

AZEVEDO, Marcos Augusto Leal de. A cadeia de comando e como ela interage com a Justiça Militar do Brasil. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA PELOS TRIBUNAIS MILITARES. organizado pelo Alto Comissariado dos Direitos Humanos das Nações Unidas, pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil e pelo Superior Tribunal Militar do Brasil. Brasília, 28 nov. 2007.

BANDEIRA, Esmeraldino. *Direito, justiça e processo militar*. v.1. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1919.

BARBALHO, João. *Constituição Federal brasileira: comentários*. 2.ed. Rio de Janeiro: Briguiet e Cia. Editores, 1924.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição brasileira: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v.4, 2.ed. Tomo 3 - Arts. 92 a 126. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Paulo César. *Superior Tribunal Militar: 173 Anos de História*. Brasília, 1981.

CARVALHO JUNIOR, Astor Nina. A segunda etapa da reforma do judiciário e o novo perfil do Superior Tribunal Militar. In: *Revista de Direito Militar*. v.10, n. 61, 2006.

RODRIGUES, Jéssica da Silva. *O controle jurisdicional do ato disciplinar militar no âmbito das Forças Armadas*.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília, 2008.

FERREIRA, José Coelho. A jurisdição cível da justiça militar: abrangência e limites dessas nova competência, tanto a nível federal como estadual. Necessidade de reestruturação da justiça militar da união. In: SEMINÁRIO JURÍDICO ESMPU/MPM, 1. Paraná/Rio Grande do Sul, 28 set. 2006.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional Comparado*. Alianza Editorial, S.A, Madrid, 1984.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Walter Stöner, prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*. 3. ed. Brasília Jurídica, 2006.

MARINI E SOUZA, Henrique. *A justiça militar da União*. Conferência realizada para oficiais-generais e oficiais superiores das Forças Armadas da República de Angola, em 19 de julho de 2006.

MARQUES SOARES, Carlos Alberto. *Justiça militar da União: 200 Anos*. Palestra proferida em Comemoração ao Bicentenário da Justiça Militar Federal, na Auditoria da 9ª Circunscrição Judiciária Militar. Campo Grande, Mato Grosso do Sul, 13 jun. 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: introdução à teoria da Constituição*. 2.ed. Tomo 2 (reimpressão). Coimbra, 1988.

NAKHNIKIAN, George. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Tradução de Eugenio Bulygin y Genaro R. Carrió. México: Distribuciones Fontamara, S.A, 1993.

SEGADO, Francisco Fernández. *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid: Dykinson, 1984.

TESSLER, Marga Inge Barth. A competência da justiça militar da União com a provável aprovação da PEC Nº. 358/2005. In: *Revista Direito Militar*. n. 62, nov./dez. 2006.

---

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 México: Distribuciones Fontamara, S.A, 1993.

# O meio ambiente na Constituição de 1988

## Sobrevôo por alguns temas vinte anos depois

Marcelo Dias Varella e  
Márcia Dieguez Leuzinger

### Sumário

1. Meio ambiente como direito fundamental.
2. Conservação da diversidade biológica.
3. Espaços territoriais protegidos.
4. Estudo prévio de impacto ambiental.
5. Educação ambiental.
6. Considerações Finais.

O constituinte de 1988 teve o mérito de conferir *status* constitucional à proteção do meio ambiente. Trata-se de um processo de confluência, pelo qual mais de um terço dos Estados do planeta alteraram suas respectivas constituições, incorporando valores ambientais. Cada Estado adaptou sua lei fundamental em função das suas próprias peculiaridades, revelando, de certa forma, sua visão sobre meio ambiente, proteção e conservação do seu território. Isso porque as relações entre as sociedades humanas e o ambiente que as cerca são frutos da cultura, possuindo, cada grupo, formas peculiares de se relacionar com a natureza, que podem ou não ser sustentáveis.

No caso do Brasil, o tratamento ao meio ambiente pela Constituição Federal de 1988 revela alguns eixos centrais, relacionados à nossa visão sobre o tema: o meio ambiente como direito fundamental; a conservação da diversidade biológica e dos processos ecológicos; a criação de espaços territoriais especialmente protegidos; a necessidade de estudo prévio de impacto ambiental antes da realização de atividades potencialmente causadoras de significativa degradação; e

a educação ambiental. Vinte anos depois, é importante identificar se houve avanços na construção de regras jurídicas infraconstitucionais efetivas para a proteção desses bens ambientais e se a Constituição, de fato, trouxe mudanças reais para o Direito brasileiro.

Este artigo pretende apresentar, em rápidas linhas, o desenvolvimento desses principais pontos e tecer breves comentários críticos sobre a implementação dos dispositivos constitucionais.

### 1. Meio ambiente como direito fundamental

A Constituição Federal, em seu art. 225, *caput*, declarou termos todos o direito fundamental “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, direito difuso, de terceira geração, decorre diretamente do direito à vida, em sua acepção *qualidade de vida*. Ao contrário dos direitos fundamentais individuais e sociais, traz como principais características a transindividualidade, tendo por destinatário todo o gênero humano,<sup>1</sup> sua desvinculação de critérios patrimoniais e o abandono da idéia tradicional de direito subjetivo, que demanda a individualização de um titular (BARROSO, 1996). Desse modo, quando se pretende defender o ambiente sadio, não é possível fazê-lo apenas para uma ou para algumas pessoas, aproveitando semelhantes ações a todos, indistintamente.

<sup>1</sup> Segundo Paulo Bonavides (1993, p. 481), os direitos difusos “não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação, como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.

Outra peculiaridade do direito ao meio ambiente equilibrado, conforme posto na Carta Federal de 1988, é a coincidência entre seus titulares e os destinatários da obrigação de manter o ambiente hígido, na medida em que a Constituição Federal reparte esse dever entre o Poder Público e a sociedade. Criou a CF/88, assim, uma função, chamada de função ambiental, consubstanciada na obrigação, cometida ao Estado e aos integrantes do corpo social, de preservação do ambiente natural (BENJAMIN, 1993). Divide-se a função ambiental, portanto, em pública e privada, subdividindo-se a primeira em legislativa, judiciária e administrativa.

No tocante à função ambiental privada, muito embora não haja, na Constituição, o estabelecimento de obrigações específicas em relação aos particulares, pode-se inferir que, no mínimo, deverão observar as normas de proteção ao ambiente natural, podendo-se, inclusive, interpretar essa obrigação de forma mais ampla, o que incluiria a real participação da sociedade na gestão do patrimônio natural.

Em relação à função ambiental pública, determinou a Constituição, no § 1º do art. 225, como meio de assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, prestações materiais e atuação legislativa, a que concorrem os três entes federativos, no âmbito de suas respectivas competências.

Tais dispositivos têm, de fato, contribuído para mudar a visão do Direito brasileiro sobre o meio ambiente. Hoje, é raro encontrar nos tribunais a desconsideração do direito ao ambiente sadio como direito fundamental. No entanto, parece, em muitos casos, que esse direito fundamental cede espaço para outros valores ligados ao mercado. Muitas vezes, carece de efetividade pela falta de dispositivos legais específicos que concretizem o valor constitucional. Em outras palavras, a consideração do meio ambiente equilibrado como um direito fundamental em diversas situações não é

suficiente para impor a proteção ambiental em face de um caso concreto de dano.

## 2. Conservação da diversidade biológica

A diversidade biológica foi incorporada na Constituição de 1988 com a emergência da defesa do Brasil da tese da soberania nacional dos recursos genéticos. Naquela época, o tema era objeto de intensos debates em todo o mundo e o Brasil era um dos principais opositores à idéia do princípio da diversidade biológica como patrimônio comum da humanidade. Apenas com a Convenção sobre a Diversidade Biológica, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, em 1992, quatro anos após a Constituição Federal, o tema passou a ser regulado internacionalmente.

No plano concreto, nestes últimos vinte anos, a proteção da biodiversidade se estruturou a partir de três grandes vertentes: proteção de espécies naturais e de ecossistemas; controle da biossegurança; e controle do acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais a eles associados.

A proteção de espécies naturais e de ecossistemas teve uma evolução mais importante no plano legislativo, apresentando, todavia, baixa efetividade no plano prático. De fato, um conjunto de normas foi redigido para a proteção das espécies ameaçadas de extinção, assim como para a utilização racional de ecossistemas, preservação de *habitat* e de processos ecológicos. No entanto, nestes vinte anos, as taxas de desmatamento da região Norte e Centro-Oeste do Brasil apenas avançaram, e o ritmo de derrubada de florestas e a destruição de ecossistemas aumentam a cada ano. Os avanços da fronteira agrícola e a incapacidade institucional de fazer cumprir as normas, inclusive as mais recentes, como a Lei de Crimes Ambientais, garantem impunidade aos agentes. Na prática, pode-se dizer que se conhece a importância do meio ambiente equilibrado, mas os atores priva-

dos e, em alguns casos, o próprio Estado, preferem a destruição de *habitat* e, conseqüentemente, da biodiversidade, em prol do avanço, entre outros, do agronegócio. Atualmente, o Brasil disputa a cada ano a posição incômoda de maior destruidor de florestas tropicais do planeta.

O controle da biossegurança, por sua vez, consolida-se com o controle da introdução de organismos alienígenas no meio ambiente, tanto silvestres vindos de outros Estados, como geneticamente modificados. No tocante aos organismos silvestres, as Delegacias de Vigilância Sanitária e os controles de fronteira brasileiros têm obtido avanços consideráveis e pode-se dizer que a norma constitucional contribuiu para evitar maiores impactos sobre o ambiente natural. O tema dos organismos geneticamente modificados é mais sensível política e juridicamente e foi objeto de polêmicas intensas, judiciais e legais, em especial sobre a soja e o algodão transgênicos. Recentemente, foi aprovada a Lei 11.105/05, que estabelece competências entre as diferentes instâncias envolvidas, reforçando o poder decisório da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, o que vem causando muitas divergências. O tema ganhou tanta importância que foi necessária a criação de um conselho de ministros, o Conselho Nacional de Biossegurança, apenas para lidar com os casos mais difíceis.

No que se refere ao controle do acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados, os avanços foram muito menores. O objetivo de desenvolvimento a partir do uso racional da diversidade biológica, com agregação de valor por meio de produtos e processos mais elaborados, não foi alcançado. Pelo contrário, no intuito de tudo regular e proteger, o Estado mostrou sua incapacidade de lidar com tantas pesquisas realizadas, no Brasil e no exterior, com recursos genéticos de origem brasileira. O resultado foi um regime regulatório, instaurado pela Medida

Provisória 2.186/01, que pouco ou nada trouxe de positivo para o país.

### 3. Espaços territoriais protegidos

A CF/88, no inciso III do § 1º do art. 225, prevê a criação, em todas as unidades da federação, de “espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”.

A instituição, pelo Poder Público, de espaços territoriais especialmente protegidos, que também constituem instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), vem sendo considerada pela comunidade científica uma das mais eficientes maneiras de conservação da diversidade biológica *in situ*. A prática de preservação de espécies carismáticas e locais belos, que fundamentou a criação de espaços ambientais, no Brasil, ao menos até o fim da década de 1970, foi substituída, a partir da utilização de critérios científicos, pela idéia de proteção de *habitat* e de paisagens.

Espaços territoriais especialmente protegidos (ETEP) podem ser definidos como qualquer área, criada pelo Poder Público, sobre a qual incida proteção jurídica específica, integral ou parcial, de seus atributos naturais, seja ela pública, seja privada. Os ETEP constituem, portanto, gênero que, por sua vez, subdividem-se em unidades de conservação, espaços de proteção específica e áreas protegidas. Unidades de conservação são apenas aquelas expressamente previstas pela Lei nº 9.985/00 (Lei do SNUC), sendo todos os demais espaços ambientais, como áreas de preservação permanente, áreas de reserva legal, jardins botânicos e zoológicos, hortos florestais, entre muitos outros, classificados como espaços de proteção específica. Atualmente, a partir da expedição do Decreto nº 5.758/06, que instituiu o Plano Nacional de Áreas Pro-

tegidas, foi criada uma terceira categoria de espaço ambiental, denominada “áreas protegidas”, que abrange, parcialmente, as outras duas, na medida em que se compõe de unidades de conservação, terras indígenas e territórios quilombolas, estes dois últimos também integrantes dos chamados espaços de proteção específica.

A necessidade de se compreender o alcance da expressão não se limita à esfera meramente teórica, trazendo conseqüências práticas relevantes, uma vez que, nos termos determinados pela CF/88, a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pode ser feita por ato administrativo ou legislativo, mas sua supressão ou modificação dependerá sempre de lei em sentido formal. Ou seja, o Estado poderá criar espaços territoriais especialmente protegidos por lei ou por ato administrativo, mas, havendo a necessidade de extingui-los ou de alterar-lhes os limites, será necessária a edição de lei específica, editada pelo Poder Legislativo.

No que diz respeito às unidades de conservação, a própria Lei nº 9.985/00 já prevê, no § 7º do art. 22, que “a desafetação ou redução dos limites de uma unidade de conservação só pode ser feita mediante lei específica”. O problema, entretanto, encontra-se nos demais espaços ambientais, para os quais também é necessária a edição de lei para sua extinção ou modificação.

A efetividade desse dispositivo, contudo, é bastante questionada, na medida em que a própria legislação infraconstitucional permite, em determinados casos, a alteração de espaços ambientais mediante simples autorização do órgão ambiental. É o que ocorre com as áreas de preservação permanente, que podem ter suprimida a vegetação quando autorizada pelo órgão ambiental competente, nos termos do art. 4º do Código Florestal, na redação que lhe foi emprestada pela Medida Provisória nº 2.166/01, cuja constitucionalidade está sendo questionada em ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal

Federal. Ora, se a própria legislação ignora os comandos constitucionais, não havendo, por outro lado, dispositivo legal enumerando claramente os ETEP, é claro que abusos de todos os tipos vêm sendo praticados, muitas vezes com a anuência do Estado.

#### 4. Estudo prévio de impacto ambiental

Outro mérito do legislador constituinte de 1988 que merece destaque é a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente. Tal instrumento já estava presente no direito brasileiro desde a edição, em 1981, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que menciona a avaliação de impactos ambientais como instrumento de gestão, sendo, posteriormente, regulamentado pela Resolução CONAMA nº 01/86, que definiu os critérios básicos e diretrizes gerais do Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório (EIA/RIMA). Em 1988, o EIA ganhou status constitucional, afastando dúvidas acerca de sua incidência sobre normas posteriores e de sua obrigatoriedade sempre que presente o risco de que determinada atividade ou empreendimento venha a causar significativa degradação.

A possibilidade de aplicação da exigência constitucional, mesmo em caso de perigo, leva alguns autores a considerarem que o princípio da precaução integraria o texto constitucional, o que foi confirmado pelos tribunais, como no contencioso sobre a soja geneticamente modificada, que envolveu diferentes processos judiciais entre 1998 e 2003. O princípio da precaução é aplicável quando não há certeza sobre o nexo de causalidade entre o ato e o dano, ou mesmo sobre a existência de dano, o que induz as autoridades a instaurarem uma gestão integrada de riscos antes de liberar ou manter qualquer atividade.

Na prática, entretanto, sua implementação encontra obstáculos em virtude da multiplicação de empresas que, em vez de

realizarem estudos de impacto para cada atividade, avaliando os riscos envolvidos, apenas copiam estudos já realizados. Como o Poder Público não tem condições de analisar a fundo esses estudos, em muitos casos a obrigação constitucional não se torna efetiva, transformando-se em mera formalidade sem importantes efeitos concretos.

#### 5. Educação ambiental

No inciso VI do art. 225 da Constituição, encontra-se a obrigação de o Poder Público promover, em todos os níveis de ensino, educação ambiental, além da conscientização pública para a preservação do meio ambiente. Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 9.795/99, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental.

Essa norma, que define educação ambiental como um “componente essencial e permanente da educação nacional”, que deve estar presente “em todos os níveis e modalidades do processo educativo” (art. 2º), quando trata da educação formal, menciona não apenas a educação infantil e ensinos fundamental e médio, mas também a educação superior, especial e profissional. Todavia, não se vê, nos currículos dos cursos superiores, qualquer preocupação com o desenvolvimento de uma prática de educação ambiental integrada e contínua, o que demonstra, mais uma vez, a baixa efetividade das normas ambientais constitucionais e infraconstitucionais.

Mesmo nos ensinos fundamental e médio, embora exista a preocupação com a inserção da educação ambiental nos programas das diferentes disciplinas, a falta de capacitação dos professores impede que os objetivos de conscientização e informação das crianças e jovens sejam alcançados plenamente.

Por outro lado, tanto a CF/88 quanto a Lei nº 9.795/99 tratam também da educação informal, consubstanciada nas “ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e

à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente” (art. 13 da Lei 9.795/99), o que significa o atendimento ao princípio da informação. O Estado tem, assim, a obrigação de conscientizar a população sobre a importância de proteger o meio ambiente, bem como de informá-la, periodicamente, sobre a qualidade dos bens ambientais, para que cada um possa cumprir o dever constitucionalmente imposto à coletividade de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e para as futuras gerações.

Tais informações, todavia, em geral não são fornecidas conforme legalmente determinado, inclusive pela Lei nº 6.938/81, que impõe ao IBAMA a elaboração anual de Relatório sobre Qualidade do Meio Ambiente, obrigação esta que não vem sendo cumprida satisfatoriamente.

Por essa razão, fica prejudicada a efetiva participação dos cidadãos na defesa e gestão do patrimônio ambiental, pois o que se tem notado é a ausência de informações periódica e sistematicamente difundidas, limitando-se o Poder Público, muitas vezes, a informar apenas quando ocorrem catástrofes ou graves casos de degradação ambiental.

### 6. Considerações Finais

Há um longo caminho ainda a ser percorrido. A Constituição Federal trouxe benefícios importantes para a proteção ambiental. A proteção constitucional garantiu um status privilegiado ao meio ambiente,

possibilitou um maior comprometimento do Estado e da Sociedade com a preservação ambiental e a promoção do desenvolvimento sustentável

No entanto, os principais eixos do tratamento da matéria constitucional estão ainda em construção. Dependem de mudanças de percepção dos operadores jurídicos, dos legisladores, dos gestores públicos e de toda a sociedade sobre a importância do uso racional dos recursos naturais e da promoção do desenvolvimento sustentável. A proteção do meio ambiente, quando em confronto com outros valores também constitucionais (ou mesmo infraconstitucionais), acaba, por variadas razões, gozando de baixa efetividade.

### Referências

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Função ambiental*. In: *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. O regime brasileiro de unidades de conservação. In: *Revista de Direito Ambiental n. 21*. São Paulo: Revista dos Tribunais. jan./mar. 2001.

\_\_\_\_\_. Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. In: *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.



# A evolução do regime constitucional da parceria público-privada e do capital estrangeiro

Arnoldo Wald

## Sumário

1. Aspectos gerais da evolução constitucional. 2. A Constituição e o capital estrangeiro. 3. Conclusões

### *1. Aspectos gerais da evolução constitucional*

A evolução do nosso regime constitucional, nos dez últimos anos, caracteriza-se pela abertura da nossa economia e por uma parceria crescente entre capitais públicos e privados, nacionais e estrangeiros. Houve, no fundo, uma modificação das áreas de atuação do Estado, tornando-o mais eficiente e transformando-o de operador em regulador, em relação a numerosos serviços públicos, que podem ser prestados pela iniciativa privada, sob a fiscalização estatal, ou mediante a adequada parceria entre as entidades de direito público e empresas comerciais.

Assim, a iniciativa privada utiliza os seus recursos, a sua tecnologia e o seu *know how* na administração (o *management*), no interesse público, sem prejuízo de ser adequadamente compensada para tanto (WALD et al, 2004, *passim*). É o modo de instaurar o estado modesto e eficiente (CROZIER, 1987), superando os entraves da burocracia, como reconheceu o próprio constituinte, tanto assim que o Brasil talvez seja o único país no mundo, se não um dos

poucos, a ter incluído na sua Constituição a obrigação do Estado de ser eficiente<sup>1</sup>.

Diante da globalização, fez-se necessário examinar, em particular, a evolução do nosso direito em relação ao capital estrangeiro, cujo regime se transformou completamente, passando de uma situação na qual, no campo econômico, a equiparação do estrangeiro ao nacional era quase excepcional para um regime de quase igualdade entre estrangeiros e nacionais no plano das relações negociais.

## 2. A Constituição e o capital estrangeiro

Quando me formei em direito pela Faculdade Nacional de Direito, em 1953, lembro-me que encontrava, no art. 3º do Código Civil, a norma de acordo com a qual a lei não distinguia entre nacionais e estrangeiros em relação aos direitos civis, seguida de várias páginas de notas elencando as numerosas exceções, de tal modo que, praticamente, a regra geral só incidia em alguns poucos casos, havendo, ao contrário, discriminação na maioria das situações. Do mesmo modo, havia regimes jurídicos distintos para brasileiros natos e naturalizados em quase todos os campos de atividade, que, aos poucos, foram desaparecendo, restando, em ambos os casos, muito poucas discriminações no texto constitucional atualmente vigente.

A Constituição de 1988, na sua redação original, manteve a discriminação quanto ao capital estrangeiro, constando em mais de dez artigos, quando, ao contrário, a maioria das constituições modernas de outros países não se referem ao estrangeiro, senão, algumas poucas delas, geralmente para tratar do direito de asilo. Podemos, todavia, afirmar que, em vinte anos, a maioria dessas discriminações desapareceu, tendo sido algumas poucas substancialmente mitigadas, em virtude de emendas constitucionais ou da interpretação construtiva dada ao texto constitucional, havendo

<sup>1</sup> Art. 3º da Emenda Constitucional nº 19, que deu nova redação ao art. 37, *caput*, da Constituição.

discussão para reformular total ou parcialmente as poucas restantes.

Efetivamente, há hoje um consenso quanto à necessidade de atrair capitais para permitir a aceleração do desenvolvimento nacional, acarretando maiores investimentos, que o Estado não mais está em condições de fazer e para os quais a poupança privada nacional é insuficiente.

Reconhece-se que ultrapassamos a fase de substituição das importações, que teve a sua utilidade para desenvolver a indústria nacional, devendo doravante participar de um cenário de integração competitiva, no qual o capital estrangeiro tem uma importante contribuição a dar para que possamos resolver os nossos problemas de infraestrutura, utilizar recursos internacionais relativamente baratos, aproveitar as novas tecnologias e alcançar a plena maturidade econômica e o equilíbrio social.

Nos últimos anos, a abertura das fronteiras, o desaparecimento das distâncias, a privatização, com a substancial participação estrangeira, e a implantação do sistema de concessões de obras e serviços públicos estão permitindo que aceleremos rapidamente, embora ainda de modo insuficiente, a modernização da nossa infra-estrutura.

Assim sendo, no plano constitucional, a revisão deveria ter em vista as condições gerais que pudessem dar estabilidade econômico-financeira e institucional ao país justificando-se a adoção de normas específicas referentes à não-discriminação do capital estrangeiro, ressalvadas algumas poucas exceções, que se justificam pela defesa da segurança nacional.

Em relação às medidas gerais, necessárias para criar um contexto favorável ao maior ingresso no país do capital estrangeiro produtivo, parecia-nos importante a introdução de mecanismos constitucionais que obrigassem o Estado a combater mais agressivamente a inflação, proibindo, outrossim, os planos com os quais o Poder Público costumava, no passado, intervir no campo monetário, sob as mais variadas

formas, perturbando a estabilidade das relações econômico-financeiras internas e internacionais e desrespeitando os contratos, como ocorreu na Argentina.

Assim, sem prejuízo de outras normas específicas, pensávamos que seria oportuno, por exemplo, vedar o uso de medidas provisórias em matéria monetária e restringir a utilização do poder monetário, tanto pelo Governo quanto pelo Congresso, com regras análogas àquelas que existem no tocante aos tributos, evitando, assim, que as relações jurídicas de direito privado sejam perturbadas e desequilibradas por atos do Poder Público, como aconteceu nas décadas de 1980 e 1990.

A credibilidade da moeda, o restabelecimento da confiança no Estado, o desaparecimento de um excessivo *deficit* público, o controle do endividamento público nacional, estadual e municipal, a estabilidade da ordem jurídica vigente e a responsabilidade fiscal, superando-se tanto a inflação monetária como a de normas legais e regulamentares, parecem ser precondições para que o capital estrangeiro possa ser investido no Brasil a médio e longo prazos nas áreas produtivas e não somente em ações e títulos de renda fixa.

Dentro do mesmo espírito, não se deve admitir a interferência arbitrária do Estado nas tarifas, como também não é admissível que possa fixar unilateralmente os critérios de correção monetária ou reajustamento contratual. Não se justifica, outrossim, que a administração pública direta e indireta tenha um tratamento que não seja o mesmo aplicável às entidades privadas, nos casos de inadimplência e de mora nos pagamentos por ela devidos. Essas modificações de caráter jurídico, mas também cultural, constituem pontos relevantes para que possamos utilizar os investimentos privados e inclusive o capital estrangeiro para resolver os grandes problemas que existem em matéria de infra-estrutura.

Desse modo, nos contratos de concessão de obras e serviços públicos, cabia reconhe-

cer a existência, na Constituição, da garantia do equilíbrio econômico-financeiro, o que acabou vindo a ser feito pela interpretação construtiva da jurisprudência dada ao art. 37, XXI (WALD, 1997, p. 75 et seq.; BRASIL, 2001, p. 292).

Evoluiu-se no sentido de reconhecer que garantias mais amplas deveriam ser consagradas em relação aos negócios jurídicos dos quais participam o Estado, as autarquias e as sociedades de economia mista, admitindo-se formas de *performance bond* e outras garantias específicas, consagrando-se o uso da arbitragem não só nos contratos internacionais, mas também nos contratos internos em que há interesse direto ou indireto do Poder Público, solução que no passado pareceria discutível.

No que se refere ao tratamento mais específico do capital estrangeiro, o princípio geral a ser adotado deveria ser o da não-discriminação, temperado pela reciprocidade.

A evolução se realiza no sentido de estabelecer, constitucionalmente, a equiparação do estrangeiro e da empresa estrangeira, respectivamente, ao nacional e à empresa nacional, no campo do direito civil e da atividade negocial, ressalvadas tão-somente as exceções constantes da própria Constituição e sem prejuízo da proteção legislativa aos produtos fabricados no país e às empresas nele sediadas, em casos específicos constitucionalmente previstos.

Embora seja uma mudança cultural revolucionária, especialmente em relação à Constituição de 1988, ela se justificava plenamente, pois as próprias exceções constitucionais ao princípio da equiparação deveriam ser limitadas ao mínimo, não mais fazendo sentido algumas das existentes no seu texto inicial, que se tornaram obsoletas.

Para melhor enfatizar a mudança de orientação, talvez coubesse fazer com que o art. 5º da Constituição consagrasse não só o princípio da equiparação dos estran-

geiros residentes no país aos brasileiros, mas também a equiparação das empresas estrangeiras às empresas nacionais, com as únicas ressalvas contidas na Constituição, já que a sua interpretação, tanto no Brasil como no exterior, tem sido no sentido de fazer valer as garantias individuais, inclusive em relação às pessoas jurídicas estrangeiras sediadas ou não no país.

Logo após a promulgação da Constituição, entendíamos que essa igualdade poderia ser eventualmente reiterada no art. 170, eliminando-se, assim, a tão discutida e polêmica distinção entre empresas brasileiras de capital nacional e empresas brasileiras controladas por estrangeiros, que constava no art. 171.

O ideal nos pareceu reduzir ao mínimo as formas de discriminação e só admitir as restrições existentes na Constituição. Considerando, todavia, o contexto brasileiro, era, como é, preciso examinar a conveniência de tomar uma posição radical e verificar se não é mais oportuno que a reforma, em certas áreas, limite-se a atenuar substancialmente as restrições vigentes, de modo que as discriminações impostas ao capital estrangeiro sejam aceitáveis pela comunidade internacional, resguardados os interesses da economia do país.

Propusemos, então, que, se estabelecida, em tese, a equiparação das empresas brasileiras de controle estrangeiro às de controle nacional, os §§ 1º e 2º do art. 171 poderiam ser eliminados, como também caberia a abertura ao capital estrangeiro de domínios reservados aos nacionais nos campos da mineração (art. 176, §1º), das comunicações, da informática, da aquisição de propriedades rurais (art. 190), da navegação de cabotagem (art. 178) e das atividades financeira e de seguros (art. 192).

E acrescentamos, na ocasião, que poderia fazer sentido reservar aos nacionais os órgãos de imprensa, mantendo, assim, o sistema de comunicação social sem a influência predominante do exterior, admitindo-se, todavia, participações minoritárias

estrangeiras, mantido o controle nacional dessas entidades.

Na ocasião, salientamos que as modificações constitucionais, se fossem amplas, importariam verdadeira mudança do sistema vigente, extinguindo de vez um conjunto de restrições legais e regulamentares que, feitas por leis, decretos, portarias e outros atos administrativos de legalidade duvidosa, têm limitado a participação dos estrangeiros na obtenção de crédito, na informática, nas áreas bancária, de seguros e conexas, na legislação trabalhista, na emissão de ações preferenciais etc.

E concluímos que as nossas considerações representavam um primeiro esboço de fixação de uma diretriz para a revisão constitucional, para propiciar a retomada da participação estrangeira não só na aquisição ou subscrição de ações e papéis brasileiros de renda fixa no exterior, mas também o investimento direto estrangeiro na indústria, na agricultura, na mineração e na infra-estrutura do nosso país, proporcionando, assim, sua maior presença na área produtiva.

As modificações sugeridas importavam em estabelecer como princípio geral a igualdade de estrangeiros e brasileiros, pessoas físicas e jurídicas, abolindo qualquer discriminação no plano civil e comercial que não estivesse prevista na Constituição.

Em conclusão e síntese, a proposta que fizemos considerava como sendo empresa brasileira a sociedade constituída e sediada no Brasil, de acordo com as leis brasileiras, independentemente do domicílio, sede ou nacionalidade dos respectivos controladores, não devendo mais haver, pois, distinção entre empresa brasileira de capital nacional e empresa brasileira de capital estrangeiro.

Como exceções ao princípio geral, ressalvamos que a predominância de armadores nacionais e de navios de bandeira brasileira poderia passar a ser condicionada aos interesses da economia nacional e dos consumidores.

Examinando a evolução do nosso direito constitucional na matéria, verificamos que no art. 170 foi modificado o inciso IX pela Emenda Constitucional nº 06, de 15.8.95, com a redação a seguinte:

“Título VII

Da Ordem Econômica e Financeira

Capítulo I

Dos princípios gerais da atividade econômica

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

...

V – defesa do consumidor;

...

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

O art. 171, por sua vez, foi revogado pela mesma Emenda Constitucional nº 6/95.

No tocante aos direitos referentes aos recursos minerais, a Emenda Constitucional nº 6/95 adotou a redação seguinte:

“Art. 176 ...

...

§1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas”.

Em seguida, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 9, de 11.9.95, em virtude da qual foi dada nova redação ao seu §1º, incluindo um §2º e renumerando o §3º

do art. 177, que passaram a ter a seguinte redação:

“Art. 177...

...

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II – as condições de contratação;

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional”.

No tocante ao transporte, a Emenda Constitucional nº 7, de 15.8.95, determinou que:

“Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras”.

Em relação ao art. 192 da Constituição, a nossa posição, em estudo que fizemos na época, era no sentido da exclusão do inciso III, que limitava a participação estrangeira no sistema financeiro, fazendo-se a renumeração dos demais incisos, mantido o poder discricionário do Banco Central para autorizar, ou não, o funcionamento de todas as instituições financeiras, tanto nacionais quanto estrangeiras.

A Emenda Constitucional nº 40, de 29.5.2003, deu ao art. 192 a seguinte redação:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

Por outro lado, o Poder Executivo, utilizando a ressalva prevista no art. 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (com a redação dada pela EC nº 40), tem autorizado o funcionamento dos bancos estrangeiros no país, com base no interesse nacional e no princípio da reciprocidade. A matéria fora objeto da Exposição de Motivos nº 511, do Ministro da Fazenda, de 24.8.95, aprovada pelo Presidente da República, que facilitou o ingresso dos bancos estrangeiros no país, desde que representando uma contribuição válida para a economia nacional. Foi com base na mencionada Exposição que grandes bancos internacionais passaram a atuar no país, tanto no varejo como no atacado. Recente decisão do Conselho Monetário Nacional propôs o aumento para 45% da participação estrangeira no capital votante de instituições financeiras (O ESTADO..., 2007).

No tocante às empresas de seguros, entendeu a Advocacia-Geral da União, no Parecer GO-104, de 5.6.96, aprovado pelo Presidente da República, que não se aplicava a restrição constitucional, havendo ampla liberdade de funcionamento por parte das companhias estrangeiras e competindo à lei estabelecer as normas cabíveis.

Em relação aos planos de saúde, há um movimento para repensar ou dar uma interpretação construtiva à vedação que consta no art. 199, §3º, no sentido de prever, na legislação ordinária, a possibilidade de ingresso no mercado nacional de empresas estrangeiras para os casos nos quais possam trazer para o país alta tecnologia e atender

situações mais complexas. A melhor doutrina se manifesta no sentido da constitucionalidade de disposições legais nesse sentido.

Houve, pois, nos últimos vinte anos, uma relevante modificação que alterou substancialmente a posição da Constituição brasileira no que se refere ao capital estrangeiro e às parcerias entre o Estado e a iniciativa privada, com o ressurgimento das concessões e a criação das PPPs.

No mesmo período, pudemos assistir a relevantes investimentos estrangeiros, especialmente americanos e europeus, que se fizeram em áreas tão distintas quanto as concessões de energia e telecomunicações, os bancos, a indústria aeronáutica, a exploração do petróleo e, em outros campos, multiplicando-se as *joint ventures* entre grupos nacionais e alienígenas. Permitiu-se, assim, uma relativa, mas ainda incompleta, modernização da infra-estrutura. Por outro lado, a entrada de recursos externos funcionou como um dos elementos relevantes na luta contra a inflação, cobrindo, pelo ingresso de novos recursos, o *deficit* da nossa balança de pagamentos.

Trata-se, agora, de continuar a aproveitar os benefícios da globalização sem sofrer os seus inconvenientes, mantendo no país uma liberdade de funcionamento do capital estrangeiro à qual deve corresponder uma responsabilidade social das empresas e uma adequada fiscalização do Estado, evitando-se, outrossim, qualquer tentativa de neocolonialismo econômico.

### 3. Conclusões

Na necessária convivência entre o mercado e o Estado, cabe ao direito encontrar as fórmulas de equilíbrio que devem atender tanto ao interesse nacional quanto à boa aplicação dos princípios éticos.

Na realidade, um passo importante foi feito no plano constitucional quando as idéias dos juristas se transformaram em reformas constitucionais, que, todavia, não devem ser distorcidas nem pelo legislador

ordinário, nem pela administração, nem pela prática negocial.

No terceiro milênio, não há mais como negar os efeitos da globalização, a importância das multinacionais, as repercussões das novas tecnologias e a das parcerias internacionais. Trata-se, pois, de encontrar fórmulas jurídicas adequadas para aproveitar o contexto existente, utilizando os seus elementos positivos e evitando os abusos que podem ocasionar. Assim, não havendo como isolar o país do resto do mundo sem sacrificar o nível de vida e as legítimas expectativas da sua população, é preciso exigir das multinacionais um comportamento ético e o respeito das normas vigentes no país, incentivando-as a investir também em programas sociais e na formação profissional dos jovens, fazendo com que participem, inclusive, na luta contra o desemprego e a fome. Ao lado das garantias que lhes são dadas, é oportuno enquadrá-las na política nacional de desenvolvimento.

A grande reforma do Estado pela qual clamam hoje tanto economistas e políticos quanto administradores e juristas, seja da direita, seja da esquerda, é a que o torne ao mesmo tempo eficaz e equitativo, alcançando simultaneamente as suas metas econômicas e sociais, que, no longo prazo, se confundem, pois o progresso econômico pressupõe o desenvolvimento e a paz social.

Para tanto, é preciso equilibrar as tendências do mercado e as regras jurídicas que submetem a economia à ética. E essas normas dão hoje uma proteção especial aos mais fracos, aos aderentes no contrato de adesão, aos consumidores, aos empregados e aos acionistas minoritários. Assim, nos países em desenvolvimento, é preciso utilizar o capital estrangeiro, ao lado do capital nacional, ou em associação com ele, equalizando, outrossim, na medida do possível, os custos de ambos.

No momento em que predomina, no mundo inteiro, uma visão que enfatiza a importância da parceria, seja entre empre-

sas, seja entre Estados, ao liberalismo puro do passado se acrescenta um elemento novo de caráter ao mesmo tempo individual e social. Trata-se da ênfase dada à dignidade humana, atributo do indivíduo mas também da nação, dignidade que significa também a liberdade de escolha e a manutenção das tradições.

Ao reexaminar a distinção que se fazia no passado entre crescimento e desenvolvimento, cabe ultrapassar o conceito exclusivamente econômico do progresso para dar-lhe um sentido social. Em vez de atender exclusivamente ao aumento do PIB, é necessário utilizar o capital para beneficiar toda a sociedade e cada um dos seus membros. Atingiremos, assim, uma nova fase dominada pelo que se poderia denominar a prevalência da dignidade, abrangendo, além dos elementos econômicos, outros sociais e culturais, coletivos e individuais, conciliando os interesses aparentemente contraditórios de acordo com a ética e o direito (SORMAN, 2001, p. 285-286).

Georges Ripert (1946, p. 342) escreveu que, após as revoluções políticas, cabe ao jurista sintetizar na lei as novas conquistas da civilização. O mesmo se pode dizer em relação às revoluções econômicas e tecnológicas, entre as quais se destaca a globalização da economia, que ocorreu no fim do século passado. Nesse sentido, as bases constitucionais da nova parceria entre empresas nacionais e estrangeiras são - e devem ser - em grande parte o fruto das reflexões de juristas e de revistas especializadas em direito. O vigésimo aniversário da Constituição de 1988 é a ocasião propícia para lembrar o caminho percorrido, analisar a situação presente e vislumbrar as perspectivas futuras do nosso desenvolvimento.

### Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário nº 183.180-4, Brasília, 17 de junho de 1997. *Revista de Direito Administrativo*, Brasília, v. 224, 2001.

CROZIER, Michel. *État modeste, État moderne*. Paris: Fayard, 1987.

O ESTADO DE SÃO PAULO, São Paulo, 26 jun. 2007.

RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946.

SORMAN, Guy. *Le progrès et ses ennemis*. Paris: Fayard, 2001.

WALD, Arnaldo et al. *O direito de parceria*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. O equilíbrio econômico e financeiro no direito brasileiro. In: *ESTUDOS em homenagens ao Professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.



# Poder Judiciário na Constituição de 88

## Da difusão à concentração de poder

Friedmann Wendpap e Rosane Kolotelo

### Sumário

1. A tonificação do STF. 2. A expansão do órgão judiciário da União. 3. A Justiça Regional Federal. 4. Distribuição de poder dentro do Judiciário.

*“... admito abertamente que para chegar a minhas propostas fui guiado, em última análise, por juízos de valor e predileções. Mas, espero que minhas propostas possam ser aceitáveis para aqueles que valorizam não apenas o rigor lógico, mas também a liberdade em relação ao dogmatismo; para aqueles que procuram a aplicabilidade prática, mas que são ainda mais atraídos pela aventura da ciência e pelas descobertas que de maneira sempre renovada nos colocam frente a frente com novas e inesperadas questões, desafiando-nos a tentar novas respostas ainda não sonhadas.” (POPPER, 1980, p. 12)*

Ao pensar sobre a Constituição Federal, é imperioso ter em conta que o lapso de vinte anos é breve e as análises são impregnadas de conjunturalidade.<sup>1</sup> O examinador está imerso no examinado e a potência ideológica da análise causa modificações no objeto. Afinal, a Constituição é feita de idéias, não de pedras. *Le idee sono mobile*. Atribuir rigidez pétrea a qualquer idéia, como se ela fosse atemporal e atópica, é

<sup>1</sup> “Qual é a contribuição do historiador para tal tarefa? Sua função principal, além de lembrar o que outros esqueceram ou querem esquecer, é tomar distância, tanto quanto possível, dos registros da época contemporânea e vê-los em um contexto mais amplo e com uma perspectiva mais longa.” (HOBBSAWM, 2007, p. 9)

fundamentalismo incompatível com a atividade científica.

A cientificidade deve ser prometida como esforço, não garantida como resultado. De modo especial, o pensamento sobre os objetos jurídicos não opera exclusivamente pela via declarativa, ele sempre envereda pela constitutiva; *de lege ferenda* é política, não ciência.

A operação científica é atéia. A sua condição de procedibilidade é a inexistência de transcendentalidade. Qualquer Constituição, inclusive a vigente, tem um processo político nomogenético que é perfeitamente explicável e ubiquável. A Constituição guarda os genes do produtor, com os seus vícios e virtudes. É tão humana quanto aqueles que a produziram. Ausente a sacralidade, não há heresia, nem *index librorum prohibitorum*.

Em pleno regozijo soa constrangedor apupar a aniversariante, mas, aspecto a ser destacado, talvez por ingenuidade estrênuo, é a amplitude enciclopédica do texto, causa imediata do “emendismo”, doença pueril do Brasil. A opção pelo texto analítico, aparentemente apto a vedar as frestas para a ressurreição das práticas políticas antigas e a rotina dos golpes de Estado, aprisionou os pósteros. Embora, às vezes, o futuro repita o passado, o tempo não pára e o processo político acontece hoje, não ontem. O resultado disso é que todas as candidaturas à Presidência da República lançadas pós 1988 programaram a mudança da Constituição. Os candidatos não eram apóstatas desejando afastar as venturas trazidas aos mortais pela Assembléia Constituinte. Eles apresentaram propostas para o *zeitgeist* dos seus eleitores que não é o mesmo de 05 de outubro de 1988.

O “emendismo” tem causa arquitetônica e como todo mal estrutural, é insidioso, quase imperceptível.<sup>2</sup> Para governar sin-

<sup>2</sup> “A falta de coordenação entre as diversas comissões, e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, foram responsáveis por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, ca-

cronicamente, os agentes políticos vêm-se diante do imperativo de mudar o texto constitucional que envelhece sem viver e, para isso, precisam de maioria qualificada. Para conquistar e manter essa gigante base de apoio, anômala em qualquer democracia, o instinto de sobrevivência política torna baças as luzes morais. O carácter analítico do texto constitucional, com a sua rigidez nanquim-celulósica, enseja o nivelamento da ação política por baixo, todos os dias, todos os minutos. É um *script* que estimula a vilania dos atores durante a representação. Só uma constituição sintética gerará o arranjo dinâmico estável do processo político brasileiro que é condição, não resultado, do desenvolvimento econômico e social.

Expendidos os posicionamentos exordiais, *llenos de pasión*,<sup>3</sup> antevê-se a sucinta análise que se apresentará sobre o Poder Judiciário, o órgão provido apenas de discernimento (HAMILTON, 2001, p. 331). Em macroperspectiva, a tendência entre a Constituição de 1969, com a emenda 07, e a de 1988, com a emenda 45, foi a de consolidar a independência do órgão Judiciário em relação ao Legislativo e ao Executivo, especialmente pela autonomia orçamentária e o autoprovimento dos cargos, mantida exceção para o Tribunal máximo. Das infinitas perspectivas tópicas, destacar-se-ão algumas que parecem interessantes para alumiar melhor algumas profundezas abissais da natureza da aniversariante.

### 1. A tonificação do STF

A hipertrofia do Supremo Tribunal Federal, cúspide do órgão judiciário, está ocorrendo a olhos vistos e não se dá por deferência dos agentes políticos que têm legitimação popular imediata (chefe do executivo e parlamentares). Na verdade,

suístico, inteiramente impróprio para um documento dessa natureza.” (BARROSO, 2006.)

<sup>3</sup> “Quando há coisas desagradáveis para serem descritas, seria desonesto tentar fazê-lo em tom neutro, escondendo sua face realmente desagradável.” (SINGER, 2004, p. 20)

os constituintes não resolveram o jogo político, não houve derrotados e vencedores. Por causa disso, a Constituição é prenhe de contradições e indefinições que, diante dos fatos, exigem escolhas difíceis entre as alternativas existentes. Para fugir do ônus político dessas decisões entre o certo e o certo, os Parlamentares e Chefes do Executivo empurram o problema ao Judiciário, a quem é vedado o *non liquet*.

O protagonismo político cotidiano (não partidário, sim decisório) do Supremo Tribunal Federal, resultante da atitude esquiva do Executivo e do Legislativo, não ocorre sem custo. O poder político existe em quantidade limitada e a adição dele à Corte deu-se pela subtração havida nos órgãos imediatamente legitimados pela representação do povo e esse aumento da distância entre os titulares do poder político e os agentes que efetivamente tomam decisões sensíveis com efeito *erga omnes* é uma tecnificação, uma aristoficação da democracia que perde o *frisson* da imediação e da pluralidade. A decisão política em temas árdusos passa a ser resultante de um areópago etéreo.

A miríade de decisões sensíveis atinge o cotidiano de todos os brasileiros. A carência de legitimidade imediata e renovável, além da imutabilidade dos imperativos judiciais, leva os destinatários a pensar sobre os motivos da obediência e qual o meio de resistência a esse poder intangível. A mítica da toga numa sociedade secular, cada vez mais informal e menos prostrada diante do Estado, não é suficiente para o exercício do poder sem entropia.

## 2. A expansão do órgão judiciário da União

A transferência de poder político, essencialmente do Congresso Nacional, ao Supremo Tribunal Federal é acompanhada pela verticalização do poder entre a União e os Estados membros, expressada entre outras formas pela ampliação frenética da Justiça

do Trabalho e da Justiça Federal comum. O campo da competência residual e supletiva da Justiça Estadual reduz-se celeremente. O crescimento da Justiça Federal é sintoma de fraqueza do pacto federativo, denotando o viés de Estado unitário que sobrevive na federação construída por segregação.

Deve-se ter em conta que a expansão da Justiça Federal, motivada por razões corporativas ou pela sensação de que se está a civilizar espaços do Brasil onde o aparelho Judiciário Estadual foi transformado em feudo hereditário, altera de modo irreversível a correlação de poder político entre a União e os entes federados.

A poliarquia de uma federação bem engendrada contribui para a sociodiversidade. A mitigação do poder local, feita sob o fundamento de eficiência resultante da concentração, diminui a diversidade e, de certa forma, empobrece o sistema social, que se torna mais plano sob o esmeril do poder político acentuado do governo federal. Na verdade, a federação brasileira é um Estado unitário que não se assumiu.

## 3. A Justiça Regional Federal

O uso do oximoro para identificar o tema a ser versado destina-se a causar a sensação de que uma contradição está em curso. Dentro do movimento centrípeto de federalização da jurisdição comum, ocorre, paradoxalmente, uma fuga do centro com a regionalização da Justiça Federal. As cinco regiões operam de modo quase estanque e a impermeabilidade de seus corpos de juízes provoca encapsulamento corporativo que desnatura a figura do juiz federal, levando-o à condição de juiz regional. Ao funcionar de modo compartimentado, os magistrados da União perdem a perspectiva da nacionalidade e vêem o horizonte na mesma amplitude política e territorial que os juízes estaduais, em relação aos quais parece haver uma disputa de espaço.

Diga-se, a *ratio essendi* da Justiça Federal não é a competição com a sua homóloga

Estadual. Não é preciso ampliar a Justiça Federal para justificar a sua existência. De igual modo, não é necessário aprofundar *in extremis* a sua interiorização. O seu pressuposto é a forma federativa de Estado: ainda que fosse minúsculo o rol de suas atribuições e acanhado o seu corpo de magistrados, ela não se tornaria despendiçada. Em 1937 a extinção deu-se pelo fim da federação. O Estado Novo adotou de fato, na pena de Francisco Campos, a forma unitária. Eliminada a razão de ser, desapareceu a Justiça Federal.

A concentração de poder na União acentuada pela Constituição de 1988, expressada na hipertrofia da Justiça Federal, não é elixir antidesintegração da federação. Aliás, visando a superar os males da excessiva concentração, deve-se avançar na difusão do pensamento e ação política por todo o País como parte do mecanismo de freios e contrapesos para dar uma chance à democracia. A poliarquia não ameaça a integridade territorial e política. A incompreensão do valor da nacionalidade é perniciosa à grandeza do Brasil.

A integridade territorial é ato, não fato. Ela depende da atenção dos brasileiros para a importância da unidade política sobre um grande território e da percepção da preciosa simetria entre as dimensões da nação (entendida como identidade cultural) e do Estado. A União tem cerca de um milhão de funcionários altamente qualificados. Essas pessoas, ao servirem ao Brasil, vivem-no, sentem-no, admiram-no. Se o seu campo de visão for diminuído a uma região, a um Estado, tende a esmaecer o sentimento de pertença ao todo. Os servidores da União, conduzidos ao cosmopolitismo por força de suas atribuições funcionais, são fonte poderosa do liame federativo.

Os juízes federais compõem a elite desse conjunto de pessoas que servem perenemente à União. A sua posição eminente implica imensa carga de responsabilidade política pelas opiniões acerca dos fundamentos da federação. Se o seu foco temático

se limitar à antiguidade, promoção, mais tribunais, mais vagas, vivendo e pensando apenas o seu “território” regional, não funcionarão como amálgama da nacionalidade, como pessoas que, em seus atos cotidianos, produzem o fato da integridade física e política do Brasil.

A regionalização adequava-se ao momento de comunicações expensivas e demoradas. Levar o Fórum até o cidadão era um custo justificável. Todavia, não se deve esquecer que as pessoas pagam caro pelo serviço e os meios modernos de comunicação, supressores de distância, têm custo módico. Hoje o aprofundamento da regionalização é caro em demasia e fragmentador do sentimento de unidade, fonte psíquica da integração.

O cosmopolitismo dos magistrados federais deve ser militante e não apenas diletante. Para isso, a leitura da Constituição de 88 deve ser feita para o futuro, não para o passado.

#### *4. Distribuição de poder dentro do Judiciário*

O desenho da distribuição do poder político esboçado a partir da tese de que apenas o poder é capaz de controlar o poder sói ser apresentando com o nome atribuído a cada órgão estatal em razão de sua principal competência funcional: Legislativo, Executivo e Judiciário. A seqüência revela raciocínio silogístico e transmite, também, a sensação de horizontalidade entre os órgãos. A um segundo olhar, começa a aparecer a importância da distribuição interna de poder em cada um desses órgãos. O Legislativo é completamente horizontal; nele, cada cabeça, um voto. O Executivo é vertical e apenas uma cabeça manda; as demais, obedecem. O Judiciário é horizontal e vertical.

A independência do juiz, fruto das garantias do art. 95 da Constituição Federal, sinaliza a inexistência de mando e obediência. Contudo, os recursos processuais acionam o poder em sua expressão vertical.

O grau superior não pode suprimir a possibilidade de o inferior decidir e nem ditar o teor da decisão, mas pode modificá-la.

A independência funcional dos agentes do Ministério Público, igual à da Magistratura, põe-nos no rol dos agentes políticos, no qual estão os agentes insuceptíveis a obediência. A arquitetura interna da instituição assemelha-se à do Legislativo, visto que a distribuição de poder é horizontal, sem viés de verticalidade.

No Executivo o cumprimento de suas atribuições exige celeridade decisória e baixa entropia estrutural. Para evitar o desperdício de energia política (poder) provocada por resistência, a arquitetura interna do órgão é hierarquizada em linha vertical com um único foco de poder.

O Legislativo perderia a sua *raison d'être* se de Torre de Babel passasse a quartel. A sua configuração faz da pressão lateral a única forma de articulação para decidir, dando ensejo à diversidade de pensamento e à composição de agrupamentos por afinidade ideológica.

A distribuição interna de poder em cada um desses órgãos é tão relevante para o sistema de freios e contrapesos quanto a própria existência de órgãos especializados para as diferentes funções a serem cumpridas pelo poder político. A mutação da distribuição interna de poder em cada um dos órgãos tende a mudar a sua ponderação no sistema da balança de poder.

Essa alteração da endodistribuição do poder político no órgão judiciário está em curso no Brasil. Ela não é da Constituição autóctone, mas segue a linha concentradora original adotada como padrão estrutural, embora o texto se refira à democracia treze vezes. Por via de emendas, o controle concentrado da constitucionalidade foi-se tornando a regra e o difuso, um arroubo juvenil de província.

Vê-se o controle difuso da constitucionalidade como óbice ao desenvolvimento dos preceitos da Constituição e estorvo à governabilidade, causador de insegurança

jurídica pelo espoucar de decisões contraditórias, havendo demora até que a Corte Suprema pacifique a querela. Por isso, ao longo da década de 90, o texto-mor foi remendado para atender ao desiderato de concentração do controle da constitucionalidade.

Com a concentração, mira-se resolver o burburinho caótico das decisões judiciais, por vezes contraditórias, que ocorrem nas causas movidas por milhares de pessoas. Pretende-se garantir segurança jurídica, visto que, argumenta-se, a pluralidade decisional provoca insegurança para a atividade econômica, aumentando o custo de transação. A experiência européia, com suas cortes constitucionais à Kelsen, é apresentada como remédio santo, panacéia para todos os males. De modo mimético, faz-se importação de mecanismos, especialmente tedescos, de concentração do controle da constitucionalidade.

A primeira dúvida que salta aos olhos é saber se a concentração do poder de controlar a constitucionalidade é salutar para a democracia. À sensibilidade mais chã, democracia tem afinidade com difusão do poder. A concentração ocorre, em regra, em autocracias. Entre a retórica assertiva da democracia como valor fundante da Constituição de 1988 e a adoção de método de controle judicial da constitucionalidade com caricatura autocrática há aparente contradição. Qual a razão desse paradoxo?

Talvez uma das explicações esteja na própria dimensão do texto constitucional que alberga preceitos magnos ao lado de minimalismos. Ao magnificar o que é pequeno, o embate político ocorrido na Assembléia Constituinte transformou o vértice da pirâmide num platô imenso. A rigor, a representação da verticalidade do ordenamento jurídico deve ser feita, no Brasil, por um trapézio, não um triângulo. Isso provoca uma quantidade inusitada de discussões sobre a constitucionalidade, mesmo em lides de escassa relevância social.

A *latere*, as situações que provocaram ações judiciais em escala industrial, notadamente provocadas pela sanha tributária da União, tornaram-se tão corriqueiras que a presunção de constitucionalidade das normas ordinárias quase se inverteu. O Executivo, ao legislar por Medida Provisória, deparou-se com a objeção judicial e sentiu o poder difundido por toda a estrutura do Judiciário; sentiu a potência daqueles que só têm o discernimento, sem armas, sem comício. Se controlar todos os juízes é impossível, subtrair-lhes a expressão mais relevante do seu poder, o controle da constitucionalidade, foi a via escolhida para assegurar que a pluralidade de pensamento não viceje.

A célere uniformidade obtida por meio do controle concentrado tem custo político altíssimo, pois a decisão ocorre em meio ao clamor de governabilidade. Essa atenção aos efeitos imediatos é condenada por Friedrich Hayek (1985, p. 151), ao afirmar que “toda consideração de efeitos a curto prazo está fadada a aumentar a preponderância dos efeitos visíveis e previsíveis sobre os invisíveis e remotos, ao passo que as normas destinadas a beneficiar igualmente a todos não devem permitir que os efeitos trazidos por acaso ao conhecimento do juiz anulem os que ele não pode conhecer”.

A omnisciência pressuposta no controle concentrado da constitucionalidade

empobrece o rol de possibilidades hermenêuticas, enfraquece a pluralidade. Isso é perigoso para a democracia porque, depois da instância judicial que exerce o controle concentrado, não há nenhum mecanismo de equilíbrio interno do poder político e a decisão judicial, apesar dos mitos, é demasiadamente humana. A hipertrofia do controle concentrado da constitucionalidade é danosa para a democracia porque altera o mecanismo de freios e contrapesos destinado a que o poder controle o poder.

### Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HAMILTON, Alexandre. *El federalista*, LXXXVIII. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

HAYEK, Friedrich. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985.

HOBBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

POPPER, Karl. *A lógica da investigação científica*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Porto Alegre: Luggage, 2004.