RiL
Revista de Informação Legislativa

nº 200 | Edição especial
Brasília | outubro - dezembro/2013
Ano 50

25 anos da Constituição de 1988

Selo comemorativo dos 25 anos da
Constituição de 1988

SENADO FEDERAL

Ril

Revista de Informação Legislativa

SENADO FEDERAL
Mesa
Biênio 2013 – 2014

Senador Renan Calheiros
PRESIDENTE

Senador Jorge Viana
PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Romero Jucá
SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Flexa Ribeiro
PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senadora Ângela Portela
SEGUNDA-SECRETÁRIA

Senador Ciro Nogueira
TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador João Vicente Claudino
QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTES DE SECRETÁRIO
Senador Magno Malta
Senador Jayme Campos
Senador João Durval
Senador Casildo Maldaner

RiL

Revista de Informação Legislativa

Brasília | ano 50 | nº 200 | Edição especial
outubro/dezembro – 2013

25 anos da Constituição de 1988

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

DIRETOR-GERAL: Antônio Helder Medeiros Rebouças
SECRETÁRIA-GERAL DA MESA: Claudia Lyra Nascimento

IMPRESSO NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES
DIRETOR: Florian Augusto Coutinho Madruga

PRODUZIDO NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS
COORDENADORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Angelina Almeida Silva. REVISÃO DE ORIGINAIS: Thiago Adjuto e Walfrido Vianna. REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Vanessa Pacheco. REVISÃO DE PROVAS: Maria José Franco. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Letícia Torres. PROJETO GRÁFICO E CAPA: Lucas Santos de Oliveira. FOTO DA CAPA: Empresa Brasileira de Comunicação. IMPRESSÃO: Secretaria de Editoração e Publicações

CORPO TÉCNICO: Ana Carla Bliacheriene – Ana Lucia Romero Novelli – Antônio Flávio Testa – Arlindo Fernandes de Oliveira – Benedito Cerezzo Pereira Filho – Bruno Dantas – Camilo Zufelato – Carlos Fernando Mathias de Souza – Carlos Henrique Rubens Tomé Silva – Cláudio Araújo Reis – Cynthia Carneiro – Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Eduardo Saad Diniz – Fabiana Severi – Fernando Boarato Meneguin – Guilherme Adolfo Mendes – Gustavo Saad Diniz – Ivan Dutra Faria – Jair Aparecido Cardoso – João Trindade Cavalcanti Filho – José Carlos Evangelista Araújo – Leany Barreiro de Sousa Lemos – Luiz Renato Vieira – Lydia Neves Bastos Telles Nunes – Marcio de Oliveira Junior – Marcos Magalhães de Aguiar – Marcos Paulo da Rocha Eirado – Nuno M. M. Coelho – Paulo Lopo Saraiva – Paulo Ricardo dos Santos Meira – Renato Monteiro de Rezende – Ronaldo Costa Fernandes – Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior – Rubens Beçak – Tarciso Dal Maso Jardim – Tatiana Lacerda Prazeres – Thiago Marrara – Tiago Ivo Odon – Valerio de Oliveira Mazzuoli

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964.
Trimestral.
Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198 , publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50- , n. 199- , publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835x

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Publicação trimestral da
Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3303-3575, -3576 e -3579
Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.leg.br

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou a tradução de qualquer parte desta publicação serão permitidas 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.

Sumário

7 **Novos paradigmas para a defesa e a segurança nacionais**
Adriano Portella de Amorim

15 **Os princípios das relações internacionais e os 25 anos da Constituição Federal**
Alexandre Pereira da Silva

33 **Liberdade de imprensa e segurança jurídica**
A releitura nos 25 anos da Constituição de 1988
Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes

61 **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão**
Fernanda Carolina Tôrres

81 **O desafio constitucional para uma polícia cidadã**
Identidade, fragmentação militar e autopoiese
Joel Cordeiro Raphael

103 **Jurisdição constitucional e vedação ao nepotismo no âmbito da Constituição Federal de 1988**
José Carlos Evangelista de Araújo

137 **Tributação e orçamento nos 25 anos da Constituição de 1988**
Marciano Seabra de Godoi

153 **O Estado de Direito e o Poder Judiciário**
Relato de uma migração conceitual
Marta Suzana Lopes Vasconcelos

165 **Celebrar ou recordar**
O trabalho subordinado nos 25 anos da Constituição
Mônica Sette Lopes
Ernane Salles da Costa Junior

189 **O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988**
Do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo
Orione Dantas de Medeiros

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração são
de responsabilidade de seus autores.

211 **Legislativo, Executivo e a dinâmica das emendas constitucionais**
Rafael Silveira e Silva

229 **A Constituição de 1988 e a discriminação racial e de gênero no mercado de trabalho no Brasil**
René Marc da Costa Silva

249 **A Constituição brasileira de 1988 e os direitos de liberdade sindical dos servidores públicos**
Retrospectiva, desafios e perspectivas
Ricardo José Macêdo de Britto Pereira

271 **Crise dos precatórios**
25 anos de grave violação a direitos humanos e teste de estresse para as instituições do Estado Republicano e Democrático de Direito
Vincenzo Demetrio Florenzano

297 **A Constituição de 1988 e a nova ordem social**
A efetivação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana
Walfrido Vianna Vital da Silva

Novos paradigmas para a defesa e a segurança nacionais

ADRIANO PORTELLA DE AMORIM

Sumário

Introdução. 1. Democratização e as funções de defesa e segurança. 2. Três pilares para a defesa nacional. Considerações finais.

Introdução

Compõe a agenda de preocupações do político e, por conseguinte, das instituições públicas, a interface entre democracia, soberania, segurança e defesa. São temas que interessam ao direito e à política, que figuram como responsáveis pela composição de conflitos e de assimetrias que podem decorrer de sua aplicação na realidade afetada por uma série de fatores que fogem ao controle direto e irrestrito do Estado, que tem a responsabilidade de compor consensos voltados ao bem-comum.

A conjugação entre democracia, soberania, segurança e defesa teve sua dinâmica ampliada a partir de 2005, quando o governo federal publicou a Política de Defesa Nacional (PDN) (BRASIL, 2005), o que trouxe para o debate fundamentos que passaram a orientar novos paradigmas que tiravam da clivagem o tema defesa nacional, passando a articulá-lo não apenas com outros atores públicos e sociais, mas principalmente situando-o, também, no plano de políticas públicas, desmitificando a falsa sensação de que defesa não interessaria à sociedade civil ou mesmo ao poder político.

Analisados em conjunto e elevados na pauta dos debates políticos, sociais e acadêmicos, defesa e segurança colocam o direito e o político diante de desafios decorrentes de uma ordem fundamentada na construção de entendimentos, de consensos, a partir do reconhecimento de diferenças presentes na pluralidade de atores e de interesses, considerando, como

Adriano Portella de Amorim é mestre em Direito e especialista em Direito Processual Civil pelo Centro de Ensino Universitário de Brasília (UniCeub). Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas Promove de Brasília, onde lidera o Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Políticas Públicas.

elemento principal, o modelo de cooperação. O estudo dessas questões demostra a importância de, na atualidade, refletir a respeito de novos paradigmas para a defesa e a segurança nacionais.

1. Democratização e as funções de defesa e segurança

Rompido o senso comum e colocada a defesa nacional para além do campo militar, ganhou força a previsão constitucional que trata do tema no campo da organização político-administrativa do Estado, de competência exclusiva da União, na atribuição de conjugar esforços para "assegurar a defesa nacional" (BRASIL, 1988)[1]. Ao se perquirir em que consiste a defesa nacional, é forçoso compreender que não mais se trata de atividade exclusiva das Forças Armadas e dos órgãos de segurança pública, cabendo, no novo modelo, o envolvimento das demais instituições de poder, dos centros de conhecimento e da própria sociedade.

Se, por de lado, a noção de defesa tem seu escopo ampliado, de outro, a de segurança também acompanhou a tendência de evolução, pois não está apenas circunscrita à limitada ideia de ordem pública. A pedido da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1990 especialistas reuniram-se na cidade de Tashkent, Uzbequistão, e definiram segurança como "uma condição pela qual os Estados consideram que não existe perigo de uma agressão militar, pressões políticas ou coerção econômica, de maneira que podem dedicar-se livremente a seu próprio desenvolvimento e progresso" (POLÍTICA..., [2006?]). Embora longe de compor a realidade mundial, essa nova definição coloca em aparente contraste práticas tradicionais de defesa e segurança. Mas, no caso brasileiro, não há contradição, pois defesa e segurança são complementares.

O Estado de Direito Democrático situa a defesa nacional em contexto muito mais amplo. Logo, não se trata de atuação de forças armadas regulares contra ameaças ou perigos externos efetivos ou potenciais ou para combater, no plano interno, ameaças ou suspeitas de ameaças ao modelo político-social. A expressão defesa nacional (BRASIL, 1988)[2] enseja, nos dias de hoje, interpretação jurídico-social mais ampla, situando-se no complexo conjunto de responsabilidades que o poder público, em nome da sociedade, tem para resolver conflitos e tensões que, variando de intensidade, determinam ou influenciam a vulnerabilidade do País, envolvendo desde relações com outras nações a problemas sociais internos que decorrem de antagonismos da própria sociedade.

---

[1] Art. 21, III, da Constituição Federal de 1988.

[2] Art. 21, III, da Constituição Federal de 1988.

O novo desenho institucional brasileiro para o trato dos temas de segurança e defesa permite afirmar que a Constituição estabeleceu mecanismos legítimos e eficazes para garantir o equilíbrio entre as necessidades do poder político-democrático e o cumprimento das regras de direito. Nessa nova perspectiva, é importante destacar que defesa e segurança são institutos interdependentes e, ao mesmo tempo, dependentes da conjugação de uma série de fatores que estão além do direito posto ou da decisão política; isto é, sua eficácia passa pela formação de consensos a partir dos quais a sociedade possa exercitar seu livre desenvolvimento e progresso.

Embora a Constituição de 1988 coloque as Forças Armadas sob a autoridade suprema do Presidente da República e submetidas aos poderes constitucionais, registre-se que a criação do Ministério da Defesa significou relevante passo na consolidação da democracia brasileira, principalmente no que tange à transferência do poder militar ao poder civil mediante a subordinação das Forças Armadas a um órgão civil dirigido por autoridade política também civil.

Por certo, esse modelo necessita da participação do Congresso Nacional nos debates, o que vai além de mero formalismo jurídico ou procedimental. A análise e o argumento político legitimam os valores e a formação de consensos para os temas de defesa e de segurança, a abranger os planos interno e externo. Disso depende o amadurecimento da democracia, das instituições e da sociedade.

As reflexões teóricas não poderão desprezar temas em ebulição na contemporaneidade, tais como os aspectos de ordem econômica e o papel dos Estados, estabelecendo-se as conexões com as recentes inovações introduzidas no cenário regional, como o Mercado Comum do Sul, o Parlamento Sul-Americano, a União das Nações Sul-Americanas e o Conselho Sul-Americano de Defesa, ponderando-se como seus princípios orientam as políticas públicas para o fortalecimento da democracia, da integração e da paz na região. Ferreira (2003), Rocha, Domingues e Ribeiro (2008) contribuem para o amadurecimento dessas questões.

O Estado brasileiro tem adotado postura voltada à composição de consensos e à mudança de paradigmas. Concebeu a Política de Defesa Nacional e a Estratégia Nacional de Defesa (BRASIL, 2008), bem como, numa postura inédita de participação direta do Congresso Nacional[3], encaminhou ao Legislativo as propostas de atualização das referidas Política e Estratégia, bem como do seu Livro Branco de Defesa Nacional (LIVRO..., [2010?]), além de legitimar o funcionamento da União das Nações Sul Americanas e do Conselho Sul-Americano de Defesa, destacando-se o encontro do Conselho, realizado em 4 de dezembro de 2012, no qual foi aprovado o Plano de Ação para 2013 (BRASIL, 2012), com destaque para os seguintes eixos: Políticas de Defesa, Cooperação Militar, Ações Humanitárias e Operações de Paz, Indústria e Tecnologia da Defesa e Formação e Capacitação.

2. Três pilares para a defesa nacional

Na presente fase de ampliação do debate democrático dos temas afetos à defesa nacional, destaca-se a elaboração da atual Estratégia Nacional de Defesa, cujo ato, embora aprovado no âmbito do Poder Executivo, contou com significativo debate que envolveu vários setores da sociedade e do Estado, destacando-se a participação de especialistas, acadêmicos e parlamentares (foi, inclusive, criada, na oportunidade, a Frente Parlamentar de Defesa), o

[3] No rito que alterou a Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, dando origem à Lei Complementar nº 136, de 25 de agosto de 2010.

que demonstra que os debates foram elevados e a temática incluída na agenda política nacional, pois faltava a fixação de enunciados para proporcionar sentido pragmático à Política de Defesa Nacional.

A edição da Estratégia Nacional de Defesa tem a intenção de suprir essa lacuna, mediante a convergência entre o campo político, o estratégico e o militar propriamente dito, para dimensionar as expectativas brasileiras, proporcionar transparência à análise de responsabilidades que gravitam em torno dos temas de defesa e colocar a temática na pauta de prioridades institucionais, até então restrita a setores especializados. Desse modo, a defesa nacional deixou de representar assunto de interesse apenas do meio militar, para ganhar conotações mais amplas que permitam reflexões maduras quanto a escolhas e prioridades estratégicas, dentro do arranjo constitucional que repercute na organização político-administrativa do Estado, para cuja eficácia é de extrema importância a participação cada vez mais ativa do Congresso Nacional.

Se a Política de Defesa Nacional dependia de instrumento de execução prática, a Estratégia Nacional de Defesa prescindia de mecanismo que proporcionasse transparência, controle e ajustes de ordem temporal no escopo dos temas de defesa. Nessa ordem de ideias, por iniciativa do Poder Executivo, foi alterada a Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, para o fim de institucionalizar a Estratégia Nacional de Defesa e incluir novo instrumento de natureza jurídico-política: o Livro Branco de Defesa Nacional[4]. Assim, foi formado o pilar de sustentação da legitimidade da defesa nacional: a política, a estratégia e o Livro Branco.

O Livro Branco de Defesa Nacional tem a finalidade de permitir "acesso ao amplo contexto da Estratégia de Defesa Nacional, em perspectiva de médios e longos prazos, que viabilize o acompanhamento do orçamento e do planejamento plurianual relativos ao setor", para o que "deverá conter dados estratégicos, orçamentários, institucionais e materiais detalhados sobre as Forças Armadas" (BRASIL, 2010), a compreender os seguintes tópicos: cenário estratégico para o século XXI; política nacional de defesa; estratégia nacional de defesa; modernização das Forças Armadas; racionalização e adaptação das estruturas de defesa; suporte econômico da defesa nacional; as Forças Armadas: Marinha, Exército e Aeronáutica; e operações de paz e ajuda humanitária[5].

Trata-se de tarefa complexa, cujo enfrentamento é determinante para o êxito almejado: a transparência dos debates que definirão as melhores escolhas numa visão de longo prazo. Com o Livro "aberto", o universo político e a sociedade poderão melhor compreender e dimensionar a adequação, os riscos e os investimentos que devem ou não ser feitos no setor de defesa, não apenas para atender a demandas da área militar; mais do que isso: a repercussão nos programas de desenvolvimento nacional, que vão desde as medidas subsidiárias atribuídas às Forças Armadas aos projetos mais amplos que envolvem ciência e tenologia. Tal medida representa o grande mérito da mudança de paradigma.

O trato da defesa nacional até então recebia predominância no Poder Executivo. Com raras exceções, o papel desempenhado pelo Congresso Nacional estava limitado aos aspectos do rito legislativo das proposituras normativas, inclusive a aprovação do Orçamento da União, no qual constam recursos para atender à área de defesa. Entretanto, com a aprovação da Lei

[4] As inovações foram introduzidas pela Lei Complementar nº 136, de 25 de agosto de 2010.

[5] §§ 1º e 2º do art. 9º Lei Complementar nº 97, de 1999, com a redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010.

Complementar nº 97, de 1999, e especialmente as inovações trazidas pela Lei Complementar nº 136, de 2010, o modelo sofreu significativo aperfeiçoamento, pois o Poder Legislativo passou a participar mais diretamente da definição de temas e prioridades para a defesa nacional, compartilhando, por conseguinte, responsabilidades.

A mudança ainda está em seu processo embrionário, mas é possível comemorar o novo arranjo de formulação de consensos e repartição de responsabilidades entre os poderes Executivo e Legislativo, notadamente porque foi estabelecida a regra segundo a qual, quadrienalmente, cabe ao Governo Federal encaminhar ao Congresso Nacional as atualizações da Política, da Estratégia e do Livro Branco de Defesa Nacional[6], o que coloca definitivamente o tema no conjunto de prioridades do Estado brasileiro, destacando-se o relevante papel do Parlamento na representação da soberania popular, cujos efeitos alcançam as escolhas políticas e os custos delas decorrentes.

Considerações finais

A transição para o regime democrático trouxe profunda e significativa mudança na estrutura jurídico-política, a partir da Carta de 1988 – e da legislação infraconstitucional que a sucedeu e que por ela foi recepcionada –, como decorrência natural do amadurecimento das instituições democráticas e da conscientização da sociedade.

Naturalmente, o processo de consolidação da democracia traz à discussão as bases das políticas de proteção da sociedade (na combinação entre segurança e defesa), para o fim de adequá-las às exigências do Estado de Direito. Essa peculiar mudança de atuação institucional interfere diretamente na formulação dos assuntos de defesa, que devem observar a realidade brasileira e mundial, mediante reflexão continuada a respeito de temas como integração, cooperação, persuasão, dissuasão e estratégia, na ponderação entre as expectativas de defesa e as demandas de natureza social.

Defesa e segurança nacionais são temas presentes na organização político-administrativa do Estado e das instituições democráticas, não apenas porque dizem respeito ao bom e legítimo uso que deve ser feito da violência ou da força legalizada, de acordo com as regras de direito, mas especialmente porque compreendem as responsabilidades que o poder político tem para com as instituições e a sociedade, mediante a

---

[6] § 3º do art. 9º Lei Complementar nº 97, de 1999, com a redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010. Encaminhamento feito na forma da Mensagem nº 323, de 17 de julho de 2012.

compreensão de sua importância para o campo de análise de medidas que se dirigem à defesa do Estado e das instituições democráticas.

Na comemoração dos vinte e cinco anos da Constituição de 1988, um bom exemplo de amadurecimento das instituições democráticas está na apreciação[7], pelo Congresso, das propostas de atualização da Política, da Estratégia e do Livro Branco de Defesa Nacional, mediante a realização do debate político indispensável à formação de amplos consensos para as escolhas que devem ser feitas pelo Estado brasileiro.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília: Senado Federal, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 31 maio 2013.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 maio 2013.

_____. Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jun. 1999. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=226673&tipoDocumento=LCP&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 31 maio 2013.

_____. Lei Complementar n. 136, de 25 de agosto de 2010. Altera a Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999, que "dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas", para criar o Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas e disciplinar as atribuições do Ministro de Estado da Defesa. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp136.htm>. Acesso em: 31 maio 2013.

_____. Decreto n. 5.484, de 30 de junho de 2005. Aprova a Política de Defesa Nacional, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º jul. 2005. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=5&data=01/07/2005>. Acesso em: 31 maio 2013.

_____. Decreto n. 6.703, de 18 de dezembro de 2008. Aprova a Estratégia Nacional de Defesa, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 dez. 2008. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=4&data=19/12/2008>. Acesso em: 31 maio 2013.

_____. Decreto Legislativo n. 373, de 25 de setembro de 2013. Aprova a Política Nacional de Defesa, a Estratégia Nacional de Defesa e o Livro Branco de Defesa Nacional, encaminhados ao Congresso Nacional pela Mensagem n. 83, de 2012 (Mensagem nº 323, de 17 de julho de 2012, na origem). *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 set. 2013.

_____. Ministério da Defesa. *Plano de ação para 2013 mostra evolução do Conselho de Defesa Sul-Americano, diz Amorim*. Brasília: Ministério da Defesa, 2012. Disponível em: <http://www.defesa.gov.br/index.php/ultimas-noticias/8536-04-12-2012-defesa-plano-de--acao-para-2013-mostra-evolucao-do-conselho-de-defesa-sul-americano-diz-amorim>. Acesso em: 4 dez. 2012.

[7] Na forma do Decreto Legislativo nº 373, de 25 de setembro de 2013.

FERREIRA, Oliveiros S. Ideias para a concepção estratégica: a defesa nacional e o projeto nacional. In: SEMINARIO DE POLÍTICA DE DEFESA PARA O SÉCULO XXI, 2002, Brasília. *Anais*... Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2003.

LIVRO branco da Defesa Nacional. Brasília: Ministério da Defesa, [2010?]. Disponível em: <http://www.defesa.gov.br/projetosweb/livrobranco/oquee_livrobranco.php>. Acesso em: 4 dez. 2012.

POLÍTICA de Defesa Nacional. Brasília: Ministério da Defesa, [2006?].

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; DOMINGUES, Leyza Ferreira; RIBEIRO, Elisa de Sousa. A adesão da Venezuela ao Mercosul: o manifesto da integração expansionista. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 177, p. 7-18, jan./mar. 2008.

Os princípios das relações internacionais e os 25 anos da Constituição Federal

ALEXANDRE PEREIRA DA SILVA

Sumário

Introdução. 1. Independência nacional. 2. Prevalência dos direitos humanos. 3. Autodeterminação dos povos. 4. Não intervenção. 5. Igualdade entre os Estados. 6. Defesa da paz. 7. Solução pacífica dos conflitos. 8. Repúdio ao terrorismo e ao racismo. 9. Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. 10. Concessão de asilo político. 11. Integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina. Conclusão.

Introdução

O artigo 4º da Constituição Federal de 1988 trouxe uma inovação importante em relação às constituições brasileiras anteriores: o elenco sistematizado dos princípios que regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais. Os dez incisos e seu parágrafo único explicitam os valores e a tradição brasileira nas suas relações com outros Estados.

Vinte e cinco anos depois, esses princípios das relações internacionais têm crescente importância, não somente no plano internacional, mas também internamente. No âmbito internacional, os princípios servem como um importante guia para os poderes do Estado em suas relações com seus congêneres, ao passo que internamente auxiliam os tribunais na solução de casos concretos e também no papel político internacional exercido pelo Congresso Nacional. É importante também destacar que, em razão do processo de internacionalização do Brasil, é cada vez mais frequente a presença de um elemento "internacional" em questões essencialmente internas. Essa característica assinala a atualidade e a importância exercida pelo artigo 4º neste último quarto de século.

Alexandre Pereira da Silva é pós-doutor em Direito pela Dalhousie University, Halifax, Canadá. Professor-adjunto de Direito Internacional da Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco (FDR/UFPE).

Este estudo, portanto, examinará na sequência os dez incisos constantes e o parágrafo único do artigo 4º, para no final elaborar um balanço conjunto desse dispositivo constitucional. A análise dos princípios das relações internacionais será realizada tanto pelo ângulo do direito constitucional como do direito internacional, de maneira a realçar o caráter intercambiável neste contexto desses dois ramos do direito público. Além disso, o estudo também destacará a atuação dos três poderes na implementação dos princípios, em especial a atuação do Ministério das Relações Exteriores, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o trabalho da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Senado Federal.

1. Independência nacional

De acordo com o *caput* do artigo 4º da Constituição Federal, "a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios". O primeiro desses princípios é o da independência nacional. A primazia é bastante justificável, visto que a Constituição abre seu artigo 1º, inciso I, consagrando o fundamento de 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 e tem como fundamentos: I – a soberania". Assim, princípio basilar do Estado brasileiro é a sua soberania e, portanto, é muito coerente que, em suas relações com os demais Estados partícipes da sociedade internacional, o Brasil repute essencial sua própria independência.

Essa relação entre soberania e a independência nacional foi destacada pelo ministro Luiz Fux na Reclamação nº 11.243:

> "O artigo 1º da Constituição assenta como um dos fundamentos do Estado brasileiro a sua soberania – que significa o poder político supremo dentro do território, e, no plano internacional, no tocante às relações da República Federativa do Brasil com outros Estados soberanos, nos termos do art. 4º, I, da Carta Magna. A soberania nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo presidente da República, consoante suas atribuições previstas no artigo 84, VII e VIII, da Lei Maior" (Rcl. nº 11.243, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux, julgamento em 8 de junho de 2011, Plenário, *DJE* de 5 de outubro de 2011).

Esse princípio também deve ser considerado de maneira especial com outros também elencados no artigo 4º: autodeterminação dos povos, não intervenção e igualdade entre Estados. O Brasil como uma ex-colônia, ainda com menos de 200 anos de independência política, sempre considerou fundamental em suas relações internacionais não só o respeito a sua independência nacional, mas também a dos demais Estados, seja

reconhecendo de maneira explicita a igualdade entre eles, seja reconhecendo como princípio basilar a não intervenção nos assuntos internos dos demais Estados. Além disso, o Estado brasileiro também apoia o direito de outros povos a sua autodeterminação política.

Em termos de jurisprudência internacional, também essa relação entre soberania e independência nacional foi marcada na célebre arbitragem do Caso da Ilha de Palmas (Países Baixos *vs.* Estados Unidos), de 1928. Para o árbitro Max Huber:

> "*Sovereignty in the relation between States signifies Independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. The development of the national organization of States during the last few centuries and, as a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations*" (UNITED NATIONS, 2006, p. 838).

Essa independência nacional, manifestada entre outros aspectos pela soberania territorial, inclui o direito exclusivo de conduzir as atividades dentro dos limites do Estado. Esse direito tem como seu corolário um dever: a obrigação de proteger dentro do seu território os direitos dos demais Estados, especialmente os direitos de integridade e inviolabilidade, durante a paz ou durante a guerra, bem como o direito que têm os Estados de proteger seus nacionais em território estrangeiro (KINDRED; SAUNDERS, 2006, p. 34). Ou seja, o primeiro dever está consignado no princípio da não intervenção e o segundo, no princípio da igualdade dos Estados, examinados a seguir.

2. Prevalência dos direitos humanos

Depois dos horrores da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o tema dos direitos humanos ganhou uma especial dimensão para a sociedade internacional. Marco desse processo foi a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Ainda que a Declaração Universal não tenha força jurídica cogente sobre os Estados, o fato é que ela – aliada à própria Carta da ONU, que também consagra a relevância dos direitos humanos – serviu de base para um sólido arcabouço jurídico, com a aprovação de diversos tratados sobre o tema. Entre outros, mencionem-se os pactos internacionais assinados em 1966: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Há diversos tratados mais recentes no sistema

global de proteção do indivíduo, como a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

A consagração do caráter fundamental da prevalência dos direitos humanos refletiu-se também em âmbito regional com a criação de uma série de tratados sobre o tema: Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969), Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985) e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), para citar apenas alguns.

O Brasil é parte nesses e em diversos outros tratados de direitos humanos. Vale destacar que muitos destes tratados foram ratificados durante esse último quarto de século. Foram os casos, por exemplo, dos Pactos de 1966, que o Brasil ratificou somente em 1992, obrigando-se dessa forma a promover e garantir os direitos promovidos por eles, bem como pelo Pacto de São José, também ratificado em 1992. Ainda no plano regional de proteção dos direitos humanos, vale frisar que posteriormente o Brasil também se tornou parte da Convenção de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José, de acordo com o artigo 62 desse tratado, sob a reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Internamente, na sequência do processo de redemocratização experimentado pela sociedade brasileira, nada mais lógico que a Assembleia Constituinte também reconhecesse o papel fundamental que os direitos humanos têm nas relações entre os Estados e dentro do Brasil. Além disso, mais do que elencá-los entre os princípios que regem as relações internacionais do Brasil, o constituinte ainda deu uma prova cabal do papel fundamental que têm os direitos humanos, ao estabelecer no parágrafo 2º do artigo 5º que: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Ao longo desses vinte e cinco anos, a prevalência dos direitos humanos tem demonstrado um processo contínuo de fortalecimento. Exemplo disso se deu em dezembro de 2004, por meio da aprovação da Emenda Constitucional nº 45 (EC nº 45/2004), que adicionou os parágrafos 3º e 4º ao já robusto artigo 5º que dispõe os direitos e garantias fundamentais. O primeiro desses parágrafos ratificou o papel supralegal que têm os tratados de direitos humanos do qual o Brasil faz parte, ao dispor que: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por

três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

O debate em torno da aplicação e interpretação do parágrafo 2º do artigo 5º tem acessos debates na doutrina jurídica pátria. Essencialmente, com a EC nº 45/2004 os direitos humanos passaram de materialmente constitucionais (artigo 5º, § 2º), para material e formalmente constitucionais (artigo 5º, § 3º), ou como está bem resumido no voto do Ministro Celso de Mello:

> "Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico–constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o "iter" procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de emenda à Constituição, consoante prescreve o § 3º do art. 5º da Constituição. [...] É preciso ressalvar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de *bloco de constitucionalidade*" (HC nº 87.858, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3 de dezembro de 2008, Plenário, *DJE* de 26 de junho de 2009, voto-vista do Min. Celso de Mello, 12 de março de 2008).

Vale destacar que o Congresso Nacional aprovou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em março de 2007, pelo *iter* procedimental do parágrafo 3º do artigo 5º, conforme promulgado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

O parágrafo 4º, também nessa linha, reconhece a importância que tem o Tribunal Penal Internacional (TPI) para o Brasil ao considerar que: "O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

Criado em 2002, pelo Tratado de Roma, o TPI é uma das mais enérgicas medidas tomadas pela sociedade internacional para dar resposta aos crimes de maior gravidade e que por isso mesmo não devem ficar impunes. Como bem coloca William Schabas (2000, p. 157-158): "apesar de sua vocação para o direito penal, a Corte é fundamentalmente uma resposta a sérias violações de direitos humanos, particularmente aquelas envolvendo a perseguição de minorias étnicas".

Também é importante destacar que o Brasil, além de assinar e ratificar os tratados de direitos humanos, tem participado de cortes internacionais e outros mecanismos de proteção dos direitos humanos. Foi o caso da indicação de Sylvia Steiner para ser juíza na primeira composição do TPI, entre 2003 e 2012; e a de Antônio Augusto Cançado Trindade, para membro da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1994-2008), ocupação que deixou para tornar-se juiz da Corte Internacional de Justiça, no período inicial de 2009-2018. E, mais recentemente, a escolha de Paulo Vannuchi para compor a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no período 2014-2017. Além de Vannuchi, foram comissários da CIDH os brasileiros Paulo Sérgio Pinheiro (2004-2011), Hélio Bicudo (1998-2001) e Carlos Dunshee de Abranches (1964-1983).

3. Autodeterminação dos povos

O princípio da autodeterminação dos povos é um dos pilares da Organização das Nações Unidas, inscrito na Carta da ONU no artigo 1º, número 2, além dos artigos 55, 73, letra "b" e 76, letra "b". O desenvolvimento do direito

de autodeterminação dos povos surgiu como consequência natural do processo de descolonização, que ganhou impulso nos primeiros anos posteriores à Segunda Guerra Mundial e teve seu ápice com o processo de descolonização afro-asiático no início dos anos 1960. No entanto, esse direito de autodeterminação não se limita à descolonização. Mais que isso, é contemplado também no artigo 1º, número 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966), ao consagrar que: "todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural" (HERDEGEN, 2005, p. 270).

Em outubro de 1970, por meio da Resolução nº 2.625 da Assembleia Geral, os Estados-membros da organização tiveram oportunidade de uma vez mais ratificar esse e outros princípios considerados essenciais nas relações dos Estados entre si[1]. A Resolução nº 2.625 menciona de maneira especial uma série de princípios: a proibição do uso da força, a solução pacífica das controvérsias, a proibição da intervenção, o mandato de cooperação entre os Estados, a igualdade de direitos e o princípio da autodeterminação dos povos, a igualdade soberana dos Estados, bem como o dever dos Estados de cumprir com boa-fé as obrigações assumidas em concordância com a Carta das Nações Unidas.

Ainda que inexista nas Constituições anteriores menção explícita a ele, o compromisso do Brasil com o princípio da autodeterminação dos povos sempre esteve presente entre os paradigmas tradicionais da política externa brasileira (DALLARI, 1994, p.163). Também porque o Brasil, como uma antiga colônia, entende que todos os povos devem guiar-se por seus próprios meios, sem necessidade de tutela estrangeira (SILVA, 2005, p. 34).

Um dos exemplos mais recentes da manifestação brasileira à autodeterminação dos povos deu-se quando o governo brasileiro, por meio de carta enviada pelo presidente Lula ao presidente da Autoridade Nacional Palestina, Mahmoud Abbas, reconheceu o Estado palestino nas fronteiras existentes em 1967. Segundo a Nota nº 707, de 3 de dezembro de 2010, do Ministério das Relações Exteriores:

> "O Brasil reafirma sua tradicional posição de favorecer um Estado palestino democrático, geograficamente coeso e economicamente viável, que viva em paz com o Estado de Israel. Apenas uma Palestina democrática, livre e soberana poderá atender aos legítimos anseios israelenses por paz com seus vizinhos, segurança em suas fronteiras e estabilidade política em seu entorno regional."

Outro marco importante na aplicação do princípio da autodeterminação dos povos nestes últimos vinte e cinco anos foi o apoio brasileiro à independência e autodeterminação do Timor Leste, antiga colônia de Portugal, sob jugo da Indonésia durante os anos de 1975 a 1999. A questão do Timor Leste voltou às páginas do noticiário internacional em outubro de 1996, quando foi atribuído o Prêmio Nobel da Paz a dois líderes do processo de independência nacional, o bispo Carlos Ximenes Belo e José Ramos Horta.

Com o objetivo de realizar um referendo para determinar se a população timorense apoiava a criação de uma região autônoma especial ou a independência em relação à Indonésia, o Conselho de Segurança da ONU estabeleceu a

[1] Resolução nº 2.625 (XXV), de 24 de outubro de 1970, da Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional Referentes às Relações de Amizade e Cooperação entre os Estados em Conformidade com a Carta das Nações Unidas (*Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations*).

Missão das Nações Unidas sobre o Timor Leste (*United Nations Mission in East Timor* – Unamet). Após o massivo apoio dado à soberania timorense no referendo, seguiu-se um período de tensão e violência na região até a criação da Força Internacional para o Timor Leste (*International Force for East Timor* – Interfet), em resposta ao declínio da situação humanitária e de segurança durante a transição timorense para a independência. Posteriormente, foi criada a Administração Transitória das Nações Unidas em Timor Leste (*United Nations Transitional Administration in East Timor* – Untaet), liderada pelo brasileiro Sérgio Vieira de Mello, como representante especial do Secretário-Geral da ONU até a independência do Timor Leste em 20 de maio de 2002. O Brasil participou dessas missões e de outras duas criadas posteriormente pelas Nações Unidas no Timor Leste (BRACEY, 2011, p. 320-322).

4. Não intervenção

Na conceituação de Celso Bastos e Ives Gandra Martins (2001, p. 502), o princípio da não intervenção é aquele que proíbe a um Estado de imiscuir-se no funcionamento de Poderes Públicos estrangeiros. Em decorrência disso, existiria um respeito às competências nacionais exclusivas, não admitindo qualquer espécie de interferência nos assuntos internos de outros Estados. Ainda que não encontrado de forma explícita nas Constituições anteriores à de 1988, esse princípio tem tradicionalmente servido de baliza na atuação da política externa brasileira (DALLARI, 1994, p. 165).

Em linhas gerais, a proibição da não-intervenção protege principalmente a autonomia dos Estados no que tange a aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais. A Corte Internacional de Justiça, no célebre "Caso Relativo às Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua" (Nicarágua *vs.* Estados Unidos), em decisão de 1986, destacou nesse sentido que:

> "*The principle of non-intervention involves the right of every sovereign State to conduct its affairs without outside interference. [...] the Court defines the constitutive elements which appear relevant in this case: a prohibited intervention must be one bearing on matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty, to decide freely (for example the choice of a political, economic, social and cultural system, and formulation of foreign policy). Intervention is wrongful when it uses, in regard to such choices, methods of coercion, particularly force, either in the direct form of military action or in the indirect form of support for subversive activities in another State*" (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1986).

No âmbito do direito internacional, o princípio da não-intervenção nos assuntos internos dos Estados está consagrado, por exemplo, na Carta das Nações Unidas, em seu artigo 2º, número 7, que afirma: "nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta".

Como anota Breno Hermann (2011, p. 22), dos princípios das relações internacionais elencados nesse artigo 4º da Constituição, certamente um dos mais antigos em termos de atuação da política externa brasileira é o da não intervenção. Se em um primeiro momento, sua função era a de garantir a recém-adquirida independência em face de eventuais investidas da ex-metrópole, em um segundo momento, passou a servir de base para o rechaço às tentativas de potências estrangeiras de se imiscuirem em questões nacionais.

Para o ex-chanceler e atual ministro da Defesa, Celso Amorim:

> "O princípio da não-intervenção nos assuntos internos dos outros Estados sempre orientou a política exterior do Brasil. Mas este princípio deve ser matizado pela 'não-indiferença'; isto é, a disposição de colaborar, por meio de canais legítimos, com outros países que se encontram em situações particularmente difíceis" (BRASIL, 2010, p. 20).

Essa "não-indiferença", sem violar o princípio da não intervenção, pode ser ilustrada no posicionamento do governo brasileiro em face da presente situação na Síria. Em recente intervenção, o representante brasileiro no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas declarou que:

> "O Brasil acredita que o Conselho de Direitos Humanos deve acompanhar de perto a escalada da violência e tragédia humana na Síria. Este Conselho não pode permanecer em silêncio enquanto os civis estão sujeitos a graves violações do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário. A ação imparcial e eficaz visando à melhoria da condição local deve ser o objetivo principal do nosso trabalho" (BRASIL, 2013).

Esse posicionamento brasileiro de prestigiar órgãos internacionais e soluções negociadas nem sempre é bem compreendido por setores internos, que vez por outra desejariam um pronunciamento mais contundente do Itamaraty. Mas a busca de soluções pacíficas dos conflitos, também um dos princípios do artigo 4º, faz parte da tradição da política externa brasileira. A crescente atuação do Brasil no plano internacional permite que o país, além de incentivar a busca por criação de plataformas de consenso entre os envolvidos nesse tipo de situação, dispõe-se a contribuir nesse processo.

5. Igualdade entre os Estados

O princípio da igualdade entre os Estados é uma das peças centrais do sistema internacional westfaliano. Expressão destacada desse princípio encontra-se atualmente no artigo 2º, número 1, da Carta das Nações Unidas: "A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros".

Como observa Matthias Herdegen (2005, p. 243-244), essa igualdade soberana entre os Estados deve se compreendida no sentido de uma igualdade formal entre os membros da sociedade internacional. E essa concepção formal da igualdade entre os Estados reflete-se na composição e atuação de várias organizações internacionais, como a aplicação da regra "um Estado, um voto".

No entanto, a própria ONU – e outras organizações e conferências internacionais – rompe essa regra ao privilegiar determinados Estados-membros, como no caso da composição e votação no âmbito do Conselho de Segurança, em que os cinco Estados (China, Estados Unidos, Federação Russa, França e Grã-Bretanha), possuem assentos permanentes e, além disso, contam com o poder de vetar resoluções dentro do órgão (artigos 23, número 1, e 27, número 3 da Carta da ONU). Contra esse "diretório das grandes potências" insurge-se o Brasil, pleiteando de longa data, mas especialmente nestes últimos vinte e cinco anos, uma alteração na composição do Conselho de Segurança, seja por meio de sua adesão e outros membros na condição de membros permanentes, seja pela mudança na regra do poder de veto dos atuais cinco membros permanentes.

Essa distorção na composição de órgãos executivos de organizações internacionais não é exclusividade do Conselho de Segurança. Também em organizações internacionais de caráter econômico é patente esse lugar privilegiado destinado a certos membros, como no

caso da Diretoria-Executiva do Fundo Monetário Internacional (FMI), em que alguns Estados-membros têm uma posição permanente. Ainda que a carta constitutiva do FMI não explicite a hipótese de vetar decisões, o sistema de votação tanto na Diretoria-Executiva quanto no Conselho de Governadores, nas palavras de Andreas Lowenfeld é (2008, p. 606):

> "*[…] designed to reflect member states' economic importance as shown in quotas in the Fund, adjusted to give each member state a minimum voting power. Under the original Articles of Agreement, each member state had 250 basic votes plus on additional vote for each 100,000 US dollars of its quota. In 1945, basic votes accounted for 11.3 per cent of total votes. As of 2007, as a result of numerous increases in total quotas, basic votes accounted for only 2.1 per cent of total votes, the United States' voting power stood at 17.1 per cent, and the European Union, if it voted as a bloc, held 33.9 per cent of the voting power. Developing countries held just under 39 per cent of voting power, as against 61 per cent for developed countries.*"

Por causa desse sistema, os Estados Unidos consolidam-se dentro da instituição como a maior potência mundial (senão a única), detendo, no presente momento, mais de 17% das cotas da organização. Outros países considerados potências econômicas, como o Japão, a Alemanha, o Reino Unido e a França não possuem mais de 6% cada um do poder de voto na instituição.[2]

Também no FMI, o Brasil tem buscado aumentar sua participação no processo decisório da organização. Em novembro de 2010, a Diretoria-Executiva do Fundo aprovou uma série de propostas que proporcionariam uma importante reorganização das cotas e estruturas de governo do FMI. Esse acordo, que pode ser considerado a reforma mais profunda da estrutura de governo nos últimos 65 anos de história do FMI, é fruto da pressão de países emergentes e em desenvolvimento, como o Brasil, em decorrência da maior influência desses países na economia mundial.

6. Defesa da paz

Um dos maiores testemunhos da tradição pacifista do Brasil é o fato de o país ter fronteiras com dez países e não ter problemas de limites com nenhum deles. É um processo centenário de consolidação da paz com os vizinhos e uma das heranças do Barão do Rio Branco.

Nestes últimos vinte e cinco anos, uma das modificações mais importantes no plano interno deu-se com a criação do Ministério da Defesa,

---

[2] O poder de voto atribuído aos Estados Unidos (e mesmo às demais potências ocidentais), na prática, representa um verdadeiro poder de veto, tendo em vista que diversas decisões do Fundo exigem para sua aprovação maiorias qualificadas de 85%.

em 10 de junho de 1999, que colocou as Forças Armadas sob liderança civil. Além disso, a pasta tem atuado na modernização das Forças Armadas e no fortalecimento de canais de interação entre a Defesa e a sociedade. Para o atual ministro da pasta, Celso Amorim (2012, p. 331):

> "[A] liderança civil das Forças Armadas é hoje uma realidade não contestada. A ela corresponde, com igual naturalidade, a valorização e o respeito do profissionalismo militar. A altíssima credibilidade de que gozam nossos marinheiros, soldados e aviadores junto à população brasileira – inclusive consignada em estudo do IPEA – dá testemunho disso. O crescente interesse público por assuntos militares não se confunde com militarismo de qualquer natureza. O envolvimento do conjunto da população no debate sobre as questões da paz e da guerra é da essência da democracia."

Recentemente, o Executivo submeteu à apreciação do Congresso Nacional três importantes documentos na área de defesa: Política Nacional de Defesa, Estratégia Nacional de Defesa e o Livro Branco de Defesa Nacional. Por meio deles, a sociedade brasileira está apta a conhecer, de forma ampla, as capacidades militares do país e os objetivos e desafios da Defesa Nacional (AMORIM, 2012, p. 332).

Um dos principais elementos que ressaltam esse princípio da defesa da paz manifesta-se na atuação destacada do Brasil em missões de paz das Nações Unidas. O Brasil participou de mais de vinte operações de manutenção da paz no âmbito das Nações Unidas desde 1957. Para Paulo Roberto Fontoura (1999, p. 214-219) a participação brasileira nessas missões da ONU pode ser dividida em dois grandes momentos: o período de 1957 a 1967, caracterizado pela presença em seis operações; e o período de 1989 até hoje, com uma participação mais variada e atuante. Em cada um desses dois grandes períodos, o Brasil também participou de operações de manutenção da paz fora do âmbito da ONU. Na primeira fase, foi o caso da Força Interamericana de Paz da República Dominicana (1965-66), aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA). No segundo período, destaque-se a participação na Missão de Observadores Militares (Momep), na Cordilheira do Condor, região de litígio entre Equador e Peru (1995-99). A criação da Momep também representou um importante êxito diplomático brasileiro, já que o país liderou as negociações que culminaram na assinatura de um acordo global e definitivo de paz entre o Equador e o Peru, em Brasília, em outubro de 1998.

Especialmente nestes últimos dez anos, houve um significativo incremento na participação brasileira nessas missões, como na Missão de Estabilização das Nações Unidas no Haiti (*Mission des Nations Unies pour la Stabilisation en Haiti* – Minustah). Envolvido desde sua criação em 2004, a participação do país na Minustah reveste-se de características únicas em relação a todas as experiências anteriores, pelos seguintes fatores: i) o Brasil é o principal contribuinte da missão de paz, com cerca de mil e duzentos militares; ii) o comando militar de uma operação dessa natureza foi, pela primeira vez, entregue ao Brasil (HERMANN, 2011, p. 23).

Além da destacada participação no Haiti, a atuação brasileira dá-se também no Líbano, como parte do contingente marítimo da Força Interina das Nações Unidas no Líbano (*United Nations Interim Force in Lebanon* – Unifil), criada pela Resolução nº 425, de 19 de março de 1978. O Brasil participa da Unifil desde 2011 com a cessão de um navio. Em fevereiro de 2011, o Brasil, por meio do contra-almirante Luiz Henrique Caroli, assumiu o comando da Força-Tarefa Marítima da Unifil – e pela primeira vez o Comando da Força-Tarefa ficou a cargo de um país não membro da OTAN.

Por fim, ainda sobre o papel desempenhado pelo Brasil nas operações de manutenção da paz das Nações Unidas, é importante destacar que no final do mês de maio de 2013, o país era, o único Estado a liderar, ao mesmo tempo, duas das quinze missões de paz da ONU. Além da missão no Haiti (MINUSTAH), o Brasil passou a liderar a missão na República Democrática do Congo (*Mission de l'organisation des Nations Unies en République Démocratique du Congo* – Monusco), com um efetivo de mais de dezenove mil militares de 57 países, mas sem efetivos brasileiros no contingente (FOLHA DE S.PAULO, 2013).

7. Solução pacífica dos conflitos

Além da presença entre os incisos do artigo 4º, o princípio da solução pacífica dos conflitos é mencionado no Preâmbulo da Constituição de 1988: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar [...] uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]". A menção no Preâmbulo da Constituição é um indicativo da importância dada pela sociedade brasileira à solução pacífica das controvérsias na ordem internacional.

Alguns meios de solução pacífica das disputas estão elencados no artigo 33, número 1, da Carta das Nações Unidas: "As partes, em uma controvérsia que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha".

A solução pacífica das controvérsias é uma das linhas-mestras da política externa brasileira. Exemplos históricos e presentes são inúmeros. Em termos históricos, pode-se recordar a resolução das controvérsias de limites com seus vizinhos em princípios do século XX, privilegiando a arbitragem internacional. Sob a liderança do Barão do Rio Branco, os sucessos nas questões com a Argentina (Questão de Palmas), Guiana Francesa e a questão do Acre, agregaram e pacificaram quase um milhão de quilômetros quadrados. Mesmo o insucesso envolvendo a questão de limites com a Guiana Inglesa (questão de Pirara), com o laudo arbitral do rei da Itália Vitor Emanuel em 1904, não abalou a confiança do Estado brasileiro na solução pacífica das disputas.

Para os conflitos atuais, o Brasil também defende a solução pacífica, esteja o país diretamente envolvido ou não na controvérsia. Entre os casos

de maior repercussão internacional nos últimos anos está o do programa nuclear iraniano, em que o Brasil juntamente com a Turquia buscou uma solução negociada para a disputa. Os governos do Brasil e da Turquia encaminharam uma carta – com uma cópia em anexo da "Declaração Conjunta de Irã, Turquia e Brasil", assinada em Teerã, em 17 de maio de 2010 – aos membros do Conselho de Segurança da ONU. Nela, os dois países expressaram que "estão convencidos de que é hora de dar uma chance às negociações e evitar medidas prejudiciais à solução pacífica da questão". O esforço brasileiro e turco, infelizmente, não evitou a adoção de novas sanções contra o Irã; mas, por outro lado, demonstrou o empenho brasileiro em participar mais ativamente na solução de conflitos de dimensão global.

Em termos econômicos, também o Brasil acredita e investe no fortalecimento de mecanismos de solução de controvérsias, como no caso do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC). Nos primeiros doze anos de funcionamento do órgão, ou seja, entre 1995 e 2006, o Brasil iniciou 31 processos contenciosos e participou como terceiro interessado em outros 34. Alguns desses casos submetidos à apreciação do Órgão de Solução de Controvérsias tiveram ampla repercussão internacional e interna, como o da disputa comercial entre Brasil e Canadá relacionada a aeronaves comerciais (VARELLA, 2009, p. 13).

O Brasil tem também participado ativamente de diversos tribunais internacionais por meio da atuação de seus nacionais, como nos casos mencionados acima, dos juízes Cançado Trindade e Sylvia Steiner – além do professor Vicente Marotta Rangel, juiz do Tribunal Internacional do Direito do Mar, membro desde 1996, sendo reeleito em outras duas oportunidades. Isso demonstra o reconhecimento internacional da tradição jurídica brasileira e o apoio do Brasil no fortalecimento de instituições judiciais na esfera internacional.

8. Repúdio ao terrorismo e ao racismo

O documento Política Nacional de Defesa (PND), enviado pela presidenta Dilma Rousseff ao Congresso Nacional, em julho de 2012, considera que "o terrorismo internacional constitui risco à paz e à segurança mundiais"; além disso afirma que o Brasil "condena enfaticamente suas ações e implementa as resoluções da Organização das Nações Unidas, reconhecendo a necessidade de que as nações trabalhem em conjunto no sentido de prevenir e combater as ameaças terroristas". Em reação aos acontecimentos de 11 de setembro de 2001, o Brasil apoiou as decisões da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança da ONU contra o terrorismo e propôs a convocação do órgão de consulta do Tratado In-

teramericano de Assistência Recíproca (TIAR) (CUNHA, 2009, p. 49).

Para o Ministro Celso de Mello, do STF, o repúdio ao terrorismo é:

> "[...] um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, quer em face de sua própria Constituição, quer perante a comunidade internacional. Os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente CF, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII)" (Ext. nº 855, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26/8/2004, Plenário, *DJ* de 1º/7/2005).

A prática do racismo também foi repudiada pelos membros da Assembleia Constituinte. Nos termos da Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966), discriminação racial significa "qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida". O Brasil é parte desta Convenção desde 1969.

Em termos regionais, em junho de 2013, a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância e a Convenção Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. Segundo o Itamaraty, os textos foram resultado de longa negociação, iniciada em 2005, quando a Missão Permanente do Brasil junto à OEA apresentou à Assembleia Geral projeto de resolução que criou o Grupo de Trabalho encarregado de criar uma Convenção contra o racismo e todas as formas de discriminação, em resposta aos compromissos assumidos pelos Estados da região no processo preparatório da III Conferência Mundial Contra o Racismo, a Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerâncias Correlatas, realizada em Durban, na África do Sul, em 2011.

9. Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade

No âmbito da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, o país conta com a Agência Brasileira de Cooperação (ABC), que integra a estrutura do Ministério das Relações Exteriores, e tem como atribuição negociar, coordenar, implementar e acompanhar os programas e projetos brasileiros de cooperação técnicas, executados com base nos acordos firmados pelo Brasil com outros países e organismos internacionais.

Em termos de cooperação técnica, nos últimos anos o Brasil tem dado muita atenção a cooperação Sul-Sul, com expressivo crescimento dos programas de cooperação horizontal do Brasil que se ampliaram em termos de países parceiros atendidos, projetos implementados e em recursos efetivamente desembolsados. Atualmente, a cooperação Sul-Sul do Brasil está presente em todos os continentes, seja por meio de programas e projetos bilaterais, seja mediante parcerias triangulares com governos estrangeiros e organismos internacionais (AGÊNCIA BRASILEIRA DE COOPERAÇÃO, 2013).

Para Breno Hermann (2011, p. 204), a atuação brasileira no Haiti, por meio de projetos da ABC, também é prioritária para o Itamaraty; dessa maneira, "a concepção de que a política externa brasileira não se move exclusivamente em função de interesses entendidos, como a busca de ganhos imediatos, mas se põe em movimento para levar a cabo ações de solidariedade, está na base da compreensão, do ponto de vista do pensamento diplomático".

Em termos econômicos, esse princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade pode ser bem exemplificado pelo perdão das dívidas de países estrangeiros, especialmente africanos, para com o Estado brasileiro. No primeiro ano de mandato do ex-presidente Lula, foram perdoadas as dívidas de Moçambique (US$ 331 milhões), Nigéria (US$ 84 milhões), Gabão (US$ 36 milhões) e Cabo Verde (US$ 2,7 milhões) (Cf. HERMANN, 2011, p. 23). Em 2013, por ocasião das celebrações dos cinquenta anos de fundação da União Africana, a presidente Dilma Rousseff anunciou o perdão ou renegociação da dívida que doze países africanos têm com o Brasil. O total da dívida perdoada alcança US$ 900 milhões (ISTOÉ DINHEIRO, 2013).

Na área de cooperação internacional também vale ressaltar o papel do Congresso Nacional, especialmente da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CRE) do Senado Federal. Somente no primeiro semestre de 2013, a CRE aprovou uma série de acordos internacionais nesta área, por exemplo: o Acordo Básico de Cooperação Técnica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo de Santa Lúcia, celebrado em Brasília, em 26 de abril de 2010; o Acordo de Cooperação Técnica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino do Lesoto, celebrado em Brasília, em 8 de setembro de 2010. Ambos foram aprovados pela CRE em março de 2013, entre outras importantes decisões tomadas pela comissão permanente do Senado Federal em termos de política externa.

10. Concessão de asilo político

Historicamente, o asilo tem sido entendido como o local de refúgio, onde o procurado se encontra fora do alcance do perseguidor. No início eram locais sagrados que propiciavam o refúgio, por isso muitos estudiosos veem a prática do asilo tão antiga como a própria humanidade (BOED, 1994, p. 2). Ainda nos primeiros tempos, o asilo beneficiava qualquer pessoa que fosse perseguida, ou seja, criminosos comuns ou ativistas políticos. Atualmente, o direito de asilo está previsto na Declaração Universal dos Direito do Homem (1948). Na América Latina, tanto o direito positivo como a doutrina estabelecem uma distinção entre duas formas ou categorias de asilo: o territorial – por vezes chamado de refúgio – e o asilo político ou diplomático. O asilo territorial realiza-se quando um Estado admite a presença de estrangeiro perseguido em razão de motivos políticos – mas também por motivos étnicos, religiosos e outras situações de violações aos direitos humanos – dentro de suas fronteiras, com objetivo de resguardar a integridade física, liberdade e segurança do indivíduo.

O asilo diplomático, por seu turno, é a proteção concedida pelo Estado a perseguido pelos mesmos motivos do asilo territorial, mas que se realiza, inicialmente e de modo precário, na missão diplomática do Estado em outro país. Diz-se, de modo inicial e precário, porque o asilo diplomático deve se estender pelo tempo estritamente indispensável para que o asilado deixe a representação diplomática – com as garantias de segurança concedidas pelo governo do Estado territorial – e se dirija a outro Estado para ser acolhido na forma do asilo territorial. Durante esses vinte e cinco anos foram

inúmeros os casos de aplicação desse princípio. A título de ilustração, vale mencionar dois casos de concessão de asilo político: um territorial (refúgio) e outro diplomático.

O primeiro é o caso Cesare Battisti (Extradição nº 1.085 – República Italiana). Trata-se de um caso sem precedentes na história do Supremo Tribunal Federal. Sem precedentes pelo debate político acalorado, e também juridicamente pelo inusitado de uma série de questões que nunca haviam sido enfrentadas nesse tipo de processo, por exemplo: *i)* se o ato do Ministro da Justiça de concessão de asilo é um ato administrativo vinculado ou discricionário; *ii)* se a decisão de concessão de extradição é obrigatória ou não para o Presidente da República.

Quanto ao primeiro ponto, o pleno do STF anulou a decisão do Ministro da Justiça que concedeu o refúgio político a Battisti, a despeito do que dispõe o artigo 33 da Lei nº 9.474/97, que prevê: "o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio". No entanto, quanto ao outro tópico, o Tribunal reconheceu que a decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República, mas que nos termos do voto do então ministro Eros Grau, não deve ferir o tratado de extradição Brasil-Itália, dessa forma, continua o ministro:

> "Tem-se bem claro, aí, que o Supremo Tribunal Federal autoriza, ou não, a extradição, observadas as regras do tratado e as leis. Mas quem defere ou recusa a extradição é o Presidente da República, a quem incumbe manter relações com Estados estrangeiros (art. 84, VII da Constituição)" (Supremo Tribunal Federal, Ext. nº 1.085 – República Italiana. Relator Min. Cezar Peluso, 16 de dezembro de 2009).

O segundo caso, exemplo de asilo diplomático, é o que se desenrola há mais de um ano na representação diplomática brasileira em La Paz. Trata-se do asilo político concedido ao senador boliviano Roger Pinto Molina, abrigado na embaixada brasileira, mas impossibilitado de deixar o prédio em razão da não concessão de salvo conduto pelas autoridades bolivianas. Segundo o noticiado pela imprensa, o senador, descontente com o comportamento do Itamaraty, ingressou inclusive com um *habeas corpus* "extraterritorial", solicitando que o STF determine que a Presidência da República tome medidas para solucionar o caso (SOUZA, 2013).

11. Integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina

Frente a um processo crescente de globalização e de crise do Estado-nação, mormente nas últimas décadas, observa-se uma importante

mudança nas relações internacionais: o processo de integração entre Estados, conhecido por regionalismo. O fenômeno do regionalismo é associado a dois períodos históricos, conhecidos como primeira e segunda onda de regionalismo. A primeira onda iniciou-se no pós-guerra; e, embora seu vigor tenha sido maior até a década de 1970, engloba também acordos e organizações criados até o início da década de 1980. Com o fim da Guerra Fria, a recuperação econômica global e a aceleração do processo de globalização, é que a integração regional foi retomada, dando origem a uma "nova onda de regionalismo". Nesse período, foram criadas novas organizações e acordos de integração e outras já existentes foram revigoradas.

Visto particularmente no contexto econômico internacional, o regionalismo na atualidade é percebido por muitos como um instrumento com o qual o Estado busca influir no processo de globalização econômica. O fenômeno do regionalismo, assim, indicaria o interesse na retomada do papel do Estado na configuração da ordem econômica internacional (PRAZERES, 2008, p. 105).

Nestes vinte e cinco anos, e dentro dessa "nova onde de regionalismo", certamente o ato mais importante que exemplifica esse parágrafo único do artigo 4º foi a participação decisiva do Brasil na criação e fortalecimento do Mercosul (Mercado Comum do Sul), criado pelo Tratado de Assunção, assinado em 26 de março de 1991.

O Mercosul não é simplesmente um bloco de integração regional: é um projeto mais amplo de integração, bem na linha do apregoado pela Constituição Federal. Exemplo disso é o fato de que sua importância transcende muito aos Ministérios da Fazenda e Comércio Exterior, diversos outros ministérios também voltam seus interesses para o âmbito regional. Além disso, o Mercosul tem nos últimos anos procurado incentivar a participação dos legislativos dos Estados-membros. Primeiramente, a participação dava-se por meio da Comissão Parlamentar Conjunta, posteriormente o Conselho do Mercado Comum aprovou a criação do Parlamento do Mercosul (Parlasul), uma das tentativas de relançar o bloco de integração sul-americano e, de certa forma, também suprir um "déficit institucional" do bloco.

Mais recentemente, outro passo foi dado para o fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural na América Latina: a criação da União das Nações Sul-Americanas (UNASUL), em 2008, voltada para a integração regional em matéria de energia, educação, saúde, meio ambiente, infraestrutura, segurança e democracia. São membros da UNASUL os doze Estados independentes da América do Sul, sendo membros observadores o Panamá e o México. As nações que compõem a organização internacional buscam estimular a construção de uma identidade regional, apoiada em uma história comum e sob os princípios do multilateralismo, respeito às regras jurídicas nas relações internacionais, direitos humanos e a democracia.

Conclusão

Será positivo qualquer balanço relacionado à contribuição da Constituição Federal vinte e cinco anos depois de sua promulgação. Em termos analíticos sobre os princípios das relações internacionais consagrados no artigo 4º isso também pode ser afirmado. Nem todos os princípios foram aplicados com a mesma intensidade e frequência ao longo desse período. Mas, todos cumpriram sua missão de servir de guia para o Estado brasileiro, por meio da atuação dos seus três poderes, no papel externo desenvolvido pelo país.

Alguns princípios das relações internacionais tiveram ampla repercussão interna, como

o da concessão do asilo politico, no caso Battisti. Outros, ao contrário, tiveram impacto mais externo do que interno – por exemplo, a posição brasileira de apoiar e implementar medidas que buscavam a solução pacifica do conflito entre o Peru e o Equador. Outros princípios tiveram grande repercussão interna e externa, caso da prevalência dos direitos humanos: por um lado, o debate no Supremo Tribunal Federal envolvendo os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal, por outro lado, a assinatura e ratificação de tratados de direitos humanos, que credencia o país com um dos que mais apoiam o fortalecimento do sistema global e regional dos direitos humanos.

Por isso, a atualidade e a relevância dos princípios das relações internacionais, comprovam o acerto da Assembleia Constituinte ao fixar um rol desses princípios, em lugar privilegiado da Carta, entre os princípios fundamentais.

Referências

AGÊNCIA BRASILEIRA DE COOPERAÇÃO. Histórico. *ABC* [online], Brasília, [20--]. Disponível em: <http://www.abc.gov.br/SobreABC/Historico>. Acesso em: 11 jun. 2013.

AMORIM, Celso. Defesa nacional e pensamento estratégico brasileiro. *Política Hoje*, Recife, v. 21, n. 2, p. 330-349, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOED, Roman. The state of the right of asylum in international law. *Duke Journal of Comparative & International Law*, Durham, v. 5, n. 1, p. 2-23, 1994.

BRACEY, Djuan. O Brasil e as operações de manutenção da paz da ONU: os casos do Timor Leste e Haiti. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 2, p. 315-331, jul./dez. 2011.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Repertório de política externa*: posições do Brasil (2008-2009). Brasília: FUNAG, 2010.

_____. *Resolução do conselho de direitos humanos das Nações Unidas sobre a situação na Síria*: intervenção do Brasil. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2013. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/resolucao-da--assembleia-geral-das-nacoes-unidas-sobre-a-situacao-na-siria-explicacao-do-voto--favoravel-brasileiro>. Acesso em: 11 jun. 2013.

CUNHA, Ciro Leal da. *Terrorismo internacional e política externa brasileira após o 11 de setembro*. Brasília: FUNAG, 2009.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FOLHA DE S. PAULO. General brasileiro vai comandar as tropas das Nações Unidas no Congo. *Folha de S. Paulo - Caderno Mundo*, São Paulo, 18 maio 2013.

FONTOURA, Paulo Roberto Tarrisse da. O Brasil e as operações de manutenção da paz das Nações Unidas. Brasília: FUNAG, 1999.

HERDEGEN, Matthias. *Derecho internacional público.* México, D.F: UNAM, 2005.

HERMANN, Breno. *Soberania, não intervenção e não indiferença*: reflexões sobre o discurso diplomático brasileiro. Brasília: FUNAG, 2011.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). *International Court of Justice*, Haia, 27 Jun. 1986.

ISTOÉ DINHEIRO. Presidente Dilma perdoa dívida de 12 países africanos. *Istoé Dinheiro – Caderno Economia*, São Paulo. Disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/120083_PRESIDENTE+DILMA+PERDOA+DIVIDA+DE+12+PAISES+AFRICANOS>. Acesso: 2 jun. 2013.

KINDRED, Hugh; SAUNDERS, Phillip. *International law, chiefly as interpreted and applied in Canada*. 7. ed. Toronto: Emond Montgomery, 2006.

LOWENFELD, Andreas. *International economic law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2008.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. *A OMC e os blocos regionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2008.

SCHABAS, William A. Os princípios de direito penal. In: AMBOS, K.; CHOUKR, F. H. *Tribunal penal internacional*. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, Alexandre Pereira da. Os princípios da autodeterminação dos povos e da não-intervenção: análise de um caso prático. In: BRANDÃO, C.; ADEODATO, J. M. *Direito ao extremo*: coletânea de estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOUZA, André de. Senador boliviano asilado na embaixada brasileira pede habeas corpus no STF. *O Globo*, Rio de Janeiro, 20 maio 2013. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/senador-boliviano-asilado-na-embaixada-brasileira-pede-habeas-corpus-no-stf-8446515>. Acesso em: 11 jun. 2013.

UNITED NATIONS. *Report of international arbitral awards*: Island of Palmas case. New York: United Nations, 2006.

VARELLA, Marcelo Dias. Efetividade do órgão de solução de controvérsias da organização mundial de comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 2, p. 5-21, 2009.

Liberdade de imprensa e segurança jurídica

A releitura nos 25 anos da Constituição de 1988

CARLA PATRÍCIA FRADE NOGUEIRA LOPES

Sumário

1. Notas introdutórias. 2. Estado de Direito e segurança jurídica. 3. Segurança jurídica e liberdade. 4. Liberdade de imprensa e ausência de marco(s) regulatório(s): o caso da ADPF nº 130-DF. 5. Propostas de novos marcos regulatórios para a liberdade de imprensa: a segurança jurídica em jogo. 6. Notas conclusivas.

1. Notas introdutórias

Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes é mestra e doutoranda em Direito das Relações Internacionais pelo Uniceub (DF). Bacharel em Direito pelo Uniceub e em Jornalismo pela UnB. Professora de Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura (DF). Juíza de Direito Titular da 23ª Vara Cível de Brasília. Juíza Coordenadora do Programa "Justiça Comunitária" do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

A imposição de limites e restrições à liberdade de imprensa é circunstancial e, em linhas gerais, dá-se pela provocação dos atores judiciais em resposta ao exercício da própria liberdade. Opera-se pela densificação contextual do artigo 220 da Constituição Federal de 1988, o que de plano afasta pretensões normativas prévias e abstratas para disciplinar as atividades dos órgãos e dos agentes do jornalismo. Em linhas decisivas: o regime de imprensa prescinde de produção legislativa *stricto sensu*. A princípio, esta é a síntese do julgamento proferido em 2009 pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130-DF, em que foi declarada a não recepção da Lei nº 5.250/1967 pela atual ordem jurídica constitucional. Nesse precedente ficou estabelecido o diâmetro da liberdade de expressão do pensamento por meio da imprensa, ou seja, sua *plenitude*. O Supremo Tribunal Federal não quis, com isso, dizer que os ofendidos pelas mensagens estampadas nas matérias jornalísticas, por qualquer de suas mídias, passaram a ficar ao largo da tutela do direito. Remanescem, na apreciação da Corte Constitucional brasileira, as possibilidades de alcance dos ofensores pelo Poder Judiciário. Essa abrangência dá-se tanto no campo criminal quanto

na órbita cível; lá, sobretudo, pelo processo e julgamento pelos delitos contra a honra; aqui, pelo direito de resposta e pela via indenizatória ou compensatória. Para tanto, na ADPF nº 130-DF ficou decidido que os mecanismos hoje sustentados pelo ordenamento constitucional e infraconstitucional são bastantes para a salvaguarda dos direitos fundamentais de cidadãos e instituições vítimas de ofensas[1].

Esse panorama formulado pelo Supremo Tribunal Federal na ADFP nº 130-DF promove a seguinte indagação: até que ponto pode ser limitada ou sacrificada a liberdade de imprensa? Embora não haja uma resposta precisa e única, o fato é que as tentativas de elaboração das equações possíveis exige o enfrentamento do tema à luz de categorias específicas imbricadas com as ideias de Estado de Direito, segurança jurídica e liberdade como princípio. Para uma avaliação da existência e viabilidade de projetos de regulação da atividade de imprensa, de modo a delimitar sua convivência com os direitos fundamentais catalogados pelo esquadro constitucional, é preciso antes fazer análise dos argumentos lançados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento daquela. Afinal, eventual marco regulatório da imprensa não pode prescindir do balizamento oferecido pela Corte Constitucional naquele julgamento, sob pena de déficit de legitimidade da inovação legislativa por incompatibilidade com a leitura constitucional acerca do tema.

Neste estudo, pretende-se promover a aproximação funcional entre o Estado de Direito como conceito jurídico e a segurança jurídica levada em consideração a partir de seu papel instrumental em favor da certeza, confiança e estabilidade do sistema normativo. Essas ideias complementam-se pela análise do direito de liberdade, como princípio de sustentação da justiça, e seu delineamento no projeto constitucional brasileiro. Para tanto, a obra de John Rawls (2008) apresenta-se como filtro revelador do pensamento constituinte; o desafio é a defesa da liberdade sem freios, mas com o contrapeso da segurança jurídica. É que ambas – liberdade de expressão integral e segurança jurídica – configuram-se como promessas do texto constitucional brasileiro de 1988. Ao Supremo Tribunal Federal incumbia em 2009 promover esse equilíbrio, quando teve oportunidade de julgar a ADPF nº 130-DF. Prevaleceu o voto condutor do relator do processo, Ministro Carlos Ayres Britto, que elegeu o critério de racionalidade seletiva e a teoria libertária para imprimir plena liberdade em prol da ação comunicativa. Entretanto, não foi unânime o posicionamento da Corte no sentido da imprescindibilidade de marco legislativo regulatório; em alguns casos, a teoria democrática, com foco no receptor da mensagem, foi agitada como o caminho a ser seguido pelo Brasil. Nesse caso, há incentivo para que o Parlamento elabore o regime regulador da atividade de imprensa; vários projetos de lei tramitam no Congresso Nacional com essa intenção. Muitos deles são anteriores ao julgamento da ADPF nº 130-DF; alguns são posteriores, encontram-se apensados – e a primeira tarefa do legislador é realizar sua simbiose.

Mas não é só. Há, antes disso, o dever de avaliação teórica e prática em torno da importância desse trabalho legislativo; para tanto, é preciso responder ao seguinte questionamento: a liberdade de imprensa exige regulação prévia, genérica e abstrata, com vocação para o futuro? Ou, contrariamente, deve ter seu arcabouço jurídico edificado à luz das circunstâncias concretas e individuais, com parâmetro nas ocorrências passadas? A resposta implica uma

[1] Basicamente, na Constituição Federal, por seu artigo 5º, incisos V e X; na legislação infraconstitucional, pelos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal; e pelo artigo 186, que pode ser combinado com o art. 927, parágrafo único, ambos do Código Civil.

opção clara e definida em favor do *locus* ideal para a consolidação da liberdade de imprensa na forma como deve amoldar-se ao novo tempo, o tempo da Era da Informação, típica de uma sociedade dinâmica e em rede (CASTELLS, 2010, 2012). Eis aí a importância do tema, da sua reflexão e do debate decorrente da sua complexidade.

Este artigo pretende ser uma contribuição fértil para esses terrenos.

2. Estado de Direito e segurança jurídica

A abordagem dos conceitos de Estado de Direito e segurança jurídica deve dar-se com enfoque na correlação entre tais categorias, de modo a demonstrar-se que existe um liame natural e jurídico entre as estruturas em estudo, ao menos sob a perspectiva deôntica. Não é nossa pretensão promover análise aprofundada acerca dos institutos, mas atrelá-los à leitura constitucional do exercício do direito de liberdade de imprensa. Nesse prisma, a questão a ser visitada gravita em torno dos limites impostos pelo Estado de Direito e pelo princípio da segurança jurídica à expressão do pensamento no âmbito da atividade de imprensa.

Do quanto interessa ao presente estudo, Estado de Direito revela-se como entidade optante pela divisão das funções do Poder, ao lado de comparecer a legalidade como marco decisivo para a atuação dos agentes incumbidos de governar e gerir o Estado (MIRANDA, 2011, p. 33). Nesse espectro, impõem-se duas outras racionalidades conceituais: legalidade é aqui admitida não só sob a ótica formal, mas igualmente em sua feição substancial, configurada na ideia de "conformidade com valores materiais" (MIRANDA, 2011, p. 33). Ademais, Estado de Direito aproxima-se da perspectiva de tutela jurídica, e não apenas legal, para qualquer espécie de direito. Essa premissa, na Constituição Federal de 1988, apresenta-se pela força normativa do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consoante disposição do art. 5º, inciso XXXV. Com essas primeiras considerações, quer-se assentar que o tema da liberdade de expressão e sua relação com marcos regulatórios está centrado, neste trabalho, no ideal democrático, que não prescinde dos pilares de liberdade, igualdade e solidariedade, bem como posiciona os atores do Judiciário no centro do aparato jurídico (DERZI, 2009, p. 2).

A jurisprudência brasileira, em linhas gerais, adota essas premissas quando se vê no dever de avaliar questões referentes à liberdade de expressão do pensamento e o parâmetro da segurança jurídica, sobretudo na sua função de garantia da certeza, confiança e estabilidade do sistema (TORRES, 2012, p. 183-304). O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE nº 511.961-SP[2], deparou-se com intensa discussão acerca da exigência legal de diploma de nível superior para o exercício da profissão de jornalista[3], na forma do Decreto-Lei nº

[2] Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, julgamento em 17/6/2009, DJe 213, de 13/11/2009.

[3] Neste ponto, agradecemos imensamente a contribuição, neste trabalho, do jornalista Heraldo Pereira. Indagado sobre o exercício do jornalismo por pessoas não portadoras de curso superior na área, ele afirmou, inicialmente, ser contrário a qualquer marco regulatório da imprensa. Referiu-se, ainda, à obrigatoriedade do diploma de jornalismo como uma exigência de um Estado de exceção instalado em 1964, que hoje não se sustenta. Mais do que isso, mencionou ser tal exigência muito anterior à rede mundial de computadores, que acabou por tornar a todos comunicadores, que reportam fatos. Para Heraldo Pereira, essa função é e deve ser livre, o que se estende, também, ao ofício dos jornalistas no âmbito de uma pessoa jurídica formal, sob pena de discriminação negativa ilegítima. Segundo ele, o compromisso do jornalista está atrelado às prescrições legais e, se praticar ilícitos, deve responder por eles perante o Poder Judiciário. Ademais, sustenta a vinculação do comunicador com a qualidade e a excelência do produto a ser oferecido à opinião pública, o que está a exigir dos profissionais da imprensa comprometimento com o debate e o aprimoramento teórico "nos diversos ramos do conhecimento humano". Sugere, por fim, que os jornalistas tenham "uma inserção obrigatória nos ambientes, acadêmicos ou não, em que se busca

972/1969. Naquela ocasião, a Corte posicionou-se pela não recepção dessa exigência pela Constituição Federal, em face do inciso XIII do art. 5º constitucional, consentânea com a reserva legal qualificada e a (des)proporcionalidade da restrição imposta pela condicionante do diploma. Embora o princípio da segurança jurídica só haja sido acenado de forma explícita no voto do Ministro Marco Aurélio, que foi vencido, o entendimento do Tribunal, por sua maioria, tem apoio na estabilização do sistema, em vista da necessidade de equivaler o jornalismo à própria liberdade de expressão. Nesse sentido, a Corte promoveu a segurança jurídica do esquadro normativo, ao afastar verdadeira clivagem entre a exigência do curso superior e a *plenitude* da liberdade de expressão, consoante dicção do art. 220 da Constituição Federal, reforçada no julgamento da ADPF nº 130-DF, em maio de 2009, como se verá no item 3 deste artigo.

Como dito, para os propósitos deste estudo e no que se relaciona à liberdade de expressão do pensamento, Estado de Direito é categoria jurídica diretamente ligada ao plano também jurídico – mas igualmente político e moral – da democracia. Outra, aliás, não é a concepção constitucional, como se extrai do art. 1º, *caput*, do Texto de 1988. Por outro lado, cuida-se de espécie de Estado moldado sob o viés ético, haja vista manter estrategicamente instituições como segurança jurídica, separação de poderes e submissão a direitos e garantias fundamentais. Esse cenário teórico tem influenciado também a jurisprudência brasileira no tratamento das questões ligadas à liberdade de expressão sob o pálio do Estado Democrático de Direito. No Supremo Tribunal Federal, firmou-se o convencimento de que o direito de crítica é uma das facetas de manifestação do pensamento pela imprensa. Mais do que isso, tem-se entendido que o exercício crítico se legitima quando em favor da coisa e da causa pública[4] e tem o condão de dar sustentação legitimadora ao regime democrático por constituir-se em um de seus "suportes axiológicos", conforme registra o Ministro Celso de Mello na confecção da ementa do AI nº 690.841 AgR-SP, julgado em 21/6/2011 na Segunda Turma.

Esse delineamento conceitual e referido à liberdade da imprensa leva-nos a tomar a segurança jurídica como consequência lógica e imediata do primado do Direito como sistema autopoiético (DERZI, 2009, p. 34-45). Isso, porém, não conduz à ideia simplista de que sua realização se faz exclusivamente pelo império da lei, a qual se apresenta como uma ferramenta de índole abstrata e genérica que, aliada a outras fontes, costuma ser utilizada pelo juiz para a criação do direito do e no caso. Assim, para a finalidade precípua deste ensaio – investigação em torno da necessidade de marco regulatório específico para o exercício da atividade de imprensa – segurança jurídica é tomada como princípio revelado por sua funcionalidade descrita pelos parâmetros de certeza, confiança e estabilidade sistêmica, a partir da contribuição de Heleno Taveira Torres (2012, p. 183-304). É com essa tríplice função que a segurança jurídica se relaciona normativamente com o postulado do Estado de Direito.

O tema relacionado à liberdade de imprensa merece contornos específicos nessa seara. É que a segurança jurídica, como estrutura normativa, apresenta-se, como visto, na condição de garantia da estabilidade do ordenamento, conferindo previsibilidade aos destinatários

o conhecimento científico". Heraldo Pereira é radialista e jornalista desde 1978; é advogado, especialista em Direito Público, pelo IDP-DF e mestre em Direito e Estado, pela UnB. De nossa parte, tendo cursado Comunicação Social (UnB, 1977/1980) e exercido a profissão de jornalista (1980-1996) posicionamo-nos igualmente no sentido da desnecessidade do diploma.

[4] Implícito, também, o conceito de República.

das normas e confiança na atuação dos órgãos e agentes do Estado (TORRES, 2012, p. 192; ÁVILA, 2012, p. 128-132). Nessa perspectiva, percebe-se o vínculo da ideia de segurança jurídica com o primado da legalidade; mais do que isso, aproxima-se da concepção linear de legalidade estrita ou reserva legal. Não é por outra razão que a questão da segurança jurídica é densamente investigada sob as luzes do Direito Tributário. Entretanto, a esfera da liberdade de imprensa não se circunscreve ao âmbito de conduta do Estado; ao contrário, sua disciplina constitucional é pautada em regras e princípios calibradores da iniciativa privada, ressalvada a hipótese excepcionalíssima de assessorias oficiais de imprensa. Mesmo nesses casos, a atividade não prescinde de um regime mais fluido, maleável, aberto. Aqui, a vontade é a principal fonte geradora de direito, e isso não pode ser desprezado.

De outro lado, o "aperfeiçoamento permanente do Estado Democrático de Direito" como consequência lógica dos aspectos funcionais da segurança jurídica (TORRES, 2012, p. 192) revela-se, no que tange à liberdade de imprensa, como um outro lado da mesma moeda. Se no âmbito do Direito Tributário ou do Direito Penal, pelas vias legislativa e judiciária, o cidadão terá maior segurança jurídica quanto maior for a confirmação de sua legítima expectativa em torno de tratamento jurídico idêntico para as mesmas pretensões, assim não é em relação à atividade de imprensa. E isso ficou estabelecido no julgamento da ADPF nº 130-DF pelo voto condutor do Ministro Carlos Ayres Britto, como pode ser observado no item 4 deste artigo. Ao contrário do que se espera da atuação dos órgãos e dos agentes do Estado – sobretudo em microssistemas binários cuja tutela jurídica importa restrição máxima de bens diante da configuração do ilícito –, a atividade da imprensa, cuja proteção jurídica se dá segundo um código multifacetado, exige tratamento não padronizado. O fundamento e a consolidação do direito de liberdade perante o Estado operam-se mediante a ratificação do entendimento jurisprudencial baseado na interpretação/integração reiterada do direito legislado. Mesmo as mudanças de posicionamentos encontram limites materiais e instrumentais sistêmicos, a exemplo do direito adquirido, da coisa julgada, do ato jurídico perfeito, além das regras vinculativas para a modulação dos efeitos em sede de controle abstrato. Em contrapartida, na esfera privada, o direito de liberdade ganha consistência e reafirma-se pela ausência ou quase ausência de restrições metodológicas, sobretudo se projetadas prévia, abstrata e genericamente. Outra não foi a leitura do artigo 220 da Constituição Federal levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130-DF, ao estabelecer a dimensão, os contornos e o alcance da liberdade de imprensa pela sua *plenitude*.

3. Segurança jurídica e liberdade

Em 25 de outubro de 2011, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp nº 1.183.378-RS, da relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. A essa altura, o Supremo Tribunal Federal já havia adotado posicionamento favorável ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, pelo julgamento simultâneo, em 5 de maio de 2011, da ADPF nº 132-RJ e da ADI nº 4.277-DF, relatadas pelo Ministro Carlos Ayres Britto. O interesse imediato no precedente do STJ, para os fins deste ensaio, reside no tratamento emprestado ao princípio da liberdade, como postulado de justiça, e sua ligação com a preservação da segurança jurídica por seus propósitos de proteção da certeza, confiança e estabilidade do sistema, o que se fez no âmbito da Quarta Turma do STJ, majoritariamente, pela disposição de, "cumprindo sua

missão de uniformizar o direito infraconstitucional", não "conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita"[5]. Percebe-se, pela leitura do acórdão, a prevalência dada à liberdade como princípio de justiça. E ainda sua capacidade de, uma vez mantido seu significado segundo a atual plataforma constitucional, influenciar o entendimento sistêmico, para incluir as previsões relacionadas ao direito de família no circuito do Código Civil à vontade constituinte revitalizada pelo STF pela força integrante dos valores.

Assim é que o STJ assimilou a mudança estrutural da família, que passou a adotar "um explícito poliformismo"[6] com indução ao casamento plural. Foi incisivo ao dizer que é dever do Estado dar especial proteção, como determinado pelo *caput* do art. 226 da Constituição Federal vigente, às famílias de múltiplos e multifacetados arranjos, com registro de que a mais eficaz proteção é a facilitação legislativa da união estável em casamento. Nesse cenário, o julgado da Quarta Turma do STJ aponta para a ampla liberdade franqueada aos cidadãos, pela Constituição, para que façam a melhor escolha da forma como serão constituídas suas famílias. Interessante observar que nesse precedente há explicitação em torno da segurança jurídica mantenedora da certeza, confiança e estabilidade sistêmicas. Trata-se da justificativa aferida pelos artigos 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil brasileiro, que, na visão dos julgadores, não proíbem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. É com essa perspectiva que enfatizaram não se ter como "enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais"[7]. Observa-se que tanto nesse caso como no julgamento da ADPF nº 130-DF, a ser explorado com maior profundidade no próximo item, a liberdade é pinçada como parâmetro para as decisões tomadas. Nessa dimensão de primazia, o cerne é a liberdade igual de consciência (RAWLS, 2008, p. 252-260). Para tanto, aplica-se a teoria rawlsiana da justiça como equidade, elaborada a partir de uma releitura compromissada do contrato social. Explica-se: trata-se da adoção de uma metodologia concebida por John Rawls como "véu da ignorância", para estabelecimento dos princípios de justiça; assim, as pessoas alocadas em uma posição original, sem conhecer as consequências de suas próprias escolhas, realizam-nas para definição dos princípios e, portanto, da essência de justiça (RAWLS, 2008, p. 166). Essa é a pureza da equidade. O respeito incondicional a essas escolhas é a realização constitucional e democrática da justiça. Uma leitura atenta do preâmbulo e do Título I da Constituição Federal brasileira de 1988 deixa entrever que este é o desiderato institucional tanto do Estado quanto da sociedade: democracia constitucional capaz de promover justiça social. E isso só se faz seguindo o raciocínio e a receita ministrada por Rawls (2008, p. 302-303) no sentido de que a liberdade só admita restrição em favor e em nome da própria liberdade. O pensador vai além para enfatizar que a liberdade de pensamento não pode ser sacrificada em prol da liberdade política, esta traduzida como participação potencial e igualitária das decisões políticas (RAWLS, 2008, p. 247).

A questão imposta neste momento é saber quando se trata da liberdade de imprensa e em harmonia com a teoria política de direito e justiça de Rawls (2008), se há liame entre essa plena liberdade e a segurança jurídica no seu papel de garantia da confiabilidade e manutenção da(s) ordem(ns) instituída(s). O primeiro passo para adoção de uma resposta positiva é dado também por Rawls (2008, p. 249) e tem sido aplicado pela

[5] Item 1 da ementa do REsp nº 1.183.378-RS.

[6] Item 3 da ementa citada na nota anterior.

[7] Item 8 da ementa noticiada na nota 8.

jurisprudência, inclusive e sobretudo no julgamento da ADPF nº 130-DF. Ensina o pensador: "é preciso ter em mente que se devem avaliar as liberdades fundamentais em conjunto, como um sistema único". Duas consequências advêm, portanto, dessas premissas lançadas por John Rawls (2008) quando se analisa a questão da normatividade da liberdade de imprensa no Brasil de hoje. A primeira está relacionada à suficiência do ordenamento jurídico para atender a violações cometidas pelas vias da ilicitude e do abuso no exercício da atividade jornalística. Esta é a posição do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130-DF, conforme explicitado nas notas introdutórias e explicado no item 4 deste trabalho. A segunda ponderação é atinente aos limites instrumentais impostos a propostas legislativas tendentes a regular a imprensa. O Congresso Nacional deve atentar para os contornos apenas moldurais de futura(s) lei(s) que pretendam substituir a Lei nº 5.250/1967.

Essas posturas serão suficientes para a preservação da liberdade da imprensa com sedimentação do postulado da segurança jurídica. É que esse postulado está radicado na ideia de equilíbrio do sistema, de readequação de seus pressupostos, critérios e parâmetros quando há sua provocação por ondas de turbulência normativa, geradoras de incertezas, desconfianças e instabilidade exigentes de um reajuste político e moral. O acionamento do Poder Judiciário, ainda que se estabeleça por mero deslocamento do poder de decisão, vale dizer, em substituição circunstancial e temporal do Poder Legislativo, por sua inação, é um sinal dessa necessidade de nova calibragem do sistema. Mas isso significa, apenas, releitura por novos influxos aos quais não se deve temer. Em abril de 2011, o Supremo Tribunal Federal, após reiteradas provocações, exerceu esse papel de reequilíbrio, ao reconhecer repercussão geral da questão constitucional consubstanciada na aplicação do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) aos contratos celebrados antes de sua vigência, como se vê na ementa do RE nº 630.852 RG-RS, tendo como relatora a Ministra Ellen Gracie e publicada no DJe nº 103, de 31/5/2011. É interessante verificar que a insegurança jurídica não pode ser extraída do fato de haver contratos a serem atingidos por lei editada posteriormente, mas pela incerteza quanto à decisão em torno da (ir)retroatividade da lei. A sua edição, por si só, teve o condão de gerar a dúvida, por conter dispositivos de índole material e processual, além de prescrever um regime especial protetor de uma minoria qualificada. Ao reconhecer a repercussão geral, o Supremo já viabiliza o sinal indutor da segurança na tríplice função garantidora e de possível diálogo retro alimentador da liberdade.

4. Liberdade de imprensa e ausência de marco(s) regulatório(s): o caso da ADPF nº 130-DF

Desde 6 de novembro de 2009, não há no Brasil lei reguladora da imprensa. Isso não significa, porém, que a partir de então tenha sido instaurado um ambiente de insegurança jurídica em relação à atividade da imprensa, seus profissionais e destinatários. Ao contrário, no julgamento daquela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – a ADPF nº 130-DF –, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu balizas e diretrizes para apreciação de fatos e relações da imprensa, o que prescinde de disciplina legal específica. Como vetor principal, fixou o critério seletivo a definir o (in)aceitável na imprensa. Ao fim, reconheceu como totalmente incompatível a Lei nº 5.250/1967 ("Lei de Imprensa") com a Constituição Federal de 1988.

O Partido Democrático Trabalhista (PDT) distribuiu no Supremo Tribunal Federal em 19 de fevereiro de 2008 a ADPF nº 130-DF para buscar o reconhecimento de que determina-

dos dispositivos da Lei de Imprensa não haviam sido recepcionados pela ordem constitucional de 1988; outros demandavam interpretação conforme à Constituição. O PDT sustentou lesão aos incisos IV, V, IX, X, XII e XIV do artigo 5º, além dos artigos 220 a 223, todos da Constituição vigente. O autor pediu liminarmente que fossem suspensos os processos e efeitos de decisões judiciais relacionadas ao objeto da ADPF proposta, o que foi deferido pelo Relator, com confirmação parcial posterior do plenário do tribunal.

O Procurador Geral da República opinou pelo acolhimento em parte do pedido e, para o quanto interessa aos fins deste estudo, posicionou-se no sentido de que a retirada da norma do mundo jurídico resolveria uma questão, a da liberdade de imprensa, mas ensejaria um problema. Para o Ministério Público, a declaração de não recepção da Lei nº 5.250/1967 pela atual Constituição geraria "grave insegurança jurídica devido ao constante estado de ameaça à intimidade e dignidade das pessoas"[8]. Assim não é, porém, como se verá.

Conforme adiantado, a inconstitucionalidade integral foi acatada pelo Supremo Tribunal Federal, com lastro no critério de seletividade espontânea. O Ministro Relator adotou como premissas o caráter absoluto da liberdade conferida pelo texto constitucional à atividade da imprensa e o sistema binário da liberdade com responsabilidade. A fórmula apontada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, ao definir esses pontos e sem abrir mão da força poética do seu discurso, foi a da autorregulação da imprensa, tese que acabou por sagrar-se vencedora no tribunal. Para o Relator, nesse ponto em convergência com o Procurador Geral da República, o suporte normativo dessas referências está na democracia "como categoria jurídico-positiva"[9].

Até aqui está pautado o núcleo do voto do Ministro Relator daquela, transformado em novo modelo de regulamentação da imprensa no Brasil. Entretanto, é preciso pontuar que outros elementos podem ter sido decisivos na tomada de posição em favor da inexistência de regulamentação específica, com transferência desse poder para o próprio setor de prestação dos serviços de informação. Ao invés da potencial força de seletividade do cidadão, comparece como causa determinante da autorregulação da mídia a prerrogativa exigível pela sociedade de acessar informações produzidas por fontes diversificadas e sem perfil oficial, como adverte Manuel Castells (2010). Trata-se de processo provocado pelo desloca-

---

[8] Reproduzido no relatório elaborado pelo Ministro Carlos Ayres Britto e apresentado na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal de 1/4/2009, ADPF nº 130-DF, p. 1.858.

[9] No voto do Relator, proferido na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal de 1/4/2009, ADPF nº 130-DF, p. 1.877.

mento das instâncias de poder, o que se dá, sobretudo, pelos fluxos transnacionais de bens, serviços, produtos e tecnologia, aí incluídas a comunicação e a informação em rede.

Há outro fator não enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da mesma ADPF e que, sobre ser decorrente do deslocamento das esferas de poder, é decisivo para a constatação de que não pode existir controle regulatório externo sobre a imprensa. Cuida-se da incapacidade de os Poderes instituídos evitarem a propagação e os efeitos das informações difundidas, dada a velocidade e a eficiência dos meios utilizados. No Brasil, exemplo recente disso é o caso da modelo Daniela Cicarelli, flagrada em cenas íntimas com seu namorado em uma praia da Espanha; na ocasião, houve determinação judicial de retirada do ar do vídeo veiculado pelo Youtube; contudo, a proliferação e a repetição por diversos outros meios tornaram inócua a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo[10].

Sob esse aspecto também, o Supremo Tribunal Federal deixou de levar em consideração a trajetória de informações globalizadas, cujo procedimento impede sejam adotadas medidas pelo Poder Judiciário em relação à fonte depositária da informação, ainda que possível sua identificação. Ocorre que, nesses casos, as decisões judiciais não podem colocar-se à margem do processo embrionário de internacionalização do direito, cuja repercussão no Brasil é incipiente, ressalvadas algumas contribuições doutrinárias[11], mas de baixa aplicação pelo Poder Judiciário.

Ainda em relação à parte nuclear do voto do Relator, observa-se que a democracia tomada como base da decisão ao final adotada pelo Supremo Tribunal Federal não condiz com os resultados pretendidos e obtidos a partir do julgamento da ADPF nº 130-DF. É que a democracia pinçada pelo Ministro Relator e sugerida no parecer do Procurador Geral da República se identifica, como estrutura jurídico-normativa e como projeto político, com os ideais do Estado do Bem-Estar Social, conforme se depreende da vontade constitucional. No entanto, no âmbito da sociedade em rede, inspiradora da ampla liberdade da imprensa e libertadora de suas amarras regulatórias, a democracia do Estado Liberal ou do Estado Social apresenta-se em crise (ou a liberdade plena não seria admitida em favor da imprensa), mostrando-se imprescindível a reconstrução do projeto político democrático, o que se fará, segundo Manuel Castells (2010), pela revelação do que ele nominou de "democracia informacional". Tem-se, pois, certo descompasso entre a decisão do Supremo Tribunal Federal e a realidade subjacente ao objeto daquela ADPF, especificamente no que respeita ao fundamento da democracia.

Em complemento a seu núcleo estruturante, o voto do Relator fixa as balizas objetivas para a convivência entre a liberdade plena da imprensa e direitos de personalidade. O Ministro Carlos Ayres Britto deixa claro que os únicos mecanismos admissíveis são "o direito de resposta, reparação pecuniária e persecução penal" (ADPF nº 130-DF, p. 1.885). Vai além o Relator ao estabelecer, no âmbito cível, o parâmetro da proporcionalidade da indenização, sob pena de elisão da liberdade de imprensa. Sinaliza, ainda, para a necessária modicidade da reparação pecuniária quando o ofendido for agente público, que "está sob permanente vigília da cidadania" (ADPF nº 130-DF, p. 1.886), o que lhe impõe condutas de aparente legalidade e legitimidade.

---

[10] Trata-se do Agravo de Instrumento nº 488.184-4/3-SP, Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28/6/2007.

[11] Entre essas contribuições, pode ser citado o livro *Transconstitucionalismo*, de Marcelo Neves (2009), e o grupo de pesquisa *Internacionalização do Direito*, liderado por Marcelo Varella.

Vê-se, pois, que para tanto não é necessário regulamentação específica para a atividade da imprensa, uma vez que o sistema jurídico-normativo tem contornos suficientes já na Constituição Federal tanto quanto no Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e, se for o caso, no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Apesar dessa moldura tecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da mesma ADPF, há vozes no Brasil que a entendem insuficiente; sustentam, no caso, que a decisão de afastamento integral da Lei nº 5.250/1967 deixa um vazio jurídico no que concerne ao direito de resposta. Mais do que isso, esses pensadores avaliam que a compensação pecuniária pela lesão experimentada em razão de conduta praticada pela imprensa é insuficiente à íntegra reparação, sobretudo por não impedir a violação à honra. Essa a visão do Desembargador Federal do TRF da 3ª Região Newton De Lucca, que sugere mudança na Constituição Federal para a adoção do "habeas mídia", remédio constitucional por meio do qual o cidadão poderia "proteger o seu patrimônio de honra" (DE LUCCA, 2013). A nosso ver, na modalidade repressiva, o mecanismo sugerido encontraria os óbices já mencionados e consistentes na inocuidade de decisões judiciais após a divulgação da(s) matéria(s). Em sentido contrário ao pensamento do autor, o "habeas mídia" na modalidade preventiva significaria censura prévia.

Questão importante a ser avaliada é a atinente à extensão do direito de resposta, como fórmula jurídica, prevista constitucionalmente e ratificada pela decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130-DF. Também sob esse aspecto, entendemos deva haver proporcionalidade da medida reparadora em relação ao dano provocado. Além disso, é importante que haja margem de liberdade para que medidas diversas possam ser tomadas a título de resposta à conduta lesiva; a reação não deve cingir-se à mera reprodução da decisão judicial em que se reconheceu o dano e suas consequências. Exemplo recente e de aplicação correta da amplitude do direito de resposta é a sentença prolatada em 24/1/2013, pelo Juiz Federal da 5ª Vara Cível da Justiça Federal em São Paulo, Paulo Cezar Neves Junior, que condenou a Rede Bandeirantes de Televisão e a União Federal a adotarem medidas específicas por ofensas às pessoas ateias praticadas pelo apresentador José Luiz Datena no programa "Brasil Urgente" em 27/7/2010. Tal comportamento provocou a iniciativa do Ministério Público Federal, por meio de ação civil pública objeto da sentença. O julgador fez estudo detalhado sobre a extensão do direito de resposta, embora tenha reconhecido vácuo legislativo acerca da matéria desde o julgamento da ADPF nº 130-DF. Com base na variante do direito de retificação, determinou à emissora a veiculação de esclarecimentos à população acerca da diversidade religiosa e da liberdade de consciência

e de crença no Brasil durante o mesmo tempo utilizado para veiculação das declarações reconhecidas como preconceituosas (BRASIL, 2012)[12].

Também na esfera criminal há limitações rígidas estabelecidas no sentido de que não existam diferenças de tipificações penais nas hipóteses em que o agente ofensor for jornalista. Tal discrímen é, na visão do Ministro Relator, afronta ao grau de plenitude da liberdade de imprensa. Nessa plenitude o Relator destaca a imprescindibilidade de garantir-se ao comunicador a possibilidade de revelar-se pelo seu trabalho; enaltece o papel da ironia, da descrença, do agnosticismo, do anarquismo, do holismo, da utopia e do surrealismo. Esse mesmo entendimento foi utilizado pelo Ministro Carlos Ayres Britto que também foi o Relator na ADI nº 4.451-DF em que se acolheu pedido da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) para suspender a eficácia de partes do art. 45 da Lei nº 9.504/1997. Esse dispositivo impunha restrições ao humor jornalístico em época de eleições.

Quanto à discriminação legal limitadora da atividade jornalística, merece reflexão a possibilidade, em tese, de instituir-se um sistema de imunidades em favor dos jornalistas, a exemplo dos permissivos normativos no Brasil em prol dos parlamentares e advogados[13]. Atualmente, há avanço próximo nesse sentido mediante a inclusão no texto do anteprojeto do novo Código Penal no sentido de afastar-se a tipicidade dos crimes de injúria ou difamação nas hipóteses de opinião desfavorável da crítica jornalística, em equiparação à crítica literária, artística ou científica, como se vê do inciso II do artigo 141 do anteprojeto. Esse dispositivo avança mais em favor da proteção à atividade da imprensa, ao também afastar a tipicidade na hipótese de relato ou divulgação de fato atinente ao interesse público, conforme inciso IV do mesmo artigo 141.

O voto do Relator da ADPF nº 130-DF sinaliza para a proteção integral do chamado núcleo duro da liberdade de imprensa, que se traduz em dupla dimensão do direito aí previsto: o tempo de seu exercício e o tamanho de seu conteúdo. A leitura do Ministro Carlos Ayres Britto em

---

[12] Trata-se do Processo nº 0023966-54.2010.403.6100. Tramita no Parlamento o Projeto de Lei nº 141/2011, com origem no Projeto de Lei nº 3.779/1997, de autoria do Senador Roberto Requião (PMDB-PR), que regulamenta o direito de resposta ao agravo; o referido projeto é, inclusive, mencionado pelo Juiz Federal Paulo Cezar Neves Junior na sentença aqui noticiada. Em 22/8/2012 condenamos, na 23ª Vara Cível de Brasília, a empresa Sistema Brasileiro de Televisão (SBT) a veicular a sentença no "Programa do Ratinho" por ofensas irrogadas a um Subprocurador Geral do Distrito Federal; a condenação deu-se a título de direito de resposta, em atendimento ao pedido do autor, que ainda teve o pleito de compensação pecuniária acolhido e à ordem de R$ 50.000,00. Cuida-se do Processo nº 2012.01.1.086634-4 e que se encontra em grau de recurso junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal por meio da Apelação Cível nº 20120110866344.

[13] Agradeço ao meu orientador no programa de doutoramento, Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr., pela contribuição, nesse ponto específico, ao mencionar sua intenção de futuramente produzir trabalho científico em defesa da imunidade dos jornalistas.

torno dos dispositivos constitucionais, sob esse aspecto, aponta para proibição integral à atuação legislativa em limitar essa barreira nuclear da liberdade de informação jornalística, o que não prescinde de contornos explicitados pelas circunstâncias de cada caso concreto. Desse espectro ainda decorre outra consequência, a da interação entre imprensa e sociedade civil; para o Relator, esse fluxo comunicativo não admite a intervenção do Estado, notadamente por ser missão da imprensa o controle do Estado, e não o contrário. Guardadas as devidas proporções, o voto do Relator parece ter-se inspirado, dentre outras, nas constatações de David Harsanyi (2011), ao insurgir-se contra o que chamou de "Estado Babá".

Sob esse prisma, extrai-se o comando dispositivo do voto do Relator ao prescrever a proibição normativo constitucional de edição de uma "lei de imprensa" com pretensões organicistas ou estatutárias. Segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, "não há espaço constitucional para movimentação interferente do Estado em qualquer das matérias essencialmente de imprensa" (ADPF nº 130-DF, p. 1.906), culminando por tomar a Lei nº 5.250/1967, na sua integralidade, como não recepcionada pela Constituição de 1988. Essa decisão, contudo, foi complementada por duas indagações do próprio Relator: se há dispensa pelo texto constitucional de qualquer tentativa de regulamentação do direito de resposta; e se deve prevalecer o regime de prisão especial para os jornalistas na forma como definido pela antiga lei de imprensa. A título de "explicação", o Ministro Gilmar Mendes adiantou seu posicionamento no sentido de que o direito de resposta reclama disciplina regulatória, visto tratar-se de matéria que não se poderia "simplesmente entregar a qualquer juiz ou tribunal a construção do que é o direito de resposta num setor extremamente sério, grave" (ADPF nº 130-DF, p. 1.920). Na análise do Ministro Gilmar Mendes, do modo como foi posta a questão pelo voto do Relator, apenas a liberdade de imprensa estaria sendo prestigiada, em prejuízo da dignidade da pessoa humana e do respeito à imagem das pessoas. Vale registrar, porém, que a linha de argumentação do Ministro Relator teve por fundamento o alcance da liberdade de imprensa pelo conteúdo jurídico da dignidade humana, o que põe por terra o fundamento trazido pelo Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro Menezes Direito aderiu ao voto do Relator, embora também haja delimitado necessária conformação da liberdade de imprensa com a categoria jurídica da dignidade humana que lhe tem precedência. Para o Ministro, a liberdade de expressão constitui-se em elemento componente do conceito de democracia política e é aceita pelo acervo constitucional como instituição e não como direito (ADPF nº 130-DF, p. 1.928). Não há no voto do Ministro Menezes Direito, apesar dos aportes teóricos em Ronald Dworkin (2006) e Owen M. Fiss (2005), posição tomada em relação à (des)necessidade de regulamentação legislativa acerca da atividade da imprensa; o Ministro limitou-se a reconhecer a inarredável mediação estatal para dirimir conflito entre a liberdade de imprensa e a dignidade da pessoa humana, por intermédio da Suprema Corte, o que não contribui para o debate pretendido neste estudo. De outro lado, mencionou a incompatibilidade de diploma legislativo de caráter punitivo ou impeditivo da liberdade de imprensa com a atual ordem constitucional, com ratificação da ideia de que esse novo regime só se amolda a uma instância mediadora do Estado em favor da convivência da liberdade de expressão com o postulado da dignidade humana (ADPF nº 130-DF, p. 1.931). Não avançou, porém, o Ministro Menezes Direito na questão da desnecessária atividade legislativa infraconstitucional de regulamenta-

ção da imprensa e seu embate diante do resguardo da segurança jurídica como missão do Direito.

Ainda que de forma reflexa, a Ministra Cármen Lúcia, ao apresentar aditamento a seu voto previamente preparado, deixou entrever ser favorável à edição de norma infraconstitucional regulamentadora da imprensa, com a justificativa de que "em muitos Estados Democráticos contam com lei de imprensa nem por isso são considerados antidemocráticos" (ADPF nº 130-DF, p. 1.936). A julgadora preparou voto escrito baseado em precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para demonstrar que, ao longo do tempo, diversos dispositivos da Lei nº 5.250/1967 vinham sendo considerados incompatíveis com a ordem constitucional vigente. No mais, a Ministra Cármen Lúcia produziu estudo comparativo da norma questionada com a Constituição de 1967 e sua Emenda 1/1969, além de fazer o mesmo trabalho investigativo tomando como elemento de parametricidade a Constituição de 1988.

A melhor contribuição da Ministra Cármen Lúcia, entretanto, está no mencionado aditamento a seu voto, em que ela enfatiza três pontos de sustentação de sua linha de raciocínio; inicialmente, deixa clara sua percepção em torno da aproximação conceitual, sob o ponto de vista do Direito, entre as categorias da liberdade de imprensa e da dignidade da pessoa humana[14], que não podem ser tratadas "como se fossem dados adversos" (ADPF nº 130-DF, p. 1.935). Em seguida, a Ministra Cármen Lúcia prioriza a democracia como fundamento do texto constitucional, o que elide qualquer possibilidade de restrição. A princípio, essa linha de argumentação parece mostrar-se incoerente com a sinalizada autorização teórica e sistêmica para a elaboração de lei regulatória da imprensa. Contudo, uma outra vertente da positivação reguladora da imprensa pode ser aceita, a exemplo da intervenção do Estado para conter a pressão do mercado sobre a imprensa. É que, na visão de Owen Fiss (2005, p. 101), essa pressão acaba por flexibilizar a autonomia econômica e jurídica ostentada pelos meios de comunicação, o que nos Estados Unidos é incontestável em relação ao ente estatal. O terceiro ponto levantado no aditamento ao voto da Ministra Cármen Lúcia é exatamente a existência de leis regulamentadoras da atividade de imprensa, sem que, contudo, haja posição tomada em favor da necessária regulação para o fomento da segurança jurídica, tema objeto do presente estudo.

O Ministro Ricardo Lewandowski seguiu igualmente o voto do Relator, mediante manifestação simples, com fundamento basilar na

---

[14] Sob esse aspecto, discordamos da Ministra Cármen Lúcia, ao visualizar no voto do Ministro Menezes Direito o mesmo posicionamento; como dissemos acima, o Ministro traça uma linha de hierarquização dos princípios, com precedência da dignidade humana sobre a liberdade de imprensa.

incompatibilidade da Lei nº 5.250/1967 com o que denominou "tripé axiológico" (ADPF nº 130-DF, p. 1.939) composto pelos princípios federativo, republicano e democrático. Para o Ministro, a normatividade constitucional é suficiente, deixando expresso seu entendimento de que uma lei infraconstitucional reguladora da imprensa é desnecessária e até inapropriada, "visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução" (ADPF nº 130-DF, p. 1.941). Nesse contexto, o Ministro sinaliza para a existência exclusiva de conflitos concretos a serem dirimidos pelo Poder Judiciário. Merece destaque a parte do voto do Ministro Lewandowski em que ele busca reforçar seu discurso pelo uso do Direito comparado e registra a inexistência de legislação reguladora da imprensa nos Estados Unidos, no Reino Unido e na Austrália.

A questão nesses países, contudo, não é pacífica sob o ponto de vista da prescindibilidade de um marco regulatório da imprensa. A obra de Owen Fiss (2005) é um convite explícito ao debate acerca do espectro e da dimensão a ser emprestada à Primeira Emenda à Constituição norte-americana. A pesquisa traça os contornos das duas teorias construídas no sistema americano em torno da liberdade de expressão: a teoria libertária e a teoria democrática. Em linhas bem gerais, a primeira tutela o direito do emissor da mensagem, que não pode sofrer qualquer restrição ou limitação, sob pena de inconstitucionalidade. Já a teoria democrática tem por eixo protegido o receptor da mensagem, que está a exigir "uma regulação estratégica do Estado, de forma a criar uma cidadania informada e capacitada para o exercício do autogoverno", conforme lançam Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto[15]. As teorias investigadas por Fiss (2005) são aqui no Brasil visitadas por Edilsom Farias (2004, p. 65-74) sob a denominação de concepções subjetiva e objetiva da liberdade de expressão e comunicação. Essa vertente teórica, porém, não pode ser confundida com a dupla dimensão (subjetiva e objetiva) da liberdade de imprensa construída pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que "interpreta as liberdades de expressão e de imprensa [...] de duas formas: como um direito subjetivo fundamental e como uma instituição ou garantia institucional", como lembra o Ministro Gilmar Mendes no seu voto (ADPF nº 130-DF, p. 2.055).

No Reino Unido, a matéria também está longe de ser tranquila. A imprensa é autorregulada, o que se dá pela intervenção da Comissão Britânica de Queixas à Imprensa ("Press Complaints Commission" – PCC), órgão formado por representantes das empresas de comunicação, que tem como conjunto normativo o Código de Conduta Editorial ("The

[15] No prefácio à obra de Owen M. Fiss (2005, p. 7).

Code of Practice"). No entanto, em 2011, após o escândalo das escutas ilegais feitas pelos jornais de Rupert Murdoch, foi aberto inquérito presidido pelo Juiz Brian Leveson; em novembro de 2012 foi entregue o relatório dessa investigação pelo qual foi sugerida a criação de órgão externo de controle da imprensa, além da edição de lei regulatória, o que vem dividindo o governo e o Parlamento ingleses. É fato que no relatório não há qualquer evidência de censura oficial ao conteúdo de matérias jornalísticas, ao lado de ser a proposta voltada à separação da imprensa do Estado e da indústria, mas está prevista regulamentação da atividade por meio de lei (DINES, 2013).

O Ministro Joaquim Barbosa, ao emitir seu voto na ADPF nº 130-DF, foi enfático ao posicionar-se pela possibilidade de atuação positiva (e proativa) do Estado em relação à imprensa, ao lado de valer-se da obra de Owen Fiss (2005) para filiar-se à teoria democrática antes abordada. Entendeu ser omisso o voto do Relator no que concerne à "ótica dos destinatários da informação" (ADPF nº 130-DF, p. 1.948); para o Ministro Joaquim Barbosa, o raciocínio desenvolvido pelo Ministro Carlos Ayres Britto erigiu-se "apenas à luz dos interesses dos produtores da informação" (ADPF nº 130-DF, p. 1.948). Ainda segundo Joaquim Barbosa, o Estado deve intervir como agente libertador de canais de expressão obstruídos e que acabam por silenciar e marginalizar grupos minoritários. O Ministro divergiu do Relator por entender terem sido recepcionados pela Constituição os artigos 20, 21 e 22 da Lei nº 5.250/1967; para ele, o tratamento em separado das figuras penais da calúnia, injúria e difamação, quando praticadas pela imprensa, encontra eco no texto constitucional. Mais à frente, após o voto da Ministra Ellen Gracie, o Ministro Joaquim Barbosa retificou seu voto (ADPF nº 130-DF, p. 1.969-1.971) para introduzir o pensamento segundo o qual o parágrafo 1º do art. 1º da antiga lei de imprensa também seria compatível com a Constituição de 1988; nesse viés, o Ministro posicionou-se – explícita e politicamente – em abono à tese de que a ordem constitucional vigente não dá abrigo à apologia de preconceitos de raça ou de classe.

Trata-se da tese de inconstitucionalidade do discurso de ódio, como defendida por José Emílio Medauar Ommati (2012), para quem a proibição do racismo na Constituição Federal é norma "necessária para a implementação da igualdade e liberdade" (OMMATI, 2012, p. 76), categorias que o pesquisador não visualiza como estruturas antagônicas, mas reconciliadas sob o manto do Estado Democrático de Direito. Para tanto, ampara-se em Jürgen Habermas (1997), com a ideia de que se cuida de "dois princípios (que) são equiprimordiais ou co-originários" e, ainda, em Ronald Dworkin (2012, p. 91), para quem "a igualdade é a sombra que cobre a liberdade".

Sob esse aspecto, há interessante caso em tramitação no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em que dois jornalistas travam litígio nas áreas cível e criminal; um dos jornalistas apresenta-se como vítima da prática de racismo encetada pelo outro, que teria tecido várias considerações sobre a carreira do colega de profissão. Nessas considerações, há menção à cor negra do jornalista apontado como vítima das palavras do outro que se referiu a ele, dentre outros comentários, a alguém "preto de alma branca". No âmbito cível, as partes compuseram acordo, com o compromisso do jornalista autor das matérias de publicar notas explicativas e pagar valor compensatório direcionado a uma instituição de caridade. Segundo o autor da demanda, houve descumprimento do acordo; a questão já foi decidida em segunda instância em sede de agravo de instrumento[16], confirmando-se o inadimplemento pelo autor das matérias consideradas ofensivas. Na seara criminal, houve absolvição e desclassificação de racismo para injúria real, na primeira instância, e o processo encontra-se em grau de recurso[17].

O voto subsequente é do Ministro Cezar Peluso; de forma sucinta, o julgador posicionou-se favorável à edição futura de uma lei de imprensa considerada "coisa perfeitamente compatível com o sistema constitucional" (ADPF nº 130-DF, p. 1.961). O Ministro Peluso adotou a tese de que não há direito absoluto na Constituição, e o próprio esquadro normativo prevê as limitações e restrições à liberdade ampla da imprensa. O Ministro não relaciona a elaboração legislativa infraconstitucional à segurança jurídica como postulado do Direito, mas faz ressalva de que até o advento da lei, o Judiciário deve ser o "locus" de decisões acerca de questões atinentes ao exercício da atividade de imprensa, o que, a princípio, não precisava ser dito.

Igualmente favorável à regulamentação legislativa infraconstitucional, no que diz respeito ao direito à liberdade de imprensa, a Ministra Ellen Gracie seguiu a divergência inaugurada pelo Ministro Joaquim Barbosa. Foi categórica ao posicionar-se contrária ao que chamou de "completa blindagem legislativa" (ADPF nº 130-DF, p. 1.965) da liberdade de imprensa; para a Ministra, a ausência de legislação implica proteção absoluta desse direito em detrimento das garantias da intimidade, vida privada, honra e imagem de terceiros. Significa, ademais, priorizar e hierarquizar direitos fundamentais, o que não tem leito no texto constitucional. Com esse mesmo argumento, a Ministra Ellen Gracie rejeitou a ideia sugerida

---

[16] Cuida-se do Agravo de Instrumento nº 20120020224527, da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

[17] Trata-se da Apelação Criminal nº 2010011117388-3, da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

pelo Relator em torno de uma "calibragem temporal ou cronológica" da liberdade de imprensa (ADPF nº 130-DF, p. 1.966).

Boa parte da doutrina tem abordagem próxima ao entendimento desenvolvido pela Ministra Ellen Gracie em torno do caráter de garantia institucional emprestado pela Constituição à comunicação social que não prescinde da iniciativa do Poder Legislativo. Edilsom Farias (2004, p. 196-197) é quem mais se aproxima da ideia de que a falta de regulamentação nesse campo gera insegurança jurídica, ao reconhecer que essa inércia do legislador implica inconstitucionalidade por omissão. A entender-se nesse sentido, deverá ser reconhecido que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 130-DF, chancelou conduta omissiva do legislador frente ao texto constitucional.

Fundado em estudo desenvolvido por René Ariel Dotti[18], o Ministro Marco Aurélio, vencido no julgamento, entendeu como integralmente improcedente o pedido do autor da ADPF nº 130-DF. Sua linha de raciocínio tem três pilares: inicialmente, a ausência de interesses e interessados no vácuo normativo; a seguir, a desnecessidade de declaração genérica e abstrata de incompatibilidade da Lei nº 5.250/1967 com a Constituição vigente; e, por fim, a inexistência de preceito fundamental violado pela mencionada lei. Segundo Marco Aurélio, os jornalistas, os jornais e a cidadania brasileira não são beneficiários da falta de marco regulatório da imprensa; para o julgador, essa ausência "só leva à babel, à bagunça, à insegurança jurídica" (ADPF nº 130-DF, p. 1.982). Mais do que isso, sustenta que, desde a entrada em vigor da atual Constituição, os juízes foram capazes de afastar, pontual e circunstancialmente, os dispositivos da Lei nº 5.250/1967 não harmônicos com o texto constitucional. No mais, o Ministro Marco Aurélio chega a desafiar a Corte a apontar o preceito fundamental na Constituição atingido pela aplicabilidade da lei de imprensa. O desafio, de uma certa forma, foi aceito pelo Ministro Gilmar Mendes que, logo no início de seu voto, fixou os parâmetros de controle nos preceitos fundamentais dos incisos IV, V, IX, XIII e XIV do artigo 5º e os artigos 220 a 223, todos da Constituição Federal (ADPF nº 130-DF, p. 2.043).

Para os fins deste trabalho, deve ser destacado o segundo ponto do voto do Ministro Marco Aurélio que, em última análise, está ligado ao primeiro núcleo de seu pronunciamento. Há incoerência interna no voto, na medida em que o julgador considera suficiente o trabalho dos juízes em analisar conflitos atinentes à liberdade de imprensa com base nas circunstâncias concretas dos casos (ADPF nº 130-DF, p. 1.973) e, ao mesmo tempo, mas contrariamente, reputa temerário deixar-se à margem de apreciação do Poder Judiciário o contingente de questões relacionadas ao tema (ADPF nº 130-DF, p. 1975). Sob esse último aspecto, o ministro remete a responsabilidade, em caráter prospectivo, ao Parlamento para que promova a substituição da Lei nº 5.250/1967 (ADPF nº 130-DF, p. 1.981-1.982).

O voto do Ministro Celso de Mello não foi inovador em relação a seus posicionamentos anteriores na Corte; ao contrário, houve repetição de julgados coletivos e monocráticos, escudados, sobretudo, no direito/dever de crítica por parte da imprensa. Essa prerrogativa, na visão do ministro, não pode sofrer limitação prévia

[18] René Ariel Dotti foi relator da comissão de juristas e jornalistas instituída para elaborar o anteprojeto de lei de imprensa da OAB. Os outros membros foram Evandro Lins e Silva (presidente), João Luiz Faria Neto, Leônidas Rangel Xausa, Luiz Francisco de Carvalho Filho e Manoel Alceu Ferreira. O documento produzido pela comissão foi publicado no Diário do Congresso Nacional, edição de 14/8/1991, Seção II, p. 4.763. Sugere-se a leitura da "Carta Aberta ao Ministro Marco Aurélio – O controle democrático da liberdade de informação", escrita por René Ariel Dotti em 1º/5/2009, destacando a importância do voto vencido do ministro e defendendo a edição de nova "lei de imprensa".

imposta pelo Estado, ressalvadas as hipóteses de abuso aferidas em juízo posterior e pelo Judiciário. O ministro extremou sua posição acerca da liberdade de imprensa no papel do emissor da mensagem, ao sustentar que a atividade compreende as potencialidades do direito de informar, buscar a informação, opinar e criticar (ADPF nº 130-DF, p. 1.986). A toda evidência, filia-se à corrente libertária (ou subjetiva), sem dar importância à figura do receptor da mensagem, fonte de preocupação do voto do Ministro Joaquim Barbosa, como já analisado. Celso de Mello, porém, deixa em aberto a possibilidade de atividade legislativa tendente à proteção dos atributos da personalidade e de banimento do discurso de ódio (ADPF nº 130-DF, p. 1.996-1.997). No mais, preocupa-se em deixar o salvo, mesmo diante do "juízo *negativo* de recepção da Lei de Imprensa", o direito do sigilo da fonte (ADPF nº 130-DF, p. 2.021), elemento conformador do sigilo profissional reconhecido aos jornalistas.

Diferentemente de outros votos, a manifestação do Ministro Celso de Mello destaca importância para o ponto relativo ao direito de resposta. Nesse sentido, prioriza dois aspectos: a suficiente densidade normativa na Constituição Federal e o poder-dever dos magistrados de fazer valer a garantia de resposta diante do abuso do direito de imprensa, ainda que à míngua de "regramento legislativo" momentâneo ou permanente (ADPF nº 130-DF, p. 2.034).

O último voto[19] foi do então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes. Diversamente do pronunciamento anterior e na linha de convicção do Desembargador Revisor, o Ministro Gilmar Mendes afirma que o direito de resposta "exige inequívoca regulamentação legislativa" (ADPF nº 130-DF, p. 2.065). Para ele, embora a atual Constituição, destoando dos textos estrangeiros mais modernos e das Cartas brasileiras anteriores, não mencione autorização expressa da intervenção do legislador infraconstitucional, a intelecção do art. 220 deixa entrever a previsibilidade de reserva legal qualificada, desde que não se edifiquem embaraços ao exercício da liberdade de imprensa. Segundo Gilmar Mendes, entendimento em sentido contrário importa "leitura rasa do texto constitucional" (ADPF nº 130-DF, p. 2.063-2.064) e tratamento simplista e até simplório do tema (ADPF nº 130-DF, p. 2.066).

Em sentido diametralmente oposto ao pensamento desenvolvido pelo Relator da ADPF nº 130-DF, o Ministro Gilmar Mendes deixa entrever que a Constituição não ostenta capacidade suficiente para regular as atividades de comunicação social. Sustenta ele não ser bastante a existência de normas constantes da legislação civil, penal e processual (ADPF nº 130-DF, p. 2.087). Vai além para pontuar que até a edição de nova moldura legislativa infraconstitucional, a Lei nº 5.250/1967 "continua sendo uma garantia da própria liberdade de imprensa e de direitos fundamentais" (ADPF nº 130-DF, p. 2.090). Ao finalizar seu voto, o Ministro Gilmar Mendes assume posição favorável à manutenção da legitimidade dos artigos 29 a 36 da revogada lei de imprensa sob o argumento de que seu afastamento do ordenamento jurídico terá o condão de instaurar "um quadro de extrema insegurança jurídica, que afetará a todos" (ADPF nº 130-DF, p. 2.104).

Entretanto, desde a decisão do Supremo Tribunal Federal até os dias atuais, como visto, o Poder Judiciário tem decidido casos relacionados à liberdade de imprensa e seu aparente conflito com outros direitos fundamentais, inclusive com reconhecimento do direito de

[19] Quando do início do julgamento, o Ministro Eros Grau, após o voto do Relator, adiantou seu posicionamento, para acompanhar na íntegra o voto do Ministro Carlos Ayres Britto e declarar a não recepção integral da Lei nº 5.250/1967.

resposta a ser exercido pelas vítimas de abusos praticados pela imprensa. Isso se vem operando à luz da Constituição, por seu artigo 5º, inciso V, independentemente de regramento legislativo. Tal fato, aliado aos posicionamentos lançados no julgamento daquela ADPF, enseja reflexão em torno da necessidade – ou não – de novas regras infraconstitucionais para a prática da atividade de imprensa, sobretudo o exercício do direito de resposta. A investigação sobre os projetos atinentes ao tema e em trâmite no Poder Legislativo, certamente, poderá desvendar o mistério.

É o que se passa a fazer.

5. Propostas de novos marcos regulatórios para a liberdade de imprensa: a segurança jurídica em jogo

O principal projeto de lei em trâmite na Câmara do Deputados, mas oriundo do Senado Federal, voltado a disciplinar a liberdade de imprensa é o PLS nº 3.232/1992, de autoria do Senador Josaphat Marinho, do PMDB da Bahia. O projeto tinha como objetivo imediato revogar a Lei nº 5.250/1967, o que acabou sendo precipitado pelo Supremo Tribunal Federal com o julgamento da ADPF nº 130-DF, quando a proposta legislativa já tramitava havia cerca de dezessete anos. Não se pode dizer, contudo, que a proposição perdeu seu objeto, porque a iniciativa não se limita à revogação da antiga lei de imprensa, mas tem também o escopo de regulamentar a atividade de comunicação social segundo o regramento da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, há vinte e dois projetos apensados ao PLS nº 3.232/1992; neste estudo interessam de perto as iniciativas voltadas à regulamentação genérica da atividade de imprensa, como é o caso daquele PLS, eventuais proposições destinadas à regulação do direito de resposta e/ou exercício do direito de compensação pecuniária por danos causados em decorrência do exercício abusivo da liberdade de expressão do pensamento, além de projetos voltados à disciplina da divulgação do pensamento pela internet. Em contrapartida, não serão analisadas as propostas apenas modificadoras da Lei nº 5.250/1967, estas sim atingidas pela perda de objeto em razão do julgamento daquela ADPF. Quanto a estes, contudo, deve ser destacado o PL nº 2.937/2000, de autoria do Deputado Lincoln Portela (PSL-MG); embora seja proposta voltada à alteração dos artigos 1º e 7º da Lei nº 5.250/1967, permanece apensado ao PL nº 3.232/1992 para votação em plenário. Essa proposição, ao menos por meio de sua justificação, poderá colaborar para o debate em torno da necessidade de regulamentação da atividade de imprensa no Brasil para além do marco normativo constitucional. Trata-se de projeto que pretende estabelecer proibição de propaganda de incentivo à prostituição infantil e

de adolescentes, bem como de adultos, inclusive por telefone, internet ou qualquer outro meio de comunicação de massa. O projeto pretende, ademais, seja proibida a divulgação de qualificações de pessoas acusadas de crimes relacionadas à religião, opção sexual, parentesco, agremiação a que pertence ou demais opções individuais que "possam de alguma forma caracterizar discriminação".

Essas questões, apesar de não mais poderem ser avaliadas à luz da revogada lei de imprensa, ainda tendem a suscitar importante discussão, o que demandará análise séria acerca do conceito de "liberdade negativa", seus limites e implicações, conforme lançado por Isaiah Berlin em Oxford, em aula inaugural em 1958, de que nos dá notícia Ronald Dworkin (2006, p. 344-345), o qual em tradução do pensamento de Berlin, diz que a "liberdade negativa [...] significa não ser impedido pelos outros de fazer o que se deseja fazer" (DWORKIN, 2006, p. 345). Assim, quando o Parlamento se debruçar sobre a apreciação da nova proposta reguladora da imprensa terá, entre outros desafios, o de debater, se ultrapassada a barreira da desnecessidade da lei em si, sobre as possibilidades de censura ao discurso do ódio racista e sexista e da pornografia, aqui tomada no sentido mais amplo e geral. Neste ensaio, defendem-se as ideias de que a regulamentação legislativa, na forma como tem sido desenhada pelo projetos em trâmite, é desnecessária, já que o esquema constitucional é suficiente a resguardar a segurança jurídica[20]. Mais do que isso, defende-se a perspectiva de que qualquer tipo de censura é incompatível com o regime democrático. Os abusos ensejadores de danos e delitos já têm balizas suficientes, inclusive como solucionadoras dos conflitos internos da liberdade, no ordenamento jurídico em vigor. O ajuste dessas balizas nos casos concretos é tarefa do Poder Judiciário.

O PL nº 2.937/2000 traz à tona reflexão em torno da restrição da liberdade negativa pelo exercício da liberdade na sua dimensão positiva. Sob este último aspecto, a liberdade é predicada na capacidade de participação dos cidadãos nas decisões públicas, inclusive a possibilidade de limitação da liberdade negativa (DWORKIN, 2006, p. 345). Ocorre que o mencionado projeto de lei tem por escopo proibir a propagação da pornografia com crianças e adolescentes; entretanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 8.069/1990, já contém essa proibição, ao capitular como crimes situações de uso de imagens de crianças e adolescentes em "cena de sexo explícito ou pornográfica"; conforme disposição de seus artigos 240 a 241-E. Ainda que se admita o projeto de lei para beneficiar pessoas adultas vítimas de uso da imagem em pornografia, tem-se

[20] Em sentido contrário, embora em contextos espaço-temporais diferentes, Owen Fiss (2005).

que a questão igualmente já está disciplinada como delito na esfera criminal pela tipificação descrita no artigo 234 do Código Penal. Não se pode, porém, deixar de registrar posições doutrinárias favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade tácita desse dispositivo legal, como sustenta Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 176-178), em defesa do direito à pornografia (SILVA, p. 178-179), tema discutido com profundidade por Dworkin (2000, p. 497-554) sob o prisma da igualdade.

O propósito imediato da presente investigação neste item é a análise da oportunidade de edição de leis reguladoras do direito de resposta e/ou compensação ou reparação de danos decorrentes de abusos da imprensa no exercício de seu poder/dever de informar. Há nove projetos de lei voltados para esse objetivo. Duas dessas propostas datam de 1991; trata-se dos PLs nºs 1.539 e 2.065 de autoria dos Deputados Cardoso Alves (PTB-SP) e Maviael Cavalcante (PRN-PE), respectivamente. O primeiro projeto pretende regulamentar o artigo 5º, inciso V, e o outro, o inciso X do mesmo dispositivo constitucional. A iniciativa do Deputado Cardoso Alves está lastreada na possibilidade de pessoas físicas e jurídicas vítimas de crimes contra a honra serem indenizadas com quantias prefixadas legalmente no âmbito do juízo criminal. A justificativa do projeto é baseada no sentimento de impunidade e na fragilidade do sistema penal em relação aos delitos de injúria, difamação e calúnia. A proposta do Deputado Maviael Cavalcante, por sua vez, volta-se à disciplina de possível ação indenizatória quando violada a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Nesse caso, não há intenção legislativa de delimitar valores, mas há previsão de intercâmbio de três peritos judiciais para definição do dano material ou moral, além de atrelar o direito de ação do ofendido à apresentação de queixa. A toda evidência, é desnecessária essa disciplina infraconstitucional, seja pela previsão normativa do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, seja pela suficiência da gramática legislativa já existente, a exemplo do artigo 186 do Código Civil. Essa moldura limitadora da liberdade atende ao pressuposto lançado por John Rawls (2008, p. 303) no sentido de que "a liberdade de pensamento e de consciência está sujeita a regulamentações razoáveis".

Em 1997 o Senador Roberto Requião, do PMDB do Paraná, apresentou o PL nº 3.779 voltado a disciplinar o direito de resposta. De duvidosa constitucionalidade, a proposta pretende estabelecer limites e procedimentos nas esferas administrativa e judicial do exercício do direito de resposta previsto no inciso V do artigo 5º da Constituição Federal. Fixa parâmetros para a extensão e o *locus* da resposta, além de estabelecer celeridade procedimental, ao inibir, por exemplo, o manejo de pedido reconvencional e o estabelecimento de litisconsórcio. Percebe-se a intenção legislativa de delinear a proporcionalidade entre o direito de resposta e o agravo, conforme o comando constitucional. Contudo, não há razões plausíveis a justificar esses limites preestabelecidos. A margem da extensão do direito de resposta, como já frisado no item 4 deste estudo, deve ter o raio de ação estipulado pelas circunstâncias fáticas. No mais, o projeto também não consegue afastar a premissa de que o Judiciário, com base nos elementos normativos já vigentes, tem condições de estipular, em cada caso, a resposta proporcional ao agravo. Para tanto, no âmbito deste estudo, sugere-se a adoção da abordagem teórica de realização do direito concebida por Ronald Dworkin (2010, p. 74-77), aplicável ao trabalho do juiz. Em linha gerais, deverá o julgador valer-se de "ampla rede de princípios de natureza jurídica ou de moralidade política", como adverte Dworkin (2010, p. 72), com reflexão aprofundada acerca do plexo de postulados

estruturantes da responsabilidade civil, "ou do significado da liberdade de expressão em uma democracia [...] e à tomada de decisões éticas pessoais", ainda nas palavras de Dworkin (2010, p. 73). De ver-se, sob esse aspecto, que a ADPF nº 130-DF é um ponto de partida necessário e seguro nessa tarefa.

Com base na inconstitucionalidade reconhecida da Lei nº 5.250/1967, em 2009 foi apresentado o PL nº 5.322, de autoria do Deputado Cleber Verde, do PRB-MA, também com a finalidade de regulamentar o direito de resposta na imprensa, inclusive por meio eletrônico. A proposta busca resguardar oportunidade espontânea para o ofendido obter a divulgação de sua resposta – na mesma medida em que haja sido propagada a matéria ofensiva –, inclusive com o estabelecimento de prazo decadencial. Remete o ofendido para a via judicial nas hipóteses de resistência da instância administrativa. Nesse caso, pode-se vislumbrar, em tese, violação ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Contudo, dois outros tópicos conduzem a maiores desafios. O primeiro diz respeito à base conceitual da liberdade de imprensa concebida pelo artigo 220 da Constituição, agora com a moldura estabelecida pela ADPF nº 130-DF: liberdade plena. É que o PL nº 5.322/2009 descreve de forma detalhada, descritiva e limitadora a forma pela qual deve ser difundida a resposta. O segundo aspecto, a nosso ver o mais importante, é aquele atinente à incapacidade de o PL alcançar todas as variáveis decorrentes do que vem sendo chamado por Manuel Castells (2012, p. 413-466) de "cultura da virtualidade real". Esse processo faz proliferar novas mídias, com uma consequente alteração na audiência de massa, que se torna multifacetada e fragmentada. São fenômenos de uma nova era e que acabam por pressionar a desregulamentação dos meios de comunicação em geral (CASTELLS, 2012, p. 423). O projeto de lei em questão está na contramão das reflexões geradas pelo processo cultural da informação em rede.

Três projetos de lei também relacionados ao direito de resposta foram apresentados em 2011. São os PLs nºs 1.112, do Deputado João Arruda, do PMDB-PR, 2.450, de autoria do Deputado Anthony Garotinho, do PR-RJ e o 1.744, do Deputado Francisco Araújo, do PSL-RR, este último voltado à regulamentação do direito de resposta na internet. O PL nº 1.112/2011 é uma simbiose dos PLs nºs 3.779/1997 e 5.322/2009. Ao buscar a fixação de celeridade ritual no processo perante o Judiciário, a proposta veda, para além da reconvenção e do litisconsórcio, a cumulação de pedidos, com o intuito de focar no direito de resposta, sem prejuízo de ação autônoma compensatória. Merece as mesmas críticas lançadas acima em relação aos projetos que lhe serviram de formação, sobretudo pelo fato de impor limites preestabelecidos para a divulgação da resposta, independentemente das circunstâncias de fato subjacentes ao(s) direito(s) do emissor e do receptor da(s) mensagem(ns) – matéria jornalística e resposta do ofendido. A questão relacionada à repercussão das matérias pela internet, embora haja sido objeto de preocupação do autor da proposição, não tem solução adequada. O artigo 4º, inciso I, da proposta menciona a hipótese de agravo difundido pela internet; nesses casos, "terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a dimensão da matéria que a ensejou". Ocorre que o controle desse modelo é impossível ou, no mínimo, ineficaz, o que põe em xeque a autoridade e a eficiência dos Poderes instituídos.

O Deputado Anthony Garotinho, por meio do PL nº 2.450/2011, com o mesmo espírito disciplinador do direito de resposta proporcional ao agravo cometido pela imprensa, traz previsão específica sobre a ação judicial. Sugere rito próprio, prazo decadencial reduzido de 60

para 30 dias, além de estabelecer prevenção do juízo cível, possibilidade de pedido e decisão liminar, prazo de resposta de apenas 48 horas e intervenção do Ministério Público. Todas essas matérias são passíveis de objeções de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade. O projeto padece de outros vícios, a exemplo do parágrafo 2º do art. 9º que autoriza a Justiça Eleitoral a determinar a imediata divulgação da resposta nas hipóteses de descumprimento dos prazos previstos nos dispositivos anteriores da proposição legislativa. Porém, a maior falha desse projeto é a ausência de previsão normativa para a resposta e seu controle no âmbito das mídias modernas, abrangentes das redes sociais, como largamente tem sido esboçado neste trabalho. Embora o artigo 2º do PL nº 2.450/2011 mencione o direito de resposta à "ofensa à pessoa por intermédio de quaisquer meios de comunicação", o artigo 9º traz previsão afeta à divulgação de matéria pelos meios convencionais, notadamente o jornalismo impresso, com lacuna visível quanto às tecnologias utilizáveis na rede em que hoje estamos inseridos.

Essa lacuna parece ter sido prevista pelo Deputado Francisco Araújo, ao propor o PL nº 1.744/2011, que "institui o direito de resposta em caso de acusação ou ofensa divulgada na rede mundial de computadores". Em sua justificação, o parlamentar deixa clara a intenção de disciplinar um mecanismo administrativo para o exercício do direito de resposta, de maneira a inibir a provocação sistemática do Judiciário, cuja sobrecarga é por ele reconhecida. A tentativa da proposição de garantir a "divulgação do direito de resposta" nas "mesmas circunstâncias, espaço e destaque do enunciado, fato ou ato que o motivou" não traz soluções para a complexidade engendrada pelo plexo de mecanismos de comunicação em rede, como vimos pontuando ao longo do presente estudo. A postagem de uma mensagem em um hospedeiro na internet prolifera-se de forma instantânea, sem possibilidade de fiscalização e controle, tampouco de garantia de difusão no mesmo modelo em que se operou a ofensa. Há um dado importante no PL nº 1.744/2011 relacionado ao conteúdo do ato, fato ou enunciado gerador da resposta; segundo dispõe o parágrafo 6º do artigo 2º da proposta, não caberá resposta quando o ato foi produto de crítica. Trata-se de conceito aberto que demanda interpretação e que, portanto, dificilmente não levará a questão para o Judiciário. Um último aspecto merece consideração; o parágrafo 7º do artigo 2º da proposição prevê multa de R$ 5.000,00 para o caso de descumprimento da obrigação de divulgar a resposta. A limitação da multa pode ser fator de estímulo ao não cumprimento da obrigação prevista no PL; ademais, não se pode estipular multa em valor único sem levar em consideração as características e possibilidades do veículo de comunicação em que tenha sido publicada a ofensa.

Em 2012, dois projetos de lei foram apresentados com o propósito de regular o exercício da liberdade de expressão. Trata-se dos PLs nos 3.406 e 3.523, de autoria dos Deputados Onofre Santo Agostini, do PSD-SC e André Vargas, do PT-PR. O primeiro projeto tem o escopo de inserir parágrafos no artigo 20 do Código Civil para presumir a ocorrência de dano moral nas hipóteses em que a imagem de pessoa física ou jurídica for utilizada sem sua autorização, além de estipular que a indenização deve pautar-se na extensão do dano e no grau de reprovabilidade da conduta. Essa sintaxe normativa, porém, já se encontra inserida no sistema estabelecido para as relações privadas, sejam elas paritárias ou assimétricas. A fixação disso é encetada pelo próprio Código Civil em diálogo com as demais fontes, inclusive (e sobretudo) a partir da Constituição Federal. Não bastasse isso, e a proposta apenas reproduz o que já se vem construindo doutrinariamente e pela jurisprudência brasileira, o que acabou por culminar com a edição do Enunciado nº 403 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Esse fato, aliás, é reconhecido na justificação do PL nº 3.406/2012 denunciando a desnecessidade da proposta legislativa.

Essa análise leva ao enfrentamento direto da garantia da segurança jurídica. Pode-se argumentar que a transformação do PL nº 3.406/2012 em lei terá o condão de gerar estabilidade para as relações em que envolvido o direito à imagem, o que se faz, obrigatoriamente, pela iniciativa do Parlamento na sua função precípua de inovador da ordem jurídica. Assim não é, porém, de forma genérica. A segurança jurídica é incumbida aos três Poderes (ÁVILA, 2012, p. 164); sua realização opera-se de maneira diferenciada e, como assinala Humberto Ávila (2012, p. 164), o legislador deverá ocupar-se de fatos futuros, com a previsão de "construir um "novo" Direito, orientando-se pelo que normalmente ocorre". Como dito, o PL nº 3.406/2012 apenas reproduz entendimentos já forjados no âmbito da doutrina e no ambiente jurisprudencial. Em contrapartida, o Judiciário, na missão de salvaguardar a segurança jurídica, tem sua atividade vetorizada prevalentemente para o passado, com amparo nos fatos deduzidos pelas partes (ÁVILA, 2012, p. 166). Vê-se, pois, que esse projeto de lei sinaliza para um desvirtuamento da atividade legiferante que não socorre o primado da segurança jurídica; ao contrário, vem de encontro aos seus pressupostos.

O PL nº 3.523/2012 também traz a pretensão de regulamentar o direito de resposta e retificação, em atenção ao artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal. Não contém inovações em relação às demais proposições como o mesmo objeto, igualmente voltado a estabelecer mecanismos de atuação espontânea do ofendido, com a previsão de legitimados, prazos e limites de conteúdo da resposta. Da mesma forma que as propostas antes analisadas, procura configurar o direito de ação perante o Poder Judiciário, aí inclu-

ídas balizas para a fixação de multa no caso de descumprimento da determinação judicial para que se realize o direito de resposta. O projeto de autoria do Deputado André Vargas prevê, no seu artigo 2º, o exercício do direito de resposta em relação a matérias ofensivas publicadas pela imprensa, internet ou em transmissões pelos serviços de radiodifusão ou de sons ou imagens. Entretanto, ao traçar os instrumentos de veiculação da resposta (artigo 2º, parágrafo 4º), não prevê o *modus operandi* por intermédio da internet, atendo-se às possibilidades pela imprensa, televisão ou rádio. Da mesma maneira que as propostas antes noticiadas, o PL nº 3.523/2012 não apresenta modelo hábil a comportar as consequências advindas do uso da rede mundial de computadores; a produção legislativa está ainda muito aquém do exigido para sustentação das decorrências do chamado sistema multimídia, que Castells (2012, p. 450-458) identifica como "ambiente simbólico" em que se emitem e se recebem mensagens.

Há pouco mais de vinte anos tramita o Projeto de Lei nº 3.232/1992 do Senado Federal e, como já aqui mencionado, não se cinge a revogar a Lei nº 5.250/1967: busca também regulamentar a liberdade de imprensa, opinião e informação, além de disciplinar a responsabilidade dos meios de comunicação. Trata-se de proposição inspirada no processo de abertura democrática instaurado pela Constituinte de 1987/1988. Com esse espírito, afasta qualquer espécie de censura, mas em razão da época em que elaborado, o PL nº 3.232/1992 sequer elenca como meios de comunicação social as atuais mídias sociais, sem qualquer alusão à internet. Há necessidade, no mínimo, de uma atualização da proposta em andamento na Câmara dos Deputados. O projeto preocupa-se com a reserva do mercado nacional em relação à propriedade das empresas jornalísticas, em conformidade com o *caput* do artigo 222 da Constituição Federal. Dado importante da proposição reside na proibição genérica de apreensão de jornais e revistas ou suspensão de transmissões de rádios e televisão, ressalvadas as hipóteses previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, publicações anônimas ou transmissões clandestinas. Mais uma vez, poderá ser deflagrado o debate em torno da manutenção dessa normatividade quando se tratar de divulgação de material pornográfico ou de veiculação de discurso do ódio. Vozes dissonantes ecoarão. Neste estudo, defende-se a tese de que não pode haver, em qualquer hipótese, interrupção da propagação das ideias, sem prejuízo, entretanto, de responsabilização *a posteriori* nas esferas cível e criminal.

No PL nº 3.232/1992, há tipificação de crimes praticados pela imprensa, os chamados delitos de opinião. Conforme enunciado na ADPF nº 130-DF, os crimes não devem revestir-se desse caráter de especialidade; basta a capitulação na legislação penal comum. Da mesma forma, há doutrina contrária à existência de delitos específicos porque praticados por intermédio dos meios de comunicação social, a exemplo da tese defendida por Alexandre Assunção e Silva (2012). O projeto de lei de autoria do Senador Josaphat Marinho elenca as hipóteses de calúnia, difamação e injúria, inclusive qualificadas pela ofensa aos mortos, além de prever norma penal em branco ao estatuir como crime "violar a intimidade ou a vida privada de alguém". A proposição cuida da ação e processo para o trâmite dos delitos de opinião, com especificação do foro competente, participação do Ministério Público e lapso temporal prescricional. A especificidade dos delitos de opinião, sobre não guardar harmonia com a decisão contida na ADPF nº 130-DF, também está eivada de inconstitucionalidade.

O direito de resposta proporcional ao agravo é igualmente disciplinado no PL nº 3.232/1992, que lança de forma preestabelecida a maneira

pela qual se deve operar a resposta, sem que haja, como já assinalado, previsão para divulgar-se resposta na hipótese de agravo perpetrado por intermédio da internet que, como visto, é o maior desafio hoje imposto não só ao Legislativo, como também ao Judiciário. A efetividade do direito de responder e, assim, minimizar a repercussão da ofensa, impõe-se como a questão mais difícil de ser dirimida quando se cuida de exercício desse direito por força de ato praticado nas novas mídias de comunicação social, as conhecidas redes sociais. O arbitramento prévio pelo Poder Legislativo terá de ignorar circunstâncias fáticas e concretas, o que poderá significar fragilização da segurança jurídica, ao invés de importar sua garantia.

6. Notas conclusivas

A liberdade de imprensa, por ser plena, na forma como prescreve a Constituição Federal de 1988, prescinde de marco regulatório. Esta é a principal conclusão a que se chega no estudo dos argumentos lançados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 130-DF. Vale observar que, embora tenha sido esse o eixo fundante do voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, nem todos os ministros – mesmo aqueles que o acompanharam na decisão de declarar a não recepção integral da Lei nº 5.250/1967 pela ordem constitucional vigente – foram uníssonos nesse sentido. Há quem entenda que a retirada do ordenamento da antiga de lei de imprensa gera um perigoso vácuo legislativo em relação à atividade dos agentes e órgãos do jornalismo. Entretanto, essa não é a posição assumida neste texto. O sistema constitucional, pautado na plena liberdade de expressão do pensamento, confere legitimidade ao Poder Judiciário para, motivadamente e em cada caso diante das suas circunstâncias, decidir acerca do cometimento de ilícitos ou abusos no exercício do poder/dever/direito de comunicação. A base normativa encontra-se no próprio ordenamento constitucional, assim como nos Códigos Penal e Civil, conforme amplamente se buscou demonstrar.

Esse trabalho a ser formatado pelos julgadores tem como pauta o Estado Democrático de Direito preconizado pelo artigo 1º, *caput*, do texto constitucional. Tal premissa induz à obrigação institucional de decidir com amparo no binômio liberdade-segurança jurídica. A referida estrutura de sustentação da criação em concreto do direito nas hipóteses relacionadas à liberdade de expressão do pensamento tem assim definidos seus alicerces:

– liberdade é princípio prevalente para o equacionamento da justiça como equidade, a teor da contribuição teórica de John Rawls (2008); e

– segurança jurídica é postulado normativo de índole funcional garantidor da certeza, confiança e estabilidade de um sistema autopoiético do direito.

Estas são as balizas pontuais forjadas em 2009 com o julgamento da ADPF nº 130-DF pelo Supremo Tribunal Federal. Este estudo adota o mesmo posicionamento porém, sem prejuízo da advertência acerca da necessidade de adequação de todos – Estado e sociedade – à chamada Idade Informacional (CASTELLS, 2010), típica de uma sociedade em rede (CASTELLS, 2012), cujo fluxo comunicativo se opera em movimentos transversais e dinâmicos. Trata-se de uma ação comunicativa não só voltada às massas, mas também praticada pelas massas, por intermédio das mais diversificadas espécies de mídias sociais. Esse cenário que se desenvolve como um processo aberto e em movimento – como ocorre, igualmente, com o processo constitucional – exige comportamentos atualizados com novas metodologias de emissão e recepção de mensagens, a serem

construídas segundo padrões que ultrapassam as fronteiras territoriais dos Estados-nação.

Nesse sentido, qualquer decisão do Parlamento em favor da inovação na ordem jurídica por meio da elaboração de nova(s) lei(s) reguladora(s) da atividade de imprensa não pode prescindir da reflexão e do debate dos elementos aqui apontados. Muito se diz sobre a necessidade de atos normativos regulamentadores da proibição da pornografia e do discurso de ódio, nos moldes do sistema europeu. O modelo até agora apresentado pela Corte Constitucional brasileira, em adoção à teoria libertária, em que pese a voz discordante do atual presidente do Tribunal, Ministro Joaquim Barbosa, que se filia explicitamente à teoria democrática, não se compraz com essa engenharia. Ao contrário, aproxima-se da gramática institucional norte-americana de não acatar limites à liberdade de expressão do pensamento, sem prejuízo das respostas posteriores e na medida das violações e ofensas. Contudo, comparece salutar a reflexão e o debate acerca da imposição de restrições à pornografia e ao discurso de ódio, com a perspectiva de que a repercussão dos danos na órbita jurídico-moral dos cidadãos e instituições seja irreversível. Esse debate e essa reflexão merecem estudos à parte. Este trabalho também teve a intenção de convidar a comunidade a realizar essas tarefas.

Referências

ANDRADE, Fábio Martins. *Modulação em matéria tributária*: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Ministério Público Federal. Processo n. 0023966-54.2010.403.6100. *5ª Vara Cível de São Paulo*, São Paulo, 1 mar. 2012. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2013/130131band.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2013.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

_____. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

DE LUCCA, Newton. Habeas Mídia previne o jornalismo que denigre a honra. *Conjur*, São Paulo, 5 fev. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-05/newton-lucca--habeas-midia-previne-jornalismo-denigre-honra>. Acesso em: 5 fev. 2013.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

DINES, Alberto. As repercussões do relatório Leveson. *Observatório da Imprensa*, São Paulo, 9 fev. 2013. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/videos/view/como_o_relatorio_pode_repercutir_na_imprensa_brasileira>. Acesso em: 3 mar. 2013.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação*: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARSANYI, David. *O Estado babá*: como radicais, bons samaritanos, moralistas e outros burocratas cabeças-duras tentam infantilizar a sociedade. Tradução de Carla Werneck. Rio de Janeiro: Litteris, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo.* São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PLATÃO. *A República.* Tradução de Albertino Pinheiro. São Paulo: EDIPRO, 2001.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça.* Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SILVA, Alexandre Assunção e. *Liberdade de expressão e crimes de opinião.* São Paulo: Atlas, 2012.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão

FERNANDA CAROLINA TÔRRES

Sumário

1. Introdução. 2. A liberdade de expressão e sua concepção contemporânea como direito fundamental. 3. A antiga Lei de Imprensa e os motivos de sua não recepção pela Constituição Cidadã. 4. Limites e possibilidades da regulação infraconstitucional da liberdade de expressão. 5. Considerações finais.

1. Introdução

Entre os diferentes direitos expressos na Constituição, a liberdade de expressão constitui direito especialmente fundamental, pois sua garantia é essencial para a dignidade do indivíduo e, ao mesmo tempo, para a estrutura democrática de nosso Estado. Primeiramente, no âmbito da dignidade humana, é fácil intuir a necessidade de ser assegurada a liberdade de expressão: não há vida digna sem que o sujeito possa expressar seus desejos e convicções. Viver dignamente pressupõe a liberdade de escolhas existenciais que são concomitantemente vividas e expressadas. Dito de outro modo, viver de acordo com certos valores e convicções significa, implícita e explicitamente, expressá-los.

No que respeita à democracia, a liberdade de expressão é direito fundamental diretamente correlato à garantia de voz aos cidadãos na manifestação de suas várias correntes políticas e ideológicas. É certo que a proteção da liberdade de expressão não é suficiente para assegurar a participação popular no debate político, pois os direitos fundamentais efetivam-se de modo interdependente: a eficácia de um direito fundamental depende da eficácia dos demais. Porém, não restam dúvidas de que tal liberdade é imprescindível que aqueles que desejem manifestar-se na esfera pública tenham como fazê-lo e não sejam reprimidos por isso.

Fernanda Carolina Tôrres é graduada em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, com especialização em Legística pela mesma instituição. É professora de Direitos Humanos e Direito Constitucional em cursos preparatórios para OAB e para concursos em diversos cursos em Belo Horizonte.

Ademais, as liberdades comunicativas não se restringem a viabilizar a participação política da população, mas também tornam possível a livre interação social no que concerne à cultura, à economia, à religião, à educação etc. Em suma, a liberdade de expressão é condição necessária ao exercício da cidadania e ao desenvolvimento democrático do Estado, na consolidação de uma sociedade bem informada e coautora de seus sistemas político e jurídico.

Uma vez reconhecida a especial relevância do direito fundamental de liberdade de expressão na busca da concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito, o presente artigo pretende investigá-lo considerando sua interação com os demais direitos fundamentais, o que torna pertinente o questionamento quanto à necessidade de sua regulação infraconstitucional no Brasil. Com esse propósito, apresenta-se, sucintamente, a concepção contemporânea de liberdade de expressão como direito fundamental reconhecido pela Constituição Federal.

Tendo em conta esses contornos da liberdade de expressão, o item seguinte ocupa-se da análise da Lei nº 5.520/67, a antiga Lei de Imprensa, em especial dos motivos que levaram à sua revogação em 2010. Tal análise exige o questionamento da conotação da liberdade de expressão como um "sobredireito" ou como um direito absoluto, mediante o reconhecimento de sua necessária interação com os demais direitos fundamentais.

Adiante, assume-se o propósito de discutir os limites e possibilidades da regulação infraconstitucional do exercício da liberdade de expressão, no cenário jurídico brasileiro contemporâneo posterior à revogação da Lei nº 5.520/67. Para tanto, reconhece-se tanto a insuficiência da atual normatização apresentada pela Constituição Federal de 1988 quanto a legitimidade do Poder Legislativo relativa à ingerência estatal nesse contexto.

Ao final, são tecidas considerações acerca das conclusões alçadas pela pesquisa, que levam à indagação da pertinência de uma nova lei de imprensa no ordenamento pátrio.

Com a certeza da imponência e do enredamento da temática, seria por demais simplório almejar, no espaço deste artigo, qualquer pretensão de caráter peremptório. O que se almeja, na realidade, é nutrir e difundir o diálogo sobre a questão, a partir do entendimento de que o único caminho para a superação dos impasses acerca da regulação da liberdade de expressão é, ironicamente, seu exercício, no trilhar do caminho plural da construção de acordos comunicativos marcados pela participação dos diferentes setores da sociedade.

2. A liberdade de expressão e sua concepção contemporânea como direito fundamental

Mais do que um direito, a liberdade de expressão pode ser entendida como um conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação. Sendo diversas as formas de expressão humana, o direito de expressar-se livremente reúne diferentes "liberdades fundamentais que devem ser asseguradas conjuntamente para se garantir a liberdade de expressão no seu sentido total" (MAGALHÃES, 2008, p. 74). Tal conjunto de direitos visa à proteção daqueles que emitem e recebem informações, críticas e opiniões.

Assim, na ordem jurídica contemporânea, a liberdade de expressão consiste, em sentido amplo, num conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação, que compreende: a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação.

No entendimento de Jose Afonso da Silva (2000, p. 247):

> "A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial."

Dessa maneira, é correto dizer que, conexos e intrínsecos à liberdade de expressão, encontram-se também outros direitos, como o direito de informar e de ser informado, o direito de resposta, o direito de réplica política, a liberdade de reunião, a liberdade religiosa etc. Por conseguinte, a concepção de liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível, desde que resguardada a operacionalidade do direito.

Para além do reconhecimento de sua amplitude, a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2001), o direito de liberdade de expressão – assim como os demais direitos fundamentais – deve ser entendido como princípio constitucional, norteador da hermenêutica jurídica. Segundo Alexy (2001, p. 112), os direitos fundamentais têm o caráter de princípios e, nessa condição, eventualmente colidem uns com os outros, sendo necessária uma solução ponderada em favor de um deles.

Assim os direitos fundamentais – como princípios – podem ser entendidos como valores morais compartilhados por uma comunidade em dado momento e lugar, que migram do plano ético para o jurídico quando se materializam em princípios abrangidos pela Constituição (BARROSO, 2008, p. 352). Percebidos em seu caráter principiológico, os direitos fundamentais, entre os quais o direito de liberdade de expressão, estão inseridos em um sistema normativo complexo, formado de regras e princípios, no qual a interpretação sistemática é essencial para a compreensão da amplitude de uma garantia.

Nas palavras de Ronald Dworkin (2007, p. 36):

> "[...] quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões."

Uma vez que não se caracterizam normativamente como regras absolutas, é correto dizer que tais direitos fundamentais podem ser limitados pela própria Constituição, ou mesmo que esta pode permitir que lei infraconstitucional os limite. Ou ainda: na colisão entre direitos fundamentais, um deles ou ambos podem também ser restringidos na pon-

deração (CANOTILHO, 2003, p. 1276). Dessa forma, o mesmo se pode dizer especificamente do direito fundamental de liberdade de expressão.

> "Nesses termos, para a doutrina dominante, falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta. Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas (antissemitismo, apologia ao crime etc...)" (FERNANDES, 2011, p. 279).

Sendo a liberdade de expressão um princípio, apesar de sua proteção ser imprescindível para a emancipação individual e social, sua garantia não se sobrepõe de forma absoluta aos demais direitos, que são também essenciais.

Entretanto, ao contrário do que se poderia esperar, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da liberdade de imprensa – um dos desdobramentos da liberdade de expressão – tem reforçado sua concepção como um direito absoluto em que qualquer ingerência do Estado importaria em sua violação ou anulação. Nessa perspectiva, não caberia ao Estado regulamentar tal direito, a não ser para ampliar as condições de sua efetivação.

Nessa linha de raciocínio, uma vez que o constituinte originário não fez restrições a tais liberdades, presume-se que também não permitiu expressamente que lei infraconstitucional o fizesse. Assim, ainda que na figura do Judiciário, não poderia o Estado interferir no exercício da liberdade de imprensa. Daí decorre que, aparentemente, conforme a interpretação do Supremo Tribunal Federal, essa liberdade seria plena, como se verifica abaixo:

> "Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus juízes e tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da imprensa" (AI nº 705.630-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22/3/2011, Segunda Turma, *DJE* de 6/4/2011).

Neste ponto, é pertinente reiterar que tal posicionamento desconsidera a limitabilidade dos direitos fundamentais e a responsabilidade do Judiciário de ponderar a respeito. Cometendo o mesmo equívoco, o Ministro Ayres Brito – relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, que revogou a Lei nº 5.520/67, a antiga

Lei de Imprensa – caracteriza a liberdade de imprensa como um "sobredireito", ou seja, defende a impossibilidade da imposição de limites ao seu exercício, admitindo somente restrições nas consequências que tal exercício implicar.

> "Primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a 'livre' e 'plena' manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana" (ADPF nº 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/4/2009, Plenário, *DJE* de 6/11/2009)[1].

Segundo o entendimento do Ministro, para estar em harmonia com os demais direitos, a liberdade de imprensa não precisa sofrer limitações prévias abstratas, passíveis de configurar censura: basta que o abuso do direito seja reprimido posteriormente. Essa delimitação interpretativa posterior de um direito fundamental não se dá apenas como um problema metódico de subsunção lógica, ela reflete uma questão política indicadora de relações sociais de domínio e de sujeição.

Em outras palavras, a extensão que o Supremo Tribunal Federal reconhece para um direito fundamental não é uma decisão estritamente jurídica, mas também política, pois se baseia na construção histórica desse direito. Isso é patente no que se refere à liberdade de expressão. O receio do que ocorreu com as liberdades comunicativas no período militar, acarreta nas decisões do Supremo Tribunal Federal um exagerado repúdio à censura. Assim, este tribunal caracteriza como violação à liberdade de expressão qualquer restrição, sendo ela ilegítima ou legítima, mesmo que busque afastar a configuração de abuso de direito.

Na superação de tal engano, não se pode afirmar que o exercício legítimo do direito de liberdade de imprensa só é possível em consonância com as demais disposições da Constituição. Desse modo, a existência de limitações ao direito à liberdade de expressão explica-se tanto pela necessidade de harmonia entre os direitos fundamentais como pelo reconhecimento de que esse direito é concebido para assegurar a dignidade da pessoa humana, sendo inadmissível sua interpretação como uma garantia acima das demais, apta a atentar contra o desenvolvimento da personalidade individual (TAVARES, 2009, p. 602; FERNANDES, 2011, p. 279; MAGALHÃES, 2008, p. 74).

Não se questiona a especial relevância que a liberdade de expressão revela no propósito de consolidação da democracia. Contudo, como ensina Miguel Reale Júnior (2010, p. 382), os valores consagrados nas normas constitucionais que podem ser ameaçados pela liberdade de expressão, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, constituem-se também como pilastras sobre as quais se ergue o Estado Democrático. Vale frisar: inexiste direito fundamental absoluto. Os direitos fundamentais – inclusive o direito de liberdade de imprensa e de expressão – encontram limites uns nos outros e no respeito à dignidade da pessoa humana, ou seja, no próprio conjunto normativo constitucional.

Na concreção de tais limites, a legislação infraconstitucional assume papel primordial, ao coibir o abuso e ao regulamentar o exercício dos diferentes direitos previstos pela Constituição. No que concerne ao direito de liberdade de expressão, em especial à liberdade de imprensa,

[1] No mesmo sentido: Rcl nº 11.305, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 20/10/2011, Plenário, *DJE* de 8/11/2011; AC nº 2.695-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 25/11/2010, *DJE* de 1º/12/2010; AI nº 787.215-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24/8/2010,Primeira Turma, *DJE* de 24/9/2010. Vide: ADI nº 4.451-MC-REF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, *DJE* de 1º/7/2011.

o ordenamento jurídico brasileiro não conta com uma legislação regulamentadora específica, desde a revogação da Lei nº 5.520/67. Antes de problematizar o atual cenário quanto à pertinência e aos contornos da regulação infraconstitucional da liberdade de expressão no Brasil, não se pode fugir à apreciação dos motivos da não recepção da antiga Lei de Imprensa pela ordem constitucional inaugurada em 1988.

3. A antiga Lei de Imprensa e os motivos de sua não recepção pela Constituição Cidadã

O exercício da liberdade de expressão encontra sua extensão normativa na Constituição Federal. Como se sabe, nossa Carta foi concebida com o anseio de efetivação de um Estado Democrático de Direito. O momento histórico de sua promulgação é marcado pelo repúdio ao regime ditatorial, violador de direitos básicos do ser humano e da segurança jurídica. Naquele cenário, era essencial limitar legalmente a atuação estatal e, de forma reflexa, garantir direitos fundamentais.[2]

A nova ordem constitucional alterou a sistemática jurídica do País. Diversas normas com traços ditatoriais, discriminatórios, violadores de direitos fundamentais até então vigentes não eram compatíveis com a nova Constituição. Contudo, elas não foram expressamente negadas pela nova Carta. Ficou a cargo do Judiciário, via controle de constitucionalidade, interpretá-las para evidenciar sua não recepção.

Desse modo, foi revogada a Lei nº 5.250/67, a antiga Lei de Imprensa que regulamentava a manifestação do pensamento e de informação – direitos considerados fundamentais pela Constituição de 1988. Até 2010, ela ainda era objeto de aplicação pelo Judiciário. Somente naquele ano, nossa Corte Constitucional posicionou-se acerca de sua não recepção pela atual ordem constitucional, num julgado que se deu devido à interposição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, pelo PDT – Partido Democrático Trabalhista.

Nessa ADPF, o arguente, após destacar a incompatibilidade de alguns artigos específicos da Lei nº 5.520/67, apontou para a necessidade da sua total não recepção, dado seu espírito inconstitucional. Para tanto, sustentou que fora imposta por um Estado autoritário que violou gravemente as liberdades civis; afirmava ainda que ela teria como escopo a perpetuação daquele regime. Sob esse enfoque, a antiga Lei de Imprensa era vista como alheia aos anseios e necessidades próprios a um Estado Democrático de Direito.

Pode-se dizer sucintamente que, no que se refere ao conteúdo dos artigos da lei propriamente ditos, o Partido Democrático Trabalhista contestou o parágrafo 2º do seu art. 1º, que previa situações em que se permitia a censura, o que é contrário à Constituição de 1988, por violar seu art. 5º, IX. Além disso, o arguente afirmou a incompatibilidade de artigos procedimentais. Postulou ainda que recebessem a devida atenção os termos "subversão da ordem pública e perturbação da ordem pública ou alarma social", para não acobertarem censura e assim constituírem embaraços à liberdade de expressão, sendo patente sua incompatibilidade com o que preceitua o art. 220, *caput*, da Constituição. Contra o art. 37 da mesma lei, pediu-se ao STF que formulasse interpretação conforme a Constituição, esclarecendo que jornalista não é penalmente responsável por entrevista autorizada.

Em contraposição ao posicionamento do arguente, o Procurador Geral da República afirmou serem compatíveis com a Constituição

[2] Podem-se extrair tais finalidades da Constituição, pela leitura de seu Preâmbulo, de seus Fundamentos – art. 1º, e de seus Objetivos – art. 3º (BRASIL, 1988).

Federal, art. 1º, parágrafo 1º, art. 14, I, e art.16, I. Para o *parquet*, os conceitos de subversão da ordem política e social dos referidos artigos, devem ser interpretados como medidas excepcionais para a defesa da ordem pública e paz social, somente em momentos de crise institucional, em consonância com o art. 136 da Constituição. Nesse sentido, afirma ser o art. 2º, *caput*, também compatível com a Constituição, pois os termos "contra moral e bons costumes" devem ser lidos com referência ao art. 221, VI, da Carta Magna, veiculando os pilares da fraternidade e proteção social, do respeito aos valores éticos e sociais vigentes.

Em que pesem essas divergências, não resta dúvida de que os artigos 3º ao 6º da antiga Lei de Imprensa eram incompatíveis com o regime jurídico estipulado pela Constituição para a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Também o art. 20, em seu parágrafo 3º, e o art. 23 eram inconstitucionais, por violação ao princípio da igualdade, ao estipularem tratamento diferenciado para autoridades – o que, mesmo segundo o PGR, demonstra os indícios autoritários e aristocratas da lei.

A lei trazia também diversos dispositivos que restringiam o fluxo de informações, incoerentes com o anseio de uma democracia pluralista. Nesse sentido, os artigos 60, parágrafos 1º e 2º, assim como os artigos 61 a 64, os quais estipulavam a apreensão de impressos se estes violassem a ordem política e social.

Por sua vez, os artigos 51 e 52 estipulavam limites de valores indenizatórios no caso de abuso de direito da liberdade de imprensa; entretanto, segundo jurisprudência consolidada, esses preceitos não são coerentes com a indenização total e irrestrita de todos os danos sofridos, assegurada pela Constituição e Código Civil. Nessa direção, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 281: "a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na lei de Imprensa".

Quanto aos artigos 20, 21 e 22 que tipificavam os crimes de calúnia, difamação e injúria, não há consenso sobre sua (in)constitucionalidade. O Procurador Geral da República defendeu ser plenamente compatível, por resguardar os direitos à honra, imagem, vida privada e a intimidade, tratando-se de lei específica que se aplica em sobreposição ao Código Penal. Em sentido contrário, para o arguente, esses artigos não foram recepcionados, por trazerem penas mais severas que o Código Penal, o que não condiz com os princípios da proporcionalidade e da medida necessária.

Diante de tais argumentos, o STF decidiu retirar do ordenamento jurídico brasileiro a totalidade da lei[3]. Tal decisão pautou-se na interpretação de que ela não condizia com os anseios democráticos do constituinte de 1988. Externava ainda o entendimento de que a liberdade de expressão é um direito diretamente ligado à efetivação da democracia, de suma importância para a conjuntura atual, não podendo sofrer limitações como aquelas vinculadas na antiga Lei de Imprensa, pois consagra e tutela a coexistência da pluralidade de ideias e opiniões.

Como já se afirmou, o Ministro Ayres Britto, relator da ADPF nº 130, descreveu em seu voto a concepção da liberdade de expressão como um "sobredireito", cujo gozo não pode ser prejudicado pelo "eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana", cuja responsabilidade só deve ser verificada

[3] O relator, Ministro Ayres Britto, interpretou a Lei de Imprensa como um "conjunto normativo como um todo, indivisível, isto é, um objeto cujo significado não se confundia com a mera soma de duas partes componentes." (ADPF nº 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/4/2009, Plenário, DJE de 6/11/2009). Declarar, portanto, inconstitucional parte da norma não seria suficiente para garantir a unidade constitucional.

posteriormente (ADPF nº 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/4/2009, Plenário, DJE de 6/11/2009).

Acompanhando a concepção de liberdade de imprensa defendida pelo relator, o Ministro Menezes Direito afirmou ser plenamente possível a limitação da liberdade de imprensa quando em choque com outro direito fundamental, desde que essa intervenção estatal se dê *a posteriori*, por análise do Judiciário. Assim, a restrição da liberdade de imprensa não poderia ser prévia, como era feita pela lei contestada:

> "A liberdade de imprensa não se compraz com uma lei feita com a preocupação de restringi-la, de criar dificuldades ao exercício dessa instituição política. Qualquer lei que se destine a regular a liberdade de imprensa não pode revertir-se de caráter repressivo que a desnature por completo" (ADPF nº 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/4/2009, Plenário, DJE de 6/11/2009).

O Ministro Celso de Mello externou o mesmo raciocínio. Os Ministros que defendem esta limitação posterior afirmam ser a liberdade de expressão um "sobredireito", com primazia no seu exercício e sendo admitida sua restrição somente após a verificação de violação de outro direito fundamental.

A posição assumida pelo relator e pelos demais Ministros supramencionados evidencia uma ponderação *prima facie* dos direitos fundamentais, em que a liberdade de expressão pode ser efetivada mesmo mediante a violação de outros preceitos essenciais. Essa interpretação não é coerente com a unidade da Constituição. Em seu parecer sobre a ADPF nº 130, a Procuradoria Geral da República afirma:

> "Não se pode conceber uma ponderação *prima facie* em detrimento da intimidade ou de outro direito qualquer, sob pena de desestabilizar a estrutura sistêmica da Constituição. O valioso princípio da unidade visa justamente evitar essas distorções, de forma que fazer um juízo de valor desconsiderando as peculiaridades do caso concreto é o mesmo que afirmar a prevalência de uma disposição constitucional sobre outra" (BRASIL, 2009).

Na mesma direção, promovendo análise da ADPF nº 130 e opondo-se frontalmente à afirmação da liberdade de expressão como um "sobredireito", Miguel Reale Júnior (2010, p. 398):

> "Não compartilho do sonho iluminista de que a liberdade de expressão, como quer Ayres Brito, tenha uma precedência constitucional que se impõe em toda e qualquer situação concreta, nem que a liberdade leve naturalmente à responsabilidade. A própria Constituição, em seu art. 220, estatui ser plena a liberdade de expressão, observado o disposto na própria Constituição, ou seja, a submete à composição ou à sujeição a

> outros valores, em especial, a meu ver, à dignidade da pessoa humana, que constitui um valor fonte, nuclear, cujo desrespeito impede a fruição de qualquer outro direito fundamental."

Neste ponto, cumpre mencionar que o julgamento não foi unânime quanto à eliminação total da referida lei. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes fez algumas ressalvas quanto à possibilidade da regulamentação infraconstitucional desse direito, afirmando ser tal lei necessária em alguns de seus dispositivos, como o que concerne ao direito de resposta.

> "Não parece correta, todavia, essa leitura rasa do texto constitucional, ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de expressão haveria de se exercer de modo compatível com os demais direitos fundamentais, deixa entrever a legitimidade de intervenção legislativa, com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais" (ADPF nº 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/4/2009, Plenário, DJE de 6/11/2009).

Por sua vez, o Ministro Peluso entendeu haver trechos na lei completamente compatíveis com a Constituição de 1988; porém, para ele não há praticidade em manter alguns dispositivos, pois não haveria organicidade, e isso poderia causar confusão na sua aplicabilidade. Quanto à necessidade de regulamentação infraconstitucional da liberdade de imprensa, Peluso ressaltou ser plenamente possível a edição de uma nova lei. "Além de a Constituição não prever, nem sequer em relação à vida, caráter absoluto a direito algum, evidentemente não poderia conceber a liberdade de imprensa com essa largueza absoluta e essa invulnerabilidade unímoda" (ADPF nº 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/4/2009, Plenário, DJE de 6/11/2009).

Na abordagem do Ministro Ricardo Lewandowski, a antiga Lei de Imprensa não tem aplicabilidade e não é necessária, pois o ordenamento jurídico já comporta legislação suficiente para regular a liberdade de expressão. Segundo Lewandowski, os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, o que dispensa norma infraconstitucional, cabendo ao Judiciário ponderar no caso de colisão de direitos.

Para o Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, a ADPF nº 130 não é cabível. Barbosa questiona o enfoque dado pelos demais Ministros acerca da imprensa, por entender como um equívoco a consideração da imprensa somente frente ao Estado[4], sendo necessário cogitar de seus

---

[4] A crítica de Barbosa direciona-se especialmente ao Ministro relator, Ayres Britto, que em seu voto se concentra na relação da imprensa com o Estado, como se verifica no seguinte trecho de seu voto: "A imprensa possibilita, por modo crítico incomparável, a revelação e o controle de praticamente todas as coisas respeitantes à vida do Estado e da sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no

reflexos sobre os indivíduos. Sob tal premissa, o Ministro destaca que a liberdade ilimitada pode ser uma forma de liquidar a democracia, devido à possibilidade de manipulação da opinião pública pela mídia.

> "[A] imprensa pode ser destrutiva não apenas em relação a agentes públicos. Pode destruir vidas de pessoas que não são públicas... A lei de imprensa é instrumento de proteção de intimidade útil para coibir abusos não tolerados pelo ordenamento jurídico... É preciso que a imprensa seja diversa e plural. É preciso que essa diversidade seja plena a ponto de impedir que haja concentração" (ADPF nº 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/4/2009, Plenário, DJE de 6/11/2009).

O Ministro Marco Aurélio não concorda em sua totalidade com a ADPF nº 130, pois, segundo seu entendimento, com a revogação da antiga Lei de Imprensa constituir-se-ia um vácuo legislativo. Em suas palavras: "Com a revogação da lei não passaremos a ter liberdade. A liberdade já existe. Passaremos a ter conflitos de interesse resolvidos com critério de plantão, estabelecido pelo julgador" (ADPF nº 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/4/2009, Plenário, DJE de 6/11/2009). O Ministro sustenta que o simples fato de a legislação ter nascido em regime ditatorial não é suficiente para embasar sua inconstitucionalidade. Para evitar o referido vácuo, a lei deveria vigorar até sua revogação por norma posterior. Porém, este posicionamento não repercutiu nos demais votos e foi vencido.

Apesar dos diferentes argumentos explicitados nos votos, sobreveio a decretação pelo STF da não recepção integral da antiga Lei de Imprensa. Por conseguinte, muito se discute contemporaneamente sobre a formação do vácuo legislativo que preocupava o Ministro Marco Aurélio. Nesse contexto, assume grande relevância a investigação dos limites e possibilidades da regulação legal da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro, no anseio de que os abusos decorrentes de sua equivocada interpretação como um "sobredireito" não afaste o exercício das liberdades comunicativas de seus propósitos emancipadores.

4. Limites e possibilidades da regulação infraconstitucional da liberdade de expressão

Conforme já dito, a liberdade de expressão, como os demais direitos fundamentais, pode sofrer restrições coerentes com sua amplitude constitucional, derivadas da colisão com outros direitos também reconhecidos como essenciais. As restrições também podem decorrer de regulação, para viabilizar o exercício dos diferentes direitos fundamentais.

Contudo, destaca-se: tais restrições – decorrentes da ponderação ou da regulação – são exceções à regra da garantia à liberdade de expressão. Se, por um lado, é importante superar o equívoco da interpretação da liberdade de imprensa e de expressão como espécies de "sobredireitos", por outro, é imprescindível que o legislador e o magistrado acatem a premissa de que toda limitação de direito fundamental apresenta caráter excepcional. A plenitude da efetivação é a regra, a limitação é sempre excepcional. Uma liberdade fundamental só pode ser limitada na medida em que sua restrição signifique a efetivação de outros direitos ou princípios constitucionais.

Assim, a justificativa para o reconhecimento de limites ao direito de liberdade de expressão deve basear-se, primeiramente, na coesão do sistema jurídico, no propósito de viabilizar a coexistência de direitos aparentemente incom-

---

seio da sociedade" (ADPF nº 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/4/2009, Plenário, DJE de 6/11/2009).

patíveis. Em decorrência, presume-se, que a proteção constitucional de um direito não pode estabelecer a impossibilidade de sua restrição quando o abuso em seu exercício implicar a violação de outros direitos fundamentais.

Por se tratar exatamente de uma exceção, essa limitação deve ser bem definida e fundamentada. No que tange às liberdades comunicativas, tal fundamentação não pode restringir-se à solução de possíveis violações de outros direitos como consequência do abuso de tais liberdades mas também ao objetivo de assegurar o exercício equilibrado desse direito e dos demais direitos fundamentais por todos os setores sociais.

Em que pese a primazia da autonomia da vontade entre particulares e da autorregulação do mercado, a atuação estatal mostra-se essencial para corrigir os equívocos dessa conjuntura mercadológica em prol da preponderância dos princípios constitucionais. Conforme Machado (2002, p. 893), "a correção das falhas de mercado pode e deve assumir um papel de relevo na disciplina dos meios de comunicação social, em que os perigos de concentração, manipulação e abuso dos poderes privados são significativos".

Assim, a regulação da liberdade de expressão exige a atuação do Estado direcionada à garantia de mediação entre grupos sociais minoritários e majoritários no domínio da comunicação. Maior será o equilíbrio desses interesses quanto mais ampla for a democratização do processo legislativo. Nesse sentido é o entendimento da Procuradoria Geral da República:

> "Somente incluindo a sociedade no debate político-constitucional, por meio do desenvolvimento dos direitos de cidadania, é que se pode garantir que a Constituição não sucumba aos fatores reais de poder. A legitimidade anda junto com o sentimento de que o destinatário é também coautor da decisão. A cidadania só será efetiva diante de uma sociedade bem informada. Para garantir essa efetiva participação no processo decisório do teatro político, deve-se equilibrar a relação existente entre direitos clássicos de liberdade, políticos, sociais, econômicos e culturais" (BRASIL, 2009).

Esclarece-se que, quando se fala em regulação da liberdade de expressão, não se cogita somente de limites, mas inclui-se o conceito de condicionamentos de exercício. Os limites visam à resolução de conflitos de direitos constitucionalmente protegidos, ao passo que os condicionamentos viabilizam o exercício do direito, ou seja, são normas materiais, organizatórias e procedimentais que estruturam e disciplinam. Ambos são plenamente possíveis se condizentes com os princípios constitucionais.

> "De um modo geral, qualificam-se como condicionamentos às liberdades comunicativas constitucionalmente admissíveis as normas relativas

> ao lugar, tempo e modo do seu exercício... Já as normas que de alguma forma limitem a atividade comunicativa com base na natureza dos assuntos ou conteúdos ou dos pontos de vista comunicados são geralmente reconduzidas automaticamente para categoria das restrições e colocada sobre uma forte presunção de inconstitucionalidade, na medida em que têm a capacidade de alvejar e excluir, com maior precisão, pontos de vista determinados, considerados indesejáveis pela maioria política" (MACHADO, 2002, p. 712).

Os condicionamentos ao exercício devem ser elaborados mediante uma análise rigorosa de seus impactos limitativos, às vezes não vislumbrados expressamente, e que podem atingir o conteúdo básico do direito fundamental, tornando-se, assim, espécie de censura. Em outras palavras, tais condicionamentos devem manter uma posição de neutralidade quanto ao conteúdo dos discursos comunicativos, visto que limitações ao conteúdo da liberdade de expressão podem acarretar aos destinatários a privação do conhecimento de ideias diversas e também impedi-los de construir livremente sua própria opinião e as razões que a fundamentam.[5]

No propósito de consolidação de uma esfera pública propícia ao exercício das liberdades comunicativas e, consequentemente, à formação efetivamente democrática da opinião, é imprescindível que se verifique a não interferência estatal nos conteúdos comunicativos, ou uma posição do Estado caracterizada pela abertura à diversidade das matérias expressivas. Em outras palavras, o Estado não deve adentrar o mérito dos temas em discurso. Essa neutralidade ideológica também se manifesta na separação entre o ente regulador e o operador do domínio das telecomunicações.[6]

Uma vez que se estabeleça tal neutralidade perante o conteúdo, a atividade comunicativa da imprensa pode ser condicionada pela legislação civil, penal, tributária, comercial, administrativa, trabalhista – sem que se verifique violação do direito fundamental de liberdade de expressão. O exercício dessa liberdade está relacionado a diversos fatores que serão regulados, mas que não atingirão substancialmente o conteúdo forte do direito fundamental. Se, porventura, determinada legislação incidental afetar o núcleo da liberdade de expressão, ela deverá ser declarada in-

---

[5] Em coerência com a Constituição, a única exceção à neutralidade estatal perante o conteúdo comunicativo é a vedação dos discursos de ódio, da apologia à discriminação. Conforme afirma Miguel Reale Júnior, em análise do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes no HC/82.424/RS: "a liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência" (REALE JÚNIOR, 2010, p. 382).

[6] Dessa maneira, torna-se possível viabilizar a autonomia das estruturas de comunicação em relação aos poderes públicos. "Isto significa, não apenas distanciamento das empresas de comunicação social perante as entidades reguladoras, mas também distância destas últimas relativamente ao poder político" (MACHADO, 2002, p. 904). As restrições estatais só são legítimas se observada a reserva de direitos fundamentais.

constitucional. Para evitar que isso ocorra, as normas infraconstitucionais devem apresentar, anexas aos seus projetos, uma carta de motivação que justifique as restrições incidentais às liberdades comunicativas, bem como demonstrativos de estudos que comprovem que as restrições não vão além do necessário para efetivar o interesse público.

De toda sorte, é importante cautela diante do termo "interesse público", pois é possível valer-se de sua inexatidão para impor limites não legítimos a direitos fundamentais. No que diz respeito especificamente à liberdade de expressão, Machado (2002, p. 893) alerta que a noção de interesse público pode servir de cobertura à tentativa de sobrepor, de forma paternalista e elitista, uma visão particular do que se considera bom para os indivíduos e para a comunidade política, neutralizando o debate das ideias ou pré-determinando artificialmente os seus resultados.

Para tanto, não se pode prescindir da ampliação dos canais participativos no processo regulatório e em seu controle, para que a compreensão do interesse público que norteia tal processo seja constantemente problematizada e (re)construída democraticamente. De modo correlato, é igualmente necessário que a atividade regulatória das liberdades comunicativas se paute pela proibição do monopólio dos meios de comunicação, seja pelo Estado, seja por empresas privadas. Conforme afirma José Luiz Quadros de Magalhães (2008, p. 74), tal proibição se justifica, uma vez que

> "[o] monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social, principalmente a televisão, pode significar o controle da opinião pública, a manipulação da informação e a criação de uma sociedade de inconscientes. Esse controle dos meios de comunicação já foi utilizado com sucesso como meio de propaganda no nazismo. Muito mais ameaçador é o controle da televisão com todos os recursos de propaganda e de produção existentes, podendo ameaçar o regime democrático, que deve se basear na expressão da vontade consciente do povo."

Em oposição às pretensões de monopolizar a formação da opinião pública, os discursos comunicativos devem ser dinamizados, por meio de uma legislação que, como já dito, amplie os canais comunicativos e viabilize a expressão das minorias. Quando se garante a pluralidade de participação na esfera pública, caminha-se em direção à igualdade de oportunidades comunicativas, vivenciada apenas por uma democracia avançada, desenvolvida no pilar do interesse público e não no domínio das forças econômicas. Para tanto, é preciso ter direito de acesso aos meios de comunicação, favorecendo aqueles grupos de pouca expressão, mas que enriquecem o cenário comunicativo com posições divergentes, ampliando as informações e possibilitando a problematização recíproca dos argumentos apresentados (HABERMAS, 2003a).

> "Somente com informação advinda de fontes diversificadas e livremente veiculadas é que se poderá garantir uma base cognitiva capaz de permitir ao cidadão ser incluído no debate político, para que possa participar das decisões ativamente e não como mero espectador, mas como coautor das transformações normativas da sua realidade individual e coletiva. Afirmar que um homem é livre exige reconhecer seu domínio ou controle sobre *inputs* de *outputs* de informação" (BRASIL, 2009).

Ainda no que concerne ao direito de acesso, é importante mencionar que este não se restringe aos agentes comunicativos, mas abrange também a percepção dos cidadãos como destinatários das informações veiculadas na esfera pública. Permitir que mais pessoas tenham acesso a diferentes discursos é construir uma sociedade mais livre e justa, em que a formação da opinião pública não se dá pela submissão aos interesses difundidos pelos grandes meios de comunicação, mas antes pela problematização recíproca de argumentos plurais em torno dos interesses da coletividade.

Diante disso, afirma-se a imprescindibilidade da regulação da liberdade de expressão. Para além da sua simples garantia constitucional, é preciso que ela se efetive em equilíbrio com os demais direitos fundamentais. Todavia, como visto inicialmente, essas normas restritivas ou reguladoras devem observar requisitos formais e materiais, sendo qualificadas com exatidão, pois são exceções. É inegável que tais restrições excepcionais devem derivar da própria Constituição, mediante os limites expressos pelas normas constitucionais, a ponderação necessária perante a colisão das liberdades comunicativas com outros direitos constitucionais e, também, a permissão de regulação por lei infraconstitucional.

Com a revogação da Lei nº 5.520/67, a liberdade de expressão encontra seus contornos e sua extensão, primordialmente no texto constitucional. Questiona-se a suficiência das normas constitucionais, na medida em que a Constituição garante a liberdade de expressão e seus desdobramentos de forma genérica, com poucos detalhamentos. Com isso, ignora-se a necessidade de clareza e especificidade da norma restritiva de direitos fundamentais e corre-se ainda o risco de se transferir para o Judiciário a regulação do exercício de direitos fundamentais, cuja legitimidade recai sobre o Legislativo.[7]

Em consideração ao princípio da legalidade, o Judiciário e Executivo só atuam em face da lei. Desse raciocínio pode-se extrair que a

---

[7] Em sentido contrário, como já mencionado no item anterior, o Ministro Ricardo Lewandowski defende que a Constituição é plenamente suficiente para a regulação da liberdade de expressão. Segundo ele, até mesmo no que se refere ao direito de resposta, a Constituição disponibiliza parâmetros suficientes: "trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário." (ADPF nº 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/4/2009, Plenário, DJE de 6/11/2009).

regulamentação de direitos fundamentais deve constituir-se legalmente.[8] Dessa maneira, cabe primordialmente ao Legislativo estabelecer limites à liberdade de expressão.

De modo consonante, a Constituição da República Federativa do Brasil apresenta algumas diretrizes que regulam a liberdade de expressão e permitem expressamente que lei federal a regule:

> "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
>
> § 3º Compete à lei federal:
>
> I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
>
> II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (BRASIL, 1988, p. 157).

Questiona-se, além desses traçados, a possibilidade de lei federal determinar maiores regulamentações. Para a maioria dos ministros do STF, autoriza-se à lei infraconstitucional regular outros pontos não permitidos expressamente, pois é possível extrair da Constituição uma permissão que vise a garantir a unidade constitucional. Em outras palavras, a permissão para uma regulação mais ampla alicerça-se no fato de a liberdade de expressão confrontar-se com outros direitos fundamentais, sendo a lei um meio de harmonizar esse conflito na busca de efetivação dos princípios constitucionais.

Ademais, a regulação legislativa da liberdade de expressão tem o condão de evitar uma restrição imprevisível e diversificada pelo Judiciário, por meio de sua atividade cognitiva e hermenêutica. A ponderação pelo Legislativo, que é passível de maior controle e padronização, pode sofrer controle prévio de constitucionalidade e envolve – ainda que de modo representativo – a coletividade na sua construção; isso viabiliza um debate mais denso, o que não se verifica na atividade interpretativa do Judiciário.

Dito de outra forma, a elaboração de uma lei requer requisitos formais e materiais que desencadeiam controle mais firme da sua estrutura reguladora e delimitadora de uma liberdade comunicativa. É claro que uma sentença também apresenta requisitos a cumprir, embora não tão rígidos como os de uma lei, e as circunstâncias fáticas e pessoais de cada aplicador podem trazer insegurança jurídica diante de limitações divergentes da liberdade de expressão. Assim, é mais seguro e coerente que a regulação da liberdade de expressão fique a cargo da lei e não só da atividade interpretativa do aplicador do Direito.

Isso porque, na regulação das liberdades comunicativas, ainda que se atente para a proibição do excesso, ou seja, para a proporcionalidade das restrições estabelecidas, resta grande margem de insegurança quanto aos critérios valorativos que nortearão a ponderação. Em outras palavras, a aplicação do princípio da proporcionalidade[9] não é suficiente para assegurar

[8] Não se olvide, porém, que o Legislativo não raramente se afasta da busca de efetivação do interesse público e de que é grande a dificuldade dos cidadãos em controlar e participar do processo de formação das leis. Contudo, o desvio de finalidade e a dificuldade de controle, perpassam também a atuação do Executivo e do Judiciário. Em última análise, a legitimidade da intervenção do Estado no plano de vida do indivíduo, na regulação do exercício de seus direitos fundamentais, exige a forma da lei.

[9] A proporcionalidade é considerada como um metaprincípio que auxilia a atividade hermenêutica no momento

que o aplicador do Direito alcance uma decisão justa e objetiva, uma vez que, no momento de decidir, cada intérprete pondera a colisão de direitos fundamentais a partir da valoração que pessoalmente atribui a cada direito.

> "Em suma, pode-se, desde já, inferir que a aplicação da máxima da proporcionalidade por via da análise das três máximas parciais, como diz Alexy, são importantes para dirigir, circunscrever, orientar a explicação da escolha, no caso concreto, acerca da primazia de um direito fundamental sobre outro. Contudo, o estudo da adequação da solução, da necessidade e da correspondência justa ao fim almejado não são suficientes para dotar este juízo de ponderação de objetividade, de certeza, pois, a cada intérprete uma ponderação, segundo a sua própria percepção do peso que possui cada direito fundamental e o valor que encerra" (REALE JÚNIOR, 2010, p. 395).

Como consequência, o contorno da regulação das liberdades comunicativas deve ser preciso, claro, determinado e efetuado pelo legislador democrático. As decisões essenciais da comunidade política devem ser tomadas pelo órgão democrático-representativo por excelência. Nas palavras de Jónatas Machado (2002, p. 721):

> "As restrições às liberdades da comunicação só podem ser feitas através de lei. Deste modo se resolve um problema de escolha institucional com base no postulado de que a restrição dos direitos, liberdades e garantias deve ter por base uma valoração político-legislativa em que os direitos a restringir sejam equacionados por referência a todo sistema de proteção jurídico-subjetivo dos cidadãos, bem como aos diferentes direitos e interesses constitucionalmente consagrados."

A reserva da lei abrange tanto as restrições como as normas de conformação, efetivação e maximização dos direitos fundamentais – ou seja, sua regulação como um todo. A opção normativa, no que se refere a direitos constitucionais, não deve ser relegada, deixada em aberto ou mesmo delegada pelo legislador, ainda que de forma omissa ou indireta.

Considerando-se a pertinência e a legitimidade da regulação da liberdade de expressão, ressalte-se que ela, além de atender ao limite da reserva legal, deverá atentar para a exatidão e a clareza textual. Leis obtusas nesse contexto podem ser consideradas inconstitucionais, pois podem permitir, de modo mediato, censura – seja esta protagonizada pelo Judiciário, seja mesmo pelos próprios detentores da liberdade de expressão, que, ao não reconhecerem com nitidez a amplitude de seu

---

de colisão de direitos fundamentais. Esse metaprincípio propicia a máxima efetivação dos direitos em colisão, afastando-se do conteúdo essencial, mediante o equilíbrio entre as extremidades (ALEXY, 2001; CANOTILHO, 2003; SILVA, 2000).

direito, podem, por precaução, censurarem-se previamente.

Tendo em vista a pretensão de universalidade da lei, é evidente que o legislador não se afastará por completo dos termos amplos e abstratos; mas, quando um conceito der margem para várias interpretações, estas devem ocorrer de forma restritiva, por se tratar de limitação de direito fundamental. Além disso, quando se reforça a necessidade de leis precisas, tem-se por fim o respeito ao princípio da igualdade perante a lei, na medida em que não se deixa margem para que as relações de poder interfiram na aplicação da restrição, garantindo às minorias a mesma amplitude de liberdade de expressão que aquela dada às maiorias. Dessa forma, garante-se concomitantemente a segurança jurídica, evitando-se a obscuridade e o excesso de restrição via controle de constitucionalidade.

Na elaboração da legislação direcionada à regulação infraconstitucional da liberdade de expressão, ganha destaque a exigência constitucional de que o exercício das liberdades comunicativas não se desenvolva de modo incompatível com a promoção e a garantia da dignidade da pessoa humana. Dentro das liberdades e dos direitos fundamentais existe um conteúdo que não pode jamais ser objeto de ponderação legislativa restritiva, pois sua afetação resultaria em substancial violação de seu fundamento. Dito de outra forma, a regulação infraconstitucional da liberdade de expressão deve atentar para a primazia da dignidade da pessoa humana (REALE JÚNIOR, 2010, p. 397). É possível, portanto, cogitar de um núcleo essencial dos direitos fundamentais que, em hipótese alguma, pode ser atingido pela restrição ou pelo abuso de um direito. O núcleo essencial compreende determinadas dimensões garantísticas básicas, cuja eliminação poria em causa a própria subsistência, ou o sentido útil, na perspectiva do seu titular, além de comprometer decisivamente aspectos fundamentais da dignidade da pessoa humana (MACHADO, 2002, p.741).

Assim como os demais direitos fundamentais, a liberdade de expressão tem como fim garantir a dignidade humana. Nenhum exercício de direito pode ser reconhecido como legítimo quando se dá no sentido contrário a seu objetivo e fundamento. Quando o abuso de direito for tamanho que ameace a dignidade, tem-se violação capaz de liquidar a finalidade da garantia constitucional, desfigurando-a. A partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais, afasta-se a absurda e perigosa interpretação da liberdade de expressão como "sobredireito", tornando-se evidente a necessidade de sua regulação infraconstitucional para que seu exercício se mostre compatível com o propósito maior de garantir uma vida digna para todos.

5. Considerações finais

Em um Estado Democrático de Direito, a formação da opinião pública deve ser caracterizada pela pluralidade de canais comunicativos que efetivamente viabilize a expressão dos diferentes setores da sociedade, inclusive das minorias. Com esse propósito, a regulamentação do direito de liberdade de expressão apresenta-se como questão de ordem pública.

Depois da decisão da ADPF nº 130 e da revogação da Lei nº 5.520/67, restou primordialmente à Constituição Federal apresentar as diretrizes que devem nortear a efetivação das liberdades comunicativas. Na medida em que a Constituição afirma ser necessária a compatibilização da liberdade de expressão com os demais direitos fundamentais, em especial com os direitos da personalidade, abre-se margem para o questionamento quanto à necessidade de uma nova lei de imprensa no Brasil.

É certo que a recorrente menção a um vácuo normativo derivado da revogação da antiga Lei de Imprensa, precisa ser complementada pela afirmação de que, quanto à responsabilização da imprensa pelo abuso de direito de liberdade de expressão, até a eventual edição de nova norma especial aplica-se, além da Constituição, a legislação comum, civil e penal.

Entretanto, é importante que se reconheça a necessidade da edição de legislação específica para imprensa no que se refere à criminalização de condutas. A tipificação penal comum não considera a amplitude do dano causado pela mídia, que em regra tem o potencial de ser muito mais extenso do que o decorrente de calúnia, difamação e injúria causado por uma pessoa física. Quanto maior o alcance da transmissão, maior o dano. Portanto, a legislação penal própria da imprensa deverá tratar dessas peculiaridades, bem como prever sanções específicas para pessoa jurídica e pessoa física corresponsável pela infração.

A legislação civil também deverá ser específica. Deve determinar a solidariedade ou não dos agentes envolvidos e das respectivas pessoas jurídicas. Deve ainda prescrever critérios para a quantificação do dano material que considere o efetivo prejuízo patrimonial. Quanto ao dano moral, espera-se que legislação específica apresente parâmetros para sua total reparação, tais como os princípios da equidade e da razoabilidade, consideração da gravidade do dano, a reincidência do agente, a posição profissional do ofendido e a condição financeira do ofensor e do ofendido.

No que concerne especificamente ao direito de resposta, é imperativo que se verifique sua regulação infraconstitucional, com o fim de viabilizar seu exercício de forma isonômica para todos aqueles que tiverem seus direitos de personalidade violados pela imprensa. Com a disciplina legal, evitar-se-á a imprevisibilidade de decisões judiciais discrepantes, alcançando segurança jurídica para a própria imprensa e para as pessoas por ela lesadas.

Uma nova lei de imprensa é de suma importância para determinar restrições ao exercício da liberdade de expressão no propósito de proteger os direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana. Além disso, a edição de nova legislação regulamentar é essencial para garantir a própria liberdade de expressão. O Estado não tem como traço obrigatório de sua atuação uma influência negativa nas liberdades comunicativas, isto é, são possíveis ações direcionadas à efetivação da liberdade de expressão, coerentes com o texto constitucional. Para tanto, a liberdade de imprensa deve ser analisada tanto pela perspectiva dos produtores da informação como pela de seus receptores.

Partindo dessa premissa, a legislação deve prever a garantia de uma imprensa pluralista que viabilize a construção de uma opinião pública consciente e autônoma, sem manipulação e persecução de um pensamento dominador. É sabido que em alguns estados brasileiros, perpetua-se o monopólio dos meios de comunicação. Em contraponto, a legislação deve prever ações e fomentos para o desenvolvimento de outros agentes comunicativos nesses espaços onde o direito de informação e a liberdade de consciência dos respectivos habitantes são claramente mitigados.

Nesse ponto, é ingênuo o argumento liberal de que as relações mercadológicas são suficientes para regular a esfera pública, pois a efetividade dos direitos fundamentais não é coerente com a busca do lucro como meta primordial. Garantir liberdade sem limites para a mídia é desconsiderar a falta de razoabilidade do mercado, em que a busca incessante pelo lucro viola direitos fundamentais e perpetua uma ordem desigual em que poucos controlam a vida de muitos.

Regular e dar efetividade aos direitos fundamentais – entre eles a liberdade de expressão – significa lutar em prol da meta constitucional de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Com esse objetivo, a abstração e sobreposição hierárquica do direito fundamental de liberdade de expressão pode acarretar a distorção de sua finalidade, na medida em que submete seu exercício às relações de poder que almejam a manutenção dos privilégios oriundos das injustiças que configuram o quadro social e político atual, obstando sua evolução crítica e contribuindo para a conformação de uma sociedade passiva e apática perante os problemas jurídicos e políticos do País. O compromisso com a transformação desse cenário aponta para a percepção da extrema necessidade da norma infraconstitucional no que tange à imprensa, pois o exercício de sua liberdade, desde que devidamente regulamentado, pode dar-se de modo a viabilizar a cidadania efetiva, a evolução do pensar social, dos quadros políticos e da legitimidade democrática do Estado.

Uma nova legislação brasileira de imprensa é imprescindível e impreterível. Deve ela disciplinar: a garantia da pluralidade dos meios de comunicação; os parâmetros de ponderação com os demais direitos fundamentais; a responsabilidade civil e penal da imprensa; o direito de resposta; os limites para crianças e adolescentes; os direitos, as garantias e os deveres inerentes à fundação administração e funcionamento das empresas de comunicação; a efetivação dos princípios constitucionais pertinentes à produção e programação das emissoras de rádio e televisão e o livre fluxo de informações pela internet. Para que seja legítimo e eficaz, o detalhamento dessa normatização deve construir-se mediante a livre manifestação do pensamento e da opinião, mediante um debate público efetivamente democrático e para o qual a presente pesquisa pretende contribuir.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 fev. 1967.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130 / DF. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 6 nov. 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CATTONI, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CRUZ, Álvaro Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate*: o constitucionalismo brasileiro entre o discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. *Teoría de la acción comunicativa, I*: racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 2003a.

_____. *Teoría de la acción comunicativa, II*: crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus Humanidades, 2003b.

HAIDAR, Rodrigo. STF decide que Lei de imprensa é inconstitucional. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 30 abr. 2009.

LEÃO, Anis José. Sobre o Projeto de Lei de Imprensa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 2, n. 21, 19 nov. 1997 .

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *A liberdade de expressão.* Coimbra: Coimbra, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*: curso de direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

REALE JÚNIOR. Limites à liberdade de expressão. *Revista Espaço Jurídico*, Florianópolis, v. 11, n. 2, p.; 374-401, jul./dez. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade da norma constitucional*. 4ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*: fundamento jurídico e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

O desafio constitucional para uma polícia cidadã

Identidade, fragmentação militar e autopoiese

JOEL CORDEIRO RAPHAEL

Sumário

Introdução. 1. Breve histórico da Polícia Militar brasileira. 2. Identidade. 3. Fragmentação militar. 3.1. Expectativas e desapontamentos. 3.1.1. Adicional de serviço extraordinário. 3.1.2. Adicional noturno. 3.1.3. Direito de greve e de liberdade sindical. 4. A autopoiese do Direito. 5. Conclusão.

Introdução

O objetivo deste artigo é evidenciar que a vinculação das polícias ao Exército brasileiro na Constituição Federal não desenvolve uma polícia cidadã. Os aspectos simbólicos do militarismo, por um lado, dão notoriedade ao ego do policial; por outro, promovem desapontamentos, à medida que as expectativas institucionais entram em confronto com as expectativas sociais modernas. Ou seja, a formação policial militarizada no contexto brasileiro não possibilita o desenvolvimento de uma segurança cidadã, pautada na refletividade das expectativas do militar e do civil.

Busca-se, desse modo: resgatar uma breve história da Polícia Militar brasileira (1); cristalizar os fenômenos psíquicos inerentes à formação policial, que auxilia na moldagem da identidade do indivíduo (2); vincular essa identidade diante dos objetivos institucionais, dos fatores da organização policial militar, do mundo contemporâneo e da sociedade complexa e plural, a fim de que se ressaltem a multiplicidade de expectativas e a formação de paradoxos e contradições, provocando a fragmentação militar institucional (3); e observar que essa pluralidade de expectativas é pulverizada no seio da sociedade, cabendo ao sistema jurídico, portanto,

Joel Cordeiro Raphael é oficial da Polícia Militar do Distrito Federal – tenente; graduando em Direito pela Universidade de Brasília; pós-graduando em Direito Constitucional pelo Instituto Luís Flávio Gomes; e graduado em Ciências Policiais pela Academia de Polícia Militar de Brasília.

analisar os paradoxos, os desapontamentos e as transformações sociais, a fim de que a norma, mais precisamente a norma constitucional, oriente a formação do *consenso* (4).

1. Breve histórico da Polícia Militar brasileira

A concepção de polícia nos séculos XX e XXI não é a mesma de outros períodos históricos. Monet (2001, p. 31) afirma que a função policial "é mais o produto de uma sucessão de rupturas do que a consequência de um desenvolvimento que teria existido em germe desde as origens". As rupturas que provocaram o aparecimento dessa função aconteceram no momento do surgimento do Estado-Nação.

Destaca-se o desenvolvimento do Estado e de sua soberania, pois, à medida que isso acontece, surge a necessidade da aplicação de seu poder em várias áreas sociais, e é nessa perspectiva que a polícia começa a fazer sentido. As tensões internacionais e a solidificação da soberania estatal fazem com que a atividade policial se direcione ao controle social contra os perigos internos, os quais poderiam provocar rupturas políticas e afetar a manutenção da ordem estatal.

A polícia ganha notoriedade, portanto, nas práticas de controle social impostas pelos Estados, de modo que cada instituição policial se adapta à ideologia específica de cada Estado. Dessa forma, observa-se que "a polícia é diferente em cada sociedade, em decorrência das diferentes práticas de controle social" (MENDES, [2012], p. 6). A diversidade social e da lei promoveu e promove a criação de novas atribuições do policial em face de sua aplicação. Assim, "o dilema da polícia nas sociedades modernas urbanas industrializadas será o de desempenhar um papel de prestação de serviços ao mesmo tempo em que a necessidade de aplicação da lei aparece" (RIBEIRO, 2002, p. 450).

Com essa concepção, resgata-se a síntese da história policial brasileira, partindo-se do período colonial. Inicialmente ela foi configurada na defesa das capitanias hereditárias e das terras dos que detinham poder econômico. Muitas vezes, os sesmeiros tinham como função, além da distribuição de terras, a defesa de invasões. Os bandeirantes são outro exemplo da exploração de terras, bem como do desenvolvimento de técnicas de acampamento e de sobrevivência na selva, de modo que suas ocupações se vinculavam mais à atividade militar que à policial. Ressalte-se que há instituições policiais, como a PM de São Paulo, que utilizam a figura dos bandeirantes como símbolo, o que mostra o paradoxo do desenvolvimento de uma polícia cidadã baseada, ao longo dos anos, na lógica militar.

Outro exemplo é a figura do corpo de quadrilheiros, trazida de Portugal, que sustentou as tentativas de implantação da ordenação de quadrilheiros em 1626, 1630, 1710, 1721 e 1730. Cabia ao quadrilheiro:

> "chefiar vinte vizinhos com o intuito de controlar uma determinada área. Sua atuação operacional se dava em evitar delitos comuns ao cotidiano, como casas de jogos, furtos, concubinatos, acalmar desordens, insultos, efetuar prisões e castigos dos culpados e até coibir a feitiçaria. Temos aí um forte indício de uma força destinada à manutenção da ordem, muito próximo do que se entende por polícia" (EGE, 2012, p. 17).

Já o capitão do mato, figura exclusivamente brasileira, desenvolvia o controle social da colônia, pois tinha como funções a repressão de pequenos delitos e a captura de escravos fugidos, para entregá-los aos donos em troca de pagamento. Além disso, a figura do capitão do mato era uma possibilidade de ascensão dos homens livres e dos escravos libertos, uma vez que estes detinham o conhecimento dos

atalhos e das rotas de fuga. Essa figura foi bem aceita pelas autoridades, "sendo utilizada em diversas possibilidades de ação, especialmente para subjugar as camadas sociais inferiores" (EGE, 2012, p. 17), ou seja, os escravos. Embora fosse inegável a sua utilidade, várias autoridades desconfiavam dos capitães do mato, pois acreditavam que, muitas vezes, eles mesmos sequestravam os escravos para depois receberem o pagamento pela "captura fingida". De qualquer modo, aceitou-se tal figura, porque a elite, preocupada com o desenvolvimento da sociedade escravocrata, queria estimular ações com a função de controlar a população negra que incomodava os "homens bons" (EGE, 2012, p. 20, passim).

> "Isso demonstra a enorme contradição de valores da função ainda em seu alvorecer, visto que estes homens pobres e de cor negra, prontificavam-se a participar da repressão institucionalizada contra as suas próprias raízes, sendo justamente por isso tanto alvo de desconfiança, quanto estratégico pelos mandatários, visto que conheciam a região, as rotas e táticas de fuga" (EGE, 2012, p. 22).

Esses atores (sesmeiros, bandeirantes, quadrilheiros e capitães do mato) acompanharam o desenvolvimento da segurança interna e da administração desordenada das terras brasileiras até a chegada de Dom João VI ao Brasil, em 1808, o que gerou a criação da Intendência Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil, em 10 de maio de 1808, não se extinguindo a figura do capitão do mato, mas sendo-lhe destituída a patente de "capitão". Em 13 de maio de 1809, é baixado o decreto de criação da Divisão Militar da Guarda Real, com 218 homens de infantaria e um regimento de cavalaria com 54 homens, cujos uniformes e regulamentos eram idênticos aos de Portugal. A estrutura militar portuguesa influenciou diretamente a criação da polícia.

No período imperial brasileiro, observa-se um empenho em controlar e disciplinar a população negra, parte majoritária do cenário social. Após a emancipação do Brasil, em 1822, muitas manifestações e rebeliões eclodiram, o que fez a segurança pública ser desprestigiada pelas elites brasileiras, uma vez que, sendo o Brasil uma nação independente, não poderia ter composto o seu corpo de oficiais portugueses e estrangeiros, nem de praças negros e mestiços. A função central de controlar e manter a ordem interna e externa diante da pluralidade de fatos que surgiam mostrou a incapacidade operacional do Exército brasileiro, pois continuamente se recorria a milícias locais para a resolução dos conflitos. Dessa forma, especulou-se a criação de uma nova estrutura de segurança comum.

Assim, em 1824, com o projeto da Constituição, as guardas policiais foram instituídas como um ramo do Exército (Força Armada Terrestre), com a função de manter a segurança pública no interior das comarcas

(BRASIL, 1824). A agitação política se propagou ainda mais no período regencial. Além disso, cresceu a desconfiança das elites para com os atores da segurança, pois os "policiais" tinham a sua origem na pobreza e na mestiçagem e, por isso, eram vistos e tratados como indisciplinados. Daí o porquê do rigor militar: ele era um meio de adestramento dos chamados "corpos dóceis", como diz Foucault. Para mudar tal cenário e sob a influência francesa, foi criada, então, a Guarda Nacional, como grande promessa de solução dos problemas de segurança urbana da elite. Com o intuito de conter dentro de si uma Guarda Nacional selecionada, a Força Terrestre reduziu seu efetivo, de modo que ele "caiu de 30 mil para 10 mil homens, através de demissões e licenças, além da cessação do recrutamento militar por tempo indeterminado" (MENDES, [2012], p. 16). Assim, foram excluídos milhares de militares e iniciou-se a seleção de "pessoas mais confiáveis", bem como a escolha secreta dos oficiais. "Desta forma as elites governantes regionais teriam finalmente uma forma repressiva fiel e eficiente, subordinada a oficiais escolhidos entre os seus pares para ser o braço armado da aristocracia rural" (EGE, 2012, p. 39).

Proclamada a República, por meio do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, a ideia de manutenção da ordem pública e a ideia de uma Guarda Nacional com bases militares foram mantidas (BRASIL, 1891). A figura do coronel, posto mais alto da estrutura militar, ganhou espaço na administração da segurança pública, o que desencadeou posteriormente o coronelismo.

Observa-se também que as relações de poder dentro da segurança pública resultavam em controle e repressão dos menos favorecidos. Os coronéis, por exemplo, eram os que determinavam quem assumia a função de delegado, subdelegado, comandante de destacamento, entre outras, ou seja, a organização da polícia era construída com base em interesses oligárquicos. Era uma época em que se exigia a intervenção de forças repressoras sociais; daí o motivo de haver constantemente uma simbiose dos militares e dos policiais. Nesse contexto estavam a Revoltas da Armada, a Guerra de Canudos, a Revolta da Vacina, a Revolta da Chibata, a Guerra do Contestado, a Revolta dos 18 do Forte, a Revolução Libertadora, a Coluna Prestes e a Revolução de 1930. Dessa forma, o "ranço da cultura escravocrata", a ideia de classes perigosas decorrentes dos movimentos sociais no fim do século XIX e início do XX, bem como o fato de as organizações policiais terem estado constantemente envolvidas em ações mais militares do que policiais, foram características essenciais na rígida militarização e nas ações de violência (MENDES, [2012], p. 22).

Com o fim do Estado unitário e a expansão do federalismo, os estados membros buscaram o controle do poder de polícia, de modo a cada estado membro da federação poder ter, institucionalizada, uma polícia local. No entanto, havia ainda uma preocupação por parte da União em manter o controle dessas polícias estaduais. Por isso foi tão importante a positivação constitucional que conferia às polícias estaduais o *status* de forças auxiliares do Exército. Assim se inseria no bojo da legislação federal a vinculação da polícia ao Exército, oficializando-se, desse modo, a natureza tutelar da União em relação aos seus interesses diante dos indivíduos armados.

Desse modo, a Carta Constitucional de 1934 fortalece a militarização das polícias. Posteriormente, a previsão da Constituição de 1946 reafirma o controle sobre as polícias dos estados e sua condição de forças auxiliares do Exército. O panorama social, econômico e político foi caracterizado por instabilidades e, portanto, pelo aumento das dificuldades enfrentadas pelas polícias. Em 1964, é deflagrado o golpe militar, e, assim, o militarismo e a violência

policial crescem. A Carta Magna de 1988 abre caminho para a solidificação da democracia, mas não desconstrói ou rearranja a segurança urbana brasileira.

2. Identidade

O militarismo, ator principal na formação policial brasileira, proporcionou a criação de cargas axiológicas nos agentes de segurança, no que tange à guerrilha, à vigilância, à proteção territorial e ao combate do inimigo. Ele desenvolve uma série de regras, padrões e rotinas para a moldagem dos corpos dóceis em agentes militares. Pretende-se esclarecer que a formação militar das polícias provoca uma série de fenômenos psíquicos, os quais distanciam o agente da comunidade. Para isso, serão resgatados: os processos psíquicos de transferência, idealização e identificação; a vinculação deles no âmbito da organização policial militar; e o resultado dessa vinculação, materializada nas relações com a sociedade.

O ser humano é um ser ao mesmo tempo singular e universal. Instância singular no que tange ao seu íntimo, a sua infância, aos valores que o acompanharam ao longo da vida. Instância universal devido às interações sociais, às relações entre o eu e o outro, entre a unidade e a diversidade. Assim, essas duas instâncias psíquicas não estão separadas ou não são ativadas isoladamente; antes, são interlaçadas e se cristalizam nas relações múltiplas do cotidiano. As organizações (o trabalho), por fazerem parte da rotina do homem, configuram-se como verdadeiros palcos do estabelecimento de processos psíquicos. Assim, o palco desses processos psíquicos dos policiais militares foi e continua sendo o quartel.

A transferência, na psicanálise, "é um processo pelo qual os desejos e as emoções inconscientes se atualizam em certos objetos num tipo de relação vivida no passado" (LAPLANCHE; PONTALIS, 2001 apud FREITAS, 2006, p. 88). O indivíduo reproduz uma atitude ou uma emoção de uma relação importante do passado. Essa reprodução pode se manifestar em diferentes formas, como o amor, o ódio, a simpatia, e em diferentes objetos. Quando o indivíduo se vincula a uma organização, não são apenas os aspectos materiais que determinam sua submissão ao sistema organizacional, mas também os fatores afetivos, imaginários e psicológicos consolidam tal relação. Assim, quando se submete ao ingresso na polícia militar, não é apenas a promessa de salários que determinará a sua entrada, mas o imaginário de cada um sobre si mesmo dentro dela, para o alcance do poder, dos postos, do reconhecimento familiar, da vitória entre os amigos, da conquista de áreas específicas que a organização poderá proporcionar. Desse modo, as organizações são como

> "caixas de ressonância de desejos, capaz[es] de absorver e estimular processos de transferência de afetos que antes ligavam o indivíduo ao pai e à mãe, aos amigos-vizinhança, à comunidade-nação-pátria. Quanto mais as empresas se pretendem como o lugar que dá sentido e significado à vida, mais elas se tornam objeto dessas relações transferenciais" (FREITAS, 2006, p. 89).

A identificação é "um processo psicológico pelo qual um sujeito assimila um aspecto, uma propriedade ou um atributo do outro e se transforma, total ou parcialmente, sob o modelo daquele" (LAPLANCHE; PONTALIS, 2001 apud FREITAS, 2006, p. 90). Quanto maior for a semelhança entre os indivíduos em um grupo, maior a possibilidade de se estabelecer vínculo entre os membros, pois o homem não pode perceber o mundo como algo totalmente diferente dele. Assim, a contestação, a percepção das diferenças e a espontaneidade são atitudes caracterizantes do processo de identificação.

Dessa maneira, a padronização de atitudes no militarismo é um instrumento recorrente na busca das identificações individuais, coadunando-se com as institucionais. Essa padronização engessa o policial, o qual deve ter uma série de atribuições perante uma sociedade com diversas demandas; contudo, observa-se uma legitimidade dessa padronização de comportamento, mesmo que se agrida a intimidade dos sujeitos, para a obtenção da tranquilidade e da estabilidade do sistema sem questionamentos. "A energia controladora do comportamento, a sutileza das regras não escritas, a referência do grupo de pares e sua reprodução são exemplos de como os indivíduos são ressocializados na organização" (LAPLANCHE; PONTALIS, 2001 apud FREITAS, 2006, p. 97).

A intimidade de cada sujeito no quartel é invadida por ideais taxativos, os quais podem ser expostos a outro indivíduo por meio da reprodução daquilo em que o sujeito sempre acreditou, juntamente com aquilo em que a instituição acredita ou com aquilo para o qual foi instituída, a fim de que se obtenha o aplauso, o reconhecimento.

O fato é que as organizações policiais militares tiveram como origem a construção, consciente e deliberada, de um sistema que moldou o pensamento das tropas para introduzir no mais íntimo do estado psíquico concepções que pudessem induzir comportamentos indispensáveis à sua dinâmica (ENRIQUEZ, 1992, p. 39).

Quando o militarismo busca o implemento da sua missão, do seu mundo, dos seus valores, ele faz a passagem de um projeto exterior (garantir a segurança nacional, estar pronto para a guerra, matar o inimigo) para um projeto interior, a ser reproduzido (sonho, missão nobre, insígnias e honras). Essa implementação precisa da figura do trabalho exclusivo ou da dedicação integral para que o quartel seja o único lugar desejável e de devoção dos integrantes, afastando o militar das relações sociais. Tal fato se configura como um objeto de idealização na medida em que desconsidera os outros tipos de relação cotidiana do militar, colocando o quartel como lugar ideal. É comum, no período da formação, ensinar que "a farda é a segunda pele" do indivíduo.

Em outras palavras, nos processos de identificação e de idealização, os sujeitos estão em busca daquilo que eles acreditam pôr ordem em sua vida e dar a razão a ela. Observa-se que, para a psicanálise, a busca do que é idealizado e do que é identificado é, na verdade, a busca de si mesmo. Assim, o elogio, a promoção, ser exemplo, ser o cadete padrão, ser eficiente na missão institucional não são atributos externos do indivíduo; antes, são a busca do que ele mesmo procurou e sonhou pra si ou do que ele aprendeu a procurar e a sonhar.

O sacrifício de boa vontade em prol da instituição (vestir a camisa), em certo ponto, no entanto, não é visto como algo nocivo para a psicanálise,

pois, como o indivíduo faz parte dela, ele se sacrifica com o fim em si mesmo. Então, essa abdicação acaba sendo o contrapeso das vantagens econômicas, sociais e pessoais oferecidas pela instituição. A organização expõe valores, crenças, ideal de vida, busca do sucesso, realização de desejos e isso se coaduna com o íntimo dos sujeitos. Daí o porquê de os indivíduos se submeterem às restrições, ao laconismo, às vontades dos comandantes e à violação dos costumes civis, uma vez que é esse investimento psíquico que proporcionará a satisfação de serem admirados, amados e reconhecidos.

No que tange especificamente ao militarismo, essa submissão os fará serem vistos, perante a sua organização, como sujeitos que não ponderam das decisões de superiores hierárquicos, que superam seus próprios limites físicos, que são disciplinados, fortes, jovens, robustos, altivos, resilientes, de moral elevada e que estão, portanto, acima dos fenômenos criminais e acima do criminoso. "O orgulho individual se alimenta de sua expressão coletiva, da comunhão com o outro tão idealizado quanto a própria projeção de sua autoimagem" (FREITAS, 2006, p. 93).

Assim, quando há crises de representação ou perturbações no processo de identificação, surgem signos, linguagens, discursos de filiação simbólica antiga, de modo que esses signos se apresentam como expressão do desejo social (FREITAS, 2006, p. 92) para a elaboração dos padrões comportamentais e, portanto, para a estabilidade do sistema, pois "assegura[m] uma devoção sem interrogações e torna[m] as pessoas capazes de se sacrificarem de boa vontade" (FREITAS, 2006, p. 93).

Além disso, tem-se a ideia da busca pelos lugares mais altos, a qual é introjetada na mente da tropa, tendo como mecanismo de alcance da patente mais alta o tempo natural das promoções, além das promoções honoríficas. O respeito absoluto às preferências dos superiores hierárquicos é estabelecido. Não se prioriza o que é melhor e o que é mais adequado, e sim a vontade do superior, o qual teve a promessa de que, quando chegasse a sua vez de implementar determinada diretriz em uma patente superior, seria ela respeitada.

Dessa forma, a perspectiva da superioridade determina não apenas as escalas de serviço, os horários de trabalho ou a função específica dentro do quartel, mas a formação de grupos internos, o diálogo, as amizades, o conluio, a cumplicidade. O fato é que o militarismo prega a superioridade do indivíduo sobre o outro em toda relação; até entre os pares existe a figura da precedência hierárquica. O coronel está acima do major, que, por sua vez, está acima do tenente, que está acima do sargento, que está acima do soldado (posto mais baixo da hierarquia). A concepção de superioridade ultrapassa as barreiras normativas e institucionais e se instala na mente dos policiais, os quais a levam materializada nas diversas

relações interpessoais, em diferentes formas. A necessidade de se sobressair é um requisito para se integrar e fazer parte do grupo. No caso, o soldado, internamente, não tem ninguém para ouvir suas ordens. Então ele está acima de quem? Do civil, comumente chamado de "o paisano".

Esse sentimento de superioridade dá notoriedade à autoestima do policial. Freud afirma que o sentimento de autoestima depende diretamente da libido narcísica. "Ser amado representa o objetivo e a satisfação segundo a escolha narcísica e, nesse caso, o investimento libidinal no objeto reduz o sentimento de autoestima" (FREITAS, 2006, p. 104). A libido narcísica é a cristalização da pulsão sexual, a qual promove as pulsões de vida. A conservação do eu é mantida pelas pulsões de vida. As pulsões de vida fortificam o homem e lhe dão razão de viver.

Freud classifica o narcisismo em dois tipos: o primário, estado precoce em que a criança investe em si toda a sua libido, pois ela não tem noção do outro, ela e o mundo são um só; e o secundário, quando os investimentos da libido, que foram destinados a outros objetos, voltam para o próprio indivíduo. A identificação faz parte do narcisismo secundário (FREITAS, 2006, p. 104), de modo que ela substitui e materializa o narcisismo. A idealização é, por sua vez, a projeção do que é melhor para si, a fim de satisfazer seu próprio narcisismo.

O narcisismo é, ao mesmo tempo, o reino da potência – ser o deus, o forte, o único, o ideal encarnado – e o reino da impotência – do abandono, da humilhação, do medo. O homem caminha em busca da perfeição, mas, como é mortal, precisa do outro para expressar-se, para amar e ser amado, para compartilhar desejos e sensações. A consciência da existência do outro permite o reconhecimento de si mesmo no mundo. Assim, ele precisa do outro para expressar-se e fazer sua autoimagem. Viver essa consciência é doloroso, visto que pressupõe a negação de si mesmo como centro dos fenômenos sociais, familiares e organizacionais.

Por existir no militarismo a exaltação dos valores coletivos em detrimento dos individuais, poder-se-ia pensar que os fatores narcísicos/individuais estariam subjugados; entretanto, é certo que tais fatores não estão, porque o trabalho em equipe requer o esforço individual para o aperfeiçoamento da operação, da formatura, do exercício ou da missão, de forma que, se o sujeito agir diferentemente dos demais, não cooperará com a missão para a qual foi treinado e, portanto, acabará sendo destacado com maus olhos. Esse sistema faz com que uma ação possa ser, conforme o contexto, elogiada ou criticada, gratificada ou sancionada. "A corrida para o mérito é individualizada, ao passo que a cooperação é necessária" (GAULEJAC, 2007).

As regras, as quais devem ser respeitadas escrupulosamente, não retiram as projeções narcísicas; pelo contrário, propõem novos desafios individuais de como se superar e se tornar "padrão" e de como se enquadrar em determinada conformação, ocupando, portanto, o espaço das reflexões e das análises da segurança pública. A imposição dos regulamentos militares se sobrepõe à análise das novas atribuições dos policiais e à busca de alternativas para a solução de conflitos. A produção do sentido na relação indivíduo-trabalho-sociedade se torna algo pessoal. Obtém-se, então, um paradoxo: a instituição policial militar exalta o individualismo ao mesmo tempo que prega o interesse coletivo e valoriza aspectos de inserção no grupo, no lugar de ações reflexivas voltadas para o conflito. "No registro social, ela exacerba o individualismo e a luta dos lugares. Sobre o plano das pessoas, ela exalta o narcisismo e a competição individual. Ela contribui para alienar o indivíduo na miragem da realização de si mesmo" (GAULEJAC, 2007, p. 158-159).

A busca do sucesso individual encontra finalidade em si mesma, com aparência de alteridade ou de bem comum. Nessa perspectiva, as metas institucionais e a forma como é tratada a segurança pública pela polícia não dão conta das necessidades sociais em face das novas demandas sociais modernas.

Portanto, há um ideal individual a ser alcançado, como também há um ideal social. Os dois estão imbricados. A motivação e a razão de viver do homem estão ligadas, portanto, à busca de seus valores narcísicos, que compreende esses dois ideais. São comuns nos treinamentos militares as expressões "busca da perfeição" e "soldado padrão". O ser militar é um ser perfeito. O militarismo, ao mesmo tempo, dá notoriedade à vaidade camuflada e, sem pudor, ao narcisismo.

3. Fragmentação militar

As instituições, como estruturas significativas da história individual do homem, incumbem-se do desafio de adequar os ideais individuais a seus objetivos, de acordo com o contexto histórico específico. O trabalho, para o homem contemporâneo, é mais do que um ganha-pão; é a narração de sua própria história. O trabalho promove a inserção social: aquilo que o homem entende por si mesmo perante os círculos sociais. Pretende-se cristalizar que: a perspectiva teleológica militar formou os objetivos institucionais da polícia urbana; esses objetivos não se adequaram às expectativas de uma sociedade moderna, complexa e plural; eles também mitigaram alguns direitos e garantias fundamentais dos policiais, não gerando, no campo da segurança pública e da cidadania, a refletividade das expectativas sociais. Dá-se, então, a notoriedade dos desapontamentos e dos paradoxos para o início das reflexões do Direito.

O ideal organizacional se forma em consonância com os objetivos dos indivíduos. Entretanto, as instituições militares não podem adequar-se às inúmeras projeções dos indivíduos da tropa – daí a necessidade de uma formação rígida e do internato. Esses mecanismos de enquadramento servem para a exaltação dos valores militares, para o aprendizado de suas regras e regulamentos, para a inserção do sujeito na linguagem corporal e simbólica, para a moldagem dos objetivos individuais aos institucionais e para a construção de um novo caminho que, atendendo a essas adaptações, ainda consiga projetar as suas necessidades narcísicas.

O militarismo é um sistema fundamental para a defesa e a segurança nacional. Os integrantes das Forças Armadas são ensinados a combater o inimigo; a lutar em nome da nação; a ter resistência física para suportar o frio, o calor, a fome e o sono; a honrar o pavilhão nacional; e a ter de sacrificar a própria vida em prol do Estado. Se for preciso morrer, a morte não pode ser obstáculo para a perseverança e a continuidade da luta, a fim de que se alcancem a vitória e o (re)estabelecimento da paz. É compreensível que a farda seja a segunda pele para eles, pois a missão institucional é a razão de viver individual e vice-versa. Se eles podem, inclusive, morrer para o cumprimento da missão nacional e para a proteção da República Federativa do Brasil, é evidente que as pulsões de vida desses militares devem estar alinhadas ao propósito maior, que é a defesa da nação. Se um militar que ocupa um cargo estratégico não está, de fato, convencido da ideologia que orienta as Forças Armadas e nela inserido, quando, por exemplo, for deflagrada uma guerra, ele poderá prejudicar toda a operação e até mesmo o futuro do país.

Observa-se que o universo militar está no campo da teleologia. Desse modo, o fim é vencer a guerra, não importando o meio, ou seja, não importando se alguns sofrerão dano, ou se alguns até morrerão, pois a vitória da tropa

é o resultado final almejado. Percebe-se, então, uma responsabilidade muito grande atribuída às Forças Armadas, uma vez que o governo de cada nação utiliza essa força como guardiã do seu povo, do seu território e dos seus bens.

Esse fim tão precioso, que é o objeto da teleologia militar, é a defesa da nação, para a qual toda a formação militar converge. Por tal perspectiva estar embutida desde a formação militar, há sempre um propósito maior em qualquer atividade que eles façam. Assim, tornam-se possíveis certas medidas que, em outro contexto, pareceriam demasiadamente severas. A prisão do sujeito por simples infração disciplinar, por exemplo, é concebida sem a possibilidade de *habeas corpus*, para que ele entenda que o peso de uma simples desobediência pode gerar um efeito borboleta se eles estiverem em uma guerra, trazendo consequências graves. Outro exemplo é a obrigatoriedade da submissão aos exercícios físicos para promover a superação física e psicológica, a fim de que a tropa adquira resiliência e seja capaz de enfrentar a guerra.

O fato é que essa perspectiva teleológica, que está fundamentada constitucionalmente na vinculação da instituição de segurança urbana à instituição de segurança nacional, instalou-se na polícia militar e trouxe com ela vários desdobramentos, perdurando até os dias atuais. O desenvolvimento das atividades policiais é, desse modo, construído em um ambiente preocupado com resultados. Dessa forma, o "culto à urgência" e a "ditadura da instantaneidade" acabaram sendo instalados. O eficientismo, em detrimento do garantismo, configura-se como consequência da administração política e institucional militar das Forças Armadas para o setor policial[1].

Contudo, a corrida por esses resultados não se mostrou eficaz na garantia da segurança da sociedade. A eficiência das atividades atuais da polícia militar não tem proporcionado a segurança urbana. Portanto, dizer que, no momento em que se alcançam os objetivos da polícia militar, se obtém a sensação de segurança não é algo verdadeiro.

A contemporaneidade trouxe aos policiais militares luz e percepção sobre a incompatibilidade entre os valores institucionais tradicionais oriundos do militarismo das Forças Armadas e os valores necessários para a construção de uma polícia cidadã no Estado Democrático de Direito.

Iniciou-se, portanto, uma crise de identidade, uma vez que os valores tradicionais e referenciais, tidos como norteadores da vida do militar, foram quebrados. Essa perturbação no processo de identificação faz com que sejam geradas grandes mudanças. Os objetivos institucionais

---

[1] A compreensão da perspectiva do garantismo e eficientismo penal pode ser encontrada no artigo científico de Zackseski e Duarte (2012).

não são mais os mesmos; muitas vezes, nem se sabe o objetivo real. "As modificações que estão ocorrendo no âmbito dessas instituições põem em dúvida a validade dos conceitos e das teorias que servem para explicar e sustentar essa realidade complexa" (FREITAS, 2006, p. 41).

Não é de hoje que as instituições de segurança pública perceberam que as metas institucionais devem ser adequadas às novas necessidades urbanísticas, sociais e políticas. A modernidade trouxe a tecnologia e a informação tanto para os civis, quanto para os policiais, de maneira que a pressão exercida pelos diversos grupos sociais possibilitou a reflexão acerca dos objetivos institucionais por parte do sistema político, permitindo que esses objetivos fossem repensados. Entretanto, isso não significou a mudança de formação e de direcionamento dos comandantes e diretores da alta cúpula dos órgãos de segurança pública, como também não garantiu a mudança cultural da tropa.

Algumas das soluções para a modulação dos objetivos foram: a lei; a adequação de alguns pontos do serviço policial militar à Carta Constitucional; a elaboração de justificativas para determinadas ações rotineiras, baseadas no discurso de proteção do bem coletivo; a legitimação de ações repressivas com o argumento da preservação da ordem pública, visto que a própria Constituição a definiu como função da polícia militar; e a implantação do modelo de gestão.

O modelo de gestão, embora soe como fator positivo e como melhoria institucional, deve ser analisado sob a ótica militar. A gestão prega a eficiência, a otimização do tempo de serviço, a busca de melhores resultados, o aumento do lucro e a diminuição dos custos. Estratégias administrativas são desenvolvidas para o alcance das metas. Observa-se a preocupação dos sujeitos com o alcance dos números que traduzem maior produção e melhores resultados. Assim, o "universo gerencialista promete um ideal sem limites: zero de atraso, zero de falha, zero de papel, qualidade total etc. Nesse contexto, não é mais normal ser limitado" (GAULEJAC, 2007, p. 121). "O ideal se torna a norma". É certo que o modelo gerencialista é um progresso em relação ao modelo hierárquico e disciplinar, pois favorece a iniciativa, a eficiência, a responsabilidade, a mobilidade, a preocupação com o alcance das metas e a comunicação (GAULEJAC, 2007, p. 191). O modelo de gestão encaixou-se perfeitamente com a ideologia da polícia militar, tendo em comum a perspectiva teleológica.

Entretanto, essa junção acaba por desenvolver uma lógica quantofrenista[2], resultado da compatibilidade do modelo de gestão com a ideologia teleológica herdada do militarismo, que usa, para legitimar o discurso de um bom policiamento, uma série de instrumentos que se dizem capazes de aferir a efetividade na segurança pública. Tem-se, portanto, a "quantofrenia" policial: a apuração de relatórios; de números; de quantas pessoas foram abordadas; de quantos veículos foram revistados; de quantas ocorrências atendidas; de quantos quilômetros a viatura rodou; e de quantas viaturas foram compradas, de modo que a segurança urbana acaba sendo medida pela aglomeração desses dados.

> "Se a burocratização supõe o desenvolvimento de procedimentos internos formais e elaborados cujo objetivo é submeter o policial de linha a um controle e a uma supervisão mais diretos, isso não é o mesmo que profissionalização. Por essa ideia se entende a capacidade de cada praticante de desenvolver um julgamento próprio sobre sua atuação no seu campo profissional" (BATITUCCI, 2011, p. 78).

[2] Vincent de Gaulejac (2007) esclarece que "a quantofrenia designa uma patologia que consiste em querer traduzir sistematicamente os fenômenos sociais e humanos em linguagem matemática".

Vê-se, desse modo, que a polícia militar tem, no ambiente organizacional, uma mistura de fatores militares, gestionários, constitucionais e políticos, que não esclarece, para aquele que está na linha de frente, em contato com a sociedade, o que ele deve fazer para colaborar com o Estado Democrático de Direito no que tange à segurança urbana e à prevenção. Daí o porquê de a polícia militar ser caracterizada por um militarismo às avessas.

Em resposta a essa mistura de fatores e diante de um mundo contemporâneo tão flexível, instável e imprevisível, o desaparecimento dos objetivos institucionais (que outrora se coadunavam com o Estado e que hoje não vão ao encontro da sociedade) é uma amputação do ego, que diminui os estímulos e apoios dos quais o indivíduo tem necessidade para desenvolver suas funções defensivas, narcísicas e elaborativas (GAULEJAC, 2007, p. 202), sendo, portanto, mais fácil para os policiais fazerem como sempre fizeram, aos moldes tradicionais.

A flexibilidade solicita novas qualidades e atribuições dos policiais, que não são qualificações militares, mas sociais. Como o trabalho da polícia militar é para o social, a imagem de distância dela para com a sociedade provoca ainda mais desmotivações. Uns acreditam que trabalham para o social, outros acreditam que trabalham para o comandante e outros acreditam que trabalham para si. A organização policial militar, incapaz de resolver a tensão entre lógicas contrárias, perturba profundamente as atividades policiais. Assim, soldados, sargentos, tenentes, coronéis se põem a serviço de um poder que eles acreditam possuir, quando, na verdade, é ele que os possui (GAULEJAC, 2007, p. 175).

Diante dessa crise, os paradoxos latejam no clima organizacional. As oscilações quanto àquilo em que acreditar ou não, quanto a quais são os objetivos e qual o papel do policial militar perante a sociedade soam como medidas muito complexas para a formação da identidade do indivíduo.

3.1. Expectativas e desapontamentos

A globalização, a diversidade de culturas e a interação social promovem a configuração de um Estado plural e complexo. A formação do Direito, segundo Luhmann, não se baseia na complexidade social, partindo-se do "fato de que a relação do homem com o mundo é constituída de forma sensitiva" (LUHMANN, 1983, p. 44). É de modo sensitivo que existem as transferências de informações (verbais e simbólicas), as quais promovem a comunicação entre os indivíduos (transferência, cotransferência).

A história de cada indivíduo pode se ramificar em outras experiências; que podem ser *complexas* e *contingentes*. *Complexas* quando há outras possibilidades de realização de novas experiências; e *contingentes* quando há experiências com possibilidades potenciais de serem diferentes das esperadas, o que pode causar desapontamento. Dessa forma, em meio aos processos de escolha, o homem passa a decidir por meio do processo de seleção, considerando suas ideias, crenças, eventos, palavras, símbolos, normas, afetividades. É justamente nessa seleção que surgem as *expectativas* em relação ao mundo complexo e contingente (GODOY, 2008, p. 79). Criam-se, então, nos sujeitos certas premissas advindas dos processos de experimentação e de comportamento, para possibilitar maior qualidade no processo seletivo (CARVALHO, [2013], p. 3).

Convém observar que o homem não vive só; o contato com outros homens (*alter ego*) promove o conhecimento de outras expectativas. Assim, o homem pode também absorvê-las e, por conseguinte, ampliar o leque de expectativas, contribuindo para um aumento

da complexidade. Esse encadeamento de interações sociais gera uma expectativa do que o outro pensa sobre a expectativa dele. E é essa reflexividade que possibilita as adequações dos comportamentos, os ajustes no convívio social, a amistosidade e a interação do homem-trabalho *versus* o homem-social.

Luhmann (1983, p. 52) afirma que o direito tem "seu centro de gravidade no plano reflexivo de expectativa sobre expectativas, criando aqui a segurança em termos de expectativas, à qual se segue, apenas secundariamente, a segurança sobre o comportamento próprio e a previsibilidade do comportamento alheio". Assim, Godoy (2008, p. 82) afirma que "as regras surgem como sínteses comportamentais de caráter anônimo, reguladoras do sentido, uma espécie de fórmula simbólica curta para a integração de expectativas concretas".

Os desapontamentos são, portanto, resultados das expectativas frustradas, quer dizer, são barreiras na estabilidade das estruturas seletivas de expectativas. Com o desapontamento, a incerteza e a notoriedade da multiplicidade voltam à tona; surge, então, a necessidade de se criarem novas expectativas. O desapontamento de expectativas normativas provoca uma reação de natureza emocional, que constantemente se transfere ao sistema orgânico, psíquico e institucional (GODOY, 2008, p. 88).

A tensão de expectativas não promove a estabilização do indivíduo, fato que desencadeia a superprodução de normas com o objetivo de estabilizá-lo das oscilações das expectativas e dos processos de seleção, ainda que momentaneamente, gerando, portanto, um número muito maior de normas do que o sistema social precisa. Exemplo disso é a grande produção de portarias nas instituições policiais militares, garantindo certos direitos da lei civil ao militar, ou regulando situações administrativas embasadas em leis, em súmulas e em doutrinas já solidificadas no ordenamento jurídico.

Diante das expectativas de estabilidade em relação ao texto constitucional brasileiro, resgatam-se três expectativas fundamentais, ou seja, três garantias fundamentais dos trabalhadores, que servem como instrumento para cristalizar os fenômenos de autorreferência, paradoxos e contradições presentes no sistema jurídico. Estes, por sua vez, interferem nos processos psíquico-sociais e não contribuem para o desenvolvimento da convergência das expectativas sociais[3].

---

[3] A noção da convergência das expectativas possibilita um entendimento próximo do conceito de consenso nas obras de Luhmann (1983, 1994). É evidente que esse consenso não é o da concepção do senso comum, mesmo porque o próprio autor enfatiza as múltiplas relações sociais e a complexidade dentro do sistema. O consenso fático é muito difícil de acontecer, pois, para que ele ocorra, necessita-se da simultaneidade de ações no mesmo tempo, no mesmo espaço e no mesmo propósito. Daí surge a noção de institucionalização das expectativas sobre expectativas, para aproveitar as experiências e expectativas das pessoas,

3.1.1. Adicional de serviço extraordinário

Esse adicional é garantido pela Carta Magna aos trabalhadores. Observa-se que ele será devido pela efetiva prestação de serviço para além da carga horária ordinária. É evidente que tal parcela só será paga a quem se enquadrar na situação fática que legitima o seu pagamento. Entretanto, há muitas instituições policiais que aplicam parcialmente os direitos e as garantias fundamentais do rol constitucional, não atendendo aos princípios da isonomia, da segurança jurídica e da legalidade. Desse modo, muitos agentes sofrem constantes violações quando trabalham além de sua carga horária, sem o adicional de serviço extraordinário.

Isso acontece por estarem subjugados a um regulamento militar, o qual não considera o esforço físico para além do horário como uma atividade complementar do policial, mas como qualidade inerente à função militar de estar sempre pronto para a guerra. Dessa forma, é cultural, no ambiente policial militar, o pensamento de que os policiais devem ser superiores à própria condição física para sustentar as prorrogações das missões operacionais.

É evidente que o policial deve ter preparo físico e resiliência, mas ter a filosofia militar como legitimador do cumprimento do serviço para além do horário sem a contraprestação da hora extrapolada trabalhada é um desapontamento das expectativas dos policiais, uma vez que eles, diante do Estado Constitucional, buscam o atendimento de seus direitos e de suas garantias fundamentais.

3.1.2. Adicional noturno

Diferentemente do que ocorre em outras áreas da atuação estatal, a atividade noturna é recorrente no serviço policial, uma vez que ele é ininterrupto. É notório que apenas alguns policiais prestam tal serviço, especificamente aqueles escalados para os plantões noturnos. No entanto, os que se submetem voluntariamente ao serviço noturno e os que obrigatoriamente prestam esse serviço não ganham parcela diferenciada pelo serviço prestado, ocorrendo, muitas vezes, indesejáveis conflitos

---

a fim de que se tornem um campo de amostra social, atribuindo-se, desse modo, a função de convergir as diversas expectativas sociais às instituições públicas. A função da instituição seria, então, *de antecipar o consenso como pressuposto para tornar desnecessária, em geral, sua expressão concreta*. A presunção de uma concordância genérica sobre um conjunto de expectativa de expectativas se torna fundamental para o convívio social. As instituições de segurança pública fazem significativas participações na configuração dessas expectativas das expectativas, na medida em que participam diariamente do cotidiano popular. Quando se fala em segurança pública, qualquer cidadão quer falar, pois o tema da segurança ultrapassa o debate político, alcançando a esfera individual e gerando, portanto, expectativa social.

administrativos, quando não se concilia a continuidade da prestação do serviço noturno com o desejo do policial em prestá-lo.

De maneira geral, a demanda dos locais e dos horários dos integrantes da unidade policial militar fica condicionada à antiguidade. Se um recém-ingresso não quiser tirar o serviço noturno por convicções filosóficas ou porque acredita que será prejudicado no futuro, sem um atestado médico, o direito dele será mitigado pelo argumento da necessidade do serviço e da continuidade dele sem recompensa alguma. Assim, a inclusão desse adicional nas instituições policiais como parcela diferenciadora pode ser configurada como um incentivo à continuidade do serviço e como medida de justiça trabalhista e, portanto, justiça constitucional.

Afirmar que esse adicional já está inserido no salário não soa correto à luz do texto constitucional, pois, se ele já está absorvido, de pronto, percebe-se a violação do princípio da isonomia pela simples constatação fática dos que não trabalham no período noturno e o recebem mesmo assim. Fato é que, de um ou de outro modo, a situação de inércia política quanto à observância dos direitos e das garantias fundamentais para esses trabalhadores no que tange ao trabalho noturno causa grande violação de direitos e fere princípios fundamentais.

3.1.3. Direito de greve e de liberdade sindical

Não cabe, neste exemplo, analisar a legitimidade ou a legalidade da prática da greve pelos policiais militares, mas observar que, embora haja uma tensão neste tema para a polícia militar, o policial não tem mecanismo para expressar e reivindicar melhores condições de trabalho[4].

Trata-se, então, de questionar a impossibilidade do policial de fazer conhecidas as suas demandas e necessidades no âmbito político e institucional, seja por meio da greve, seja por meio de qualquer outro instituto. Não existe a possibilidade de os policiais pleitearem, em plena convivência democrática com a sociedade, seus anseios e pedidos de maneira aberta, clara e direta. Os debates são geralmente tímidos e, quando exaltados, são supervisionados pelos órgãos de correição e controle dos regulamentos militares, visando à defesa da ética disciplinar e militar, de modo que o policial militar não escapa da tipificação criminal, pois qualquer manifestação ou simples reunião se enquadraria no crime de motim ou de revolta. O fato é que, de um ou de outro modo, há o Código Penal Militar regendo a polícia e se sobrepondo ao direito de expressão do policial, que é cidadão e trabalhador[5].

É preocupante o fato de legalizar a greve para um grupo de indivíduos armados, que podem provocar problemas sociais maiores, podendo, inclusive, configurar um grupo paramilitar. Contudo, cabe à lei normatizar os limites das condutas dos policiais militares, assegurando a sanção penal sem possibilidade de anistia aos que cometerem condutas exces-

[4] No ordenamento jurídico brasileiro, têm-se: a Constituição Federal, que afirma que "a lei definirá os serviços e as atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade" e que "os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei"; a Lei da Greve, que especifica as atividades essenciais; a Emenda Constitucional nº 18/98, que veda expressamente o direito de greve e de sindicalização aos policiais militares; e, por fim, o Código Penal Militar, que atinge diretamente o instituto da greve quando criminaliza a reunião ou o ajuntamento de militares para fim diverso do ensinamento militar, tipificando tais condutas como crimes militares de motim e de revolta.

[5] Já é corriqueira na história das Polícias Militares a mobilização das famílias dos policiais para se reunirem e promoverem uma grande voz legítima e legal nos movimentos que reivindiquem melhorias trabalhistas, uma vez que as reuniões dos policiais para pleitear direitos são constantemente enquadradas como condutas criminosas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

sivas durante o movimento paredista, conforme previsão constitucional.

Por derradeiro, ressalta-se que já houve significativas anistias aos policiais que participaram de greve em diversos Estados e aos punidos por participarem de movimentos reivindicatórios[6].

Como conclusão do item sobre fragmentação militar, observa-se que o *feedback* institucional, em resposta aos desapontamentos às expectativas dos policiais no âmbito do trabalho, não se configura na proteção dos seus integrantes, mas sim na transferência ao sujeito da responsabilidade de resolvê-los por meio de processos psíquicos, simbólicos, de excitação e de motivação, a fim de que ele canalize tais problemas com um propósito anterior: continuar com a prevenção de expectativas institucionais já estabilizadas em termos contrafáticos (normas).

"As explicações de desapontamentos têm a função de acomodar no mundo o desapontamento que se tornou inegável enquanto fato" (LUHMANN, 1983, p. 69). São resgatados os problemas sociais como legitimadores dos problemas institucionais para a acomodação dos desapontamentos, diminuindo-se, desse modo, a possibilidade de iniciativa de mudanças do sistema. Assim, há uma série de justificativas, entre as quais: a complexidade do sistema político; os desafios da educação brasileira; a história militar brasileira; a influência política na administração dos órgãos de segurança pública; e o quadro da saúde pública brasileira. No que tange à acomodação psíquica, emocional e social do sujeito, evidenciam-se vantagens individuais, entre elas: tempo de serviço para a aposentadoria; promessa de aumento salarial ao envelhecer e progresso na carreira com funções diferentes à medida que se segue a escala hierárquica. Enfim, são muitas justificativas, desculpas e realizações de formaturas militares para salvar a norma ameaçada e apaziguar os ânimos das tropas, quando existe, no entanto, uma nítida fragmentação interna, que causa desapontamentos e que não desenvolve, portanto, o plano reflexivo de expectativa sobre expectativa.

Dessa forma, é fundamental recorrer às expectativas complexas e contingenciais que permeiam o governo e a sociedade no que tange à segurança pública para, por meio da neutralização dos paradoxos, se alcançar a chamada "autorreferência" – característica essencial do sistema autopoiético. "Os paradoxos deixam de ser impedimentos ao processo de tomada de decisões, passando a ser um profícuo campo de análises para reflexões sobre a aplicação do Direito" (CARVALHO, [2013], p. 10).

4. A autopoiese do Direito

Não cabe, nesta parte do artigo, explicar o pensamento luhmanniano sobre o Direito e a autopoiese, mas pontuar e resgatar a complexidade social na compreensão da formação das grandes instabilidades e das diversas expectativas sociais, as quais são componentes elementares para a autoprodução, para a automanutenção e para a autodescrição do próprio sistema social que orienta a formação do Direito.

Quanto mais complexa for a sociedade, maior a necessidade de normas. Se determinada área complexa da sociedade não for orientada pela norma, maior será a pulverização das expectativas e dos desapontamentos. A segurança

[6] Foi promulgada a Lei Federal nº 12.191, de 13 de janeiro de 2010, que concedeu anistia aos policiais que participaram de greves em diversos Estados, tais como Bahia, Ceará, Mato Grosso, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Roraima, Santa Catarina, Rio de Janeiro, Rondônia e Sergipe, desde 1997. Houve também a Lei nº 12.505, de 11 de outubro de 2011, que concedeu novamente anistia aos policiais militares de outros Estados, punidos por participarem de movimentos reivindicatórios.

pública, então, entra nesse cenário, configurando-se como um desses temas complexos que compreendem diversas opiniões, muitas vezes antagônicas. Os fatores políticos, as relações sociais, o desenvolvimento tecnológico e a administração policial fazem com que a questão normativa do Estado seja questionada exatamente no ponto em que não prevê os reais acontecimentos vividos pela relação cidadão-polícia.

Diante de todo o exposto, observa-se um dos motivos pelos quais o tema da segurança urbana é uma grande tensão nas Casas Legislativas: existem várias *opiniões* em determinadas regiões do país e em diferentes classes sociais para lidar com determinadas condutas. Mesmo que determinada visão objetive a garantia e a proteção do cidadão, ela não se torna majoritária no Brasil se não resolver eficientemente os problemas advindos da criminalidade. O policiamento comunitário, por exemplo, é uma das visões que preveem o público como coprodutor da segurança e da ordem, e que têm aplicabilidade nos bairros socialmente estáveis (SKOLNICK; BAYLEY, 2002, p. 81), ou seja, em bairros de classe média alta e alta. Ele não seria instalado, pelo menos *a priori*, em regiões suburbanas que não possibilitassem as rondas a pé dos policiais. Certo é que a filosofia do policiamento comunitário, de cunho garantista, de maneira geral não agrada aos que confiam no modelo repressivo ou eficientista. Isso demonstra a dificuldade de implantação e de manutenção de qualquer política pública de segurança, mesmo que ela seja garantidora e protetora dos próprios cidadãos.

Daí advém o desafio constitucional, ou seja, o desafio da generalização das expectativas comportamentais no texto constitucional para a segurança urbana, atentando-se para a refletividade dos aspectos sociais internos e externos em face da pluralidade social.

Quando se encara a situação da segurança pública com um raciocínio tautológico, surgem conflitos e críticas, pois ele freia a operacionalidade do Direito. Em relação à segurança urbana, o bloqueio dessa operacionalidade já foi amalgamado à norma jurídica, de modo que não se consegue ter um discurso de alto nível para as possíveis soluções das tensões do tema. São muitas opiniões e expectativas oriundas de apenas um determinado campo social. Como há vários campos sociais e, em cada campo social, há uma grave tensão de opiniões, o resultado desse quadro é um extrato pulverizado das expectativas sociais:

- de um ângulo, os defensores dos direitos humanos, deontológicos, baseados nos direitos e garantias fundamentais; de outro ângulo, os defensores do sistema repressivo, visando à eficiência e aos resultados em curto prazo; de outro, os defensores do sistema preventivo, mas permeado com instrumentos repressivos; de outro, os teleológicos, visando ao interesse coletivo em detrimento do

interesse individual, como preceito magno no desenvolvimento da segurança urbana; entre outras visões;

- no que tange à polícia militar, tem-se o desapontamento dos policiais; estes se mostram insatisfeitos com o texto constitucional no que diz respeito aos seus direitos e garantias fundamentais, não conferindo, portanto, legitimidade a esses dispositivos;
- no que tange à sociedade, tem-se uma comunidade que em si mesma já não encontra consenso, estando dividida em suas opiniões quanto à postura dos policiais. Uma parte dela se mostra insatisfeita por demandar uma polícia próxima, que resolva eficientemente tensões específicas e que garanta administrativamente os direitos dos cidadãos, fazendo com que os problemas que ameaçam sua segurança sejam dirimidos rapidamente, sem que seja necessário recorrer o tempo todo ao Judiciário. Outra parte revela sua insatisfação no sentido de não querer uma força militar e armada de vigilância social nas ruas da cidade, controlando e afirmando o que cada um deve fazer ou deixar de fazer e atuando de forma invasiva na esfera privada das pessoas.

A teoria autopoiética não consegue resolver todos os problemas, mas possibilita, por meio de uma visão complexa da sociedade e do Direito, a construção de respostas a perguntas cujo conteúdo não se sabe (CARVALHO, [2013], p. 14). Devem-se encarar a globalização, a tecnologia e a pluralidade de informações nas relações sociais, tendo-se o Direito Constitucional como instrumento para o desenvolvimento do *consenso*[7].

5. Conclusão

O pensamento do controle das forças policiais permeia até hoje o imaginário político central. O medo e o receio de desvincularem essa força policial militar das rédeas centrais das Forças Armadas tomam conta da arena política. Os argumentos para sua vinculação ao Exército encontram sustento na filosofia da defesa nacional e da proteção do estado, que não condiz com a filosofia da segurança urbana. Uma vez que os policiais são forças auxiliares, os regulamentos militares são aplicados e, portanto, o controle do governo sobre essa instituição e sobre seus integrantes é mais real, concreto e tangível. Desse modo, politicamente falando, é mais estratégico e mais fácil vinculá-los como ramificação do Exército. A expectativa de dirigir, comandar e administrar a polícia por parte do governo já se tornou uma certeza entre os que ocupam cargos de governador e presidente.

---

[7] Ver nota de rodapé 4.

Daí o desafio do Estado Constitucional em tratar o tema como medida de segurança jurídica e política. Não se trata apenas de desmilitarização, mas também de viabilizar uma previsão normativa constitucional que disponha sobre a estruturação do sistema de segurança pública, tomando-se o cuidado de estabelecer as diretrizes gerais de seu funcionamento e de distribuir aos estados federativos competência supletiva de regulamentação, por meio de ideias e expectativas contemporâneas que traduzam as reais necessidades da sociedade.

Como a segurança urbana não encontra consenso, a Constituição deve, portanto, convergir em si as *expectativas* para a obtenção de resultados garantidores e satisfatórios.

Por fim, a título de reflexão, resgata-se a imagem de Banksy, para cristalizar o fato de que, se não houver mudanças reais na cultura organizacional dessas instituições, não se conseguirá o desenvolvimento de uma polícia cidadã. A polícia poderá até se especializar em diversas diretrizes para atender várias demandas sociais; isso resultará em policiais interiormente acessíveis, mas impotentes pela barreira simbólica militar dentro da sociedade e dentro da história do Brasil. Não se busca tão somente "a forma dos policiais se relacionarem com a sociedade, é necessário também que a sociedade saiba se relacionar com os policiais"[8] (ZACKSESKI; DUARTE, 2012), ou seja, é fundamental o desenvolvimento das expectativas sobre as expectativas, alcançando-se, portanto, a refletividade.

[8] Anotações de sala de aula do curso de Direito na Universidade de Brasília (UnB), na disciplina Violência Urbana e Cidadania, do 2º semestre de 2012.

Referências

BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. A polícia em transição: o modelo profissional-burocrático de policiamento e hipóteses sobre os limites da profissionalização das polícias brasileiras. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 65-96, jan./fev./mar. 2011.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil. *Secretaria de Estado dos Negócios do Imperio do Brazil*, Rio de Janeiro, 22 abr. 1824.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 fev. 1891.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jul. 1934.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 nov. 1937.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 set. 1946.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889. Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 nov. 1889.

ROCHA, Claudionor. Remuneração, por subsídio, dos servidores da polícia civil do Distrito Federal (MP/308/2006). *Nota Técnica – Consultoria Legislativa*, Brasília, jul. 2006.

CARVALHO, Délton Winter de. *O Direito como um sistema social autopoiético*: auto-referência, circularidade e paradoxos da teoria prática do Direito. [S.l.]: [s.n.], [2013].

DAMMERT, Lucía; BAILEY, John. Reforma policial y participación militar en el combate a la delincuencia: analysis y desafios para América Latina. *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*, Santiago, ano 19, n. 1, p. 133-152, 2005.

DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança urbana*: o modelo da nova prevenção. São Paulo: RT, 2005.

EGE, Flávio Tadeu. *Uma breve história da polícia no Brasil*: críticas a militarização e seu caráter oligárquico. São Paulo: Clube de Autores, 2012.

ENRIQUEZ, Eugène. *L'organisation en analyse*. Paris: PUF, 1992.

FREITAS, Maria Ester de. *Cultura organizacional*: identidade, sedução e carisma? 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GAULEJAC, Vicente de. *Gestão como doença social*: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. São Paulo: Ideias & Letras, 2007.

GODOY, Dagoberto Lima. Luhmann e o direito como sistema de generalização congruente das expectativas comportamentais. *Revista Discurso Jurídico*, Campo Mourão, v. 4, n. 1, p. 74-107, jan./jul. 2008.

LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, J. *Vocabulário da psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. *Seqüência*, Florianópolis, n. 28, p. 15-29, jun. 1994.

_____. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MENDES, Marcos Baptista. *Militarização da segurança pública no Brasil*: a polícia militar e os cenários de sua construção histórico-cultural. [S.l.]: [s.n.], [2012].

MONET, Jean-Claude. *Polícias e sociedades na Europa*. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.

PRATA, Marcelo Rodrigues. Greve na polícia militar: legalidade versus legitimidade. *Jus Navigandi*, São Paulo, fev. 2012.

RIBEIRO, Iselda Corrêa. Polícia: tem futuro? Polícia e sociedade em David Bayley. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 8, p. 444-453, jul./dez. 2002.

SKOLNICK, Jerome H.; BAYLEY, David H. *Policiamento comunitário*: questões e práticas através do mundo. Tradução de Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002.

ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza. Garantismo e eficientismo penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana. In: XXI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI UFU, 2012, Florianópolis. *Anais*... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

Jurisdição constitucional e vedação ao nepotismo no âmbito da Constituição Federal de 1988

JOSÉ CARLOS EVANGELISTA DE ARAÚJO

Sumário

1. Introdução. 2. Jurisdição constitucional e repressão ao nepotismo na Administração Pública brasileira. 3. O nepotismo como fenômeno jurídico no âmbito da Constituição Federal de 1988 – a vedação ao nepotismo como mandamento constitucional. 4. A vedação ao nepotismo em face do princípio federativo e o da separação dos Poderes.

1. Introdução

No presente artigo, pretendemos analisar a vedação e o âmbito de repressão às práticas consideradas como expressão de nepotismo[1] no bojo

José Carlos Evangelista de Araújo é graduado em Direito e mestre em Educação pela Universidade Federal de Uberlândia-MG. Mestre em Direito Constitucional e doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Administrativo e Direito Internacional das Faculdades de Campinas (Facamp). Consultor jurídico efetivo da Câmara dos Vereadores de Limeira, SP.

[1] Partindo-se de um referencial etmológico, nepotismo deriva do latim *nepos*, *nepotis*, significando neto ou sobrinho. *Nepos* indicaria ainda a descendência, a posteridade, mas poderia também expressar a ideia de pródigo, dissipador, perdulário ou mesmo devasso. É consenso entre estudiosos o fato de que o termo na sua versão moderna (*nepotismo*) deriva de uma tradição cultivada por pontífices da Igreja Católica. Diz-se que alguns Papas concediam cargos, presentes, favores e privilégios a parentes próximos e leais, legitimando tal deferência ao *natural* vínculo de confiança derivado de laços de sangue e afinidade. Esse é o sentido contemporâneo do termo, que designa uma conduta de agentes públicos que, de modo abusivo, provém, ao seu universo famíliar e pessoal mais próximo, de modo especial, cargos públicos. Vê-se que os vínculos entre a instituição e o dirigente são fluídos, prevalecendo uma confusão jurídica e política entre eles. O dirigente não age por regras e pricípios jurídicos gerais e abstratos, orientado por valores republicanos de separação entre o público e o privado, mas sim sob uma cultura política personalista, fundada em favores e privilégios. Modelo que visa manter a sociedade em permente estado de fragmentação. Trata-se de uma contrariedade radical à ideia contemporânea de moralidade administrativa, além de violenta transgressão do *princípio republicano* que está na base da cultura política ocidental desde a consolidação dos fundamentos democráticos da *polis* grega. Aliás, o princípio constitui o mais importante imperativo ético, sem o qual não se teria superado o velho paradigma aristocrático, para constituir-se politicamente a ideia do *primado do bem comum*. O nepotismo institui, portanto, uma prática social na qual a liderança política organiza e preenche a Administração pública com elementos recrutados essencialmente por vínculos familiares ou de proximidade pessoal, lastreado em premissas de lealdade e confiança que culmina na institucionalização de uma *cultura do favorecimento*.

de nossa (recente) jurisdição constitucional. A reflexão, a delimitação conceitual e os parâmetros de identificação dessas práticas dar-se-ão em um campo de produção de normatividade e de intervenção jurisdicional reconhecido ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição Federal de 1988 (CF) numa dimensão até então ausente em nossa tradição jurídica.

Não obstante o controle difuso de constitucionalidade esteja estabelecido entre nós desde a primeira Constituição republicana (1891) e o mecanismo do controle concentrado tenha sido instituído por Emenda desde 1965, o fato é que – seja pelo universo de legitimados para provocá-la, seja pelo conteúdo dos atos normativos passíveis de impugnação, seja mesmo pelo alcance jurídico-normativo das medidas e instrumentos disponibilizados para o controle –, uma jurisdição constitucional dotada de ampla efetividade e significativa eficácia só se desenvolveu entre nós com a CF.

Elaborada sobre um texto analítico, de amplo espectro axiológico, a CF tem um perfil marcadamente pós-positivista. Nela se percebe claramente, por sua disposição topológica e pelo conteúdo e alcance de seus dispositivos, que buscou consagrar a fórmula tornada clássica por Canotilho, na qual a Constituição institui um *sistema normativo, aberto, de regras e princípios* (CANOTILHO, 2002, p. 1146).

E embora tenha sido elaborada com a preocupação expressa de se dar amplas garantias quanto à eficácia e aplicabilidade de suas normas, com instrumentos jurídico-processuais de largo alcance como o *mandado de injunção* e a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, o que sobressai com maior nitidez do universo jurídico por ela estabelecido é a *vinculação* estruturada por um complexo mecanismo de atribuição de competências pelo qual todos os poderes estatais (em graus variados, caracterizados por um recíproco contingenciamento) estão convocados a *desenvolver plenamente a normatividade constitucional*, sobretudo em face de suas normas de natureza principiológica.

É nesse contexto que pretendemos demonstrar o modo pelo qual a vedação ao nepotismo sobressai como verdadeiro mandamento constitucional, como expressão do princípio republicano que não tolera qualquer modalidade de apropriação patrimonial do Estado, e da moralidade administrativa. Também procuraremos apontar, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o modo pelo qual tal mandamento constitucional – vedação ao nepotismo – se compatibiliza com outros princípios estruturantes do Estado brasileiro (*Estado Democrático e Social de Direito*), como o *princípio da separação dos poderes* e o *princípio federativo* – cuja violação é comumente apontada pelos críticos diante de quaisquer iniciativas legais e jurisdicionais empreendidas com o objetivo de se remover esse quisto odioso ainda presente em nosso sistema político-social.

Ainda nessa seara, demonstraremos o modo pelo qual o STF entendeu ser desnecessária a existência de legislação específica para se estabelecer a vedação e a obrigatoriedade de repressão a práticas de nepotismo. Tal desnecessidade decorre da vinculação direta do Poder Público à normatividade constitucional. Aliás, com relação aos princípios fixados no *caput* do art. 37 da CF, no juízo de alguns Ministros do Supremo constituem-se eles como parâmetro de controle ou de determinação do *bloco de constitucionalidade*, de acordo com o conceito de *parametricidade* (CANOTILHO, 2002).

Enfim, interessa-nos nesse artigo investigar de que modo a evolução jurídico-constitucional advinda com a CF disponibiliza instrumentos (normativos) aptos para combater a secular apropriação patrimonialista do Estado no Brasil.

2. Jurisdição constitucional e repressão ao nepotismo na Administração Pública brasileira

Os conceitos de jurisdição constitucional e pós-positivismo encontram-se irremediavelmente articulados. No seu limite, são os grandes responsáveis por uma síntese progressiva das duas principais tradições jurídicas ocidentais (*civil law* e *common law*), que por sua vez remontam à velha dicotomia entre *jusnaturalismo* e *juspositivismo*.

Numa perspectiva histórica, essa síntese progressiva parece ter tido o seu início nos EUA. País originado no âmbito da tradição jurídica da *common law*, no contexto social e cultural anglo-saxônico, coube a ele dar início a uma nova dinâmica jurídico-normativa no momento em que adicionou às suas instituições legais de conteúdo consuetudinário uma Constituição principiológica, escrita e rígida, reservando a uma Corte Suprema, a competência para verificar a compatibilidade jurídica de todos os atos estatais em face das normas constitucionais – *judicial review*. Foi lá que se deu inicialmente o desenvolvimento de uma jurisdição constitucional e, mais recentemente, no seu entorno foi-se elaborando uma concepção renovada da própria juridicidade no mundo contemporâneo, especialmente por autores como John Rawls (1995, 1997, 2002, 2003) e, mais notadamente, Ronald Dworkin (1999, 2002, 2005).

Por outro lado, mas de modo paralelo, o conceito de jurisdição constitucional foi sendo elaborado no continente europeu, a partir da experiência constitucional vivida pela Áustria depois de 1920 e das formulações iniciais a esse respeito elaboradas por Hans Kelsen (2000).

A evolução dos dois modelos foi marcada pela peculiaridade que os dissociava nos termos da técnica de controle de constitucionalidade que cada um adotou: o controle *incidental* ou *difuso* no modelo de jurisdição constitucional norte-americana; e o controle *em tese* ou *concentrado* no modelo de jurisdição constitucional europeu, tendo este recebido um tratamento teórico mais acentuado no âmbito da doutrina com destaque para autores como Hesse (1991, 1998, 2009) e Alexy (1993, 2001a, 2001b, 2007) – e da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha.

No Brasil, o conceito de jurisdição constitucional[2] está a evoluir freneticamente nos últimos anos, mediante um rico debate teórico e

[2] "A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando

doutrinário, e a surpreendente evolução dessa competência em face do seu desenvolvimento legislativo e jurisdicional – este último, na medida em que o próprio Tribunal constitucional (STF) utiliza a sua competência para *esclarecer/fixar* os seus próprios limites.[3]

Focando objetivamente alguns aspectos vinculados ao conceito de jurisdição constitucional, poderíamos dizer que se trata de um tipo de regramento processual voltado para a defesa jurisdicional da normatividade contida na Constituição. Trata-se de um processo de tomada de decisão com caráter jurisdicional, predisposto de modo expresso ou implícito pelo próprio constituinte originário, visando garantir a defesa e a efetividade jurídico-normativa da Constituição.[4]

---

o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição." (BARROSO, 2012a).

[3] Aqui se faz necessária uma articulação com o conceito de sistema jurídico *autopoiético* segundo Luhmann. Especificamente sobre o local e importância do STF no processamento *autopoiético* de nosso sistema jurídico-normativo. De fato, a *autopoiésis* realiza-se no âmbito de cada operação, de cada ato de reconhecimento/declaração, de cada enunciação produzida por membro ou órgão dotada de respectiva validade. Em cada uma dessas operações, o sistema define/redefine a si mesmo em face do seu *entorno*. No entanto, o STF, diante do novo espectro adquirido pela jurisdição constitucional em nosso país por obra da CF, encorpada por instrumentos jurídico-normativos de perfil disciplinador, nos planos jurisdicional e administrativo (súmula vinculante, repercussão geral, efeito *erga omnes* e eficácia vinculante de suas decisões, Reclamação constitucional etc.), passou evidentemente a desempenhar uma posição *sui generis* no interior do sistema. Trata-se do órgão estatal que recebeu diretamente da Constituição a competência para realizar o chamado *acoplamento estrutural* entre o sistema jurídico e os demais subsistemas sociais. Desempenha, pois, um papel preponderante (mas nem de longe exclusivo ou excludente) na definição, com efeitos em âmbito sistêmico imediato, da autonomia (*fechamento operacional*) e da capacidade de *aprendizagem/adaptação* do sistema (*abertura cognitiva*) em face da *irritação* que lhe é endereçada pelos demais subsistemas sociais. Daí seu papel inconteste de *Tribunal político*. Em face da legitimidade e autonomia que lhe foram conferidas pela CF/88, o Tribunal se robusteceu no plano político-institucional, de modo a conquistar progressivamente maior relevância do que os indivíduos que eram indicados para nele figurar na condição de Ministros. Deixou de ser um simples órgão estatal, colonizado pelo sistema político-estamental, composto diretamente por quadros dele oriundos ou de sua *área de influência*, numa espécie de *federação de personalidades*, para se converter no grande fiador da integração político-social, com independência suficiente em relação ao *estamento político* (não obstante a persistência do mecanismo de recrutamento de seus quadros por indicação do Presidente da República), para enquadrá-lo em uma nova moldura jurídico-administrativa com aptidão para lhe determinar o seu desaparecimento – em face das perturbações sistêmicas que sua permanência recorrente (no quadro de uma sociedade urbana, globalizada e informacional como a presente sociedade brasileira) evidencia de modo desestabilizador nos símbolos de uma *cultura de privilégio* com a qual não se admite mais qualquer contemporização.

[4] Parece-nos que as Cortes ou Tribunais constitucionais contemporâneos, nos moldes em que se encontram instalados nas mais avançadas democracias do Ocidente, e mesmo no Brasil após a CF, constituem de fato o ambiente institucional capaz de reproduzir de modo razoavelmente aproximado aquilo que Habermas (1989, 1994, 1997) denominou *comunidade comunicacional ideal*. No seu interior, *as escolhas requeridas em face da provocação da jurisdição constitucional* deverão ser *fundamentadas racionalmente*, tendo-se como *parâmetro valores* e *princípios* vinculados ao sistema constitucional vigente, articulados discursivamente de modo *tópico* em face de cada caso objetivamente posto para a

E trata-se também da conclusão de um processo histórico que teve início no reconhecimento da natureza jurídico-normativa dos princípios, desdobrou-se na consolidação de um modelo de Constituição rígida e fechou o ciclo com a instituição de um órgão jurisdicional específico, que, para além da clássica função de verificação da congruência entre os atos estatais e as normas e vetores constitucionais, assumisse a missão de garantia e de concretização dos direitos fundamentais salvaguardados pelos valores e princípios fixados no sistema constitucional.

> "As Constituições modernas, normas prevalentemente 'de valor', são, precisamente, o primeiro momento daquela tentativa. Nas suas mesmo necessariamente vagas, ambíguas, imprecisas, e programáticas fórmulas, está a primeira poderosa tentativa de lapidar a pedra informe dos 'valores', individuais e sociais, e dar-lhes uma primeira forma: a primeira tentativa, em suma, de uma 'positivação' de algo, que está fora e acima da lei normal, e de quem a elabora. O segundo momento está no caráter 'rígido' daquelas Constituições, as quais se impõem, exatamente, com a força de 'normas prevalentes'. Mas a verdadeira, a grande novidade está no terceiro momento, ou seja, na tentativa de transformar a imprecisão e a imóvel estaticidade daquelas fórmulas e a inefetividade daquela prevalência em uma efetiva e dinâmica e permanente 'concretização', através da obra de um intérprete qualificado – o juiz, ou nos sistemas mais recentes, o especial juiz constitucional. Aqui, verdadeiramente, o gênio dos homens atingiu o seu vértice; a aspiração ao eterno, uma aspiração que renasce perenemente de suas próprias cinzas, encontra aqui a sua concreta conciliação com a realidade; a eternidade dos valores, aquela eternidade que a história mostrou ser impossível e também sempre suprema utopia da humanidade, concretizar-se através do trabalho atuante do juiz. E também a mil vezes derrotada aspiração *jusnaturalista* encontra, assim, a sua própria dimensão real, o seu rosto humano; *jusnaturalismo* e positivismo reconciliam-se, fundem-se nesta certamente imperfeita, mas genial, invenção do homem e do Direito" (CAPPELLETTI, 1994, p. 12).

---

apreciação, em uma *arena argumentativa pública* (e de *3º nível*, conforme a classificação proposta por Habermas), isenta de coerção e constrangimentos, e politicamente vinculada no âmbito de uma *moralidade pós-convencional*. Os membros dessas Cortes ou Tribunais, também poderiam ser situados no plano de uma *posição original*, na conceituação dada a essa expressão por John Rawls (1995, 1997, 2002, 2003), em que numa situação análoga ao hipotético *estado de natureza* dos contratualistas clássicos, as partes (no caso, juízes e/ou ministros), sob um *véu de ignorância*, adotam os *dois princípios de justiça* (princípio da *igualdade*/princípio da *diferença*), estabelecendo para todo o âmbito social uma situação inicial justa, equitativa e razoável, a partir da qual se buscará realizar uma *concepção ético-normativa de justiça de natureza eminentemente procedimental*. Desse modo, em sua tarefa de arbitrar conflitos de interesse em face da normatividade constitucional, as Cortes e Tribunais funcionam como espaço institucional privilegiado para a produção de *consensos* (preferíveis à regra regimental das maiorias, ainda que qualificadas), autovinculando-se a uma *ética do discurso* amparada na universalidade dos seus propósitos, alheia a toda sorte de perseguições ou favorecimentos, pautados na busca intransigente do bem comum. Nesse sentido, a jurisdição constitucional coloca-se como instrumento de aprendizado político-social, fundamentado em um *agir comunicativo* capaz de induzir uma verdadeira evolução do processo civilizatório, pelo desenvolvimento de uma *consciência moral de tipo pós-convencional*.

Sendo assim, o conceito de jurisdição constitucional inclui tanto a forma de desenvolvimento do controle *incidental* ou *concreto-difuso*, quanto o mecanismo do controle *em tese* ou *abstrato-concentrado* – como se dá de modo simultâneo no âmbito da jurisdição constitucional brasileira definida pela CF. Nesse sentido, o elemento nuclear em torno do conceito de jurisdição constitucional reside na identificação da atividade estatal por meio da qual se realiza jurisdicionalmente – e com base em uma técnica procedimental especificamente adequada à natureza jurídica e política de sua decisão (Constituição como *acoplamento estrutural* entre o subsistema político e o jurídico na perspectiva de Luhmann), a defesa do *contrato social* expresso pela CF, especialmente os chamados *direitos fundamentais* e as *garantias públicas fundamentais* (como se dá com os princípios que instituem um microssistema constitucional de direito público no *caput* do art. 37 da CF).

A doutrina costuma chamar a atenção para o fato de existir uma concepção mais restritiva do conceito de jurisdição constitucional, que o delimita exclusivamente como atividade jurisdicional atribuída a um órgão específico no interior da estrutura estatal com o intuito de verificar a compatibilidade dos atos estatais em face da Constituição que lhes confere fundamento de validade. Tal entendimento faz restrições à possibilidade de o juiz ou o Tribunal constitucional desenvolver, ele próprio, normatividade diretamente a partir do texto da Constituição.

Comum a todas as concepções em torno do conceito de jurisdição constitucional é o entendimento de que a verificação abarcaria tanto o respeito às regras procedimentais instituídas para a válida prática dos atos estatais (*constitucionalidade formal*), quanto à compatibilidade material dos atos estatais em face das regras e princípios fixados pela Constituição (*constitucionalidade material* ou *substancial*). Também é compartilhada a ideia segundo a qual a consequência mais importante dessa avaliação de congruência seria a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado em desconformidade com a Constituição, retirando-o do ordenamento jurídico ou tornando-o inaplicável. Por isso, a expressão jurisdição constitucional pressupõe, na prática, a existência de um Tribunal ou uma Corte Suprema voltada de modo prioritário para a tutela das normas constitucionais.

Porém, o ponto mais interessante do debate travado em torno do conceito de jurisdição constitucional é o que pode ser resumido no âmbito da reflexão acadêmica norte-americana (mas presente também no meio jurídico romano-germânico), no embate entre os chamados *procedimentalistas* e os seus antípodas, denominados *substancialistas*.

Os *procedimetalistas* advogam uma atuação mais contida para a jurisdição constitucional, abrindo maior espaço para as eventuais re-

configurações da ordem jurídico-constitucional (compreendida como menos rígida, mais flexível), decididas pelos órgãos políticos de representação coletiva, legitimados pelo princípio democrático. A legitimidade dos juízes, sendo derivada, indireta e impessoal, não poderia suplantar a legitimidade conferida pelo povo (titular da soberania) diretamente aos seus representantes. O seu grande temor manifesta-se no *ativismo judicial* e – dada a preponderância da jurisdição constitucional sobre a dinâmica do jogo político institucional – na ocorrência da chamada *judicialização da política*.[5]

Para os *substancialistas*, por sua vez, entre os quais se enquadra a grande maioria dos que contemporaneamente se identificam com o pós-positivismo, teria a jurisdição constitucional não apenas uma dimensão formal, plenamente procedimentalizada, de verificação de congruência dos atos estatais em face da Constituição. Mas, de fato, no pós-guerra, depois da *consciência do holocausto*, a grande virtude perseguida e reconhecida à jurisdição constitucional se deu

[5] Com relação ao conceito e toda a problemática envolvendo os temas do *ativismo judicial* e da *judicialização da política*, apresentamos a seguir uma nota-síntese, um resumo, da posição defendida por Luís Roberto Barroso (2009, p. 13-15), com a qual nos identificamos por completo: "A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas — como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental —, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular. Os riscos da politização da Justiça, sobretudo da Justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa jurídica. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico. No tocante à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, o Judiciário deverá verificar se, em relação à matéria tratada, um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir. Por exemplo: o traçado de uma estrada, a ocorrência ou não de concentração econômica ou as medidas de segurança para transporte de gás são questões que envolvem conhecimento específico e discricionariedade técnica. Em matérias como essas, em regra, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência para com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado. Naturalmente, se houver um direito fundamental sendo vulnerado ou clara afronta a alguma outra norma constitucional, o quadro se modifica. Deferência não significa abdicação de competência. Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionaliade, motivação, correção e justiça. Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes."

em face do conteúdo jurídico-normativo de suas decisões possuir uma natureza francamente *contramajoritária*. Aos substancialistas atribui-se a defesa intransigente de uma jurisdição constitucional que assuma não só a função de defesa, mas também a de *concretização* dos direitos fundamentais. Desse modo, no seu entendimento, no âmago do Estado Democrático e Social de Direito não existiriam direitos ou princípios absolutos, mas sim um catálogo de princípios fundamentais carentes de ponderação e harmonização.

Assim, caberia à jurisdição constitucional arbitrar eventuais colisões entre o princípio garantidor do jogo democrático (*princípio majoritário*) e os princípios fundamentais instituídos pelo constituinte originário para a tutela das minorias reais e circunstanciais, bem como a dos hipossuficientes em geral (*princípio do Estado de Direito*). Tal missão lhe atribuiu um perfil de induvidosa atividade.

> "Portanto, o conceito de justiça constitucional é amplo, e nele se abrigam temáticas que circundam a ideia de garantia da Constituição, incluindo o problema da legitimidade democrática, da natureza do órgão de controle, o estudo de sua origem, sua organização, funcionamento, elementos do juízo de inconstitucionalidade, tipologia de suas decisões e, por fim, suas finalidades fundamentais. Item de grande alcance dentro do estudo da 'justiça constitucional', e relacionado aos limites da jurisdição constitucional, é o referente ao âmbito de decisão admissível para o órgão de tutela da supremacia constitucional. Trava-se, atualmente, uma discussão entre dois grandes grupos. De uma parte, os chamados 'procedimentalistas', como John Hart Ely, pretendem reduzir ao mínimo a atuação dessa justiça constitucional, entendendo, com isso, resgatar e resguardar a democratização da tomada de decisões no Estado constitucional e democrático de direito. Sua teoria serve diretamente para a crítica da conhecida corrente norte-americana denominada não-interpretativista. De outra parte, os 'substancialistas' pretendem que, realizando a tutela da Constituição, possa a entidade por ela responsável avançar e aplicar os 'valores fundamentais' constitucionalmente consagrados. Aos substancialistas alinham-se os neoconstitucionalistas moralistas, como Ronald Dworkin. Como pano de fundo dessa discussão encontra-se justamente a concepção e os limites da chamada jurisdição constitucional" (TAVARES, 2007, p. 205).

Entre nós, de forma inequívoca, o STF assumiu já há alguns anos e tem mantido ao longo de suas decisões mais importantes (política e socialmente sensíveis), acerca dos limites de sua jurisdição constitucional, um entendimento claramente alinhado com as posições substancialistas. Isso fica evidenciado pelo modo como o Tribunal utilizou a expansivamente sua competência para a tutela e o desenvolvimento de normatividade apta a dar efetividade a uma série de direitos fundamentais previstos na Constituição, mas não desenvolvidos pela via legislativa; e também pelo modo como desenvolveu normatividade diretamente a partir do texto

constitucional com o intuito de se tutelarem as chamadas *garantias públicas fundamentais*.[6] Dentre essas últimas destacamos a intervenção do Tribunal para o reconhecimento e o desenvolvimento de meios normativos, com os quais ganhasse plena efetividade a vedação constitucional ao patrimonialismo em geral e ao nepotismo em particular.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema da vedação ao nepotismo em diversos aspectos juridicamente relevantes para a questão, em várias oportunidades nos últimos dez anos, chegando a um entendimento relativamente sedimentado sobre os aspectos mais gerais envolvendo o *status* constitucional da vedação e o seu âmbito especifico de proibição.

Fez isso, entre outras oportunidades, na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.521-4/RS (D. J. 17/3/2000), relatada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello; na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.661-5/MA (D. J. 23/8/2002), relatada pelo Ministro Celso de Mello; na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/DF (D. J. 17/3/2006), relatada pelo Ministro Cézar Peluso; no Mandado de Segurança nº 23.780-5/MA (D.J. 3/3/2006), relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa; na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/DF (D. J. 1/9/2006), relatada pelo Ministro Carlos Ayres Britto; na apreciação em sede de julgamento de mérito da Ação Declaratória de Constitucionali-

---

[6] Aqui se coloca uma das questões fundamentais apreciadas por esse trabalho. No fundo, se trata do reconhecimento (*procedimentalistas*), ou não (*substancialistas*) de um *déficit* de *legitimação democrática* incidente sobre a jurisdição constitucional nos moldes em que essa é hoje praticada em países como o Brasil. Nesse ponto, tendo como referência exclusivamente, a realidade brasileira, nos situamos em um campo intermediário entre as posições de Luhmann e de Habermas. Por um lado, dado o crescente aumento de complexidade verificado na esfera pública, sobretudo, em face de novos meios de comunicação e de articulação social, da imediata e retumbante repercussão das decisões tomadas pelos Tribunais constitucionais em torno de temas politicamente sensíveis, não nos parece muito convincente a tese segundo a qual o sistema jurídico se autolegitima exclusivamente em face da observância dos seus procedimentos e da positividade de suas decisões. Por outro lado, dada a colonização do sistema político pelo *estamento* (ele próprio transformado em *sistema de personalidade* e internalizado pelos indivíduos que com ele se identifiquem), e a natureza errática de manifestações legislativas destinadas à preservação dos próprios privilégios, com viés autoritário e muitas vezes lesivo aos direitos fundamentais (pelas quais o princípio majoritário se travestiu em verdadeira *perversão institucional*), não nos parece razoável a reivindicação de Habermas (1989, 1994, 1997), para quem, o Judiciário deveria se ater aos chamados *discursos de aplicação*, remanescendo para o Poder Legislativo, os chamados *discursos de justificação* – por meio do qual se conferiria ao sistema do direito a legitimidade democrática até então ausente ou deficiente nas manifestações de um Poder destituído do *batismo do voto*, do assentimento popular. Em nossa opinião, a legitimidade conferida aos sistemas jurídicos contemporâneos decorre exatamente da efetividade e da eficiência por meio da qual exercem sua competência contra-majoritária, refreando os excessos das maiorias circunstanciais e tutelando os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição às minorias. Mas sua legitimidade parece decorrer, sobretudo, do *conteúdo persuasivo da argumentação* (de conteúdo necessariamente ético-normativo, devido à sua natureza de jurisdição política) utilizada para se fundamentar as suas decisões, especialmente em torno de julgamento de *casos politicamente sensíveis*, com potencial para abalar os pressupostos da integração social. Mais uma vez, os Tribunais constitucionais vão-se caracterizando como uma *comunidade comunicacional ideal*, no âmbito de uma *arena argumentativa* vinculada a uma *moralidade de tipo pós-convencional*, e amparados por uma *concepção de justiça de natureza político-procedimental*. Ou seja, a legitimidade dos Tribunais constitucionais deriva diretamente de sua capacidade para produzir *consensos institucionalizados*.

dade nº 12-6/DF (D. J. 20/8/2008), relatada pelo Ministro Carlos Ayres Britto; no Recurso Extraordinário nº 579.951-4/RN (D. J. 24/10/2008), relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski; na Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 29.993/DF (D. J. 22/11/2010), relatada pela Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha.

A análise e a interpretação das manifestações dos diversos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando da apreciação desses procedimentos serão de suma importância para a caracterização dos contornos normativos do nosso objeto de estudo: vedação ao nepotismo e o seu âmbito sancionatório. Com base neles e na contribuição da doutrina buscaremos enfrentar os temas e oposições mais frequentemente apresentadas por aqueles que resistem ao combate a todas as manifestações de ação patrimonial e de nepotismo que nos últimos anos afloraram em algumas de nossas mais importantes instituições públicas.

3. O nepotismo como fenômeno jurídico no âmbito da Constituição Federal de 1988 – a vedação ao nepotismo como mandamento constitucional

No atual *estado da arte*, é amplamente reconhecida a aptidão dos princípios constitucionais para produzirem eficácia jurídico-normativa de amplo espectro. Tanto na tradição representada pelo direito romano-germânico (*civil law*), quanto na tradição anglo-saxônica (*common law*), princípios jurídicos – especialmente os de estatura constitucional – são admitidos como parâmetros de *reconhecimento*, de *argumentação* e de *decisão*.

No *caput* do art. 37 da CF, existem vários princípios que no plano jurídico normativo incidem sobre a temática do nepotismo, e sobre ele atuam, de forma mais intensa, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Da análise e interpretação do *núcleo essencial* desses dois princípios deriva a regra constitucional de vedação ao nepotismo.

Como já tivemos a oportunidade de expor, uma das grandes inovações sedimentadas pelos chamados pós-positivistas no plano da teoria da norma jurídica foi à distinção de *espécies* normativas (*regras* e *princípios*) no interior de um *gênero – norma jurídica*. Demonstrou-se que de modo geral, as *regras* estão predispostas para fixar condutas e competências, ao passo que os *princípios* definem *fins*, *objetivos*, *metas*, que deverão ser atingidos da melhor forma possível pelo conjunto dos Poderes estatais e, alguns deles, também pela *sociedade em geral* e/ou algumas de suas *instituições* – a *família*, por exemplo.

A Constituição Federal de 1988 foi estruturada de modo a compor um sistema normativo, aberto, de regras e princípios, exatamente na mesma dicção estabelecida por Canotilho (2002) para a Constituição portuguesa de 1976 – na qual o *constituinte originário* tanto se inspirou. É ele quem esquematiza e ajuda-nos a entender melhor o conceito de sistema jurídico-normativo constitucional que aqui adotamos.

> "Convém, por isso, adiantar o ponto de partida fundamental para a compreensão dos desenvolvimentos seguintes: o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Este ponto de partida carece de 'descodificação': (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é

> feita através de normas; (4) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regra" (CANOTILHO, 2002, p. 1143).

No que diz respeito especificamente à estrutura dos princípios, de modo geral admite-se na doutrina que estes se comporiam de duas partes, reconhecidas pelo seu *núcleo* e por sua *área não nuclear*. Ao núcleo corresponderia o conjunto de efeitos determinados que decorra de um modo lógico do referido princípio. Por tratar de condutas determinadas, tal núcleo principiológico teria a mesma estrutura das regras equiparando-se em seu funcionamento e na produção dos seus efeitos jurídico-normativos. Todavia, para além desse núcleo, os efeitos jurídico-normativos dos princípios poderiam indeterminar-se. É o que para alguns ocorreria com princípios como o da *dignidade da pessoa humana*. Princípios como esse, para além de um núcleo essencial, podem ser definidos e redefinidos, e variar em razão de concepções políticas, ideológicas, filosóficas, religiosas – enfim, de tudo aquilo que eventualmente venha a compor a chamada pré-compreensão do intérprete/aplicador.

No *âmbito não nuclear*, os princípios apontariam um *sentido geral*, delimitando um perímetro dentro do qual as maiorias políticas (*princípio majoritário*) podem legitimamente fazer as suas escolhas – tendo como limite exatamente a tutela dos direitos fundamentais (*princípio do Estado de Direito* – de viés *contramajoritário*) fixados no texto constitucional pelo *constituinte originário*. Tal compreensão deve ser aplicada na exegese dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa positivados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, deduzindo-se deles a *regra* (localizada no *núcleo essencial*, *fixo*, desses princípios, em sua *zona de certeza*) que determina a vedação à prática do nepotismo.

> "A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não pode ser um obstáculo à determinação de regra da proibição do nepotismo. Como bem anota GARCÍA DE ENTERRÍA, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um 'núcleo fixo' (*Begriffkern*) ou 'zona de certeza', que é configurada, por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso. A vedação do nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade." (BRASIL, 2006).

Nesse sentido, o princípio da moralidade requer em seu núcleo essencial, a regra de imposição aos agentes públicos daquilo que os italianos já chamavam de *dever de boa administração*, dele derivando, outros imperativos estabelecidos pela ordem jurídica, tais como o *dever de honestidade*, a *vinculação ao interesse público* e a *proteção á confiança legitima dos administrados* (*boa-fé*). Tal compreensão decorre do fato de que os agentes públicos administram bens e interesses que não lhes pertencem, devendo na condição de mero mandatário, pautar sua conduta em face do que se espera para o exercício da *função administrativa*.

> "Valores como *lealdade* e *boa-fé*, *veracidade* e *honestidade*. O que refletem é a busca de um fundamento jurídico para melhor conformar a atuação dos agentes públicos ao dever de bem administrar, para interditar-lhes comportamentos ou invalidar atos eivados de *má-fé*, *deslealdade*, *dolo*, *fraude*, *favoritismo*, *perseguição*, comportamentos e atos enfim incompatíveis com o escorreito exercício da *função administrativa*, conceito esse admiravelmente lapidado por Celso Antônio Bandeira de Mello" (CAMMAROSANO, 2006, p. 72).

De outro modo, a impessoalidade, que se ancora no princípio-irmão da isonomia, requer que a Administração dê tratamento equitativo

a todos os administrados, de modo uniforme, como na citação acima transcrita, isenta de favoritismos ou perseguições – de modo que um tratamento desigual só se legitimaria em face de uma distinção de fato entre pessoas ou situações[7] –, distinção que requeira, em face dos postulados normativos de aplicação da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, um tratamento desigual. Sendo assim, do núcleo dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extraem-se determinadas *regras* de modo imediato, sendo intuitivo supor, a par de toda evidência, aquelas que vedam o favorecimento pessoal no acesso a cargos públicos e no estabelecimento de relações contratuais que comumente atribuem conteúdo material às condutas caracterizadas pelo nepotismo.

De modo geral, a ordem jurídica vigente tenta instrumentalizar tais regras por meio de mecanismos procedimentais, e os mais importantes são os estabelecidos pelo *concurso público* e pela *licitação*. Nesse contexto, Luís Roberto Barroso (2012b) adverte que

> "o fato de a Constituição haver considerado a técnica do concurso público inconveniente na hipótese dos cargos em comissão não afasta a incidência da regra que veda o favorecimento pessoal ou familiar nesse contexto. Desse modo, a Resolução nº 7/2005 do CNJ limitou-se a declarar uma obrigação que decorre diretamente do texto constitucional. Averbe-se, a propósito, de que o argumento de que haveria uma quebra da isonomia em desfavor do parente, não resiste ao contraste com os antecedentes históricos e com as regras de experiência."

Ademais, vale ressaltar que a vedação ao nepotismo não está lastreada apenas no núcleo essencial dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, em face do sentido lógico-formal desses princípios e de uma interpretação teleológica requerida pelo sistema constitucional vigente. Encontra-se acolhida também em diversos dispositivos jurídicos de índole legal e infralegal, todos eles predispostos para a finalidade explícita de se vedar e reprimir condutas baseadas em nepotismo. Para não entrar ainda no mérito da Resolução nº 7/2005 do CNJ e da Súmula Vinculante nº 13 do STF, de extração mais recente, poderíamos citar: a Resolução nº 246/2002, do STF, em seu art. 7º[8], o art. 357, *parágrafo único*

---

[7] "É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas." (MELLO, 2003, p. 29-30).

[8] Resolução nº 246 do Supremo Tribunal Federal, art. 7º: É vedado ao servidor do Supremo Tribunal Federal: I – usar cargo ou função, facilidades, amizades, tempo, posição e influência para obter favorecimento para si ou para outrem; (...) XVIII – manter sob sua subordinação hierárquica cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o 3º grau.

do Regimento Interno do STF;[9] o art. 177, VIII, da Lei nº 8.112/1990;[10] o art. 10 da Lei nº 9.421/1996;[11] a Portaria nº 428 do MPU[12] e, ainda no âmbito desse órgão, o art. 22 da Lei nº 9.953/2000.[13]

Assim, percebemos claramente como, a partir do sistema constitucional, se vão construindo subsistemas específicos, ainda nesse plano normativo – como o instituído no *caput* do art. 37 da CF – que, por sua vez, se irradiam no âmbito legal e infralegal, estruturando-se uma verdadeira *teia de normatividade*, de modo que, a partir de um núcleo principiológico, se constroem e se deduzem regras destinadas a garantir a operação do sistema no sentido predisposto por seus vetores fundamentais – no caso em questão, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Por meio desses parâmetros de normatividade, de tessitura aberta e renovável, o sistema torna-se mais sensível às demandas da sociedade, identificando, com maior clareza e rapidez, os instrumentos jurídico-normativos disponíveis, no catálogo constitucional, para responder a tais demandas. Ou, como nos diz Canotilho (2002), mediante os princípios *o sistema respira, se legitima, enraíza* na sociedade *e caminha* por meio de procedimentos.

> "Esta perspectiva teorético-jurídica do sistema constitucional *tendencialmente principalista* é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (cfr. infra, colisão de direitos fundamentais), mas também porque permite *respirar*, *legitimar*, *enraizar* e *caminhar* o próprio sistema. A *respiração* obtém-se através textura aberta dos princípios; a *legitimidade* entrevê-se na ideia

---

[9] Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 357, parágrafo único: Não pode ser designado Assessor, Assistente Judiciário ou Auxiliar, na forma deste artigo, cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade.

[10] Lei nº 8.112/1990, art. 177, VIII: Ao servidor é proibido: VIII – manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil.

[11] Lei nº 9.421/1996: art. 10 – No âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo é vedada a nomeação ou designação, para os Cargos em Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 9º, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive dos respectivos membros ou juízes vinculados, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras Judiciárias, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao Magistrado determinante da incompatibilidade.

[12] Portaria nº 428 do MPU: É vedada a nomeação para cargos em comissão (DAS) de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau de qualquer membro ou servidor em atividade, salvo se já em exercício no Ministério Público Federal.

[13] Lei nº 9.953/2000, art. 22 – No âmbito do Ministério Público da União é vedada a nomeação ou designação, para os Cargos em Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 13, de cônjuge, companheiro, ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo da Carreira de Apoio Técnico-Administrativo, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao membro determinante da incompatibilidade.

> de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o *enraizamento* prescruta-se na *referência sociológica* dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a *capacidade de caminhar* obtém-se através de instrumentos *processuais* e *procedimentais adequados*, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição. Por último, pode dizer-se que a individualização de princípios-norma permite que a constituição possa ser realizada de forma gradativa, segundo circunstâncias factuais e legais. A compreensão principal da Constituição serve de arrimo à concretização metódica quer se trate de um texto constitucional garantístico (ex: a leitura principal de R. Dworkin em face da constituição americana) quer se trate de um texto constitucional programático (ex: Constituição portuguesa de 1976, Constituição brasileira de 1988)" (CANOTILHO, 2002, p. 1147-1148).

De modo geral, a recente jurisdição constitucional brasileira, abarcou os quatro objetivos acima mencionados quando previu em diversos instrumentos normativos – especialmente nas leis nos 9.868/1999 e 9.882/1999, que instituíram o procedimento para as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) –, instrumentos destinados a garantir a *respiração*, a *legitimidade*, o *enraizamento* e a *evolução* do sistema jurídico-normativo por meio de expedientes procedimentais, tais como audiências públicas, admissão de *amicus curiae* e uma ampla liberdade concedida ao relator na instrução dos processos, que poderá requisitar outras formas de participação da sociedade civil, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, também em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Tudo isso demonstra uma tendência rumo àquilo que Peter Häberle (2002, 2007) denominou *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Na apresentação brasileira dessa obra, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, refere-se a esse novo entendimento aludindo que

> "Häberle propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta. Tendo em vista o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, assenta Häberle que todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo interprete. Essa concepção exige uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional, que, como assinala Häberle, esteve muito vinculada ao modelo de sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpreten*) do complexo normativo constitucional" (HÄRBELE, 2002, p. 9).

Ora, para além do plexo normativo revelador da vedação ao nepotismo no âmago da Constituição e de todo o sistema jurídico vigente, ecoa tal exigência também no conjunto de nossa opinião pública, tendo esta se expressado por meio de inúmeros representantes de nossa sociedade civil.

Em período mais recente, tiveram atuação destacada na reprovação pública ao nepotismo a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). E elas, apesar de representantes de um verdadeiro clamor popular por moralização na Administração Pública, formularam suas pretensões a partir de fundamentos eminentemente jurídico-constitucionais (ADC nº 12/2006). E, ao final, o STF acabou por reconhecer que, de fato, a vedação ao nepotismo se constitui em verdadeiro *mandamento constitucional*.

> "A Resolução n. 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de outubro, após a Emenda 45/04."[14]

Todavia, mais interessante até do que a constatação do entendimento majoritário do STF acerca da natureza de mandamento constitucional da regra que veda o nepotismo na Administração Pública foi o debate que se travou em torno dessa questão quando da discussão da ADC nº 12/2005. Ainda quando da apreciação do pedido de concessão de medida cautelar formulada na inicial (16/2/2006), posicionaram-se os Ministros de modo amplo e aprofundado sobre a questão, e o conteúdo essencial do entendimento de cada um deles sobre os diversos pontos controvertidos foram adiantados quando da decisão que julgou procedente o pedido de concessão da referida medida cautelar – a grande maioria desses entendimentos e pontos de vista foi simplesmente repetida quando do julgamento final da ação principal (mesmo por Ministros[15] que não haviam participado dos debates quando da apreciação da cautelar) em 20/8/2008.

---

[14] EMENTA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR.

[15] "Mas eu tenho entendido, e creio que essa é a convergência do Supremo Tribunal Federal, que esses princípios que estão insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição

Nessa linha de entendimento, o Ministro Relator da ADC nº 12/2005, Carlos Ayres Britto, tratou de demonstrar de modo específico a forma pela qual o tema da vedação ao nepotismo se articula com o núcleo essencial de pelo menos quatro dos princípios positivados no *caput* do art. 37 da CF – além do princípio da igualdade, que, não obstante previsto em outro trecho da Carta, na opinião do Ministro, é de aplicação indiscutível no âmbito da Administração em geral e na vedação ao nepotismo em particular. Em sua opinião, a Resolução nº 7 tratou apenas de explicitar e densificar comandos constitucionais que já existiam, tornando-os agora devidamente expressos e atribuindo-lhes maior imperatividade. Vejamos como se posicionou o Ministro na matéria:

> "Em palavras diferentes, é possível concluir que o *spiritus rectus* da Resolução do CNJ é debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado. Princípios como: I – o da impessoalidade: consistente no descarte do personalismo. Na proibição do marketing pessoal ou da autopromoção com os cargos, as funções, os empregos, os feitos, as obras, os serviços e campanhas de natureza pública. Na absoluta separação entre o público e o privado, ou entre a Administração e o administrador, segundo a republicana metáfora de que 'não se pode fazer cortesia com o chapéu alheio'. Conceitos que se contrapõe à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há como negar, com a prática do chamado 'nepotismo'. Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não-concursados para trabalhar, comissionadamente ou em função de confiança, debaixo da aba familiar dos seus próprios nomeantes. Seja

---

Federal têm uma eficácia própria, eles são dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados. E eu diria até mais: sem um retorno às origens técnicas da diferenciação entre o princípio e a norma, que hoje, na perspectiva da Suprema Corte, esses princípios revestem-se da mesma força, tanto isso que, em precedente recentíssimo que julgamos aqui nesse plenário, nós aplicamos um desses princípios com força efetiva de uma norma constitucional, e, portanto, esse princípio pode, sim, ser aplicado diretamente, independentemente da existência de uma lei formal." DIREITO, Menezes. Voto. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12/06. RESOLUÇÃO Nº 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. JULGAMENTO. Seção realizada em 20/8/2008. D.J. 165, de 11/9/2008. STF 102.002., p. 604-605. "Como posto pela inicial da presente ação, dou como constitucionalmente correto que: a) o CNJ detém competência constitucional para zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar a validade dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 103-B, § 4º, II), pelo que se há de concluir ter ele atuado em sede que lhe é própria; b) o nepotismo é próprio no espaço público no sistema constitucional brasileiro. Tal proibição advém do princípio constitucional da impessoalidade, sendo de se lhe acoplar a moralidade administrativa (art. 37 da Constituição brasileira); c) a juridicidade que obriga o Poder Público, em qualquer de suas manifestações pelos órgãos próprios, emana dos comandos constitucionais, não assim de norma infraconstitucional. Os princípios constitucionais aplicam-se a todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federa e dos Municípios. O traçado histórico brasileiro expõe a utilização dos espaços públicos pelos interesses privados, do que decorre, em grande parte – e que já haveria de ter sido extirpada há muito – a manutenção de atuações nepotistas no país." ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. Voto. Op. Cit. p. 609. "Os princípios que estão inseridos no caput do artigo 37, sobretudo o princípio da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, são auto-aplicáveis no que diz respeito à vedação ao nepotismo." LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto. Op. Cit. p. 614.

ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do 'cruzamento' (situação em que uma autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor); II – o princípio da eficiência: a postular o recrutamento de mão-de-obra qualificada para as atividades públicas, sobretudo, em termos de capacitação técnica, vocação para as atividades estatais, disposição para fazer do trabalho um fiel compromisso com a assiduidade e uma constante oportunidade de manifestação de espírito gregário, real compreensão de que servidor público é, em verdade, servidor do público. Também estes conceitos passam a experimentar bem mais difícil possibilidade de transporte para ao mundo das realidades empíricas, se praticadas num ambiente de projeção do doméstico na intimidade das repartições estatais, a começar pela óbvia razão de que já não se tem a necessária isenção, em regra, quando se vai avaliar a capacidade profissional de um parente ou familiar. Quando se vai cobrar assiduidade e pontualidade no comparecimento ao trabalho. Mais ainda, quando se é preciso punir exemplarmente o servidor faltoso (como castigar na devida medida um pai, a própria mãe, um filho, um (a) esposo (a) ou companheiro (a), um (a) sobrinho (a), enfim, com que eventualmente se trabalhe em posição hierárquica superior?). E como impedir que os colegas não-parentes ou não familiares se sintam em posição de menos obsequioso tratamento funcional? Em suma, como desconhecer que a sobrevinda de uma enfermidade mais séria, um trauma psico-físico ou um transe existencial de membros de uma mesma família tenda a repercutir negativamente na rotina de um trabalho que é comum a todos? O que já significa a paroquial fusão do ambiente caseiro com o espaço público. Para não dizer que a confusão mesma entre tomar posse nos cargos e tomar posse dos cargos, na contra-mão do insuperável conceito de que 'administrar não é atividade de quem é senhor de coisa própria, mas gestor de coisa alheia' (Ruy Cirne Lima); III – o princípio da igualdade: por último, pois o mais facilitado acesso de parentes e familiares aos cargos em comissão e funções de confiança traz consigo os exteriores sinais de uma prevalência do critério doméstico sobre os parâmetros da capacitação profissional (mesmo que não seja sempre assim). Isto sem mencionar o fato de que essa cultura da prevalente arregimentação de mão-de-obra familiar ou parental costuma carrear para os núcleos domésticos assim favorecidos uma super-afetação de renda, poder político e prestígio social. É certo que todas essas práticas também podem resvalar, com maior facilidade, para a zona proibida da imoralidade administrativa (a moralidade administrativa, como se sabe, é outro dos explícitos princípios do art. 37 da CF). Mas entendo que esse descambar para o ilícito moral já é quase sempre uma consequência da deliberada inobservância dos três outros princípios citados. Por isso que deixo de atribuir a ele, em tema de nepotismo, a mesma importância que enxergo nos encarecidos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade." [16]

Percebe-se que em seu voto, logo no início ao fundamentar a aplicação do princípio da impessoalidade na vedação a práticas de nepotismo,

[16] BRITTO, Carlos Ayres. Relator. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/2/2006. D. J. 1/9/2006. EMENTÁRIO Nº 2.245-1, p. 33 à 37.

Carlos Ayres Britto faz, assim como nós o fizemos desde o início deste trabalho, referência à *multissecular cultura do patrimonialismo*. Aliás, de igual modo, o Ministro Celso Mello, quando de sua intervenção no julgamento da ADI nº 1.521/RS, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, pronunciou-se no sentido de que

> "não custa enfatizar que a concepção republicana de poder mostra-se absolutamente incompatível com qualquer prática governamental tendente a restaurar a inaceitável teoria do Estado patrimonial. (...) quem tem o poder e a força do Estado em suas mãos não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida. O nepotismo, além de refletir um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado, desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa." [17]

Em nossa opinião, esta é a questão fundamental: o patrimonialismo é o gênero no interior do qual se manifesta uma de suas espécies – o nepotismo. Desse modo, o sistema constitucional vigente, ao vedar a apropriação patrimonial de bens e interesses públicos, fá-lo por consequência em relação ao nepotismo – inclusive quando este eventualmente venha a manifestar-se em modalidades ainda não expressamente identificadas pelo CNJ (Resolução nº 7/2005) e pelo STF (Súmula Vinculante nº 13), até agora restrita ao nepotismo *em sentido próprio* ou *clássico* e o nepotismo *cruzado* – deixando à margem a exata delimitação do *nepotismo político.*

A utilização de diversos princípios, igualmente incidentes em graus variados, mas de modo complementar, visando à melhor tutela possível de bens considerados essenciais para a sociedade em geral e o sistema constitucional em particular, apresenta-se na argumentação desenvolvida por Ayres Britto exatamente no modo de aplicação por sobreposição de princípios que se inter-relacionam para constituir um microssistema (como se dá no âmbito constitucional com os cinco princípios enumerados no *caput* do art. 37 da CF).

Como *standard* de argumentação, a positivação de um conjunto de princípios que passa a constituir um microssistema (de direito público) no âmbito do sistema constitucional permite a ambos o árduo e necessário trabalho de *respiração, autolegitimação, enraizamento* e desenvolvimento procedimental a que se refere Canotilho. Tanto é verdade que, por meio do filtro representado pelo princípio da eficiência, chega-se facilmente à constatação de que relações funcionais baseadas em vínculo de parentesco tornam de difícil aplicação aquele conjunto de atributos ínsito em qualquer atividade produtiva baseada em modos de controle hierarquizado – como é da natureza da Administração Pública.

Como muito bem demonstrou a argumentação desenvolvida pelo Ministro Ayres Britto, o exercício de um conjunto de competências expressas nos poderes de direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento, dificilmente poderiam ser alcançados, a contento, debaixo da aba familiar dos seus próprios nomeantes. Seja ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do "cruzamento". Ressalta-se ainda a observação do Ministro no sentido de que a fusão paroquial do ambiente caseiro com o espaço público acaba por implicar a prevalência do primeiro sobre o segundo, vulnerando de modo significativo o princípio da igualdade num ambiente onde a única distinção aceitável deveria basear-se no mérito pessoal e na capacitação profissional.

---

[17] MELLO, Celso. Voto. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.521-4, Rio Grande do Sul. CARGOS DE CONFIANÇA. PARENTESCO. NOMEAÇÃO E EXERCÍCIO. PROIBIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL. LIMINAR. Seção realizada em 12/3/1997. D. J. 17/3/2000. EMENTÁRIO Nº 1.983-1, p. 141-142.

Registre-se também uma diferença de nuance em relação à posição adotada pelo Ministro Ayres Britto – não observada em relação ao voto de nenhum dos demais – no que diz respeito ao potencial normativo representado pelo *princípio da moralidade* relativamente à vedação ao nepotismo. Em nossa opinião, partindo de um pressuposto teórico assentado por Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994),[18] a violação da moralidade não se deduz da violação dos demais princípios do *caput* do art. 37 da CF exatamente por ser o nepotismo forma de manifestação da perversão patrimonial, que não pode ser identificada e reprimida em toda a sua extensão e conteúdo sem o auxílio jurídico-argumentativo do princípio da moralidade, inclusive em sua dimensão qualificada, de *moralidade institucional*.

E foi também nesse caminho por nós apontado, ainda que não se tenha referido de modo expresso ao conceito de *moralidade institucional*, que se posicionou ao votar na ADC nº 12/2005 o Sr. Ministro Celso Mello, nos termos que seguem:

> "Sabemos todos que a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa, que se qualifica como valor constitucional, impregnado de substrato ético e erigido à condição de vetor fundamental no processo de poder, condicionando, de modo estrito, o exercício, pelo Estado e por seus agentes, da autoridade que lhes foi outorgada pelo ordenamento normativo. Esse postulado, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos, nos quais se funda a própria ordem positiva do Estado. É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle de todos os atos do poder público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, não importando em que instância de poder eles se situem."[19]

O Ministro não apenas atribui à moralidade um conteúdo ético-jurídico abrangente, mas julga-a como parâmetro privilegiado para a sindicância

---

[18] "O princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exige, no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa." (ROCHA, 1994, p. 213-214).

[19] MELLO, Celso. Voto. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/2/2006. D. J. 1/9/2006. EMENTÁRIO Nº 2.245-1, p. 97-98.

dos atos estatais, nos quais o interesse público e o privado corram o risco de estabelecer relações promíscuas entre si, como indica claramente seu entendimento de que a normatividade necessária para se repudiarem práticas como a do nepotismo deriva diretamente da Constituição, de modo que normatizações regionalizadas, como a efetuada pelo CNJ em sua Resolução nº 7/2005, nada mais fazem do que explicitar o conteúdo jurídico-normativo que já foi dado pelo próprio texto constitucional.

> "A prática do nepotismo, tal como corretamente repelida pela Resolução nº 7/2005, traduz a própria antítese da pauta de valores cujo substrato constitucional repousa no postulado da moralidade administrativa, que não tolera – porque incompatível com o espírito republicano e com a essência da ordem democrática – o exercício do poder *pro domo sua*. (...) A teleologia da Resolução CNJ nº 7/2005 deriva da necessidade de construir-se a ordem democrática, justificando-se por isso mesmo, em função de seus altos propósitos, cuja realização impõe que se faça essencial distinção entre o espaço público, de um lado, e o espaço privado, de outro, em ordem a obstar que os indivíduos, mediante ilegítima apropriação, culminem por incorporar ao âmbito de seus interesses particulares, a esfera de domínio institucional do Estado, marginalizando, como consequência desse gesto de indevida patrimonialização, o concurso dos demais cidadãos na edificação da *res publica*. (...) A consagração do nepotismo na esfera institucional do poder político não pode ser tolerada, sob pena de o processo de governo – que há de ser impessoal, transparente e fundado em bases éticas – ser conduzido a verdadeiro retrocesso histórico, o que constituirá, na perspectiva da atualização e modernização do aparelho de Estado, situação de todo inaceitável." [20]

Em sua intervenção neste debate junto ao STF, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, focou de forma esclarecedora o modo como a Constituição Federal se constitui em fonte normativa direta a partir da qual se concedeu ao CNJ um rol de competências (materiais) exclusivas e, em face destas, uma competência normativa primária, no âmbito da qual se insere o poder-dever de exercê-lo de modo a repudiar a prática de nepotismo no Poder Judiciário. Fundamenta-se na *teoria dos poderes administrativos inerentes ou implícitos*, que de modo muito simplificado nos diz que, se a Constituição atribuiu de modo específico e exclusivo a um determinado órgão uma missão institucional, um objetivo a ser atingido em prol do interesse público, concedeu-lhe também os meios de direito necessários para o seu eficaz e efetivo atingimento – raciocínio com o qual concordamos integralmente.

> "Como se vê, a Constituição concede ao CNJ poderes discricionários delimitados pelas regras de competência do art. 103-B e pelos princípios do art. 37. Desses poderes discricionários decorrem poderes administra-

[20] Op. Cit. p. 100, 110-111.

tivos 'inerentes' ou 'implícitos' (*inherent powers, implied powers*). Com efeito, quando a Constituição confere ao CNJ a competência de fiscalizar a atuação administrativa do Poder Judiciário e fazer cumprir o art. 37, implicitamente concede os poderes necessários para o exercício eficaz dessa competência. Como ensina GARCÍA DE ENTERRÍA, 'todo poder é conferido pela lei como instrumento para a obtenção de uma finalidade específica (pública), que está normalmente implícita'. A Constituição, ao atuar por meio de princípios, determina os fins sem indicar explicitamente os meios. Se cabe ao CNJ zelar pelo cumprimento dos princípios da moralidade e da impessoalidade, é da sua competência fiscalizar os atos administrativos do Poder Judiciário que violar tais princípios. E não há dúvida de que os atos que impliquem a prática do nepotismo ofendem diretamente os princípios da moralidade e da impessoalidade." [21]

Nessa mesma linha de argumentação, manifestou-se o Ministro Joaquim Barbosa, para quem após a edição das Emendas Constitucionais de nºs 32 e 45 não há mais por que se recusar a constitucionalidade, no âmbito de nosso ordenamento jurídico, tanto do regulamento autônomo quanto a possibilidade de inovação legislativa pela via infralegal – por disposição expressa da Constituição à qual cabe ao órgão administrativo concretizar tais comandos, utilizando-se dos meios admitidos em direito.[22]

Enfim, com base na argumentação ora apresentada e, especialmente, em face do entendimento contemporâneo expedido pelo STF na ADC nº 12/2005 e em outras ações analisadas pela Corte na qual se discutiu esse tema, emerge como amplamente majoritário – exceção feita à posição

---

[21] MENDES. Gilmar Ferreira. Voto. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/2/2006. D. J. 1/9/2006. EMENTÁRIO Nº 2.245-1, p. 72.

[22] "A primeira vincula-se ao fato de o ato normativo objeto da presente ação ter sido expedido sem fundamento em lei, mas baseado diretamente na Constituição Republicana. Esse ponto tem sido repisado por aqueles que se opõem à validade da resolução, e isso em virtude de dois dogmas administrativo-constitucionais intrinsecamente ligados e de suma relevância: o da inexistência de regulamento autônomo no direito brasileiro e o de que é vedada qualquer inovação normativa pela via infralegal. Noutras palavras, somente a lei, como ato normativo primário, teria a primazia de criar direitos e obrigações. Contudo, esses dogmas já foram anteriormente excepcionados pela Emenda Constitucional nº 32/2001, que previu a possibilidade de extinção mediante decreto, de funções e cargos públicos – criados por lei – quando vagos (art. 84, VI, b, da Constituição Federal). Nova exceção foi criada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, no art. 103-B, § 4º, II, da Lei Maior, que atribui ao Conselho Nacional de Justiça competência para zelar pela observância do art. 37. Como bem destacado na inicial, ao conferir tal atribuição ao CNJ, o constituinte derivado implicitamente outorgou os meios práticos de exercê-la, por meio de atos administrativos, dos quais a resolução é exemplo. Incide, aqui, sem sombra de dúvida, a teoria dos poderes implícitos concebida por Hamilton no fim do século XVIII e magistralmente concretizada por John Marshall em 1819, no caso McCulloch *versus* Maryland. (...) No mérito, a legitimidade do ato é inquestionável. Ao zelar pela observância do art. 37 da Constituição, o CNJ proibiu a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário." BARBOSA, Joaquim. Voto. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/2/2006. D. J. 1/9/2006. EMENTÁRIO Nº 2.245-1, p. 50-51.

apresentada pelo Ministro Marco Aurélio – o entendimento segundo o qual a proibição à prática do nepotismo impõe-se como verdadeiro *mandamento constitucional*.

4. A vedação ao nepotismo em face do princípio federativo e o da separação dos Poderes

Como o fundamento para a vedação e repressão ao nepotismo se retira diretamente do texto constitucional, iniciativas moralizadoras oriundas de um dos Poderes tendem a ser repelidas pelos demais, a pretexto de preservação de suas autonomias em razão do princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CF). Por outro lado, iniciativas que se originam no âmbito da União tendem a enfrentar forte resistência nos Estados-membros, entrincheirados em uma concepção estanque do princípio federativo (art. 18, *caput*, da CF). Tais objeções foram apresentadas e enfrentadas pela sociedade civil e pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação da ADI nº 3.367/DF e da ADC nº 12/2006, no que diz respeito tanto à criação do CNJ quanto à constitucionalidade de sua Resolução nº 7/2005. Segundo os críticos, tanto a EC nº 45 ao criar o CNJ na forma que lhe foi dada, quanto a Resolução nº 7/2005 por ele editada, violariam o *princípio da separação dos Poderes*.

Retomando parte da conceituação desenvolvida no tópico anterior, podemos afirmar que o *núcleo essencial* do *princípio da divisão dos Poderes* (ou *repartição de competências*, que é o termo que nos parece mais correto do ponto de vista da dogmática constitucional assente), bem como o conteúdo e o alcance histórico de tal princípio procuram garantir uma repartição das competências estatais e atribuí-las a órgãos diversos, no âmbito de uma dada especialização de funções, devendo-se prescrever instrumentos de controle recíproco entre os titulares de cada uma dessas funções. Tal disposição visa, em última instância, a proteger os indivíduos em face de um potencial abuso que venha a ser praticado por um poder estatal ilimitado, no âmbito de um mecanismo de controle recíproco que os norte-americanos denominaram por freios e contrapesos – *checks and balances*.

> "Esse conjunto de ideias foi o substrato teórico que governou os federalistas na engenharia do esquema de contenções e compensações que, figuradas nos '*checks and balances*', concretizaram a mais curial resposta política à necessidade da existência de expedientes de controle mútuo entre os poderes, para que nenhum transpusesse seus limites institucionais. Sem descurar o dogma da separação entre funções, que as quer independentes e bem definidas, sublinharam toda a importância dos instrumentos de fiscalização recíproca, como peças essenciais na engrenagem da divisão e do equilíbrio entre elas, a serviço da resistência à intrusão e à tirania." [23]

O que se buscou, com tal mecanismo, foi garantir uma especialização funcional e ao mesmo tempo a necessidade de autonomia ou independência orgânica, de modo a não se admitir que um determinado Poder venha a ser dominado por algum outro. Nesse sentido, um Poder estatal não poderia depender do outro para existir ou desenvolver suas atividades.

É preciso ressalvar ainda que a especialização funcional implica a obtenção, a partir do texto constitucional, de um plexo de competências privativas ou *primaciais*, vinculada a sua *função típica*, que atribui ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário, respectivamente, as funções de administrar, legislar e dizer o Direito.

---

[23] PELUSO, Cézar. Relator. ADI nº 3.367/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE LIMINAR. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MAGISTRADOS (AUTORA). INCONSTITUCIONALIDADE DOS arts. 1º e 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. Seção realizada em 13/4/2005. D. J. 22/9/2006, p. 29; EMENTÁRIO Nº 2.225-2, p. 218.

No entanto, nunca é demais ressaltar em sede de discussão desse princípio, que além de atribuir-se a cada Poder uma função *típica* ou *privativa*, que lhe delimita o seu perfil institucional, a ele se agrega, também visando a garantir-lhes a autonomia, outro conjunto de competências, em caráter mais restrito, que por isso passaram a ser designadas por *funções atípicas*. Sendo assim, não obstante a *função administrativa* seja atribuída tipicamente ao Poder Executivo, para resguardar a independência dos demais em face deste, também se lhes atribui, em caráter *atípico*, essa função para que eles possam se autoadministrar.

> "Todos esses exemplos provam, *ad rem*, que a incorporação privilegiada do princípio da separação dos poderes na ordem constitucional não significa de modo algum que a distribuição primária das funções típicas e a independência formal dos Poderes excluam regras doutro teor, que, suposto excepcionais na aparência, tendem, no fundo, a reafirmar a natureza unitária das funções estatais, a cuja repartição orgânica é imanente a vocação conjunta de instrumentos da liberdade e da cidadania. Tal arrumação normativa está longe de fraturar ou empobrecer o núcleo político e jurídico do sistema, que só estará mortalmente ferido lá onde se caracterizar, à luz de sua inspiração primordial, usurpação de funções típicas ou aniquilamento prático da autonomia de cada Poder. É essa, de certo modo, a opinião comum dos constitucionalistas pátrios."[24]

No caso da criação do CNJ pela EC nº 45/2004 não há que se falar em violação a esse princípio, na medida em que o CNJ se tornou órgão do próprio Poder Judiciário (art. 92, I, *a*, da CF), tendo em face da redação dada pelo art. 103-B, incisos I a XIII, a sua composição majoritariamente ocupada por membros do Poder Judiciário, com representação francamente minoritária do Ministério Público e da sociedade. Com relação a estes últimos, coube ao Congresso Nacional a sua indicação a partir de pessoas externas a esse Poder. Ademais, as decisões do Conselho, restritas ao âmbito administrativo, sem nenhum poder de intervenção na esfera jurisdicional, estão submetidas ao controle judicial exercido pelo STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário (art. 102, I, *r*, da CF).

Quanto à Resolução nº 7/2005, segundo Luís Roberto Barroso (2012b),

> "é difícil imaginar como a proibição de nomear parentes de magistrados para cargos em comissão ou de contratá-los temporariamente ou ainda contratar, sem licitação, empresas das quais parentes de magistrados sejam sócios, poderia afetar a autonomia dos Tribunais. Os Tribunais estão livres para, afora os parentes em questão, e observados os parâmetros constitucionais e legais, nomearem e contratarem quem entenderem por bem. Por certo continuarão a existir no mercado de trabalho inúmeras

[24] Op. Cit. p. 223.

pessoas e empresas capacitadas a prestarem serviços aos Tribunais. O argumento de violação à separação dos poderes, como se vê, simplesmente não se sustenta."

E, de fato, os argumentos apresentados na inicial da ADC nº 12/2006 já tinham sido em parte expedidos pelo próprio STF quando da apreciação da ADI nº 3.367/DF, relatada pelo Ministro Cézar Peluso, acerca de suposta violação do princípio da separação dos poderes quando da instituição do CNJ pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Quanto a tal alegação, assim se manifestou o Ministro:

> "Sob o prisma constitucional brasileiro do sistema da separação dos Poderes, não se vê *a priori* como essa possa ofendê-lo a criação do Conselho Nacional de Justiça. A luz da estrutura que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45/2004, trata-se de órgão próprio do Poder Judiciário (art. 92, I-A), composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder (art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros Poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora de seus quadros e, pois, sem laivos de representação orgânica, dois dos quinze membros. Brandida como argumento exemplar e capital da pretensa inconstitucionalidade do Conselho, tal indicação em si, em que qualquer crítico desapaixonado enxergaria, quando muito, mera representação simbólica da instância legislativa, não se pode equiparar-se a nenhuma forma de intromissão incompatível com a ideia política e o perfil constitucional da separação e independência dos Poderes. O preceito que a estabelece não inova coisa alguma na ordem constitucional, em cujo contexto guarda, com ruidosa clareza, menor extensão lógica e índice muito menos modesto de participação doutro Poder no processo de escolha de membros do Poder Judiciário, do que, por exemplo, o velhíssimo modelo do art. 101, § único, da Constituição da República o qual defere ao Chefe do Executivo competência exclusiva para nomear todos os integrantes desta Casa."[25]

No que diz respeito à *violação do princípio federativo*, novamente tomando-se por referência, seja a criação do CNJ, ou a edição por este órgão, da Resolução n. 07/05, parecem falecer de razão os críticos. Senão, vejamos: tomemos por paradigma um conceito bem simples, claro e objetivo de *federação*.

> "O princípio constitucional no qual se baseia o Estado Federal é expresso por uma pluralidade de centros de poder, coordenados e autônomos entre si, de tal modo que ao Governo Federal que tem competência sobre o inteiro território da Federação, seja conferida uma quantidade mínima

---

[25] PELUSO, Cézar. Relator. ADI nº 3.367/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE LIMINAR. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MAGISTRADOS (AUTORA). INCONSTITUCIONALIDADE DOS arts. 1º e 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. Seção realizada em 13/4/2005. D. J. 22/9/2006, p. 29; EMENTÁRIO Nº 2.225-2, p. 224-225.

de poderes, indispensável para garantir a unidade política e econômica, e aos Estados federados, que têm competência cada um sobre o próprio território, sejam assinalados os demais poderes" (BOBBIO, 1986, p. 481).

Uma breve decomposição desse conceito parece particularmente útil por nos revelar a essência, o mínimo múltiplo comum da *ideia de federação*.[26] Esta se estabelece por uma *pluralidade de centros de Poder*, ou seja, por uma repartição espacial na distribuição do poder de um modo que teremos de um lado o poder federal, com seus respectivos órgãos; e de outro, o Poder Estadual – também com seus órgãos respectivos. Dito isso, deve-se frisar que o conceito acima transcrito descreve um perfil específico de modelo federativo; no caso, o primeiro que se constituiu no decurso da modernidade ocidental, nos EUA, pouco tempo depois de sua independência, e em cujo traço distintivo se encontra umbilicalmente ligado um *modelo* ou *técnica de repartição de competências* – que ficou conhecido por *federalismo dual*.

O federalismo norte-americano emergiu com a Constituição de 1787, que, por sua vez, sucedeu ao fracasso do sistema inicialmente acertado entre as ex-colônias, as quais, por valorizarem de modo acentuado a autonomia local, inicialmente instituíram um modelo Confederativo (1781-1787), articulando os treze Estados que se haviam tornado independentes da Inglaterra em 1776. A singularidade do *modelo federativo norte-americano* reside na tentativa de *separar de modo rígido e estanque* as competências entre a União Federal e os Estados-membros (*federalismo dual*). Sua teorização originária encontra-se na obra "O Federalista" (HAMILTON, 2004) uma coletânea de artigos publicados em jornais de Nova York por Alexander Hamilton (1757-1804), James Madison (1751-1836) e John Jay (1745-1829) quando da discussão do texto da Constituição de 1787. Digna de referência sobre o assunto foi também a contribuição de John Adams (1735-1826), em duas de suas obras (*A defesa das Constituições* e *Pensamentos acerca do Governo*).

Mas a instituição de uma forma federativa de Estado não permaneceu um privilégio norte-americano, de modo que também os europeus, trataram de desenvolver a sua própria concepção de federalismo, mais adaptado às suas peculiaridades – especialmente à composição plurinacional das populações de muitos dos seus Estados. A Alemanha, por exemplo,

---

[26] Tal conceito, nunca é demais recordar, também é largamente utilizado no âmbito do *Direito das Gentes* – como é tradicionalmente designado o Direito Internacional Público. No âmbito dessa disciplina, a União constitui (como se fosse um só Estado) as relações de Direito Internacional em nome dos demais Estados nacionais a ela associados. Nesse sentido, a experiência recente de integração levada a termo pela União Europeia, parece sinalizar a existência – de fato – de uma federação fraca, ou a sua avançada evolução nessa direção (constituição de um Estado Federal Europeu).

iniciou o séc. XIX sob um regime *confederativo*, que abrangia desde grandes impérios, como o prussiano e o austríaco, até pequenos Estados semifeudais, convivendo ecumenicamente com cidades-estados republicanas – como Hamburgo e Bremen. Após a separação da Áustria, em 1866, deu-se a fundação em 1871 do Império alemão – em que não se divisava com clareza se se tratava de uma confederação forte, sob a hegemonia prussiana, ou se já tinha características de um Estado federal *deformado* (também pela proeminência indiscutível exercida pela Prússia).[27]

Todavia, com as respectivas proclamações republicanas ao final da Primeira Guerra Mundial, a Constituição de Weimar em 1919 e a Constituição da Áustria de 1920 instituíram indiscutivelmente dois novos Estados federais. Disso decorreu um intenso debate acerca da natureza jurídica dessas federações, envolvendo autores como Kelsen, Alfred Verdross e Kunz. O modelo aí originado, que se tornou conhecido por *federalismo cooperativo*, criado na Alemanha e na Áustria, opõe-se ao modelo norte-americano de *federalismo dual*, na medida em que, tem por objetivo, em vez da separação rígida de competências entre a União Federal e os Estados, a *cooperação* entre esses entes. Tal cooperação materializou-se na introdução de duas novas técnicas de repartição de competências: a *competência concorrente* e a *competência comum*.[28]

Entre nós, o princípio federativo teve uma evolução bem peculiar. Vários autores ressaltam que, diversamente dos EUA, que teve como nota típica de seu processo de formação histórico uma forte autonomia concedida pela autoridade metropolitana à suas respectivas colônias de além-mar, de modo que a instituição de um Estado federal, a partir da União de Estados independentes, induziu à formação de um *federalismo por centripetação*. Por outro lado, a federação brasileira, constituiu-se com a proclamação da República, em 1889, em face da desintegração do Estado Imperial (unitário), dando origem ao que os teóricos passaram a denominar como *federalismo por centrifugação* – na medida em que as antigas províncias imperiais, então meras autarquias administrativas do poder central, destituídas de autonomia política e administrativa, foram elevadas à condição de Estados-membros dos Estados Unidos do Brasil.

Tal modelo favoreceu *a regionalização da vida política*, permitindo a consolidação do coronelismo/caudilhismo local e, por causa disso, também a consolidação de partidos políticos de caráter meramente regional ou local (Partidos Republicanos estaduais). Tal contexto sócio-político em muito reforçou a tradição patrimonialista de apropriação privada do Estado no Brasil a partir de um estamento político

[27] "Expressões tais como 'unificação alemã' e 'império alemão' podem facilmente induzir em erro, porque sugerem um maior grau de unidade do que aquele que foi obtido de fato em 1871. Várias matérias importantes ficavam, é certo, sob a competência do imperador, do chanceler e do Reischstag: relações externas, defesa, moeda (*Reichsmark*, *Reichsbank*); o Império era também um mercado comum e, no decorrer do tempo, viria a viver sob códigos unificados. Permaneciam, contudo, quatro reinos (Saxônia, Baviera, Württemberg e Prússia), seis grão-ducados, cinco ducados, sete principados e três cidades livres, todos com seus dirigentes, governos e parlamentos eleitos por diferentes sistemas de sufrágio. A Constituição afirmava que o Império era um Estado Federal, e, na verdade, poderia chamar-se antes Estados Unidos da Alemanha, pois a analogia com a América era evidente. A Alemanha era, contudo, em muitos aspectos um caso *sui generis*, *inter alia* porquanto – contrariamente à América – um dos estados alemães, o reino da Prússia – ocupava uma posição privilegiada. Não só o seu território era excepcionalmente vasto e densamente povoado, como o seu rei era o imperador alemão e o seu primeiro-ministro, quase invariavelmente, chanceler do Reich. Se quisermos encontrar uma situação comparável, poder-se-ia dar o exemplo da República dos Países Baixos Unidos e da predominância da Holanda" (CAENEGEM, 2009, p. 271-272).

[28] Para ter se uma ideia de como se estrutura esse sistema de repartição de competências no âmbito do Estado alemão contemporâneo, Hesse (1998, p. 191-208).

agora estruturado em fortes bases regionais. Tal situação só veio a se transformar após a Revolução de 1930. A partir da Constituição de 1934, ampliaram-se as competências expressas da União, tendência que se acentuou nas Constituições posteriores, reduzindo-se desse modo a importância da autonomia estadual. Em termos estruturais, tal situação foi parcialmente modificada pela Constituição Federal de 1988.

Todavia, já no âmbito da Constituição de 1934, a influência norte-americana, tão visível em nossa primeira Constituição republicana, cedeu espaço para o constitucionalismo austro-alemão, revelando forte inspiração em seu texto da Constituição alemã de Weimar (1919). Como desdobramento e manifestação de tal influência, podemos apontar a adoção pela Constituição de 1934 (ainda que de forma incipiente) da técnica de repartição de competências típica do *federalismo cooperativo* europeu. Por essa concepção, União Federal e Estados-membros deixam de ser considerados entes com vida própria e estanque, como no modelo de *federalismo dual* de matriz norte-americana. Ao contrário, essa técnica de repartição de competências tem por objetivo induzir à colaboração ou cooperação entre esses entes.

Tal disposição para a repartição de competências pode se manifestar, por exemplo, no âmbito tributário – como nas disposições previstas na CF que determinam que uma parte dos valores da arrecadação de impostos federais deverão ser repartidos pela União entre Estados-membros e Municípios (bem como uma parcela dos impostos estaduais serão repartidos com os seus respectivos municípios). Tal modelo foi reforçado no plano das competências materiais e legislativas com a introdução das técnicas de repartição em *competências comum e concorrente*, que foram introduzidas em nosso modelo, sem que as antigas técnicas originárias do modelo norte-americano (*competências enumeradas* ou *expressas* – União; e *residual* ou *remanescente* – Estados-membros) fossem suprimidas, dando origem a um *sistema híbrido*.

De modo semelhante ao que aconteceu com nosso modelo de controle de constitucionalidade, o desenvolvimento do princípio federativo entre nós conduziu à uma fusão, uma mistura, um *sincretismo* entre o modelo norte-americano e o modelo europeu de federação.

> "Nossa Constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30). Mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único) áreas comuns em que se preveem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre a União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar."[29]

No caso da federação brasileira, outra singularidade diz respeito ao fato de serem também os Municípios, por disposição expressa do texto constitucional, entes da federação brasileira (arts. 1º e 18, da CF), constituindo, portanto, uma terceira esfera ou nível federativo – ao que consta, teríamos aqui um caso *único* no direito constitucional comparado.

No que diz respeito à *repartição de competências entre poder central e poder local*, são as mesmas estabelecidas pela Constituição Federal que opera de modo a atribuir competências específicas para cada ente federado. Sendo assim,

[29] Op. Cit. p. 244.

havendo distintas fontes do Poder estatal (no caso em questão, consideraremos aqui apenas a União e Estados-membros) há que se definir na Constituição Federal quais atribuições caberá à União e quais cabem aos Estados-membros. É nisso que consiste a chamada "repartição constitucional de competências". As competências da União abrangem todo o território nacional; as competências dos Estados-membros abrangem apenas o âmbito do respectivo território do Estado-membro (art. 21 e segs., da CF).

De maneira geral, as diversas modalidades de Estado federal que se estabeleceram ao longo da história, tiveram como ambição política principal a atribuição de um rol limitado de competências para a União. Nesse sentido, poderíamos afirmar que o objetivo subjacente ao federalismo reside na preservação de *algumas peculiaridades* e a *autonomia* dos governos estaduais – no Brasil, também do governo local, no plano dos municípios. Em tese, isso implicaria (ao menos potencialmente) conferir o máximo de competências aos Estados-membros e somente um mínimo indispensável à União. Na prática, a dialética entre maior autonomia ou centralização dependerá de imperativos políticos, econômicos, sociais e culturais que serão considerados pelo constituinte originário no momento de formatar um modo específico, singular, de Estado federal – como se deu no Brasil com a CF.

No que diz respeito aos *Poderes*, na forma de órgãos político-administrativos federais e estaduais distintos, a repartição das competências entre União e Estados-membros implica a instituição de órgãos de Poder distintos para a União e Estados-membros. Desse modo, teríamos um Poder Legislativo no âmbito da União e outro no plano estadual; igualmente, teríamos um Poder Executivo da União distinto daquele instituído pelos Estados – e no nosso caso especifico (federação brasileira), também um Poder Executivo e um Poder Legislativo municipal.

Todavia, o mesmo não ocorre no Judiciário, que embora receba da Constituição Federal competência para se estabelecer no âmbito do Estado-membro, de modo autônomo, vincula-se a uma normatividade de caráter nacional. Por isso, a CF no seu art. 92, *incisos*, define como órgãos de um único Poder Judiciário (nacional), entes de transposição (STF, STJ, CNJ), entes da União (TRFs e os juízes federais, TRTs e juízes do trabalho) e entes estaduais (TJs e juízes dos Estados e do Distrito Federal).

Ainda no que diz respeito à autonomia dos Estados-membros perante a União, esta se corporifica no texto constitucional de diversos modos: 1) por um *poder constituinte decorrente* expresso na competência atribuída pela CF a cada Estado-membro para elaborar uma Constituição estadual e por ela se autogovernar – sempre observando os limites estabelecidos pela Constituição federal (art. 25, *caput*, e art. 11, ADCT, da CF); 2) na impossibilidade de um ente criar obrigações para outro, à exceção daquelas já estabelecidas na Constituição federal (art. 18 e segs., da CF); 3) pela natureza excepcional da suspensão da autonomia dos Estados-membros mediante interferência da União somente em casos muito especiais, pelo mecanismo da *intervenção*, nos exatos termos fixados pelos arts. 34 a 36, da CF; 4) pela participação igualitária, abstraída a influência econômica, política, ou demográfica de todos Estados-membros na formação da *vontade* legislativa federal, de modo paralelo à Câmara de representação popular, pela instituição do Senado Federal, nos termos em que foi disposta pelo art. 46, § 1º, da CF.

Feitas essas considerações de ordem geral, parece-nos evidente que não há nenhuma incompatibilidade no que diz respeito à natureza jurídica e ao conteúdo da Resolução nº 7/2005 do CNJ que vedou o nepotismo no âmbito do

Poder Judiciário e o princípio federativo albergado pela CF. Isso porque não se sustenta a afirmativa segundo a qual, por meio dela, os Tribunais de Justiça dos Estados estariam sendo submetidos a um controle jurídico-político de um órgão não-estadual, originário da União. Igualmente, não há porque dizer que por tal ato normativo usurpou-se a competência das Assembleias Legislativas ou a dos Governadores, que a teriam com exclusividade no plano da organização administrativa estadual. Isso porque, como já assinalamos há pouco, no âmbito de um Estado federal conviveriam um ente central (União) e os entes federados (Estado-membro), e de modo sobreposto, o ente nacional (República Federativa do Brasil), razão pela qual, na federação brasileira, nós temos necessariamente órgãos e normas de âmbito municipal, estadual, federal, e *nacional*.

O CNJ e a competência normativa a ele atribuída diretamente pelo texto da Constituição, em face da EC nº 45/2004, estão evidentemente situados no âmbito nacional, plano normativo-constitucional sobreposto tanto ao da União quanto dos Estados-membros. Como já apontamos há pouco, é evidente que a CF, ao estruturar o Poder Judiciário, estabeleceu Tribunais de âmbito estadual, federal e nacional (Tribunais de sobreposição, § 2º, do art. 92, da CF). Prova disso é que a própria CF instituiu normas de alcance nacional, como os arts. 37 e 93, sendo seguida pelo legislador ordinário, que o fez, por exemplo, mediante a Lei Complementar nº 35/1979 – conhecida como Lei Orgânica da Magistratura. Ora, sendo o CNJ um órgão nacional vinculado à estrutura do Poder Judiciário, nos termos do art. 92 da CF e tendo em sua composição, nos termos do art. 103-B, representantes tanto da magistratura federal (União) quanto da estadual, não há que se falar em subordinação dos entes locais a um órgão da União.

Sabe-se ainda que os princípios do *caput* do art. 37, de onde se retira a normatividade voltada para a vedação ao nepotismo em nossa sociedade (fundamento direto da Resolução nº 7/2005 do CNJ), têm natureza indiscutivelmente nacional, aplicando-se de modo uniforme a todos os agentes públicos pertencentes aos quadros do Poder Judiciário. Ou seja, a matéria objeto de discussão (vedação ao nepotismo) não se coloca no âmbito de competência nem do Poder Executivo local (organização administrativa estadual), nem das Assembleias Legislativas estaduais, nem dos respectivos Tribunais de Justiça. Assim, o conteúdo e a forma pela qual se estabeleceu a vedação ao nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, por meio da Resolução nº 7/2005 do CNJ, não redundaram em nenhum modo de esvaziamento da autonomia estadual ou qualquer modalidade de restrição à sua participação na formação da vontade nacional – que seriam os elementos estruturantes da forma federativa de Estado nos termos definidos pela teoria do federalismo (HAMILTON; MADISON, 2004; GOLDWIN; SCHAMBRA, 1986; COOLEY, 2002; HESSE, 1998;

HÄRBELE, 2007; MIRANDA, 2009; CANOTILHO, 2002) e por nossa ordem positiva constitucional.

Não foi outra a conclusão a que chegou nossa jurisdição constitucional ao examinar aspectos impugnados da EC nº 45/2004 e da Resolução nº 7/2005 do CNJ. De modo geral, todos os Ministros que participaram da discussão e da votação dessas matérias repeliram qualquer tipo de agressão ao princípio federativo. A esse respeito, assim se manifestou o Ministro Cézar Peluso, Relator da ADI nº 3.367/DF:

> "A autora deduz ainda outro argumento que se prestaria a demonstrar a inconstitucionalidade do Conselho, cuja instituição violaria o pacto federativo, 'ao submeter o poder judiciário dos estados membros à supervisão administrativa e disciplinar do conselho nacional de justiça. Também aqui não lhe dou razão. O pacto federativo não se desenha nem expressa em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República. Porque a jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser uma e indivisível, é doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas e metonímias, 'Judiciários estaduais' ao lado de um 'Judiciário federal'. A divisão da estrutura judiciária brasileira, sob tradicional mas equivocada denominação, em Justiças, é só o resultado da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais. O fenômeno é corriqueiro, de distribuição de competências pela malha de órgãos especializados, que, não obstante portadores de esferas próprias de atribuições jurisdicionais e administrativas, integram um único e mesmo Poder. Nesse sentido, fala-se em Justiça Federal e Estadual, tal como se fala em Justiça Comum, Militar, Trabalhista, Eleitoral, etc., sem que com essa nomenclatura ambígua se enganem hoje os operadores jurídicos. (...) Nesse diagrama constitucional, nunca se ouviu sustentar que as particularidades concretas da organização da estrutura judiciária violassem o pacto federativo. E não se ouviu, porque perceptível sua natureza nacional e unitária, embora decomposta e ramificada, por exigências de racionalização, em múltiplos órgãos dotados de sedes e de âmbitos distintos de competência. Não se descobre, pois, sob esse ângulo, porque a instituição do Conselho Nacional de Justiça não se ajustaria à organização constitucional do Poder."[30]

Nesse mesmo sentido, posicionaram-se outros Ministros do STF quando da apreciação da ADC nº 12/2006, referente à constitucionalidade da Resolução nº 7/2005, de modo especial os Ministros Eros Grau[31] e

---

[30] PELUSO, Cézar. Relator. ADI nº 3.367/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE LIMINAR. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MAGISTRADOS (AUTOR). INCONSTITUCIONALIDADE DOS arts. 1º e 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. Seção realizada em 13/4/2005. D. J. 22/9/2006, p. 29, EMENTÁRIO Nº 2.225-2, p. 243-246.

[31] "Afasto prontamente os argumentos referidos à 'separação dos poderes e ao princípio federativo, para tanto simplesmente me reportando às razões expostas no voto que proferi no julgamento da ADI nº 3.367. O Judiciário é Judiciário Nacional, excepcionando algu-

Gilmar Ferreira Mendes.[32] E, ao final, a ementa do julgamento ratificou, em caráter unânime, esse entendimento.

> "Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo, o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada como o caráter estadualizado de um parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, *caput*, junge essa organização aos princípios estabelecidos por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça."[33]

Assim, pode-se afirmar que iniciativas oriundas de qualquer um dos Poderes (reconhecida a prevalência concedida pelo sistema constitucional ao Legislativo em face do *subprincípio da supremacia da lei*), desenvolvendo normatividade originada diretamente do texto constitucional, com base em competência por ela reconhecida e buscando expressão no mundo jurídico por meio de alguma espécie normativa admitida pelo sistema, objetivando a identificação e a vedação de *novas modalidades ou espécies de nepotismo* para além das duas (nepotismo *em sentido próximo* ou *clássico* e nepotismo *cruzado* ou *oblíquo*) já admitidas pela Resolução nº 7/2005 no âmbito do Poder Judiciário e pela Súmula Vinculante nº 13 do STF para os demais Poderes, não possuem aptidão, *em tese*, para violar o princípio da separação dos Poderes e o princípio federativo.

---

mas exigências da Federação, como ressaltei nesse voto. De outra banda, o CNJ é um dos órgãos do Poder Judiciário, com tal definido pelo artigo 92 da Constituição, suas decisões estando sujeitas a controle pelo Supremo Tribunal Federal." GRAU, Eros. Voto. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/2/2006. D. J. 1/9/2006. EMENTÁRIO Nº 2.245-1, p. 46-47.

[32] "A criação do CNJ pela EC nº 45/2004 instituiu no sistema constitucional brasileiro autoridade administrativa – normativa e executória – cuja parametração, repita-se: exclusivamente na matéria que lhe é própria, é nacional e unitariamente impositiva às autoridades judiciárias (em caráter direito) e às demais autoridades do Estado brasileiro (em caráter indireto). Em outras palavras, no âmbito de sua competência o CNJ atua sobrepondo-se inclusive à legislação não-nacional (ou seja, federal – em sentido estrito –, estadual ou, se for o caso, municipal). (...) Igualmente não prospera o argumento de que a regulamentação afronta o princípio federativo. Essa discussão já foi encetada nesta Corte, por ocasião do julgamento da ADI nº 3.367, da relatoria do Min. Cézar Peluso, no qual ficou consignado que o Conselho Nacional de Justiça 'não anula o pacto federativo, mas o reafirma'." MENDES, Gilmar Ferreira. Voto. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 7, de 18/10/2005, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Seção realizada em 16/2/2006. D. J. 1/9/2006. EMENTÁRIO Nº 2.245-1, p. 77-80.

[33] EMENTA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCINALIDADE Nº 12/06-DF. CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO nº 7/2005 DO CNJ. Seção realizada em 20/8/2008. D. J. 10/11/2008. EMENTÁRIO Nº 2.534-1, p. 639.

Com relação a esse âmbito normativo particular, referente à vedação do *nepotismo político*, por exemplo, pretendemos posicionar-nos em próximo trabalho. No momento, esperamos ter sido capazes de expor de modo suficientemente claro e sucinto a grandiosidade da jurisdição constitucional erigida pela CF, estruturada por um *sistema* (constitucional) *normativo aberto*, de *regras* e *princípios*, do qual retira diretamente os conteúdos normativos necessários para a vedação e a repressão a práticas de *nepotismo* (e outras modalidades de *saque patrimonialista*) junto à Administração Pública brasileira, sem que tal intervenção, mesmo quando amparada em indiscutível *ativismo judicial*, implique afronta a princípios cardeais do sistema, como o princípio federativo e o da separação dos Poderes.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001a.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2001b.

_____. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: _____. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993.

_____. *Constitucionalismo discursivo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Migalhas*, São Paulo, 2 fev. 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2010.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, 2012a. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em: 2 fev. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 19, jan./jun. 2012b.

BINEMBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 12 MC/DF, de 16 de fevereiro de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 1 set. 2006.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1999.

COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais do direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALCONE, Marconi. *Justiça constitucional*: o caráter jurídico-político das decisões do STF. São Paulo: Método, 2009.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

GOLDWIN, Robert A; SCHAMBRA, William A. *A constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Teoría de la acción comunicativa*: complementos y etudios prévios. Madrid: Cátedra, 1994.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *El federalista*. Mexico: Fondo de Cultura Economico, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

_____. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1998.

_____. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MELLO, Celso A. Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *Justiça como equidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Liberalismo político*. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1995.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

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

STRECK, Lenio L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea*: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Salvador: PODIVM, 2009.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Tributação e orçamento nos 25 anos da Constituição de 1988

MARCIANO SEABRA DE GODOI

Sumário

1. Introdução. 2. As normas da Constituição de 1988 e as finanças públicas transformadoras: a solidariedade social no campo das receitas e no campo das despesas. 3. O que realmente mudou no perfil da tributação brasileira nos 25 anos de vigência da Constituição? 4. O que realmente mudou no perfil dos gastos públicos nos 25 anos de vigência da Constituição? 5. Os notáveis avanços sociais alcançados durante a vigência da Constituição de 1988 e o papel das finanças públicas: o *modelo brasileiro*. 6. Crítica à visão insulada da justiça tributária. 7. Seria viável em nosso sistema político o modelo clássico das finanças públicas transformadoras? 8. Conclusão.

1. Introdução

Este estudo tem por objetivo investigar em que medida a tributação e o orçamento público contribuíram, ao longo dos 25 anos de vida da Constituição de 1988, para o alcance de dois dos objetivos fundamentais da República mencionados no texto constitucional (art. 3º, III): a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

Inicialmente, são estudadas as normas da Constituição de 1988 que incorporam as premissas valorativas do Estado Social Fiscal e definem as formas pelas quais as finanças públicas podem ser usadas como instrumento de transformação e emancipação sociais.

Em segundo lugar, analisam-se as transformações concretas ocorridas nos últimos 25 anos no campo da arrecadação tributária e no campo dos gastos públicos, e indaga-se de que forma essas transformações influenciaram o fenômeno que levou a sociedade brasileira a atingir, atualmente, "seu menor nível de desigualdade de renda desde os registros nacionais iniciados em 1960" (IPEA, 2012, p. 8). O estudo investiga, em

Marciano Seabra de Godoi é professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. É bacharel em Direito (UFMG) e em Ciências Econômicas (PUC Minas), mestre em Direito Tributário pela UFMG e doutor em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Complutense de Madri.

especial, a hipótese de que a contribuição das finanças públicas para esse fenômeno social não se deu nos últimos 25 anos pelo clássico modelo da tributação progressiva, própria dos Estados Sociais Fiscais, mas sim por um padrão próprio, adaptado às especificidades políticas e econômicas brasileiras.

Finalmente, e à luz das conclusões parciais até então alcançadas, o estudo realiza uma reflexão sobre as limitações teóricas e práticas da noção tradicional de justiça tributária como um conceito independente das indagações sobre a equidade ou a justiça da maneira global pela qual as ações governamentais atingem a vida das pessoas e a distribuição de renda, bem-estar e riqueza entre os indivíduos.

2. As normas da Constituição de 1988 e as finanças públicas transformadoras: a solidariedade social no campo das receitas e no campo das despesas

Dois compromissos fundamentais foram claramente formulados no texto da Constituição de 1988, a "Constituição Cidadã", na expressão do deputado Ulysses Guimarães (Presidente da Assembleia Nacional Constituinte) no célebre discurso (GUIMARÃES, 1988) com o qual encaminhou a votação, em segundo turno, do Projeto de Constituição. No campo político, adotou-se o compromisso com a retomada e o aprofundamento da institucionalidade democrática, interrompida por 21 anos durante o regime militar (1964-1985). No campo social, adotou-se o compromisso com a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, elencado como um dos quatro *objetivos fundamentais* da República (art. 3º, I e III da Constituição).

Esse forte compromisso com a busca da igualdade no campo social não foi um mero capricho dos constituintes, algo gratuito ou acidental. A Assembleia Nacional Constituinte desenvolveu seus trabalhos no momento em que as desigualdades de renda e riqueza entre os brasileiros atingiam seus níveis mais altos desde 1960, quando teve início a organização de registros nacionais relacionados à medição dos níveis de desigualdade social (LANGONI, 2005). O pico histórico da desigualdade social brasileira foi exatamente em 1989 (NÉRI, 2011, p. 83), primeiro ano de vigência da Constituição de 1988. Em 1989, o índice de Gini[1] na sociedade brasileira era de 0,607, refletindo um grau tão brutal de desigualdade e marginalização que, atualmente, somente seria superado pela desigualdade social vigente no Lesoto, África do Sul, Botsuana, Serra Leoa e República Centro-Africana (CIA, 2013).

O uso das finanças públicas como condição fundamental para alcançar o objetivo de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais era certamente conhecido pelos constituintes de 1987/1988, já que o Estado Social construído a partir do pós-guerra foi caracterizado exatamente pela substituição das finanças públicas neutras pelo que Aliomar Baleeiro chamava de "política fiscal modificadora das estruturas" ou "tributação como arma de reforma social" (BALEEIRO, 2010, p. 65, 231)[2].

Nas normas da Constituição de 1988 que mencionaremos a seguir, percebe-se a presença de muitas características do "Estado Social Fiscal" (TORRES, 2000, p. 10-21), que deixa

[1] O índice ou coeficiente de Gini é uma medida adotada universalmente para avaliar o grau de concentração de renda em determinado grupo social. O índice varia de zero (situação hipotética em que todos os membros do grupo têm a mesma renda) a 1 (situação em que um só membro do grupo aufere toda a renda). Portanto, quanto mais o índice se aproxima de zero, menor é a concentração de renda; quanto mais o índice se aproxima de 1, maior é a concentração de renda.

[2] Sobre o tema da tributação como motor de transformação social, vide também Falcão (1981).

de ser simples garantidor da vigência formal das liberdades individuais negativas e passa a intervir na ordem econômica e social, visando a conformar entre seus cidadãos uma maior igualdade de fato, aquilo que John Rawls (1997, p. 72) chamou de "igualdade equitativa de oportunidades" e Ronald Dworkin (2006, p. 90-126) de "igualdade de recursos".

No passado, já se procurou justificar a distribuição dos ônus e bônus das receitas e despesas públicas com base nos argumentos da contraprestação, do benefício ou do sacrifício econômico igual ou proporcional, sempre com base nas premissas do comportamento racional, utilitário e maximizador do *homo economicus*. Porém, nas ordens constitucionais europeias atuais, que influenciaram os constituintes de 1987/1988, especialmente a Espanha e Portugal, a ideia-força da "solidariedade social" fundamenta o dever de contribuir e as finanças públicas transformadoras, visto que o pleno desenvolvimento dos talentos e possibilidades humanas de cada indivíduo não se pode conseguir de modo isolado e egoísta, mas somente mediante a colaboração altruísta de todos (HERRERA MOLINA, 1998, p. 93; NABAIS, 2005, p. 110-140). Por isso, não se estranhe que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária tenha sido o primeiro dos objetivos fundamentais da República erigidos na Constituição de 1988.

O uso das finanças públicas em prol do alcance dos objetivos fundamentais erigidos no artigo 3º da Constituição transparece em diversas normas de seu Título VI (Da Tributação e do Orçamento): no art. 145, § 1º (adoção do princípio da capacidade econômica e da personalização dos impostos como princípios gerais do sistema tributário nacional); no art. 153, VII (inclusão na competência tributária da União do imposto sobre grandes fortunas, tributo de nítido caráter redistributivo, pela primeira vez mencionado nos textos constitucionais brasileiros); no art. 153, § 2º, I (obrigatoriedade da progressividade do imposto sobre a renda); no art. 153, § 3º, I (obrigatoriedade da seletividade do imposto sobre produtos industrializados); no art. 153, § 4º (obrigatoriedade da progressividade do imposto territorial rural e previsão da imunidade da pequena gleba rural como instrumentos de política de reforma agrária); art. 155, § 2º, III (facultatividade da seletividade do imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação); no art. 156, § 1º (facultatividade da progressividade no tempo do imposto predial e territorial urbano como instrumento de política urbana[3]); nos arts.159, I, *c* e 161, II (prioridade das regiões menos desenvolvidas no recebimento de transferência de recursos tributários federais, objetivando "promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios") e no art. 165, § 7º (obrigatoriedade de que o orçamento fiscal e de seguridade social tenham "entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional").

Além disso, a Constituição determinou a vinculação de percentuais da arrecadação de impostos de todos os entes da federação para o financiamento de políticas públicas prioritárias e diretamente vinculadas à redução das desigualdades sociais: saúde (art. 198, § 2º) e educação (art. 212, *caput*). No caso da seguridade social, área especialmente relevante na tarefa

[3] Com a Emenda Constitucional nº 29/2000, a Constituição passou a autorizar tanto a progressividade no tempo como a progressividade do imposto "em função do valor do imóvel". Esta última modalidade de progressividade havia sido considerada inconstitucional pelo STF (vide RE nº 153.551, DJ 5/9/1997 e Súmula 668). Após a EC nº 29/2000, o STF passou a admitir a validade dessa progressividade do IPTU (vide RE nº 423.768, DJ 10/5/2011) e, recentemente, reviu a própria fundamentação teórica utilizada pelo Tribunal no julgamento do RE nº 153.771 (vide RE nº 562.045, j. 6/2/2013, acórdão ainda não publicado).

de proteção social a indivíduos e grupos em situação de risco ou vulnerabilidade (CASTRO, 2012), a Constituição se mostrou especialmente consciente da necessidade de criar um âmbito de fiscalidade próprio para o setor, obrigando à elaboração de um orçamento próprio para a área (art. 165, § 5º, III), prevendo diversas fontes específicas de financiamento (contribuições sociais previstas nos incisos do art. 195), autorizando ao legislador a criação de fontes adicionais de financiamento (art. 195, § 4º) e elegendo a *equidade* como critério básico para a forma de participação no custeio do sistema (art. 194, parágrafo único, V).

Todavia, em que medida esses mandamentos constitucionais se mostraram realmente eficazes ao longo dos últimos 25 anos? Até que ponto as finanças públicas reais e efetivas do País foram de fato alteradas por essas normas constitucionais? São essas as perguntas a que as próximas seções do trabalho procurarão responder, primeiro no âmbito da arrecadação de tributos, depois no das despesas públicas.

3. O que realmente mudou no perfil da tributação brasileira nos 25 anos de vigência da Constituição?

O primeiro prisma sob o qual avaliaremos a força da Constituição de 1988 para alterar o perfil das finanças públicas nesses últimos 25 anos é o da tributação segundo a capacidade econômica dos contribuintes, que a rigor é o único princípio jurídico previsto na Seção I (Dos Princípios Gerais) do Capítulo I (Do Sistema Tributário Nacional) do Título da Constituição dedicado à Tributação e ao Orçamento.

Os juristas brasileiros há muito consideram o princípio da capacidade econômica como o principal parâmetro segundo o qual o ônus da tributação deve ser distribuído socialmente. Baleeiro refere-se a esse princípio como um cânon fiscal que, informado por razões de solidariedade social e outras de caráter prático e lógico, foi indiscutivelmente "consagrado pela consciência contemporânea" (BALEEIRO, 2010, p. 336). Em obra escrita nos primeiros anos após a promulgação da Constituição de 1988, Sacha Calmon N. Coêlho (1991, p. 97) afirmou que a capacidade econômica serve de parâmetro para analisar "o maior ou menor teor de injustiça fiscal existente nos sistemas tributários".

Sob esse prisma do respeito à capacidade econômica, a tributação brasileira pouco se alterou no período que vai da promulgação da Constituição de 1988 até os dias atuais. O sistema tributário era e segue sendo concentrado na imposição indireta, incidente sobre o consumo de bens e serviços, o que impõe um ônus mais pesado justamente sobre as camadas populacionais com menor poder aquisitivo.

Em 1990, a arrecadação dos impostos sobre o consumo (IPI, ICMS, ISSQN) e das duas contribuições sociais incidentes sobre a receita/faturamento das empresas (PIS e COFINS) correspondia a 46,47% da arrecadação bruta total, ao passo que a arrecadação do imposto sobre a renda/contribuição social sobre o lucro, somada à arrecadação dos impostos sobre o patrimônio (IPTU, IPVA, ITR), correspondia a 19% da arrecadação bruta total (BRASIL, 2001). Trazendo essa comparação para o ano de 2010, temos respectivamente os valores de 41% e 23,5% (BRASIL, 2012a). Portanto, a proporção entre a tributação indireta sobre o consumo e a tributação direta sobre a renda e o patrimônio permaneceu praticamente a mesma ao longo desse largo período.

Façamos algumas comparações internacionais, tomando como base o ano de 2009, para não deixar dúvidas de que, não obstante os mandamentos da Constituição de 1988, a estrutura tributária brasileira segue claramente

dissociada de uma real aderência ao princípio da capacidade econômica. Na média dos países da OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), a tributação dos rendimentos das pessoas físicas (em que os princípios da progressividade, da pessoalidade e da capacidade econômica atuam de modo mais evidente[4]) corresponde a 25% do total da carga tributária (OECD, 2011a), ao passo que no Brasil essa proporção corresponde a apenas 6,61% (BRASIL, 2012a; BRASIL, 2009). O peso da tributação sobre o patrimônio, no Brasil (3,37% da carga tributária total), é sensivelmente inferior à média dos países da OCDE (5,5% da carga tributária total), e também inferior à média dos países da América Latina (3,7% da carga tributária total) (BRASIL, 2010; OCDE, 2011a; OCDE, 2011b).

Um estudo do IPEA mediu os diferentes ônus tributários que pesam sobre as famílias brasileiras em seus diversos estratos de renda mensal (IPEA, 2009). As famílias com renda mensal até 2 salários mínimos arcaram, em 2008, com um ônus tributário (tributos embutidos no preço de bens e serviços consumidos) de 53,9% de sua renda total, ao passo que as famílias com renda mensal acima de 30 salários mínimos arcaram com um ônus tributário (tributos diretos e indiretos) de 29% de sua renda total (IPEA, 2009).

Além dos dados quantitativos acima mencionados, há outras evidências qualitativas de que o grau de aderência à progressividade do sistema tributário brasileiro como um todo vem decrescendo ao longo das últimas décadas. No caso do imposto de renda sobre as pessoas físicas, em 1995 a legislação ordinária estabeleceu uma completa isenção sobre lucros e dividendos distribuídos pelas sociedades a seus sócios (art. 10 da Lei nº 9.249/95), fazendo com que a maior parte da arrecadação do IRPF adviesse da tributação na fonte dos rendimentos do trabalho[5]. Além disso, o número de alíquotas progressivas do imposto era curiosamente maior no período anterior à Constituição de 1988 do que no período posterior a ela. Vale dizer: quando os textos constitucionais nada estabeleciam sobre progressividade do imposto ou capacidade econômica, havia aproximadamente 10 alíquotas do IRPF, variando de 5 a 50% (vide art. 4º da Lei nº 7.450/85 e art. 14 do Decreto-lei nº 2.287/86); já quando o texto constitucional passou a prever a capacidade econômica como um princípio

---

[4] Pode-se dizer, com Sérgio Vasques (2001, p. 100), que "a primeira exigência do princípio da capacidade contributiva é fazer dos impostos pessoais sobre o rendimento o seu elemento central". De fato, um dos aspectos mais característicos do Estado Social Fiscal é a construção de um imposto pessoal sobre os rendimentos como o eixo central da relação tributária particular – Estado (SANCHES, 2002, p. 205).

[5] Em 2012, a arrecadação do IRPF na fonte sobre rendimentos do trabalho foi de R$ 75 bilhões, e a arrecadação do IRPF sobre outras formas de rendimento foi de R$ 24 bilhões (BRASIL, 2013).

geral do sistema tributário (art. 145, § 1º da Constituição) e a exigir que o IRPF atendesse à progressividade (art. 153, § 2º, I da Constituição), o legislador ordinário decidiu que as alíquotas do imposto passariam a ser somente duas, de 15 e 25% (art. 5º da Lei 8.383/1991).

Se o grau de aderência aos cânones da progressividade e da capacidade econômica permaneceu em patamares muito baixos ao longo dos 25 anos de vigência do atual sistema tributário, não se pode dizer o mesmo em relação ao volume da carga tributária, que aumentou consideravelmente, passando de 25,2% do PIB em 1991 (BRASIL, 2001) para 35,31% do PIB em 2011 (BRASIL, 2012a), um crescimento relativo de 40%. Esse aumento expressivo da carga tributária brasileira foi obtido principalmente pela expansão das receitas federais[6], por meio do aumento de alíquotas e bases de cálculo de contribuições sociais já previstas no texto constitucional, bem como pela criação de novas contribuições sociais e de novas contribuições de intervenção no domínio econômico.

Com efeito, nos primeiros anos de vigência da Constituição, em 1991, por exemplo, a arrecadação dos principais impostos federais (imposto de renda e imposto sobre produtos industrializados) correspondia a 5,87% do PIB, e a arrecadação de todas as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico correspondia a 8,17% do PIB (BRASIL, 2001). Em 2011, a arrecadação conjunta do IR e do IPI não se alterou tanto, chegando a 7,15% do PIB, mas a arrecadação das contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico chegou a 13,73% do PIB (BRASIL, 2012a), um significativo aumento relativo de 68%.

A circunstância de grande parte da arrecadação dos principais impostos federais (IR e IPI) ser transferida aos Estados e Municípios (arts. 157, I, 158, I e 159, I e II da Constituição) – regra que não se aplica no caso da arrecadação de contribuições sociais – parece ter contribuído para a estratégia federal de aumentar sua arrecadação principalmente pela criação e expansão das contribuições sociais, em claro prejuízo para o federalismo fiscal cooperativo desenhado na Constituição (MACHADO SEGUNDO, 2005).

As abundantes evidências apresentadas acima não deixam margem de dúvida quanto a duas constatações: a carga tributária bruta brasileira cresceu consideravelmente neste quarto de século de vida da Constituição de 1988, mas continuou reproduzindo o histórico padrão de forte

---

[6] As receitas tributárias federais saltaram de 16,7% do PIB em 1991 para 24,73% do PIB em 2011, um aumento relativo de 48%. O aumento das receitas tributárias próprias estaduais foi, nesse período de 1992 a 2011 e em proporção do PIB, de apenas 18% (passando de 7,29% do PIB em 1991 para 8,63% do PIB em 2011). O aumento das receitas tributárias próprias municipais foi, no mesmo período e em proporção do PIB, de 39% (passando de 1,4% do PIB em 1991 para 1,95% do PIB em 2011) (BRASIL, 2001; BRASIL, 2012).

dependência dos tributos sobre o consumo e um alto grau de injustiça tributária, no qual as famílias de mais baixo poder aquisitivo são, em proporção de sua renda, as mais oneradas pela carga tributária.

Uma análise estritamente "tributária" do fenômeno poderia parar por aqui. Mas então teríamos uma análise parcial, míope e canhestra. Se buscamos investigar se, e em que medida, a Constituição de 1988 alterou o papel das finanças públicas como motor de redução das desigualdades sociais, temos que verificar os motivos que levaram a esse sensível aumento da carga tributária, em que categoria de gastos públicos esse *plus* arrecadatório tem sido empregado, e de que forma esses gastos impactam a distribuição de riqueza e de bem-estar social entre os segmentos da população brasileira. Afinal, os tributos não são recursos que se arrecadam simplesmente para "lançá-los ao mar": são cobrados para financiar determinados gastos, para atingir determinados objetivos. Não faz sentido indagar sobre a justiça ou a igualdade da forma como os cidadãos são tratados pelo tributo, e ignorar "a maneira global pela qual o governo trata os cidadãos – os impostos cobrados e os gastos efetuados" (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 36).

4. O que realmente mudou no perfil dos gastos públicos nos 25 anos de vigência da Constituição?

Um leviano senso comum ou uma irresistível atração por teorias da conspiração pode levar a afirmações do tipo: "a carga tributária cada dia fica maior para aumentar as mordomias dos políticos", ou "o aumento da carga tributária decorreu da enorme expansão do número de funcionários públicos e do aumento brutal de seus salários e aposentadorias". Ambas as afirmações são desprovidas de qualquer evidência empírica.

A análise da literatura especializada sobre a evolução do padrão de gastos públicos nesses 25 anos de vigência da Constituição (ALMEIDA; GIAMBIAGI; PESSOA, 2006; CASTRO et al., 2008; OLIVEIRA, 2009; SOARES, 2010; CASTRO, 2012) não deixa margem de dúvida de que duas categorias de despesa pública foram as que de fato cresceram significativamente no período: as despesas financeiras (com o pagamento de juros e amortizações da dívida pública) e o gasto social. Essas foram as despesas que, em proporção do PIB nacional, aumentaram sensivelmente ao longo dos últimos 25 anos, e consequentemente são as principais motivadoras do forte aumento da carga tributária abordado na seção anterior.

Por que a carga tributária total aumentou principalmente pela expansão da carga tributária federal? Por que a dívida pública federal teve um aumento explosivo a partir da segunda metade da década dos anos 90, aumentando em consequência os recursos públicos destinados ao pagamento dos juros e amortizações da dívida. A dívida líquida do governo central era de 9,6% do PIB em 1993, passando para 23,3% em 1998, e chegando a 33,2% em 2003 (OLIVEIRA, 2009, p. 322). Com taxas de juros também cada vez mais altas, era inexorável que o montante dos gastos públicos destinado ao pagamento dos juros fosse cada vez maior, gerando assim a necessidade de aumentos sucessivos da carga tributária. Em 1994, o pagamento de juros e encargos da dívida correspondia a 9,3% da despesa liquidada do governo federal, proporção que chegou a 13,3% em 2003, e 17,7% em 2007 (OLIVEIRA, 2009, p. 155).

Cálculos elaborados por Murilo Soares (2010, p. 8) demonstram que, de 1998 a 2006, 91,6% do aumento da carga tributária foram destinados à formação dos superávits primários para pagamento dos juros e amortizações da dívida pública. O aumento da carga tributária

nada teve a ver com um suposto aumento de gastos com o funcionalismo público: os gastos com salários de pessoal do governo central eram de 4,5% do PIB em 1993 e foram de 4,8% do PIB em 2009 (ALMEIDA; GIAMBIAGI; PESSOA, 2006; SOARES, 2010). Em termos de peso no orçamento federal, os gastos com pessoal e encargos sociais regrediram de 17,2% da despesa total liquidada em 1994 para 14,7% do total da despesa liquidada em 2007 (OLIVEIRA, 2009, p. 155).

Quanto aos gastos financeiros (juros e encargos da dívida pública), o cenário presente é de trajetória descendente, tendo em vista os baixos patamares atuais da taxa SELIC e a trajetória descendente da relação dívida líquida do setor público/PIB[7]. Com efeito, o pagamento de juros nominais da dívida pública em âmbito nacional foi de 8,5% do PIB em 2003, 5,3% em 2009, e nos últimos doze meses se encontra em 4,81% (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2013), valor ainda excepcionalmente alto quando se procede a uma comparação internacional, valendo mencionar que Portugal e Espanha, na crise financeira severa que atravessam, pagaram de juros em 2011 o equivalente a 3,40% e 1,90% do PIB, respectivamente (BBC BRASIL, 2011).

Vejamos agora a evolução dos chamados gastos sociais, que, seguindo a metodologia de Jorge Abrahão de Castro (2012, p. 2-8), podem ser desdobrados em dois grandes grupos: gastos de proteção social (previdência social, saúde, assistência social e infraestrutura social) e gastos de promoção social (trabalho e renda, educação, desenvolvimento agrário e cultura). O gasto público social total, incluindo os gastos das três esferas de governo nas áreas anteriormente mencionadas, elevou-se de 19,2% do PIB em 1995 para 25,2% do PIB em 2010 (CASTRO, 2012, p. 12), um crescimento significativo. Entre todas as áreas, a que registrou maior crescimento de gastos foi a da assistência social, que mais do que triplicou seu valor em termos de proporção do PIB, passando de 0,41% em 1995 para 1,40% do PIB. Os gastos com o regime geral da previdência social também tiveram aumento significativo (chegando a 7,40% do PIB em 2010), ao passo que os gastos com o regime de previdência dos servidores públicos se mantiveram estáveis, no patamar de 4,35% do PIB. Gastos nas áreas de saúde e educação, apesar de terem tido aumentos mais discretos do que os grupos de assistência e previdência social, ainda assim apresentaram avanços consideráveis (CASTRO, 2012, p. 12-14).

Se os gastos financeiros e os gastos sociais foram os itens da despesa pública que realmente se expandiram no período pós-Constituição, Fabrício Augusto de Oliveira adverte para o fato de que, entre 1994 e 2007, caíram significativamente as despesas de capital, os investimentos públicos de longo prazo do governo federal, passando de 33,8% do total da despesa liquidada em 1994 para apenas 16,9% em 2007 (OLIVEIRA, 2009, p. 155), realidade que só foi parcialmente revertida recentemente, com os investimentos do Programa de Aceleração do Crescimento.

Os dados apresentados e analisados anteriormente não deixam dúvida de que os itens do gasto público que mais cresceram no período pós-Constituição foram, em primeiro lugar, os gastos financeiros (juros e encargos da dívida pública) e, em segundo lugar, os gastos sociais, em especial os relacionados à assistência e à previdência social, tendo sido reduzidos os gastos com investimentos públicos de infraestrutura de longo prazo (pelo menos até 2007), e permanecido estáveis os gastos com o funcionalismo público. A pergunta que deve ser respondida em seguida é: de que modo essa evolução no padrão

[7] Em 2002, a dívida líquida do setor público chegou a 60,4% do PIB. Em 2009, esse valor baixou para 42,1% do PIB e atualmente é de 35,4% do PIB (BRASIL, 2012b; BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2013).

dos gastos públicos contribuiu ou não para "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais", que a Constituição de 1988 definiu (art. 3º) como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil?

5. Os notáveis avanços sociais alcançados durante a vigência da Constituição de 1988 e a contribuição das finanças públicas: o modelo brasileiro

Na época em que a Constituição de 1988 era redigida, no final da década de 80 do século XX, a desigualdade social atingia no Brasil os seus máximos históricos desde o início da organização de registros nacionais relacionados à medição dos níveis de desigualdade, sendo que o pico histórico da desigualdade ocorreu exatamente em 1989 (NÉRI, 2011, p. 83), primeiro ano de vigência da Constituição de 1988.

A partir do início da vigência da Constituição de 1988, podem ser identificados dois períodos em termos de redução da desigualdade social: um período em que a desigualdade diminui a um ritmo mais lento (1990-2001) e um período em que a desigualdade diminui a um ritmo acelerado (2001-2012). O fato é que, em 25 anos de vigência da Constituição, o Brasil logrou atingir "seu menor nível de desigualdade de renda desde os registros nacionais iniciados em 1960" (IPEA, 2012, p. 8).

Vejamos alguns dados concretos, estritamente relacionados com os objetivos fundamentais do art. 3º, III da Constituição: erradicação da pobreza, erradicação da marginalização, redução das desigualdades sociais e redução das desigualdades regionais.

Em termos de erradicação da pobreza, há os seguintes dados: em 1995, a população com renda domiciliar *per capita* abaixo da linha de pobreza fixada nas Metas do Milênio era de 24,1 milhões de pessoas; esse contingente populacional foi reduzido a 10,2 milhões no ano de 2011 (IPEA, 2012, p. 10). Um aspecto muito importante dessa queda da pobreza é que, ao contrário do que ocorre em outras partes do mundo, no Brasil a queda acentuada da pobreza não é puro efeito do crescimento econômico, mas se deve, em cerca de 52%, a melhorias no padrão de desigualdade de renda (IPEA, 2012, p. 10).

Em termos de erradicação da marginalização, os dados demonstram que os grupos sociais tradicionalmente excluídos, como os analfabetos, os negros, as mulheres e as crianças, tiveram ganhos de rendimento bem acima dos grupos hegemônicos. Um exemplo: de 2001 a 2011, a renda real *per capita* dos que se identificam como pretos subiu 66,3%, dos que se identificam como pardos subiu 85,5%, e dos que se identificam como brancos subiu 47,6% (IPEA, 2012, p. 21).

Em termos de redução das desigualdades sociais, têm-se os seguintes dados: de 2003 a 2009, o crescimento da renda real *per capita* dos 10% mais pobres foi de 69%, ao passo que o crescimento da renda real per capita dos 10% mais ricos atingiu 12,6%. Assim, apesar de a taxa de crescimento global da economia brasileira não ter sido especialmente significativo no período, a taxa de crescimento da renda da população mais pobre o foi. Isso ocorreu num contexto histórico mundial em que se verifica o oposto: nos países desenvolvidos e nos demais BRICS (China, Índia, África do Sul e Rússia), assiste-se a um crescimento da desigualdade, em que os ganhos dos mais ricos superam os ganhos dos mais pobres (IPEA, 2012, p. 13).

Em termos de redução das desigualdades regionais, a renda do Nordeste brasileiro, de 2001 a 2011, subiu 72,8%, contra 45,8% do Sudeste. A renda nas áreas rurais mais empobrecidas cresceu 85,5%, contra 40,5% nas metrópoles e 57,5% nas demais cidades (IPEA, 2012, p. 21).

Nas áreas da saúde, educação, saneamento e habitação, os avanços também foram incontestáveis, se compararmos a realidade do período em que a Constituição entrou em vigor com a realidade atual. Ainda que a situação atual não seja satisfatória, o fato é que houve melhoras significativas nos últimos 25 anos na taxa de mortalidade infantil, na esperança de vida ao nascer, nas taxas de frequência à escola em todas as faixas etárias, na taxa de analfabetismo e no percentual de residências atendidas por esgoto sanitário e coleta de lixo (CASTRO, 2012, p. 16-17).

Cabe agora responder à seguinte indagação: em que medida as finanças públicas contribuíram para esses inegáveis avanços no efetivo cumprimento dos objetivos fundamentais da República traçados na Constituição?

No caso da erradicação da pobreza e da marginalização social, a contribuição das finanças públicas foi decisiva, uma vez que, como visto antes, houve sensível ampliação e diversificação dos benefícios, e os recursos orçamentários destinados à área da assistência social mais do que triplicaram entre o início da década de 90 e a época atual. No caso da redução das desigualdades sociais e regionais, os cálculos do IPEA apontam que a política de valorização real do salário mínimo teve uma contribuição fundamental, mas "sem as políticas redistributivas patrocinadas pelo Estado brasileiro, a desigualdade teria caído 36% menos na década" (IPEA, 2012, p. 9). O incremento dos gastos na área da assistência social, em primeiro lugar, e na área da previdência social, em segundo lugar, são claramente os que mais contribuem para a queda da desigualdade, valendo mencionar que esses gastos geram ao mesmo tempo crescimento econômico e queda na desigualdade, desmentindo o mito de que há sempre um *trade-off* entre crescimento e equidade (CASTRO, 2012, p. 23-24).

Quais são as especificidades desse *modelo brasileiro* de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais? A primeira especificidade é que a prioridade dada ao aumento dos gastos sociais conviveu com outra prioridade, de mesma ou – quiçá – de maior importância: a prioridade da geração de significativos superávits primários destinados ao pagamento dos vultosos juros da dívida pública. Como se sabe, os incrementos no pagamento de juros da dívida pública têm impactos concentradores de renda (OLIVEIRA, 2009, p. 160-162; CASTRO, 2012, p. 24-25), mas mesmo assim optou-se, desde 1999, quando a dívida pública atingiu níveis muito altos, por uma política conservadora de formação contínua de altos superávits primários, o que fez com que, em 2011, a dívida soberana brasileira deixasse de ser considerada pelas agências internacionais como de "grau especulativo" e passasse a ser considerada como de "grau de investimento".

A segunda especificidade do modelo brasileiro é que o relativo viés redistributivo identificado na evolução do padrão das despesas públicas não se verifica em absoluto no que diz respeito à evolução do padrão de equidade da carga tributária ao longo dos últimos 25 anos. No modelo brasileiro, como se viu na seção anterior, a tributação pós-Constituição não incorporou qualquer viés desconcentrador de renda. O ideal igualitário clássico de uma tributação progressiva e baseada nos impostos pessoais sobre a renda foi claramente rejeitado pela política tributária colocada em prática pelos poderes Legislativo e Executivo nos últimos 25 anos.

No modelo brasileiro, o papel da tributação na redução da desigualdade social é ambíguo: por um lado, o contínuo aumento da carga tributária fornece uma base segura de recursos disponíveis para a expansão dos gastos sociais; mas, por outro lado, parte dos efeitos desconcentradores da expansão desses gastos sociais é revertida pela regressividade de um sistema tributário fortemente baseado na tributação do consumo de bens e serviços.

Quanto ao uso das finanças públicas como instrumento de transformação social, esse modelo brasileiro é de fato ambíguo e procura compatibilizar interesses e tendências de signos opostos. Contudo, seus resultados concretos colhidos principalmente desde 2001 não deixam margem de dúvida em relação à sua efetiva capacidade para promover uma sensível redução da pobreza, da marginalização e da desigualdade social e regional.

6. Crítica à visão insulada da justiça tributária

Os dados apresentados e interpretados nas seções anteriores remetem a uma questão teórica muito importante no campo da tributação e das finanças públicas. Na visão tradicional, a justiça tributária é analisada de forma independente das indagações sobre a equidade ou a justiça da maneira global pela qual as ações governamentais atingem a vida das pessoas e a distribuição de renda, bem-estar e riqueza entre os indivíduos. De acordo com essa postura, afirma-se que determinada tributação é justa ou injusta independentemente da maneira como o uso dos recursos arrecadados afetará as pessoas que se submeteram à tributação.

Essa postura tradicional parece supor que a tributação é um fim em si mesmo. Entretanto, do ponto de vista social, a tributação é um aspecto, um momento ou uma etapa de uma atividade mais ampla desenvolvida pelo poder público: a atividade financeira. Daí resulta que, se o objetivo é avaliar como as finanças dos cidadãos são atingidas pelos atos do poder público, não se pode restringir a análise aos atos que transferem recursos da economia privada

para os cofres públicos (receita pública), mas também se devem necessariamente incluir na análise os atos que transferem recursos dos cofres públicos para a economia privada (despesas públicas).

A visão insulada da justiça tributária leva a julgamentos distorcidos. Veja-se o exemplo de um município cujo IPTU é cobrado com alíquotas altamente progressivas em função do valor do imóvel, mas cujo orçamento apresenta gastos e investimentos voltados sistematicamente para as zonas mais ricas do município. A visão estanque da justiça tributária afirmaria que, com a progressividade tributária, os proprietários dos imóveis de alto valor são mais sacrificados e arcam com um ônus econômico proporcionalmente maior do que os proprietários dos imóveis de baixo valor.

Essa visão insulada da justiça tributária conduz a afirmações como a de que "a graduação dos impostos [segundo alíquotas progressivas], de forma que os economicamente mais fortes paguem progressivamente mais por esses gastos do que os mais fracos, *levará a uma maior justiça social*" (DERZI, 1991, p. 178, grifo nosso). Contudo, sem uma análise global sobre a realidade orçamentária e das despesas públicas, nada autoriza a afirmação de que a progressividade tributária leva necessariamente "a uma maior justiça social". No exemplo acima, a progressividade de alíquotas do IPTU em razão do valor do imóvel não provoca qualquer redistribuição de renda ou redução da desigualdade social.

Por isso têm razão Liam Murphy e Thomas Nagel (2005) ao afirmarem que não faz sentido indagar a justiça dos sacrifícios ou dos ônus tributários sem levar em conta o padrão dos gastos públicos. Do ponto de vista da moralidade política e social, o que importa em termos de justiça não é se os impostos são divididos entre as pessoas de forma justa, mas se a totalidade do tratamento governamental dado às pessoas (levando em conta as receitas e as despesas governamentais) é ou não justo (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 36).

Como observa Marcelo Granato (2007, p. 35-53), criticar a visão insulada da justiça tributária não significa advogar que o exame da validade jurídica de determinada exação tributária tenha necessariamente que levar em conta aspectos relacionados aos gastos orçamentários. Se a cobrança de um dado tributo viola uma regra do ordenamento jurídico, como a regra de que o imposto sobre grandes fortunas deve ser instituído por lei complementar, a cobrança é inválida e isso independe do que venha a ser feito com os recursos eventualmente arrecadados. O que estamos defendendo é que se mostra arbitrário formular um juízo de moralidade política sobre a justiça de determinado critério (proporcionalidade, progressividade) ou base de incidência tributária (renda, patrimônio, consumo) sem incluir na análise a forma como os afetados pela tributação são atingidos pela política de gastos públicos.

7. Seria viável em nosso sistema político adotar o modelo clássico das finanças públicas transformadoras?

O modelo clássico das finanças públicas transformadoras no contexto do Estado Social Fiscal é composto por medidas fiscais que: (a) desoneram fortemente o consumo de bens e serviços, especialmente os de primeira necessidade, e oneram fortemente a renda, mediante impostos com alíquotas altamente progressivas, sem qualquer tratamento mais beneficioso às rendas oriundas do capital; (b) instituem alguma forma de imposto solidário sobre grandes fortunas; (c) redirecionam as despesas públicas para as áreas sociais, em detrimento de gastos públicos concentradores de renda, como o pagamento de juros sobre a dívida pública.

Apesar de a Constituição de 1988 não fazer uma opção específica por esse modelo de finanças públicas transformadoras, a adoção de tais medidas passaria facilmente num crivo estritamente jurídico sobre sua constitucionalidade. Ocorre que, nesses 25 anos de vigência da Constituição de 1988, a inviabilidade política desse receituário clássico de finanças públicas progressistas foi demonstrada de diversas formas, e em numerosas ocasiões.

Projetos de lei instituindo o imposto sobre grandes fortunas foram repetidas vezes derrubados na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (CARVALHO, 2011). Do Projeto de Emenda Constitucional que resultou na última grande reforma constitucional-tributária brasileira (Emenda Constitucional nº 42/2003), os dispositivos rejeitados pelo Congresso Nacional foram exatamente os que tornavam a tributação mais progressiva e orientada para as bases tributárias do patrimônio e da riqueza acumulada (progressividade das alíquotas do imposto sobre heranças e doações e do imposto sobre transmissão de bens imóveis por ato oneroso e *inter vivos*, incidência do imposto sobre veículos automotores sobre aeronaves e embarcações).

No arranjo político-institucional que se estabilizou no País nas duas últimas décadas, o presidencialismo de coalizão, nenhum partido político consegue eleger um número suficiente de parlamentares para implementar um programa de governo com uma orientação ideológica nítida e claramente definida, como é a orientação que emana do receituário clássico das finanças públicas transformadoras.

Por outro lado, a solução do *modelo brasileiro*, em que o conservadorismo da política tributária convive com uma política de gastos garantidora de importantes avanços sociais, mostrou-se extremamente viável do ponto de vista político. Pense-se, por exemplo, na crucial questão do financiamento eleitoral. Uma plataforma eleitoral baseada no clássico receituário das finanças públicas transformadoras certamente afugentaria os principais doadores de recursos nas campanhas partidárias (construtoras, conglomerados financeiros etc.), que veriam suas taxas de lucro e acumulação ameaçadas pela forte tributação progressiva da renda e do capital. Já no caso de uma plataforma eleitoral baseada nas finanças públicas do modelo brasileiro, os doadores de campanha não têm maiores motivos de espanto ou receio, visto que, por um lado, o sistema tributário permanecerá preservando de maiores sacrifícios os estratos mais altos da pirâmide social, e, por outro lado, a redução da pobreza e a maior desigualdade implementada pelos gastos sociais crescentes tendem a gerar mais crescimento econômico e, consequentemente, mais ganhos empresariais.

8. Conclusão

Nestes 25 anos de vigência da Constituição de 1988, as finanças públicas contribuíram para que os objetivos fundamentais de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais fossem em grande medida alcançados pela sociedade brasileira, que é hoje muito menos desigual e socialmente perversa do que era há um quarto de século. A contribuição das finanças públicas para a consecução desses objetivos não se deu pelo clássico modelo da tributação progressiva própria dos Estados Sociais Fiscais, mas sim por um padrão próprio, adaptado às especificidades políticas (presidencialismo de coalizão, forte dispersão partidária) e econômicas (forte endividamento público a partir de meados da década de 90, juros persistentemente altos) do País. Esse modelo brasileiro não é livre de ambiguidades e contradições, mas provou-se suficientemente versátil para operar uma histórica emancipação das camadas marginalizadas da população bra-

sileira sem gerar traumas, enfrentamentos ou colocar em risco a coesão do tecido social.

Referências

ALMEIDA, Mansueto; GIAMBIAGI, Fabio; PESSOA, Samuel. Expansão e dilemas no controle do gasto público federal. *Boletim de Conjuntura*, Rio de Janeiro, n. 73, p. 89-98, jun. 2006.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Política fiscal: nota para a imprensa. *Banco Central do Brasil* [online], Brasília, 31 maio 2013. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?ECOIMPOLFISC>. Acesso em: 6 jun. 2013.

BBC BRASIL. Peso de juros sobre dívida brasileira é o maior entre países do G20. *BBC Brasil*, São Paulo, jul. 2011. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/07/110727_divida_brasil_juros_rw.shtml#pagamentos>. Acesso em: 6 jun. 2013.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Análise da arrecadação das receitas federais*. Brasília: Receita Federal, 2009. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/arre/2009/Analisemensaldez09.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2013.

_____. *Análise da arrecadação das receitas federais*: dezembro de 2012. Brasília: Receita Federal, 2013. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/arre/2012/Analisemensaldez12.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2013.

_____. *Dívida pública federal brasileira*. Brasília: Tesouro Nacional, 2012b. Disponível em: <http://www3.tesouro.gov.br/divida_publica/downloads/kit_divida.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2013.

_____. *Carga tributária no Brasil*: 2011. Brasília: Ministério da Fazenda, 2012a.

_____. *Carga tributária no Brasil*: 2000. Brasília: Ministério da Fazenda, 2001.

_____. *Carga tributária no Brasil*: 2009. Brasília: Ministério da Fazenda, 2010.

CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de. *As discussões sobre a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas*: a situação no Brasil e a experiência internacional. Rio de Janeiro: IPEA, 2011.

CASTRO, Jorge Abrahão de. *Política social no Brasil contemporâneo*. Brasília: [s.n.], 2012. Disponível em: <http://www.politicaspublicas.crppr.org.br/wp-content/uploads/2011/12/Pol%C3%ADtica-Social-no-Brasil_jorge-abrah%C3%A3o1.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2013.

_____. et al. *Gasto social e política macroeconômica*: trajetórias e tensões no período 1995-2005. Brasília: Ipea, 2008.

CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY (CIA). The world factbook. *Central Intelligence Agency* [online], Washington, 2013. Disponível em: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2172rank.html>. Acesso em: 4 jun. 2013.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Princípio da igualdade no direito tributário e suas manifestações. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS, 5., 1991, São Paulo. *Anais*... São Paulo: IDEPE, 1991.

DWORKIN, Ronald. Taxes and legitimacy. In: _____. *Is democracy possible here?* Princeton: Princeton University, 2006.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GRANATO, Marcelo de Azevedo. A extensão da justiça tributária. *Revista de Direito Tributário da APET*, São Paulo, n. 15, p. 35-53, set. 2007.

GUIMARÃES, Ulysses. *A Constituição cidadã*. Brasília: Senado Federal, 1988.

HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Capacidad económica y sistema fiscal*: análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán. Madrid: Marcial Pons, 1998.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). A década inclusiva (2001-2011): desigualdade, pobreza e políticas de renda. *Comunicados do IPEA*, Brasília, n. 155, 25 set. 2012.

_____. Receita pública: quem paga e como se gasta no Brasil. *Comunicado da Presidência*, Brasília, 29 jun. 2009. Disponível em: <http://agencia.ipea.gov.br/images/stories/PDFs/comunicado/090630_comunicadoipea22.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2013.

LANGONI, Carlos Geraldo. *Distribuição de renda e desenvolvimento econômico do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*: os impostos e a justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e Direito Fiscal. In: GRECO, Marco Aurelio; GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

NÉRI, Marcelo. *A nova classe média*: o lado brilhante da base da pirâmide. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Revenue statistics 1965-2010*. Paris: OECD, 2011a.

_____. *Revenue statistics in Latin America 1990-2009*. Paris: OECD, 2011b.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. *Economia e política das finanças públicas no Brasil*.São Paulo: Hucitec, 2009.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University, 1997.

SANCHES, José Luís Saldanha. *Manual de direito fiscal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2002.

SOARES, Murilo Rodrigues da Cunha. *Maldita carga tributária*. Brasília: ESAF, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 5.

VASQUES, Sérgio. *Os impostos especiais de consumo*. Coimbra: Coimbra, 2001.

O Estado de Direito e o Poder Judiciário

Relato de uma migração conceitual

MARTA SUZANA LOPES VASCONCELOS

Sumário

1. Introdução. 2. O Estado de Direito segundo Danilo Zolo. 3. A concepção fraca do Poder Judiciário decorrente do movimento revolucionário francês de 1789. 4. A concepção fraca do Poder Judiciário segundo os federalistas americanos. 5. A concepção forte do Poder Judiciário no Estado de Direito contemporâneo. 6. Ativismo judicial e a onipotência do Poder Judiciário. 7. Conclusão.

> "Quando secam os oásis utópicos estende-se um deserto de banalidade e perplexidade". (Habermas).

1. Introdução

Marta Suzana Lopes Vasconcelos é graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe e mestre em Direito do Estado e da Cidadania pela Universidade Gama Filho (RJ). Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Coimbra-Portugal. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Doutoranda em Direito das Relações Internacionais pelo CEUB-DF.

O presente trabalho discorre sobre o conceito de Estado de Direito constante da obra de Danilo Zolo, ressaltando a sua estreita ligação com a doutrina dos direitos subjetivos ou "direitos fundamentais". Trata-se de uma teoria político-jurídica que põe em primeiro lugar a tutela dos "direitos do homem", mormente aqueles direitos reconhecidos em várias Constituições modernas: os direitos à vida, à segurança pessoal, à liberdade, à propriedade privada, à autonomia de negociações, além dos direitos políticos. Demonstra-se que a aplicação de tais direitos depende diretamente da participação do Poder Judiciário. Verifica-se que tanto os revolucionários franceses quanto os federalistas americanos amesquinharam a importância do Poder Judiciário, sendo que os primeiros consideravam que o julgador não tinha o direito de interpretar as leis, sendo-lhe reservado o papel de "boca da lei", e os segundos enxergavam-

-no como um Poder de menos importância. Foi dito que o Poder Judiciário tem desempenhado um importante papel ao decidir sobre questões relevantes relativas à política, economia e a leitura dos fatos sociais. Inúmeras são as participações do Poder Judiciário, principalmente nas questões de repercussão nacional, notadamente em sede de jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal em situações caracterizadas como ativismo judicial, bem como em questões denominadas judicialização da política e das questões intragovernamentais. Tal protagonismo da corte constitucional tem levado ao fortalecimento do Poder Judiciário como nunca antes visto na história do País.

2. O Estado de Direito segundo Danilo Zolo

A expressão "Estado de Direito" floresceu nos fins do século XX, sendo considerada uma das formas mais felizes da filosofia política e da filosofia jurídica ocidentais. O léxico "Estado de Direito" espalhou-se em vários idiomas, sendo comum falar-se em *Rechtsstaat, État de droit, Stato di diritto, Estado de derecho* e *rule of law* (COSTA; ZOLO, 2006, p. 3). Convém ressaltar que esta última expressão, *rule of law*, não tem a unidade conceitual que têm as demais com o conceito de Estado de Direito, devido às diferenciações dos contextos culturais e à relativa independência das teorias. Inicialmente a expressão "Estado de Direito" surgiu na Alemanha, na segunda metade do século XIX, e em seguida difundiu-se no continente europeu influenciando o direito público da Itália e da Terceira República Francesa.

A noção de "Estado de Direito" no Ocidente está em estreita ligação com a doutrina dos direitos subjetivos ou direitos fundamentais, como uma teoria político-jurídica que põe em primeiro lugar a tutela dos "direitos do homem", mormente aqueles direitos reconhecidos em várias Constituições modernas (direito à vida, à segurança pessoal, à liberdade, à propriedade privada, à autonomia de negociações e os direitos políticos).

Falar em "Estado de Direito" significa querer que as instituições políticas e os aparelhos jurídicos tenham por finalidade precípua a garantia dos direitos subjetivos (COSTA; ZOLO, 2006, p. 5).

Os teóricos do "Estado de Direito" são europeus continentais e anglo-saxônicos que pensam a filosofia fora do coletivo, do organicismo estatal, subordinando a dimensão pública ao primado dos valores individuais. Alguns confundem a expressão "Estado de Direito", com "Estado legal", "Estado liberal", "Estado democrático", "Estado constitucional" (COSTA; ZOLO, 2006, p. 7).

Pietro Costa e Danilo Zolo criticam o uso da expressão "Estado de Direito" porque ela floresceu na América num contexto de genocídio de índios, da escravidão dos negros africanos, bem como de discriminação racial. Semelhantemente, na Alemanha, o modelo nazista rejeitava a expressão "Estado de Direito", mas procurava torná-lo compatível com a experiência de um Estado totalitário, como "Estado legal", e fez uso da lei como instrumento normativo geral e abstrato.

"Estado de Direito" é entendido como um Estado moderno no qual ao ordenamento jurídico é atribuída a tarefa de "garantir" os direitos individuais, refreando a natural tendência do poder político de expandir-se e de operar de maneira arbitrária. A tese clássica do liberalismo europeu é que todo poder é funcionalmente necessário e socialmente perigoso. Essa tese reforça o fato de que o poder nas suas modalidades repressivas é indispensável para garantir a ordem, a coesão e a estabilidade do grupo político. O perigo do exercício do poder para as liberdades individuais reside na sua propensão ao autoritarismo e a todo tipo de arbitrariedade.

Para Carl Schmitt (1922 apud COSTA; ZOLO, 2006), a ideia de que o poder político possa ser juridicizado, ou seja, exercido segundo as regras gerais e neutras do direito, é uma ilusão normativa (kelseniana), porque o poder é por natureza "decisão", isto é, discricionariedade, parcialidade, particularismo, exceção. Decidir politicamente não significa regras: significa criá-las *ex novo*, e nisso está precisamente a função positiva, específica do poder político (SCHMITT, 1922 apud COSTA; ZOLO, 2006, p. 35).

Assim, os teóricos do direito julgam necessária a força do Direito positivo para conter as arbitrariedades usualmente exercidas pelos detentores do poder político. É necessário que os poderes do Estado estejam vinculados às regras do Direito. Todos devem obedecer à lei, inclusive os que detêm o poder, sejam representantes do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. Tal obediência significa menos discricionariedade, maior transparência e visibilidade e, por conseguinte, maior controle das ações governamentais pelos cidadãos. Tal limitação também reduz o arbítrio e fomenta a garantia dos direitos subjetivos.

A evolução do Estado de Direito nas sociedades ocidentais ocorreu de maneiras distintas. No sistema do *common law*, adotado pela Inglaterra e pelos Estados Unidos, a defesa dos direitos e liberdades fundamentais é feita de forma diferente nos dois países. Na Inglaterra não existe uma Constituição escrita, e os direitos subjetivos estão presentes nos precedentes judiciais, nas convenções sociais, nos costumes, tradições e práticas sociais milenares – todos assegurados pelas cortes ordinárias da *common law*.

Nos Estados Unidos, os direitos subjetivos estão positivados e assegurados em um documento denominado "Bill of Rights", agregado à Constituição Federal, a qual é escrita e rígida, protegida sobremodo pela Suprema Corte, a qual tem o poder de invalidar atos legislativos com base na supremacia da Constituição, por meio do processo de hierarquia das normas constitucionais e do *judicial review of legislation*.

Tal concessão foi feita em nome de uma superioridade normativa e irrevogabilidade formal dos princípios constitucionais. O modelo do *rule of law* americano foi muito mais efetivo do que o inglês, tendo evoluído para um empoderamento do Judiciário, concedendo-lhe mais poder na medida em que criou um modelo em que a Constituição estava acima de todos os Poderes, inclusive acima do Parlamento que a criou. Com a *judicial review of legislation* e a atribuição – a partir da sentença do juiz Marshall no processo "Marbury x Madison", de 1803 –, de um controle de constitucionalidade sobre os atos legislativos por parte da Corte Suprema, houve um fortalecimento do Poder Judiciário. Mesmo nos Estados Unidos da América, houve uma evolução do pensamento inicial dos Federalistas, que viam o Poder Judiciário como o mais fraco de todos os Poderes da Federação. A garantia dos direitos fundamentais elevou-se a tal ponto que

os Estados Unidos colocaram sobre os ombros do Poder Judiciário não só o poder de julgar as causas comuns – *ordinary case*, ou seja, litígios entre particulares –, como as grandes causas da União, ou melhor, da nação, com o objetivo de refrear os ímpetos do Poder Executivo e do Parlamento, contra as liberdades individuais.

Na França a tutela dos direitos subjetivos é o objetivo central do Estado de Direito que "autolimita" o poder soberano, submetendo-o ao respeito de regras gerais, válidas *erga omnes*. Para Carré de Malberg (1920 apud COSTA; ZOLO, 2006), é necessário fazer uma reflexão sobre a tradição constitucional francesa, tendo em vista que a ênfase recai no Parlamento, detentor da soberania popular, e o Poder Judiciário é visto de forma negativa, como resquício da revolução francesa. O citado autor entende que o monopólio exercido pelo Parlamento representa o maior perigo para as liberdades dos franceses. Após a Revolução Francesa, houve um desprestígio do Judiciário: os juízes não deviam intrometer-se no exercício do Legislativo e não tinham nenhum poder de suspender a execução das leis (MALBERG, 1920 apud COSTA; ZOLO, 2006, p. 23). Essa desconfiança fez a diferença entre o papel do constitucionalismo francês para o inglês e americano.

Dessa forma, estabeleceu-se uma orientação constitucional de aversão ao chamado "governo dos juízes", numa cerrada oposição dos jacobinos ao controle de constitucionalidade dos atos legislativos feitos pelos juízes.

3. A concepção fraca do Poder Judiciário decorrente do movimento revolucionário francês de 1789

A Revolução Francesa fragilizou o Poder Judiciário porque foi mais absolutista do que o Antigo Regime. Os juízes não tinham sequer o poder de interpretar as leis: podiam fazer uma transcrição literal de seu conteúdo, sem análise de princípios, notadamente os constitucionais. Eram, por isso, considerados a "boca da lei", instrumentos dóceis do poder. A famosa Escola da Exegese liderou esse pensamento (PERELMAN, 1996, p. 552-553).

Cito, mais uma vez, o pensamento de Danilo Zolo e Pietro Costa (2006, p. 25):

> "Quanto ao poder judiciário tanto nas declarações dos direitos como nos textos constitucionais da França revolucionária, tinha sido objeto de prescrições exclusivamente negativas: os juízes não deviam se intrometer no exercício do poder legislativo e não tinham nenhum poder de suspender a execução das leis. Essa desconfiança que era a consequência do papel desempenhado pelos magistrados no antigo regime fazia do equilíbrio constitucional francês algo profundamente diferente da Inglaterra e dos Estados Unidos".

Perelman leciona que a Revolução Francesa quis que o papel do juiz se tornasse puramente passivo, que se limitasse a aplicar a lei, expressão da vontade nacional, que fosse como um instrumento que executa de uma forma impessoal e uniforme a vontade do legislador (PERELMAN, 1996, p. 506). Na visão dos revolucionários, o Poder Judiciário deveria ser submisso ao Poder Legislativo, o que favorecia uma visão estatizante e legalista do Direito. Nas palavras de Perelman (1996, p. 185):

> "Desde a Revolução Francesa, e durante mais de um século, pondo-se no primeiro plano a legalidade e a segurança jurídica, havia acentuado o aspecto sistemático do direito e o aspecto dedutivo do raciocínio judiciário. Havia-se difundido a idéia de que este último não se diferenciava muito do raciocínio puramente formal: esta aproximação entre o direito e as matemáticas deveria garantir o funcionamento previsível e imparcial das cortes e dos tribunais."

Essa visão do Direito durou cerca de cem anos e somente começou a ser modificada por volta do final do século passado, tendo em vista que o juiz não deveria desempenhar papel algum na administração e construção da justiça. O papel do juiz ao fazer as suas sentenças assemelhava-se ao papel do lógico, do matemático, e a decisão era tida como um silogismo formal. Tal concepção retirava completamente do juiz o poder de desenvolver uma interpretação pessoal, sendo-lhe tolhido o poder de analisar valores a fim de construir uma argumentação jurídica que pudesse trazer justiça ao caso concreto. Em suma: o juiz não tinha o poder de criação do Direito, conforme ensinava Kelsen (1998, p. 390-391) em sua teoria pura do direito, segundo a qual o juiz tinha liberdade de interpretação dentro da moldura legal.

Julgar é, sobretudo, ato de interpretação e atualização do Direito, num contínuo repensar das leis, visto que a evolução social é muito rápida e não existe uma única decisão correta, como afirma o jurista Ronald Dworkin, para quem a decisão correta é a racional e juridicamente fundamentada. De acordo com Karl Larenz (1978, p. 499-500):

> "Os tribunais podem abandonar sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorreta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras. Entretanto ao tomar em consideração o fator temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correta agora não o seja."

4. A concepção fraca do Poder Judiciário segundo os Federalistas americanos

Entendiam os Federalistas Hamilton, Madison e Jay que o Poder Judiciário era o mais fraco dos poderes. Para eles:

> "Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos tem de atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa e nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem força e sem vontade, apenas lhe compete juízo, e esse só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo. *Já essa simples observação nos habilita a estabelecer os princípios seguintes: 1º) que o Poder Judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três; 2º) que, por isso mesmo, não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança do resultado; 3º) que é preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois.*" (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 458, grifo nosso).

Os autores modernos ressaltam que o Poder Judiciário deve ser verdadeiramente independente para que possa realizar o seu mister de julgar, pois – é preciso concordar com Montesquieu – não pode haver liberdade onde o poder de julgar não esteja bem separado do de fazer as leis e de as executar.

Assim, podemos concluir que não basta a simples existência de um Estado de Direito, com um ordenamento jurídico bem elaborado, com a supremacia da Constituição sobre as demais leis, se o Poder Judiciário for fraco e subalterno aos Poderes Legislativo e Executivo.

Com efeito, países que viveram sob o pálio dos regimes autoritários e ditatoriais, anularam o Poder Judiciário, retirando as garantias concedidas aos juízes pelos regimes democráticos: a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a vitaliciedade. Nesses regimes, os juízes exercem uma espécie de cargo comissionado, de livre exoneração "ad nutum", ao sabor das conveniências dos chefes despóticos.

Assim, a história tem demonstrado que países onde por muito tempo prevaleceram ditaduras, com a sua queda, observa-se o engrandecimento do Poder Judiciário, o que representa uma garantia de efetividade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, leciona Eugenio Raúl Zaffaroni (1995, p. 189-190, grifo nosso):

> "A maioria dos países latino-americanos superaram longas ditaduras e alguns deles verdadeiras catástrofes, mas, ainda que estas se mascarem em um contexto internacional, sua queda não se fez através de guerras internacionais como as européias, isto é, de derrotas internacionais que obrigaram à democratização de suas sociedades e seus judiciários, como condição iniludível para superar as catástrofes. (...) *As garantias razoáveis não podem ser proporcionadas exclusivamente pelos operadores partidários, cuja passagem pelo poder pode ser efêmera, mas devem ser garantias jurídicas que só podem ser providas por um poder judiciário independente e estável*."

Nesse aspecto, os Federalistas defendiam a necessidade de resguardar os juízes contra o perigo de seu amesquinhamento pelos Poderes Legislativo e Executivo, senão vejamos:

> "Segue-se, finalmente, que, como a liberdade nada tem que temer do partido Judiciário sozinho e tudo que recear da sua união com qualquer dos dois outros – como a dependência em que ele se achasse de um deles produziria todos os efeitos de uma verdadeira união, apesar de uma separação, em que em breve se tornaria ilusória e nominal – como, pela sua fraqueza natural, o Poder Judiciário está sempre em perigo de ser intimidado, subjugado ou seduzido pela influência dos poderes rivais – e como, finalmente, nada pode contribuir tanto para firmar a sua independência como a inamovibilidade dos juízes, deve essa instituição ser considerada como um elemento indispensável da organização do Poder Judiciário e como a cidadela da justiça e segurança pública" (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 458-459).

Além das garantias acima citadas, os juízes devem ter coragem para fazer a diferença, ou seja, para arrostar os atos arbitrários dos representantes dos demais poderes, a fim de fazer valer os comandos constitucionais, notadamente os remédios heroicos previstos em todas as Constituições liberais, tais como os que protegem a liberdade, a propriedade privada e todos os direitos de cidadania.

5. A concepção forte do Poder Judiciário no Estado de Direito contemporâneo

A Constituição Federal de 1988 confiou ao Judiciário um papel até então não outorgado por nenhuma das Constituições precedentes. Concedeu-lhe autonomia financeira e administrativa, além das garantias funcionais dos magistrados dignas de nota até no Direito Comparado (MENDES, 2012, p. 998).

Fica assentado, desde já, que um Judiciário forte só existe em sociedades democráticas que rendam homenagem ao que se convencionou chamar de Constituições, sendo o guardião de um imenso catálogo de direitos fundamentais, sociais e políticos. O empoderamento do Poder Judiciário ocorre também em virtude da cultura de judicialização de conflitos em sociedades de baixo nível intelectual, econômico e social, como as da América Latina, onde tudo se espera desse Poder.

A Constituição deve garantir as regras do jogo, mas não deve interferir no jogo, quem interfere para dar o apito final é o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, inclusive com a edição de súmulas vinculantes de eficácia "erga omnes" com efeitos semelhantes aos das leis, fazendo com que o Judiciário atue como legislador positivo.

A Constituição Federal brasileira criou a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal

declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, por atos comissivos ou omissivos, em ações diretas, além das ações declaratórias de constitucionalidade, ação declaratória de preceito fundamental e de outros remédios heroicos constitucionais de aplicação imediata, como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção e o mandado de segurança.

O Poder Judiciário é forte quando constrói o Direito mediante decisões judiciais e destrói os pactos diabólicos forjados pelos Poderes Legislativo e Executivo. O sistema jurídico funciona como elemento importante na estabilização das expectativas normativas, na linguagem de Niklas Luhmann (2006, p. 193). Diante de uma sociedade complexa, o Direito, ao dar respostas às demandas judiciais que diariamente se avolumam em todos os tribunais do País, opera como redutor de complexidades.*

Há um processo de judicialização de conflitos em todas as classes sociais, visto que a sociedade se tornou insegura e complexa, com a deterioração de valores familiares, morais e humanos. Por outro lado, o Estado-Administração não se mostra capaz de cumprir políticas públicas de saúde, educação, moradia e segurança pública.

Assim, é cada vez mais frequente o ingresso de ações que visam à proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. O Poder Judiciário não pode quedar-se inerte em face de casos urgentes como o de saúde, quando há pessoas portadoras de todo tipo de enfermidade, e o Estado não oferece as condições de tratamento para os cidadãos, que têm no Poder Judiciário a última esperança para a garantia de seus direitos.

O Executivo contribui sobremaneira para o aumento de lides, aprofundando a já conhecida crise do Poder Judiciário, com a sua conhecida litigância intragovernamental, num verdadeiro círculo de vaidades e de excesso de burocratização de atividades administrativas.

O Executivo, como é sabido, é o maior violador das liberdades, sendo comum utilizar tributos para fins de confisco. Outra grande participação do Judiciário é na solução das lides intragovernamentais, como bem analisou o Professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy na sua tese de livre-docência para o Departamento de Direito da Universidade de São Paulo, denominada "Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional", na qual assevera que o serviço público federal é o maior litigante do País, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça:

> "Pode-se cogitar também da diminuição de demandas junto ao Poder Judiciário, com resultados expressivos, inclusive otimizando-se a atuação deste Poder. A separação de Poderes, e a própria restrição de judicialização de questões administrativas, nesse contexto aqui postulado, *teriam como resultado o próprio fortalecimento do Judiciário*" (GODOY, 2012, p. 51, grifo nosso).

Conclui o professor que a pouca articulação interna do Executivo produz a recorrente judicialização dos problemas internos, com a quebra das relações harmônicas dos Poderes da República e com o não cumprimento das políticas públicas aprovadas pelas urnas (GODOY, 2012, p. 324).

A cultura de judicialização de conflitos exercida pelos entes federativos produziu uma espécie de medo na tomada de decisões, preferindo o gestor público transferir a responsabilidade

---

* A complexidade do sistema quer dizer excesso de possibilidades. Exemplificando: novos direitos que foram reconhecidos às minorias, como a proteção dada à mulher em situação de violência doméstica concedida pela Lei Maria da Penha. Direitos reivindicados pelos movimentos sociais, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, da Juventude, da Igualdade Racial, entre outros diplomas legais.

para o Judiciário, o que revela a incapacidade de discernir entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, entre o lícito e o ilícito. Transcreve-se, outra vez, o pensamento de Godoy (2012, p. 20):

> "A racionalização das práticas jurídicas, por meio da legalidade absoluta, em alguns casos, resultou na imobilidade de quem executa a lei. É mais fácil e seguro que o burocrata do Executivo deixe a tomada de decisões para o Judiciário. É medida de sobrevivência. A decisão, por parte do burocrata, implica riscos."

E mais: a judicialização de conflitos intragovernamentais produz aquilo que se convencionou chamar de ativismo judicial, sendo, por muitos, considerado uma deformidade do sistema de separação dos Poderes previsto por Montesquieu, bem como uma disfunção do papel jurisdicional em detrimento da função legislativa e da função administrativa.

A independência e harmonia dos poderes são vitais num Estado Democrático de Direito. Caso um dos poderes seja mais frágil, não haverá o "check and balance", ou seja, o poder não freará outro poder, fomentando a hipertrofia de um em relação a outro. O Executivo, detentor dos cofres públicos e aplicador das políticas públicas, tem sempre a tendência de agir de modo despótico e autoritário. Muitas vezes, observamos que o Executivo não respeita os direitos fundamentais encartados na própria Constituição e que por isso precisa ser vigiado e recolocado em seu lugar. Isso é feito por meio das decisões judiciais provenientes de um Poder Judiciário forte e independente.

Ao Poder Judiciário cabe a interpretação das leis. No Brasil, a obra octogenária de Carlos Maximiliano (1996), "Hermenêutica e aplicação do direito", permanece atual, tendo em vista a lucidez com que define a ciência da interpretação. Ensina o autor: "A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito" (MAXIMILIANO, 1996, p. 1).

O fortalecimento do Poder Judiciário, com as recentes decisões endeusadas pela mídia nacional, em processos que apuraram desvios éticos dos agentes públicos, tornou o Supremo Tribunal Federal o porta-voz de milhares de brasileiros, o que aumentou o crédito moral daquela Corte. Esse entendimento está descrito na reportagem da Revista *Veja*, "in verbis":

> "Os Ministros se tornaram porta-vozes dos anseios de milhões de brasileiros justamente por terem sabido o que era o Bem e o que era o Mal. Cumpre notar que os juízes do STF não acharam o direito nas ruas, no alarido dos bares ou nos debates das redações. Decidiram segundo a Constituição, as leis e a jurisprudência da Corte. (...) A luta dos homens por igualdade perante a lei produziu tudo o que sabemos de bom e de útil nas sociedades; já o discurso da igualdade ao arrepio da lei só gerou morte e barbárie (...) nas democracias, porque são iguais, os homens podem, então, ser diferentes. Nas ditaduras, em nome da igualdade, os poderosos esmagam as individualidades. Nas tiranias, porque são diferentes, os homens são, então, obrigados a serem iguais" (AZEVEDO, 2013, p. 65).

Inúmeras são as participações do Poder Judiciário, mormente nas questões de repercussão nacional, notadamente em sede de jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Podem-se citar alguns exemplos de julgamento de grande destaque no cenário político-jurídico nacional:

a. Ausência de consenso político no Poder Legislativo – projetos de lei – ações de (in)constitucionalidade com a modulação de efeitos – *judicial review*;

b. Ausência da execução de políticas públicas pelo Executivo e o comprometimento dos

direitos fundamentais, como o consequente apelo ao Poder Judiciário como última trincheira do cidadão;

c. Discussões com fundo moral: células-tronco, aborto-feto anencefálico, união e adoção por pessoas do mesmo sexo; cotas universitárias;

d. Atuação política do Supremo Tribunal Federal: perda do mandato de parlamentar que muda de partido, fixação do número de vereadores, intensificação do controle das CPIs;

e. Julgamento dos réus do "mensalão", proibição do nepotismo, pedidos de extradição de estrangeiros, julgamento de questões fundiárias, correção de aposentadorias, votação da EC nº 62, chamada Emenda do Calote;

f. Análise de vetos da Presidenta Dilma Rousseff à "Lei dos *Royalties* do Petróleo".

6. Ativismo judicial e a onipotência do Poder Judiciário

A Constituição Federal de 1988 dispôs sobre a separação dos poderes no seu artigo 2º, afirmando que são independentes e harmônicos entre si. Seu artigo 5º, XXXV dispõe que o Poder Judiciário não pode negar a jurisdição, por obscuridade ou ausência de leis. Então, como harmonizar os dispositivos constitucionais em situações concretas, de forma a realizar a justiça? Os tribunais têm decidido mediante interpretações que consagram os princípios constitucionais, em busca da máxima efetividade, porque isso é absolutamente necessário.

Elival da Silva Ramos (2010, p. 308) define o ativismo judicial; "in verbis":

> "Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias de função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes."

Assim, temos que o ativismo judicial ocorre na aplicação direta de valores da Constituição a situações não taxativamente previstas no texto e independentemente de manifestação do legislador originário; declaração de inconstitucionalidade de atos emanados do legislador segundo critérios menos rígidos que os de visível violação da Carta Magna e determinações para que o Poder Público cumpra as políticas públicas. O ativismo judicial

está presente em todos os países que possuem cortes constitucionais e são comumente aplicados em situações que requerem uma conduta positiva do Estado. Assim, diante da omissão do Estado, revelada pela ausência de leis, o julgador interpreta um princípio constitucional que se amolde à pretensão pretendida pela parte a fim de determinar que o Executivo, principalmente, conceda o bem da vida requerido. É importante ressaltar que tal pretensão deve encontrar espaço na moldura principiológica das Constituições.

Para os que veem o ativismo judicial como algo negativo, tendo em vista que os julgadores não foram eleitos pelo povo e que por isso não podem ter uma sentença criativa de direitos, assemelhadas à lei, entendo que tal crítica não merece prosperar, tendo em vista que o juiz não faz a lei para o caso concreto, mas aplica a Constituição promulgada pelos legisladores. O ativismo judicial existe não só pela falta de leis, ou pela omissão das leis em determinado ponto, mas porque os legisladores preferem deixar para o Poder Judiciário a tomada de decisão final, com receio de desagradar alguma parcela da opinião pública, principalmente em questões controversas de fundo moral.

Dessa forma, o Poder Judiciário exerce o ativismo judicial, o que para muitos é causa de desarmonia e invasão da competência dos outros poderes. Para outros, o ativismo judicial é considerado um mal necessário a fim de que se possa interpretar o sentido e o alcance das normas e princípios constitucionais com a máxima efetividade possível, sem que seja rompida a doutrina da separação dos poderes prevista na Constituição Federal, artigo 60, § 4º, III, elaborada magistralmente por Montesquieu, na obra denominada "Do Espírito das Leis".

7. Conclusão

A Constituição Cidadã de 1988 gerou um marco no Brasil, visto que foi porta-voz de mudanças nas áreas políticas, econômicas e sociais, inéditas na história do País. A atuação dos Poderes revela as consequências positivas dessa Carta Política. Podemos dizer que, antes da sua promulgação, havia uma hegemonia do Poder Executivo e o Poder Judiciário era o mais fraco dos poderes. Esse entendimento já havia sido denunciado pelos revolucionários franceses e pelos Federalistas americanos.

Vimos que, ao longo dos últimos vinte e cinco anos de existência da Constituição Federal, houve um empoderamento do Poder Judiciário, o qual tem no Supremo Tribunal Federal o ápice na hierarquia institucional, decidindo sobre questões que repercutem em todos os estratos sociais, fato que alarga a visibilidade desse Poder em detrimento dos demais, revelando o aumento de seu peso político.

Constatou-se que só existe Poder Judiciário forte em Estados que adotam o Estado de Direito, ou Estado Democrático de Direito, ou, como preferem os modernos, Estado Democrático Constitucional de Direito, visto que tem a função de ser o guardião da Constituição Federal, sendo o responsável pela jurisdição constitucional, com a eliminação do sistema jurídico de leis e atos normativos inconstitucionais, bem como a aplicação dos direitos fundamentais.

Verificou-se que a redemocratização do Brasil ocorrida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e o seguinte desenvolvimento econômico tem possibilitado o acesso das classes "C" e "D" aos bens de consumo, havendo uma explosão de lides judiciais, alargadas com a viabilização do acesso à justiça promovido com a estruturação das Defensorias Públicas nas unidades da federação e pela criação dos microssistemas denominados Juizados Especiais estaduais e federais.

Com efeito, a elevação da complexidade das relações socioeconômicas tornaram o Direito mais complexo. Diante de tantas possibilidades legislativas – tais como a proteção prevista nos estatutos do consumidor, idoso, criança e do adolescente, igualdade racial, juventude, mulher (representado pela Lei Maria da Penha) –, atribuiu-se ao Direito a função de estabilizador das expectativas normativas, operando como redutor de complexidades, contribuindo para atenuar, nos cidadãos, o sentimento de insegurança diante dos riscos do ambiente social, além de permitir uma interação social mais estável, ordenada e funcionalmente econômica. Todas essas circunstâncias conjunturais aumentaram a participação do Poder Judiciário na sociedade brasileira, tornando-o forte, independente e moderno.

O Poder Judiciário também se fortalece quando faz a atualização do ordenamento jurídico, decidindo não somente com base na letra fria da lei, mas fundamentado em "topoi" ou em princípios de justiça, com base em valores socialmente aceitáveis. Desta forma encontra legitimidade social, fato que funciona como um "feedback" positivo, reforçando mais e mais o ingresso de ações judiciais em todas as partes deste país continental. Em virtude da sua inoperância relativa a políticas públicas, notadamente as de saúde, aliadas à constante litigância intragovernamental, e de questões que envolvem distanciamento da ética dos ocupantes de cargos públicos, o Poder Executivo enfraquece-se.

Este trabalho concluiu que o empoderamento do Poder Judiciário por questões da política ou do mundo da vida não constitui quebra dos princípios da harmonia e da separação dos poderes, previstos por Montesquieu, mas um momento brilhante de exercício da democracia.

Podemos concluir que não basta a simples existência de um Estado de Direito, com um ordenamento jurídico bem elaborado, com a su-

premacia da Constituição sobre as demais leis se o Poder Judiciário for fraco e subalterno. Pelo contrário, o Poder Judiciário precisa ser forte o suficiente para ser o último refúgio de proteção dos direitos do cidadão contra os atos de arbítrio do poderoso Leviatã.

Referências

AZEVEDO, Reinaldo. O leão em cima dos grandes. *Veja*, São Paulo, ano 46, n. 3, abr. 2013.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O estado de direito*: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã*: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional. Tese de Livre-Docência para o Departamento de Direito do Estado – Área de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Biblioteca de Teses: São Paulo, 2012.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James; JAY, John. *O federalista.* Belo Horizonte: Líder, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* Tradução de José de Sousa Brito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrete. México: Herder, 2006.

MALBERG, Carré de. *Contribution* à la *théorie générale de l'État*: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Lógica jurídica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva: 2010.

SCHMITT, Carl. *Politische theologie*: vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. München: Duncker & Humblot, 1922.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário*: crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavarez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Celebrar ou recordar

O trabalho subordinado nos 25 anos da Constituição

MÔNICA SETTE LOPES
ERNANE SALLES DA COSTA JUNIOR

Sumário

1. A vida e os narradores. 2. Comemorar para rememorar ou rememorar para comemorar? 3. Memória, história e esquecimento. 4. O trabalho e a narrativa das tramas

> "A vida não é a que a gente viveu, e sim a que a gente recorda, e como recorda para contá-la" (GARCÍA MÁRQUEZ, 2004, p. 5).

1. A vida e os narradores

Mônica Sette Lopes é professora associada da Faculdade de Direito da UFMG; desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região; doutora em filosofia do direito.

Ernane Salles da Costa Junior é mestre em filosofia do direito pela PUC/UFMG; doutorando em filosofia do direito pela Faculdade de Direito da UFMG; bolsista de doutorado do CNPq.

Narradores de Javé é um filme brasileiro, dirigido por Eliane Caffé e lançado em 2003, que conta a história da luta para a preservação de uma cidade que desaparecerá, engolida pelas águas de uma represa. Como não possuem qualquer registro, por escrito, de propriedade de suas terras, os moradores se unem para recordar e contar a história do lugarejo, de modo a justificar a sua consideração como patrimônio histórico e, assim, provar o dano que a grande obra lhes trará, erigindo fundamentos para a reparação. A partir do mosaico das narrativas feitas por todos eles ao carteiro, único morador que sabia ler e escrever, constata-se a miscelânea das lembranças, dos esquecimentos e dos modos de interpretar a vivência oral recuperada de memória. A variedade das versões constitui um obstáculo à prova que pretendem fazer.

O filme, em sua tessitura alegórica, amolda-se bem como ponto de referência inicial do circuito que se quer traçar da disciplina do trabalho subordinado pela rememoração dos 25 anos da Constituição brasileira de

1988. As versões, na narrativa da vida em recordação, podem demonstrar a vitalidade dela. Mas há perguntas a responder. E elas situam-se na mesma linha interpretativa daquelas postas aos moradores de Javé e objeto de seu variegado relato sobre a cidade em que viviam.

Como recordar a história dos direitos para contá-los? De que forma a relação de emprego foi vivida a partir da promulgação da Constituição de 1988? Ou, se a permissão para uma celebração mais intensa pode ser feita, caberia outra pergunta ainda mais aberta para as versões: como a lembrança dos 25 anos da Constituição faz emenda com a dos 70 anos da Consolidação das Leis do Trabalho como experiências vivenciadas?

Não se trata de estabelecer uma reta conectando três pontos, que busque o 1º de maio de 1943, toque o 5 de outubro de 1988 e pouse no 5 de outubro de 2013, a condensar as sete décadas e as *bodas de prata* como se fossem um lá longe, um acolá e um aqui em dia de festa.

Trata-se de focar uma cidadela e de tentar expor a máxima substância das coisas por meio da compreensão do que aconteceu e de seus desdobramentos. Se uma geometria da história fosse possível, o traçado envolveria tangentes e paralelas, sobreposições e distanciamentos, hipérboles, retas entrecortadas, figuras "entramadas", curvas de variada gradação, tudo a interagir no complexo das relações, que não se esgotam na passagem pelos números dos dias que foram. E dos que ainda serão. Porque a CLT e a Constituição acontecem nos dias e nos lugares, no variado de um país de muitas fronteiras, de muitos esconderijos, de muitas vertentes.

O percurso não se reduz à versão dos juristas (professores, pesquisadores, advogados, juízes, procuradores, servidores etc), a analisar conceitos e ritos, a mensurar, com sua escala técnica e linguagem peculiar, o circuito de normas e de procedimentos. O caminho abre-se para empregados e empregadores, para sindicatos e sindicalistas, para contadores, administradores de empresas, técnicos de todas as atividades que trabalham no chão dos ofícios (LOPES, 2013). Para empresas enormes e para empresas minúsculas, em que o patrão é, ao mesmo, tempo, o senhor de todas as tarefas, pessoalmente enfrentadas na dimensão exata de sua pessoa, que se confunde com o empreendimento. Para empresas do centro da cidade e da periferia da cidade, do campo e da roça, na amplitude de uma realidade que se divide e, ao mesmo tempo, se conforma no *rururbano.*

Cada um tem a experiência das várias nuances do trabalho, a ser lembrada e a ser contada.

Há, então, que recordar essa múltipla vida vivenciada, na certeza de que só essa recordação e a narrativa dela podem conduzir à compreensão de um pouco do como *foi-é* cada um dos dias que transcorreram do 1º de maio de 1943 e do 5 de outubro de 1988, nos lugares todos em que o tempo correu sob o influxo da vigência das regras que se deram à luz com

suas promessas de justiça pelo direito. E a lembrança faz-se em lusco--fusco. Em um misturado incompatível com sistemas, ordem, pirâmides armadas para a pureza das teorias.

Lembra-se dos muitos pedidos de aviso prévio proporcional em todas as ações propostas a partir de 1988. Lembra-se da dificuldade de dizer sim porque não havia um parâmetro para todas as igualações. Lembra--se de dizer não sem reconhecer a lacuna regulamentar, essa dificuldade que a tradição do direito enfrenta sempre sorrateiramente. Lembra-se da OJ 84, de 1997, a definir que a proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora. Lembra-se da sessão de junho de 2011, em que o STF admite fixar o aviso prévio proporcional, no julgamento de um Mandado de Injunção. Lembra-se da rapidez assustadora da edição da Lei nº 12.506, ainda em 2011. Lembra-se da reforma constitucional, pela Emenda nº 45/2004, em que se impôs o comum acordo como pressuposto processual para o dissídio coletivo. Lembra-se do que isso significou como obstáculo à negociação coletiva pela resistência da categoria econômica. Lembra-se da alteração interpretativa introduzida pela nova redação da Súmula 277 do TST, que, invertendo inteiramente a posição anterior, fixa, em setembro de 2012, que as cláusulas normativas dos acordos coletivos ou das convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho. Lembra-se do futuro que não se pode profetizar: o que resultará dessa nova concepção, que parte da garantia de manutenção do negociado, prevista na redação dada ao art. 114 da CR/88 pela Emenda nº 45/2004, só o tempo construirá. A assimilação, a impugnação, a crítica, a reversão do processo de baixa negociabilidade, tudo futuro a divisar.

Cada uma dessas idas e vindas transmuda a realidade do direito constitucional e do direito do trabalho e interfere na articulação de várias vidas. O objetivo desse trabalho, singelamente, é fazer algumas perguntas em torno da vida vivida nos périplos das relações de emprego e das formas de recordá-la e de narrá-la a partir do cenário armado nºs 25 anos da Constituição de 1988 e, incidentemente, dos 70 anos da CLT.

2. Comemorar para rememorar ou rememorar para comemorar?

Por trás de toda comemoração coletiva e de toda data festiva de celebração de um acontecimento importante ou fundador, é possível identificar um esforço de tessitura da memória social, que tenta salvar o desaparecido, o passado, no resgate de valores, vidas, ações e imagens. Isso não será diferente quando se cuida dos 25 anos da Constituição e

das passadas dela, como texto e contexto, para além do acontecimento de (re)fundação de um sistema de normas jurídicas.

Na pretensão de não deixar que se apaguem os rastros e os vestígios ainda presentes de um tempo que não é mais, a comemoração é guardiã por excelência da memória contra as formas de esquecimento. Nesse contexto, deixa-se entrever uma relação íntima entre reminiscência e celebração, na medida em que uma imagem pretérita é revivida, reexperimentada como forma de produzir uma nova luz sobre o presente e renovar as formas de intervir no futuro. Reafirmando o valor de grandes feitos do passado e eventos que marcaram a história de um povo, a comemoração contribui para a construção de imagens de grupos sociais uma vez que é instrumento fundamental do laço social. Conquistas coletivas e datas importantes são apreendidas como símbolos de mobilização, e eventos fundadores são retomados a fim de produzir um sentimento social de pertença e de orgulho. A memória, assim celebrada, converte-se em um dever, que se expressa no imperativo "lembre-se!" (OST, 2005, p. 45-49).

A evocação do passado inscreve-se em uma tendência, exacerbada na atualidade, de entusiasmo em relação à preservação, à conservação, uma atitude fortemente marcada pela *retomada* e pelo *resgate*. O que está em jogo na memória, porém, é grande demais para ser abandonado ao entusiasmo ou à cólera (TODOROV, 1995). "O cerne do problema é a mobilização da memória a serviço da busca, da demanda, da reivindicação da identidade" (RICOEUR, 2007). O excesso na busca por memória implica sempre o risco da "complacência em demorar-se na celebração, na comemoração do passado em detrimento do presente: da ação e da intervenção no presente" (GAGNEBIN, 2011, p. 154). A rememoração em excesso é tão prejudicial quanto a sua falta, pois reifica uma imagem sacralizada do passado, tornando-o igualmente estéril (TODOROV, 1995). Assim, nem no excesso, nem na falta da retomada do passado, está-se diante de uma memória viva e narrável, que passa pelo crivo de uma apropriação crítica da própria história:

> "Nesse nível aparente, a memória imposta está armada por uma história ela mesma 'autorizada', a história oficial, a história aprendida e celebrada publicamente. De fato, uma memória exercida é, no plano institucional, uma memória ensinada, a memorização forçada encontra-se assim arrolada da rememoração das peripécias da história comum tidas como os acontecimentos fundadores da identidade comum. O fechamento da narrativa é assim posto a serviço do fechamento identitário da comunidade. História ensinada, história aprendida, mas também história celebrada" (RICOEUR, 2007, p. 98).

A comemoração não é, em si, execrável, mas deve ser publicamente colocada à prova e criticamente revisitada, para que não incorra em nostalgia do passado nem paralisia do presente. O ponto é, então, que ela não pode ser um vetor de cristalização da imagem do passado, mas deve ser "temporalizada", para adotar uma expressão recorrentemente usada por François Ost (2005). Isso implica expor a comemoração em movimento com a memória, em uma revivência crítica do objeto a ser rememorado, buscando-se reconstituir as intrigas e, com isso, recompor a própria trama dos variados tempos. Para isso, é preciso sair da posição da repetição pura e simples do objeto a ser celebrado para percorrer as diversas narrativas e os diversos silêncios e, assim, compreender o passado a partir do presente, na própria dinâmica descontínua que dá significado às lembranças e aos esquecimentos. No sentido de Paul Ricoeur (2007), no lugar de um "dever de memória", abstrato e suscetível de manipulação, coloca-se a necessidade de um verdadeiro "trabalho de memória", em sua dimensão reflexiva e crítica.

Nos jornais dos dias que se seguiram ao 5 de outubro de 1988, as manchetes não eram de certeza, nem de celebração. Havia dúvidas sobre o futuro com a *nova Constituição*. Havia dúvidas sobre como operar a realidade com as regra que se apresentavam e que alteravam as linhas de tratamento das relações humanas. Não foi diferente na relação de emprego. E isso se deve lembrar.

"Começa a fiscalização dos direitos trabalhistas; licença espera parecer" (FOLHA DE S. PAULO, 1988a). A manchete reforça a incidência do jurídico por excelência. *Começa a atividade de exercício de poder de polícia administrativa para aferir o cumprimento das regras e aplicar sanção-multa caso se apure conduta ilícita.* Na imposição das relações jurídicas de direito público, a fim de garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas, os fiscais se preparavam para ir às empresas e observar a internalização espontânea das obrigações que, entre os incisos do art. 7º, se afigurassem como plenamente aplicáveis. Quais eram elas? A pergunta se colocava e a ela respondiam juristas, agentes públicos, jornalistas. Uma das questões mais debatidas então dizia respeito à possibilidade do exercício amplo do direito de greve (art. 9º). A impressão era que haveria um movimento grevista incontível, incomensurável; mas a realidade não é tão facilmente plasmável pela simplicidade da norma. Junto com a liberdade do direito de greve, vigoram a possibilidade ampla da dispensa, o fator do desemprego e a baixa participação dos empregados no movimento sindical. A greve é um dado que funciona nas circunstâncias. Mas não em todas.

Outros aspectos alinhados nas discussões foram o da ampliação da licença maternidade de 90 para 120 dias e o da garantia de emprego para 5 meses após o parto, a contar da confirmação da gravidez. A necessidade de regulamentação do benefício previdenciário estava na fala dos dias, na incerteza sobre como fazer. O acertamento da insegurança interpretativa foi se assentando no curso do tempo, em relação a esse tema fechado e aos demais. No entanto, passados 25 anos, a mesma perplexidade ganhou as manchetes e os espaços da televisão e da Internet na discussão do que era autoaplicável em relação à Emenda Constitucional nº 72, de 2013, que ampliou os direitos dos empregados domésticos, dando nova redação ao parágrafo único do art. 7º da Constituição.

A lembrança do *frenesi* dos primeiros dias da Constituição não constituiu fonte para a reflexão sobre como se dá o processo de assimilação de uma nova realidade jurídica e de adaptação a ela em relação ao que ganhou as primeiras páginas como a *Pec das domésticas*. A sofreguidão e a angústia, porém, podem ser medidas pela mesma régua. Podem ser expressas pela mesma necessidade de entender o fenômeno complexo e relevante de absorção do conteúdo da lei e de prover o seu cumprimento adequado. Ali estava uma faixa daquela mesma Constituição de 1988, transmudada para estender direitos a uma categoria relegada a um plano diferenciado de proteção. Ali estava, mais uma vez, a dúvida sobre como aplicar o art. 7º da Constituição de 1988.

O processo de definição de direitos e de deveres não segue uma receita de itens objetivamente antevistos. Haverá sempre um transe de probabilidades em torno de como se formará a cultura naquela específica seara em que se assentam interesses antagônicos e necessidades pontuadas sob a tônica desses interesses. É diante desse percurso que se deve instituir a reflexão acerca da comemoração dos 25 anos da Constituição brasileira. Como uma ação retroativa que procura lançar novas perspectivas para o agir presente, tal celebração só faz sentido caso se inscreva nesse modo de comemorar que implica o alcance do passado em projeção, na

dinâmica de sua expansão por vários tempos e vários lugares e na própria compreensão da memória como veículo para a epistemologia do direito como fenômeno hermenêutico. O que está em jogo é colocar a comemoração da Constituição em movimento com as variadas histórias concretas que redefinem o próprio sentido do justo e do jurídico: trata-se de tecer a intriga das experiências que foram sendo reveladas nessas últimas décadas de história constitucional, em meio àquilo de que o direito se lembra ou sobretudo àquilo de que ele se esquece.

Lembrar-se de uma norma e do passado que ela construiu é necessariamente evocar o processo que a antecedeu e interferiu nas circunstâncias de seu nascimento e nos desdobramentos de sua entrada em vigor. Quando se trata da força fundadora da Constituição, o imperativo da lembrança expressa-se em muitas nuances. Nem todas alvissareiras. Nem todas dignas de se festejar. Em pronunciamento na televisão, na noite do dia 26 de julho de 1988, o então Presidente da República, José Sarney, disse que o texto da nova Constituição, aprovado em primeiro turno, deixaria o Brasil ingovernável. A *ingovernabilidade* atingiria também as empresas, as relações de trabalho, as famílias e a sociedade (FOLHA DE S. PAULO, 1988b). Uma das preocupações do Presidente eram os números da Previdência, decorrência da difusão de um padrão de garantias a partir do salário mínimo. Assim, entre as *intrigas* primeiras, está a premonição, declarada em rede de televisão, para o futuro da norma que se fabricava: Lembrem-se! Ela não vai funcionar!

Funcionou. Na lógica do possível, tecido de temporalidade, tem funcionado. O signo da *ingovernabilidade*, premente no anúncio de ineficiência, insere-se, entretanto, como crítica que continua sendo feita à Constituição, ainda que uma análise conformadora dos caminhos de sua assimilação espontânea aponte para a absorção mais natural do que a prevista pela profecia do Presidente da época.

Nos tópicos trabalhistas, a *ingovernabilidade* das empresas, se existe, não pode ser imputada ao fenômeno normativo constituinte com exclusividade. A avaliação dos últimos 25 anos não deve ser feita sem a consideração de contingências econômicas que envolvem dos excessos inflacionários do início da década de 90 às variadas influências das crises mundiais, lembrados aqui os fatos prenhes de historicidade em uma generalidade que implica riscos idênticos aos das comemorações em abstrato. O ser das coisas consuma-se na concretude. O mesmo se dá com a Constituição.

Fora do esforço de trilhar pelos percursos concretos das experiências jurídicas, um recorte que se faça congelando-se os 25 anos da Constituição esbarra no perigo da sacralização dos ideais e valores por ela proclamados. Estaríamos fadados a analisar o fenômeno constitucional em uma abs-

tração que carece muito da perspectiva que desvele o modo como o texto vem sendo, de fato, vivido e ressignificado pelos próprios participantes do jogo democrático. Uma visão meramente comemorativa e, ao mesmo tempo, sem memória acabaria por conceber a fundação da Constituição como um evento único de criação do direito no tempo, que, em um passe de mágica, instituísse e materializasse promessas e direitos fundamentais. Em sentido contrário a essa percepção, a Constituição não foi fundada em um processo único do passado, que tenha acontecido de uma só vez. Ela está em permanente refazer, replanejando as múltiplas interpretações do direito (LUHMANN, 1996, p.1), que tecem uma memória carregada da variedade das experiências e das narrativas jurídicas. Ela guarda a profecia da ingovernabilidade, a premência do muito a implementar, a constância da ação em uma cena dinâmica em que o jurídico se contorce de e na faticidade.

Enfatizar esse aspecto é colocar em evidência uma ação retroativa que identifica o tempo da Constituição dentro de um projeto de rememoração das experiências jurídicas que vem redefinindo de forma permanente e inacabada o próprio sentido daquilo que chamamos de cidadania:

> "Essa cidadania necessariamente envolve a permanente reconstrução do que se entende por direitos fundamentais consoante uma dimensão de temporalidade que abarque as vivências e as exigências constitucionais das gerações passadas, das presentes e das futuras" (CARVALHO NETTO, 2006, p. 28).

A concepção do cidadão-trabalhador ou do empregado-cidadão tem na Constituição um ato de passagem, uma ressignificação a qual só pode ser entendida com os olhos postos na continuidade narrativa que capta a história do direito do trabalho brasileiro, que vem de mais longe.

Um juiz do trabalho ou qualquer outro frequentador das salas de audiência da Justiça do Trabalho sabem o que uma carteira de trabalho incorpora. Ela pulsa a vida de alguém, mesmo nas lacunas. Mesmo que não registre. Ela é fonte de declarações sobre a identidade de um trabalhador no tempo de sua vida de trabalho e nos lugares onde trabalhou. O que faz, as férias gozadas, o tempo de casa em cada casa. A folha amarelecida. As pontas rasgadas. O calor. A umidade quando o empregado a retira do bolso de trás da calça para mostrar os registros. Os que estão ali e os que faltam. Cada uma delas carrega a linha do tempo da incidência das normas que regulam o trabalho humano, o que inclui as modificações de percurso. Cada página é uma celebração do tempo e da história de alguém no seu trabalho. E o dono da carteira sente isso com orgulho de seu próprio tempo. Em um estudo em que fala dos primeiros anos da

CLT, Bercovici (2010) reforça o nexo entre ela e a inserção do trabalho na esfera pública em que se disputam direitos e deveres:

> "O instrumento jurídico que comprova o vínculo do indivíduo com a cidadania é a carteira de trabalho. A extensão da cidadania ocorre com a regulamentação de novas profissões e pela ampliação dos direitos associados ao exercício profissional, ou seja, os direitos trabalhistas" (BERCOVICI, 2010, p. 256).

O processo pelo qual o documento carrega a cidadania do trabalhador é revivido na ação de seu registro e na omissão de fazê-lo. Cada ação em que se pretende o reconhecimento da relação de emprego é um pedido de socorro para a declaração da identidade de alguém. Cada CTPS anotada, cada reconhecimento espontâneo da configuração da relação de emprego são histórias que recuperam a lembrança da lei. E das Constituições. E de toda a regulação conjugada no esforço de definição de direitos e deveres atribuíveis a um certo modo de ser trabalhador.

Por isso, celebrar o tempo de vigência de um fenômeno de expressão jurídica como a CLT ou a Constituição não pode significar simples mitificação, nem mesmo na perspectiva de sacralização de um amplo rol de direitos fundamentais. Isso fica claro quando se trata do direito fundamental do trabalho, conforme os artigos 7º a 9º da Constituição vigente, que são ora tematizados. Olhar a Constituição de 1988, no sentido que se enfatizou até aqui, não pode significar o *culto ao passado* de conquistas normativas, nem o mero reprisar *comemorativo* do texto e dos conceitos jurídicos, ainda que sob a ótica da principiologia.

Na memória buscada desde os primeiros dias, não se viveu apenas da densidade alvissareira das promessas. Ao contrário, não há como desconsiderar o que o texto tem de disfuncional, expressão da dificuldade de acerto ou de consenso nas disputas travadas no processo constituinte. Vilhena (1994) enxerga isso nas *várias Constituições* compostas para regular a matéria trabalhista:

> "Ao prever a regulamentação das relações de trabalho, o Constituinte de 1988 acabou três Constituições em uma só, pois os direitos dos trabalhadores começam a ser previstos nos arts. 7º a 11, do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Dos Direitos Sociais), passam pelo art. 233, do Título IX (Das Disposições Constitucionais Gerais) e terminam no art. 10 do Ato das Disposições Transitórias. Nesse quadro, a exegese sistemática torna-se uma temeridade" (VILHENA, 1994, p. 67).

Lançando-se o olhar ao longe, no processo de discussão, identifica-se a precariedade no tratamento de duas questões pungentes: a estabilidade no emprego e os direitos do trabalhador rural. A dificuldade do concer-

to nessas duas áreas de interesse antagônico constitui uma das causas de assimetria inferida na montagem do texto da Constituição, o que, nos últimos 25 anos, implicou a colmatação das rupturas pela regulação ou pela atuação direta do Poder Judiciário, o que já fora claramente antevisto:

> "E basta este fato para ver-se que não é tarefa simples nem fácil empreender uma análise das regras constitucionais no campo do Direito do Trabalho, a começar exatamente pela insegurança do Constituinte no processo de sistematização da Carta, pois formalmente ela é assistemática e isto corresponde à insegurança, ao jogo e desencontro de forças políticas e ideológicas na sua construção, cujo decurso de tempo veio denunciar marchas e contramarchas no que se poderia chamar de *vontade do legislador*" (VILHENA, 1994, p. 67).

O fator de substância é que aquele *legislador* não era o ser de uma vontade, mas vários, com muitas vontades sem encaixe. A disparidade dos interesses e o seu acertamento vão se fazendo passo a passo, na modelação dos conflitos pela regulação infraconstitucional, pela solução judicial, pela edição de orientações jurisprudenciais pelas seções especializadas ou de súmulas pelo plenário do TST, pelo tratamento teórico das formas de compatibilização do texto da Constituição com a hermenêutica dos princípios.

O tema da garantia de emprego fixou, no inciso I do art. 7º, a sua direção tutelar e também o resultado da inviabilidade de definição de parâmetros, impregnados pela cultura da liberdade de rescisão, vigente desde a introdução do regime do FGTS. O envio da previsão do direito que deve ser garantido para a regulação por lei complementar (cujo quórum qualificado denota o esforço maior de negociação política) revela os contrapontos da pactuação política possível na época, na previsão do art. 10 do ADCT, no qual se fixou um aumento do percentual da indenização compensatória (quatro vezes maior do que o então vigente), ampliando-se a garantia de emprego dos cipeiros e das gestantes. No curso dos 25 anos de vigência da Constituição de 1988, foram previstas outras garantias, como a do art. 118 da Lei nº 8.213/91, incidente no que concerne aos acidentados ou aos portadores de doença ocupacional, afastados em gozo de benefício previdenciário (por mais de 15 dias), além de situações de garantia indireta, como a impossibilidade de dispensa do empregado reabilitado ou do portador de deficiência habilitado, sem a contratação de substituto em condição semelhante (art. 93 da Lei nº 8.213/91).

Aliadas a tudo isso, importam as contingências históricas do processo de assimilação da Convenção 158 (FRAGALE FILHO, 2008, p. 388-390; AROUCA, 2008, p. 231-246). Cada vez que o tema da estabilidade de emprego é posto em discussão, seja no grande cenário político, seja nas discussões doutrinárias, seja em cada processo judicial isolado, as divergências se situam dentro de matrizes antitéticas de interesses que reproduzem, na mesma medida, as discussões da Constituinte (DONATO, 2008, p. 653-670). Matéria que persiste no texto constitucional como uma promessa, o entendimento da minúcia dos fatores, na perspectiva dos vários intérpretes-interessados, sinaliza uma dificuldade de consenso ainda a ser transposta. Se isso não é benfazejo para as relações de trabalho, é uma realidade a ser enfrentada e transformada.

No que concerne à prescrição, a Constituição trouxe alterações que configuraram um dos aspectos *aflitivos* dos dias de sua elaboração. "Aumenta prazo para a prescrição trabalhista", estampava a manchete do jornal (FOLHA DE S. PAULO, 1988a). Quem atuava no período imediatamente seguinte à sua entrada em vigor

há de lembrar que todas as ações em que isso tinha peso discutiam a forma de incidência da *nova* prescrição e os efeitos sobre o tempo transcorrido anteriormente. A questão foi uniformizada em 1992, por meio da Súmula 308, que definiu os limites para a aplicação imediata do texto: o dispositivo incidiria imediatamente, mas não atingiria pretensões "já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988". Pode parecer clara a interpretação, a partir de um olhar retrospectivo, mas, mesmo que se adotasse um texto-modelo para aquelas decisões (e é preciso lembrar que se está falando de um tempo em que não havia o uso possível do computador pessoal), o enfrentar do tema, repetidas vezes, tem uma simbologia para a lembrança de como se deu a acomodação das questões constitucionais na prática trabalhista. O pequeno modelo de resposta para a fundamentação da questão envolvendo a prescrição era datilografado praticamente em cada sentença e registrado nas várias folhas abrangidas pelos efeitos do papel carbono, em um tempo em que as *demandas de massa* implicavam um esforço físico maior pela impossibilidade do *cortar-colar virtual*. Naquele tempo se cortava e colava e datilografava. Literalmente.

Mas o sinal claro da diversidade de Constituições em matéria trabalhista pode ser deduzido da regulação da prescrição quanto ao trabalho rural. Diferentemente do trabalhador urbano e fundada na presunção de menor acesso à informação sobre direitos, a prescrição aplicável ao trabalhador rural não tinha qualquer limitação quanto ao curso do contrato de trabalho. Ela incidia quando transcorridos dois anos da rescisão do contrato, possibilitando ao empregado deduzir pretensões relativas a todo o período, independentemente de sua extensão. O apelo do tema e das discussões levou a uma tentativa de acerto, para amenizar efeitos, que se consignou no art. 233 do Ato das Disposições Gerais, prevendo-se uma ação de prestação de contas a cada cinco anos, perante a Justiça do Trabalho, na qual o empregador rural poderia comprovar o cumprimento das obrigações trabalhistas e ficar isento "de qualquer ônus decorrente daquelas obrigações no período respectivo".

A possibilidade de o empregado e o sindicato que o representava não concordarem com a comprovação do empregador, que transmutaria a coisa discutida para litigiosa, e a possibilidade de o empregado, em qualquer hipótese, postular, judicialmente, os créditos que entendesse existir, relativamente aos últimos cinco anos, fizeram com que a medida não fosse assimilada como uma solução aceitável para o problema. Do ponto de vista estatístico, a sua propositura não tem qualquer peso ou relevância para a formação de uma cultura. É difícil encontrar quem a tenha experimentado. Nem mesmo a previsão de um acerto retroativo, pela declaração de regularidade do contrato de todo o período, estabelecida como efeito para a primeira *prestação de contas*, na forma do § 3º do art. 10 do ADCT, fez com que se instalasse uma adesão ao mecanismo criado pelo constituinte para cobrir os riscos de uma prescrição com parâmetros menos abrangentes. A prática revelou precário uso da faculdade de prestação de contas intercalar, demonstrando a ociosidade da solução aparentemente criativa. Recontar essa história, portanto, impõe uma análise de circunstâncias reveladas na prática de assimilação de uma ideia, produto da negociação política na Constituinte, e que se transmudou em letra morta pelo uso insignificante.

Nos vários tempos da vivência constitucional, a solução chega pela Emenda Constitucional nº 28, que, em 2000, uniformizou o padrão da prescrição para trabalhadores rurais e urbanos e, por conseguinte, revogou o art. 223 do Ato das Disposições Constitucionais

Gerais. De novo, os tribunais do trabalho se encheram de questões relativas aos limites de vigência temporal da norma, a suscitarem várias posições, acalmadas pela segunda versão da OJ 271 da SDI-1 do TST[1], que ampliou o sentido da versão editada em 27 de setembro 2002[2].

Essa amostragem, quase simplória, permite que se identifiquem alguns vetores da construção interpretativa em que o dissenso originário, aquele que esteve nas mesas da negociação política, se renova na linguagem pausada dos ritos processuais e de suas formas estreitas de impugnação. Inicial, defesa, razões e contrarrazões de recurso, muitas vezes, reescavam a história na medida em que reprisam argumentos na busca de focar o sentido da interpretação sob a ótica de um determinado interesse. A resposta do juiz (sim ou não), nas várias etapas da jurisdição, reescreve o texto da Constituição, reforçando-lhe o sentido, e, assim, renova-o na concretude. Visitar o tempo de vigência de uma norma, portanto, de qualquer uma delas, é ver a trama que os intérpretes engendram para decifrá-la na aplicação ao caso.

Cabe o esforço narrativo de rememoração de perspectivas muito concretas de ver a justiça sendo manufaturada, com os riscos implicados na composição desse tecido, ao longo dos anos e a partir do modo como os conflitos foram se colocando e sendo apreciados-interpretados. Para isso, é preciso indagar de que modo se constituiu a Constituição, no decorrer das últimas décadas, em termos de vivência do direito do trabalho. É preciso enfrentar o modo como o direito se lembra e se esquece.

Um incauto que analise distraidamente, pela mera curiosidade da leitura, a letra do inciso XXVIII do art. 7º da Constituição poderá apreender com facilidade o seu significado na lógica técnica dos conceitos de dolo e de culpa. É, no entanto, pouco provável que ele extraia dessa leitura o sentido exato do dispositivo em historicidade, se não souber das reviravoltas interpretativas no processo de definição da competência da Justiça do Trabalho para apreciar a questão e como isso interferiu na solução concreta de centenas de ações Brasil afora, com a pretensão à indenização por danos decorrentes de acidente de trabalho ou doença profissional por ato culposo ou doloso imputável ao empregador. Na memória dos conflitos, das pendengas, do ir e vir dos autos, dos trâmites e da litigiosidade a interferir na vida das pessoas ou de seus sucessores, está o dissenso, só pacificado com a interpretação da Emenda Constituicional nº 45/2004, dada pelo STF na decisão do Conflito de Competência 7.204-1-MG, que teve como relator o Ministro Carlos Ayres de Brito, publicada no DJ de 3/8/2005. A Justiça do Trabalho, a partir de então, passou a ver os trabalhadores mortos e mutilados e a enfrentar a morte e a mutilação deles como objeto da pretensão, como causa de pedir. Foi uma mudança drástica nas questões de reparação de danos, que se avolumam na narrativa das histórias mais impossíveis para a imaginação. A simplicidade do texto do inciso XXVIII mascara o muito que há a contar e a lembrar para prevenir e para evitar o infausto que o tempo não apaga.

Assim, para entrar nas tramas da memória do direito, na dimensão das histórias de trabalho, um caminho precisa ser percorrido na re-

---

[1] RURÍCOLA. PRESCRIÇÃO. CONTRATO DE EMPREGO EXTINTO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 28/2000. INAPLICABILIDADE (alterada) – DJ 22/11/2005. O prazo prescricional da pretensão do rurícola, cujo contrato de emprego já se extinguira ao sobrevir a Emenda Constitucional nº 28, de 26/5/2000, tenha sido ou não ajuizada a ação trabalhista, prossegue regido pela lei vigente ao tempo da extinção do contrato de emprego.

[2] RURÍCOLA. PRESCRIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 28/00. Processo em curso. Inaplicável. Considerando a inexistência de previsão expressa na Emenda Constitucional nº 28/00 quanto à sua aplicação retroativa, há de prevalecer o princípio segundo o qual a prescrição aplicável é aquela vigente à época da propositura da ação.

flexão do que seria propriamente essa atividade de rememorar. As indagações são imprescindíveis: de que modo a memória individual ou compartilhada se constitui e trabalha? Em que sentido se interconectam história, memória e esquecimento? Ou, mais precisamente, em que sentido é possível reconstruir e resgatar fragmentos de uma história do trabalho como parte da memória das experiências constitucionais? Como falar de trabalhadores trabalhando, de trabalhadores morrendo ou sendo mutilados? Como falar do tempo de trabalho, do salário, da saúde do trabalhador no movimento dos dias e em cada lugar onde isso ocorra? Como falar das crianças que trabalham nas empresas, nos sinais de trânsito, nas esquinas, nas altas horas da noite nas ruas? Repensar essas questões, eis a tarefa a se enfrentar.

3. Memória, história, esquecimento

A memória, a história e o esquecimento são conceitos distintos, mas seus itinerários se cruzam num lugar, que é o da representação do passado. De fato, um enigma parece circundar essa problemática da representação do tempo pretérito, uma vez que "o que foi" já "não é mais", de modo a tornar complexa qualquer discussão acerca de um registro fiel e seguro do passado (RICOEUR, 2007). Havia uma barreira à incorporação de certas categorias na órbita da definição polarizada de empregado e empregador. Não se pode ver o *já não é mais* dessa história como uma conquista. Rever as razões de antanho, enfrentá-las, incorporá-las à compreensão do ritmo dos discursos constitui uma providência salutar para o alerta contra perigos que são de todos os tempos[3].

Na tradição do Direito do Trabalho, a partir do aporte fundador que se dá com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho, o processo de inserção do trabalhador entre os que são atingidos pela disciplina trabalhista não se passa de modo absoluto. Uma visita, hoje, às razões daquele tempo revela fundamentos inaceitáveis, mas apropriados no contexto do embate dos interesses a partir daquele horizonte definido. Pode-se reler isso na obra de 1943 sobre a compatibilização entre a Constituição de então e a matéria trabalhista:

> "Sem a fraqueza e o abstencionismo do regime liberal democrático inadaptável às atuais condições de vida dos povos especialmente de uma Nação em marcha, sem adotar a solução corporativa integral que seria a supressão da representação nacional eleita pelo voto, a Constituição de 1937 integrou o país em um regime – a democracia econômica – capaz de levá-lo à posição de destaque que, pela sua riqueza, sua população, seu território e seu passado histórico, lhe compete no concerto das Nações, e de respeito e colaboração na ordem internacional que terá de ser estabelecida após a guerra mundial que assistimos" (SUSSEKIND; LACERDA; VIANA, 1943, p. 133-134).

Havia uma guerra mundial, cujo resultado não se podia antecipar em 1943. Havia um regime totalitário a conduzir a política nacional. Havia a necessidade de regular as relações entre empregador e empregado. A autonomia do processo interpretativo e a reconstrução que lhe é característica despregaram o texto da CLT daquela marca de origem e de seus vícios. Ela certamente não é o que era em 1943. E não é o que era em 1988.

A solução legislativa fixada naquele primeiro momento excluiu os empregados domésticos e os trabalhadores rurais (art. 7º da CLT). Esqueceram-se as justificativas na evasiva. "Mas o legislador, por motivos cuja discussão escapa

[3] Colateralmente, sugere-se a instigante e, ao mesmo tempo, temerária leitura do José de Alencar (2008) de *Cartas a favor da escravidão*.

aos limites deste livro, opõe, em certos casos, uma barreira à tendência de expansão do direito especial" (SUSSEKIND; MARANHÃO; VIANA, 1987, p. 153). A confluência dos 25 anos da Constituição com os 70 anos da CLT exacerba o que ela deixou para fora no contexto dos interesses da época de sua elaboração, em um Brasil que era muito mais rural do que urbano. Um país onde a lógica do trabalho doméstico ainda é vista como um costume naturalíssimo e desprendido dos elos com o trabalho subordinado dos outros trabalhadores.

"Não podem, na verdade, ser considerados os domésticos como assalariados" (SUSSEKIND; LACERDA; VIANA, 1943, p. 66). No desprezo da atividade eminentemente feminina, ressaltava-se a falta de valor econômico, como se a economia doméstica não produzisse efeitos concretos no consumo. O fundamento no caráter "não econômico" da atividade era interpretação repetida uniformemente por vários autores situados no espírito de seu tempo (SUSSEKIND, 1960, p. 153-154). Lavar roupa em casa ou mandá-la a lavanderia, alimentar-se em casa ou alimentar-se fora, cada uma dessas opções implica custos que devem ser assumidos pela unidade doméstica (pelo *estabelecimento doméstico* ou pelo *empreendimento doméstico*) e podem implicar sobras a serem consumidas ou poupadas. O trabalho doméstico, portanto, assim como o trabalho da dona de casa (desprezado com igual firmeza argumentativa), tem valor econômico. O mesmo discurso excludente de 1943 foi ouvido na aprovação da Emenda Constitucional nº 72/2013. Como se nada tivesse mudado.

Em 19 de outubro de 1972, o jornalista Joelmir Betting publicou sua coluna (Notas econômicas) com o título *As domésticas*. Imaginava um diálogo com uma doméstica e sua patroa à vista da iminência da edição da norma que obrigava ao registro da CTPS da categoria:

> "O moço bem vestido, pasta preta na mão, desce do fusca e aperta a campainha:
> - A senhora trabalha aqui?
> - Sou a doméstica.
> - Está registrada?
> - Está o quê?
> - Registrada na casa, no INPS, ganhando salário mínimo de doméstica?
> - Acho que estou. Tem uns papéis aí.
> - Sou fiscal do trabalho e gostaria de ver os documentos" (BETTING, 1972, p. 19).

O texto segue alertando para o que seria uma disparidade na comparação da casa com uma empresa, da doméstica com um outro empregado qualquer. Há um toque de ironia, que sai da pena muito aguda do bom escritor. E, exatamente por isso, salta aos olhos na leitura recapituladora.

A Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, previu a anotação da CTPS e a inclusão do empregado doméstico como contribuinte da Previdência Social, no percentual de 8% a cargo do empregador e 8% a cargo do empregado. Foi, ao longo do tempo, cumprida e não cumprida, mas certamente mal assimilada. Passados 16 anos, a Constituição fez a correspondência de alguns direitos do trabalhador urbano (férias, aviso prévio, repouso semanal remunerado) ao doméstico. Mas a absorção dos novos vínculos tampouco se fez facilmente.

O FGTS passou a ser facultativo a partir da Lei nº 10.208/2001, e o seguro-desemprego, devido para os que exercessem a faculdade de recolher para o fundo. A Lei nº 11.324, de 2006, estendeu-lhes algumas das previsões comuns da Constituição, a saber: a estabilidade, a contar da confirmação da gravidez, até 5 meses após o parto; a paridade no número de dias de férias (dos 20 previstos em 1972 para os 30 aplicáveis a todos os trabalhadores como mínimo).

Na releitura dos direitos em prospecção, é possível inferir se "o que foi" existiu realmente e se deixou marcas, pegadas, vestígios. E isso

pode ser reconhecido, pois o que foi experimentado não está presente, mas talvez ainda sobreviva como lembrança. Uma recordação dá-se como uma imagem do que já está realmente ausente, mas já existiu, no passado. "Encontram-se reunidos três traços de forma paradoxal: a presença, a ausência, a anterioridade. Para o dizer de outra forma, a imagem-recordação está presente no espírito como alguma coisa que já não está lá, mas esteve" (RICOEUR, 2007, p. 2).

A sucessão e a gradual adaptação ao novo padrão regulador trazem a impressão de perenidade e fazem com que o que passou seja relegado ao esconderijo da memória. Onde estava o trabalhador doméstico em 1943, em 1972, em 1988? Onde está ele em 2013? Há a presença, que é escancarada. Há a ausência, na sua estranha invisibilidade. Há anterioridades, em um processo que chicoteia a face dos que estranham os percalços da luta por direitos.

Se isso se dá com o trabalhador doméstico, passa-se também com a distinção atribuída ao trabalhador rural na origem da regulação.

As discussões travadas no processo constituinte e de que resultaram as estipulações quanto à prescrição e à paridade de direitos a que se fez referência trazem uma ideologia que pode ser topicamente recuperada na argumentação de doutrinadores-legisladores de outros tempos:

> "Não está, assim, desamparado o trabalhador rural brasileiro; apenas os dispositivos da legislação do trabalho não lhes foram estendidos desde já, em toda a sua plenitude, pelas condições especiais do país, pelas dificuldades de sua aplicação, o que tornaria aquela legislação sem efeitos reais.
>
> Há, entretanto, no espírito do Estado Nacional, uma ampla tendência de amparo ao trabalhador do campo, procurando facilitar que ele se torne proprietário do solo, incentivando-o a colaborar no progresso do país, na marcha da civilização para o oeste, em busca de terras inexploradas ainda" (SUSSEKIND; LACERDA; VIANA, 1943, p. 67-68).

A mitigação dos interesses e das necessidades cai em argumentação que se assemelha à usada quanto ao trabalhador doméstico. Segundo ela, as condições da relação entre o trabalhador rural e o proprietário da terra "situam-se dentro de um campo sentimental, com profundo sentimento humano de colaboração e de amizade, sem aspectos de choques de interesses, melhor compreendidos no campo industrial, que faculta a disputa do trabalho, pela concorrência de salários, etc." (SUSSEKIND; LACERDA; VIANA, 1943, p. 68).

O trabalhador rural foi conquistando os direitos a partir da edição da norma de 1943 (SUSSEKIND, 1960, p. 157-173), que, mesmo negando a inserção total, garantiu-lhe o salário mínimo, férias anuais, entre outros benefícios pontuais; passou-se pelo Estatuto do Trabalhador Rural (Lei

nº 4.214/1963) e pela Lei nº 5.886/1973, até a assimilação completa na CR/88 (DONATO, 2008, p. 161-171), exceto quanto à prescrição, mantida a condição mais vantajosa, no pressuposto do menor conhecimento e da maior dificuldade de lutar por direitos em relações mais próximas e mais longas (ainda não se podia falar, em 1988, de agroindústria). A mobilidade dessa história e aquilo que a memória corriqueira alcança continuam sendo um sinal das impressões deixadas no processo de assimilação dos direitos. Olham-se os direitos hoje como se eles fossem de sempre, na efusão do conquistado, sem a percepção dos riscos que há em cada conquista.

Recorrendo aos gregos, Ricoeur (2007) apropriou-se de uma metáfora para a elucidação do enigma da ausência e da presença no ato da recordação. Trata-se da figura da impressão que fica marcada em um bloco de cera. As impressões deixam um rastro mais ou menos expressivo, assim como algumas imagens estão mais presentes em nossa memória ou mais suscetíveis ao esquecimento. A impressão é a marca que fica em cada um e inscreve a lembrança de uma presença que não existe mais. Tal lembrança evoca, no presente, a imagem de "algo que foi" e "não é mais", mas que corre sempre o risco de se apagar definitivamente:

> "A memória vive essa tensão entre a presença e a ausência, presença do presente que se lembra do passado desaparecido, mas também presença do passado desaparecido que faz a sua irrupção em um presente evanescente. Riqueza da memória, certamente, mas também fragilidade da memória e do rastro" (GAGNEBIN, 2006, p. 44).

A memória, então, condensaria um ato de atualizar a coisa passada e, para isso, ela exerce profundidade temporal, distanciamento. Rememorar é representar, no presente, a imagem de algo está ausente, de modo a resgatar o que foi experimentado como uma espécie de repetição: a coisa não vem, mas vem a sua imagem. E a imagem, embora remeta a um acontecimento que realmente existiu, está sempre permeada pelo fantasma do engano e da ilusão. Na medida em que os acontecimentos pretéritos não se encontram totalmente acessíveis no presente, a representação do passado emerge de construções e discursos, o que a aproxima da imaginação. Ainda assim, "a memória é do passado" (RICOEUR, 2007, p.34), como lembra Ricoeur, fazendo referência às análises de Aristóteles. A memória tem uma ambição veritativa, quer apresentar o passado como, de fato, ocorreu, no sentido de que aquilo que se lembra é reconhecido como algo que foi realmente experimentado.

No ideal do constitucionalismo, em matéria trabalhista também, quer-se apresentar a marca da verdade da ampla garantia de direitos e de uma tutela funcional que, de algum modo, obstaculize a sanha por

lucros a qualquer custo do capital. A limitação do tempo de trabalho, a garantia de salário em patamares específicos, a proibição de alteração do contratado, a proteção da saúde e da segurança, a vedação do trabalho infantil, a garantia da isonomia são linhas gerais nesse processo de acomodação de interesses antagônicos que a Constituinte viveu e a Constituição revela e reproduz.

Não se pode, entretanto, esquecer a ação para a comunicação desses direitos e para a sua internalização. A imposição da regulamentação, como ressalta Krotoschin (1977, p. 38), não significa que "a incorporação dos direitos sociais a texto constitucional tenha caráter apenas simbólico ou programático". A consagração constitucional dos direitos e princípios "relativos ao direito do trabalho e seguridade social, no seu conjunto, além de seu sentido jurídico, deve avaliar-se, sobretudo, como culminação de um processo histórico e político" (KROTOSCHIN, 1977, p. 39).

Um artigo publicado no dia seguinte ao da promulgação da Constituição pode dar uma ideia do ambiente da época e projetar os riscos desse processo histórico e político que se renova na interpretação e aplicação da norma:

> "A nova Constituição brasileira acumula tantas intenções, procura responder a tantos problemas, reflete tantos interesses, que o discurso de Ulysses Guimarães na cerimônia de sua promulgação parecia não caber dentro de si mesmo. A nova Carta foi descrita como "a Constituição coragem, a Constituição Cidadã, a Constituição Federativa, a Constituição Representativa e Participativa, a Constituição do Governo Síntese Executivo-Legislativo". Ulysses comparou-a a uma luz de lamparina e a um caramujo; os líderes partidários foram lembrados como o "vestibular da Constituinte"; ele próprio, como um "caçador de nuvens", que ouviu os clarins da participação popular, o "canto do rio" e – mais previsivelmente – os passarinhos" (COELHO, 1988).

E termina:

> "Dificilmente poderia haver texto tão específico em suas determinações e tão flexível, tão indeterminado, tão permeável ao que se pretenda fazer na sociedade brasileira. Não por acaso, assim, é arriscado definir a Constituição; trata-se de um verdadeiro enigma – e, neste ponto, não haveria texto mais adequado para a realidade do país daqui para frente" (COELHO, 1988).

O enigma renova-se na tensão sobre a memória das normas em movimento. Nas imagens do discurso inaugural, os vários papéis são anunciados: não se podia prever como seriam representados dali por diante. É provável que a Constituição continue sendo enigma. Lamparina e caramujo. Deve ser lembrada dos dois modos. Instaura-se, mais uma vez,

um paradoxo: a memória não é nem registro absoluto e totalmente fidedigno do passado, nem sua mera reconstrução imaginária. A memória instaura-se nessa tensão entre verdade e imaginação. Esse ir e vir tem implicações nos campos ético, jurídico e político: "o conhecimento do passado tem por alvo não só a si mesmo, numa pretensa objetividade desinteressada, mas muito mais uma relação de intensidade ao passado que possibilite uma atitude e uma ação mais justas no presente" (GAGNEBIN, 2011, p.156). Por isso, a memória é constituída em terrenos de conflitos, obscuridades e disputas.

Exemplos acabados desse processo sobre o que lembrar e o que esquecer são o sindicalismo, a partir de sua história (inclusive a regulamentar), e a pontuação no art. 8º da Constituição. Fixou-se no texto constitucional uma mescla de "elementos de autonomia e de heteronomia" (NASCIMENTO, 2011, p. 93). Ao lado da liberdade e da ausência de intervenção estatal, está a restrição da base territorial ao município. Ao lado da pluralidade de cúpula, a unidade de base (NASCIMENTO, 2011, p. 95). De um lado, as centrais e sua influência nas disputas pela gestão dos sindicatos; de outro, a proliferação de sindicatos pela subdivisão das categorias, que traz para a ideia da unicidade abalos e dificuldades de interpretação que se revelam nos processos julgados na absoluta falta de parâmetros. Quem enfrenta, no exame dos processos, a necessidade de estabelecer o enquadramento sindical de empregados ou de empresas sabe que a unicidade não representa a força de certezas que parece advir do inciso II do art. 8º da CR/88. Mesmo quando se considera o uso do argumento de vinculação à atividade-fim da empresa, na definição das bases de enquadramento, sabe-se que a prova é sempre precária e encontra a ruptura de interpretação que vem da possibilidade de *dissociação* de que cuida o art. 571 da CLT. Não se trata de pluralismo sindical no sentido típico, mas a facilitação para a criação de entidades sindicais a partir da *desconcentração de atividades e profissões* é fenômeno significativo da realidade sindical posterior à Constituição de 1988, porque decorrente da desnecessidade de autorização estatal (art. 8º, inciso I).

O sindicato é normalmente analisado como entidade abstrata. Os ideais do sindicalismo acabam respondendo pela forma e pela substância das conjecturas, em uma acentuada seleção dos dados reais a considerar e de até onde ir no conhecimento das questões e no enfrentamento delas. As experiências comparadas são propostas como se pudessem, em um passe de mágica, mudar o estado das coisas. A Constituição é constantemente criticada por haver mantido o regime unicidade (no interesse dos sindicatos), mas não se discutem as causas da participação diminuta da massa dos trabalhadores na vida sindical e os efeitos disso, se vigente a pluralidade. A ideia de que a pluralidade seria suficiente para atrair maior e mais efetiva participação não é uma postura consentânea com o que se ouve nas salas de audiência, o que se sente e se experimenta nas negociações coletivas, nas disputas políticas pela direção das entidades. Seria possível uma comparação com a experiência atual dos muitos partidos e de seu poder de barganha? A resposta não é viável no plano da antecipação de um futuro projetado. No entanto, o sindicalismo brasileiro talvez seja o segmento de interesse do direito do trabalho em que o esquecimento das vicissitudes e a baixa reflexão crítica dos aconteceres desempenham papel mais proeminente na compreensão da realidade.

Isso se dá porque a representação do passado é permeada por interesses e deslocamentos. A recusa em enfrentá-lo no que concerne ao sindicalismo em sua versão brasileira é um dado que se desdobra nos conflitos levados a juízo, até mesmo no que concerne ao valor dado

às negociações coletivas e à sua expressão nas normas coletivas. Na manchete do *site* do TST, a notícia de manifestações de representantes de sindicatos de categorias profissionais pedindo a interpretação no sentido da possibilidade de redução do intervalo intrajornada por meio de norma coletiva (FONTENELE, 2013). O TST pela Súmula 437, tem interpretação consolidada, fixando a inviabilidade de negociação de intervalo inferior a uma hora, padrão mínimo da lei. A base para o entendimento está na preservação da saúde do trabalhador. Entre outros percalços, o risco do acidente de trabalho aumentaria sem o intervalo mínimo legal. O matizamento da posição dominante esbarra na previsão do inciso XXVI do art. 7º. O questionamento dos sindicatos que representam as categorias profissionais é um sinal que deve ser escandido na compreensão de suas razões, rememorando-se todas as múltiplas contingências, inclusive na peculiaridade de conformação de cada empresa.

Tudo isso justifica que se reprise a função dessa natureza do ato de recordar, em seara de problematização e várias cenas. "As recordações são, por assim dizer, narrativas e [...] as narrativas são necessariamente seletivas" (RICOEUR, 2007, p. 7). Assim como é impossível lembrar-se de tudo, não há como tudo narrar. "Toda a narrativa selecciona entre os acontecimentos aqueles que parecem significativos ou importantes para a história que se conta" (RICOEUR, 1996, p. 6). Essa dimensão reforça a ideia de que a memória é um uso, um exercício, que reconstrói, retroativamente, o passado a partir de fragmentos e de vestígios. Nessa reconstrução, a memória vai se configurando narrativamente em torno de lembranças e esquecimentos, que não estão imunes ao risco da ideologização da representação do tempo pretérito.

Não há como lembrar todos os dados das várias formas de concreção do intervalo intrajornada nas diversas empresas. Não há como sopesar todas as variáveis de uma só vez; nem como conhecer a *occasio* e as variáveis ponderadas em cada negociação coletiva. Essa, como outras histórias, é tecida a partir de idas e vindas, reconstruções e deslocamentos: "pode-se sempre narrar de outro modo, suprimindo, deslocando as ênfases, refigurando diferentemente os protagonistas da ação assim como os contornos dela" (RICOEUR, 2007, p. 455). Nesse jogo, o tempo vai se tornando mais humano, uma vez que o passado rememorado não é exatamente o mesmo que se vivenciou. No que concerne à distribuição da justiça, esses jogos da memória, em que se reconhece a identidade das várias facetas do trabalho, são primordiais para a intelecção das pontuações do direito.

Ainda no que diz respeito ao regime do tempo, a figura dos turnos de revezamento é outro aspecto relevante para essa divisão do que se lembra e do que se esquece. O entreouvido na escada no processo constituinte, na narrativa jornalística, pode recuperar o tom:

> "Terminada a votação e aprovada a jornada de seis horas para os turnos ininterruptos de trabalho, três representantes da Petrobrás, dos setores siderúrgicos e petroquímicos, descendo a escada das galerias cabisbaixos comentavam: 'Um ano de trabalho e muito dinheiro perdido...' A frase não fora encerrada quando o trio encontrou o presidente da Central Única dos Trabalhadores (CUT), Jair Meneguelli: 'Parabéns. Vocês ganharam e vão inviabilizar o país' disse um deles. 'Não inviabiliza não', respondeu Meneguelli: 'Vai é fazer os empresários tratarem os empregados com respeito'" (FOLHA DE S. PAULO, 1988a).

O aumento do índice de acidentes a partir da sexta hora é um dos aspectos justificadores da jornada especial. A imposição do cumprimento do então novo direito foi incorporada na

urgência das práticas das empresas logo em seguida. "Empresas pagam hora-extra para evitar turno" (FOLHA DE S. PAULO, 1988a), pregava a manchete, ainda que na dificuldade de ajustamento de um regime regular de 48 horas semanais para 36 horas semanais (FOLHA DE S. PAULO, 1988a). Não foi um processo hermenêutico simples. Não tem sido. Ao contrário, as discussões tomaram (e ainda tomam) os tribunais do trabalho, na peculiaridade dos modos de operar das várias empresas. Em um primeiro momento, instalou-se o dissenso em torno da exclusão do regime especial pela concessão de folga semanal. Não se tratava naturalmente da concessão regular do repouso semanal, mas da paralisação do fluxo operacional inteiro da empresa no fim de semana, com folga para todos os empregados. Não era assim que funcionavam as plataformas da Petrobrás, de onde a luta pela jornada de seis horas se originou, uma vez que nelas não havia qualquer possibilidade de paralisação das atividades. A questão foi superada pela Súmula 360 do TST, de novembro de 2003, a qual fixou que a interrupção do trabalho destinada a repouso e alimentação, dentro de cada turno, ou o intervalo para repouso semanal, não descaracteriza o turno de revezamento com jornada de 6 horas previsto no art. 7º, XIV, da CR/1988. A evolução dos pleitos, porém, levou a uma interpretação que certamente não foi vislumbrada pelo constituinte, segundo a qual faz jus à jornada especial o trabalhador que exerce suas atividades em sistema de alternância de turnos, ainda que em dois turnos de trabalho, que compreendam, no todo ou em parte, o horário diurno e o noturno, pois submetido à alternância de horário prejudicial à saúde, sendo irrelevante que a atividade da empresa se desenvolva de forma ininterrupta.

Na lógica da interpretação do dispositivo constitucional, está a premência da vinculação do tempo integral do empregado à empresa quando sua jornada se alterna regularmente entre os turnos. Nada mais lhe é permitido programar além do ajuste de seus dias ao fluxo dos horários definidos pela empresa. O empregado não poderá estudar ou organizar qualquer outra atividade baseada na regularidade de um horário. Daí a OJ 360 da SDI-1 do TST encontrar respaldo em uma principiologia que se desloca a partir da conformação da mensagem constitucional.

Pode ser que já tenham sido esquecidos os embates da primeira hora, as discussões na beira da escada, os *lobbies* de então, já que é precisamente na configuração narrativa da intriga que se deixa entrever na memória o esquecimento. "Ver uma coisa é não ver outra. Narrar um drama é esquecer outro" (RICOEUR, 2007, p. 459). Memória, história e esquecimento se articulam o tempo todo, embora não se confundam. Para narrar, é preciso lembrar; para lembrar, é preciso esquecer. Essa articulação realiza-se no constante reordenar das experiências múltiplas

e heterogêneas no tempo, dando significado às dimensões concretas das vivências pessoais ou coletivas.

Entre os pontos mais instigantes nessa rememoração e esquecimento talvez estejam os deslocamentos e as contrapartidas que decorrem da previsão do inciso IV do art. 7º da Constituição. Quem não se lembra do que era a experiência da inflação no Brasil no final da década de 80 não entenderá a extensão de um dispostivo que vedava a vinculação do salário mínimo para qualquer outro fim. Na raiz dele estava a intenção de evitar que o salário mínimo fosse usado como cláusula móvel de outros contratos (comerciais, civis) e produzisse o efeito dominó que levasse ao aumento geral quando de seu reajuste. Quando, em 30 de abril de 2008, a Súmula Vinculante 4 foi aprovada pelo Supremo Tribunal Federal[4], encontrou um outro quadrante econômico no que concerne à inflação e impôs uma lacuna regulamentar em relação a um outro direito previsto constitucionalmente, que é o adicional de insalubridade (inciso XXIII), o qual tinha tradicional regulamentação infraconstitucional fixada com base no salário mínimo, a partir de sedimentada interpretação dos tribunais do trabalho. Não se trata de criticar a decisão do STF, mas de propor aqui mais uma indagação sobre aquilo de que se lembra e aquilo de que se esquece na pontuação dos direitos.

4. O trabalho e a narrativa das tramas

Nessa linha, a reflexão acerca do passado se torna uma necessidade, pois o modo como se lê o vivido na composição da trama da vida implica como a identidade é construída, seja ela individual, seja compartilhada. Em direção semelhante, a narrativa das experiências constitucionais do trabalho revela como nós nos constituímos política e juridicamente ou como nos lemos no espelho da história constitucional. Recorrer a um trabalho de memória pode possibilitar a construção de uma imagem do direito do trabalho que não seja sacralizada, nem abstrata, de modo a lidar crítica e reflexivamente com as vivências concretas de justiça e injustiça. Contar a história dos 25 anos da Constituição em torno das múltiplas experiências do direito do trabalho se faz com o exercício de uma memória que articula lembrança e esquecimento na configuração narrativa da história constitucional. O risco é grande. Não se pode negá-lo. Os usos podem converter-se em abusos de memória. A configuração narrativa pode dar lugar a deslocamentos ideológicos, na possibilidade aberta de

[4] "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."

esquecimentos de fuga como expressão de má-fé. Do mesmo modo, o recurso à narrativa pode tornar-se armadilha, quando a composição da história do trabalho, no fim do percurso, resultarem uma "história autorizada, imposta, celebrada, comemorada da história oficial" (RICOEUR, 2007, p. 455). Mas, por outro lado, lidar com esses perigos é engendrar novas possibilidades de pensar de forma aberta e crítica as experiências jurídicas e interpretativas que nos constituem como cidadãos. Abre-se caminho para analisar a própria Constituição no seu fazer histórico, na concretude das interpretações dos direitos fundamentais, nas vivências de justiça e injustiça que configuram o direito e lhe dão significado. Entre configurações e deslocamentos narrativos, as experiências de trabalho aqui rememoradas são formas de repensar a própria Constituição em movimento, com suas conquistas e limitações, em sua aplicabilidade e em suas deficiências.

A representação do que foi sendo composto na interpretação ganha novo sentido no exercício da memória, a partir de um processo de seleção, disposição e reorganização das diversas experiências e dos múltiplos acontecimentos do vivido, agora ordenados narrativamente:

> "Daí o nascimento das histórias, como formas linguísticas de preservar a sabedoria adquirida na vida, realçar certos momentos mais pelo desejo do que pela objetividade, comunicar os saberes e harmonizar o tecido confuso do vivido pela distância protetora dos pontos de observação, pela sedução melódica e rítmica das entonações, timbres de voz, cadências, pausas, acelerações e retardamentos, pela possibilidade de extrair dos casos uma compreensão maior da existência" (BORDINI,1996, p. 41).

Em *Viver para contar*, García Marquez (2004) relembra sua infância, adolescência e juventude. A criança e o jovem formaram o jornalista, de que derivou o romancista. É um deleite perceber como ele revigorou suas lembranças na tradução narrativa de seu realismo mágico. "Não é possível encontrar outra história como aquela, porque não era das que a gente inventa no papel. Quem as inventa é a vida, e quase sempre aos golpes" (GARCÍA MARQUEZ, 2004, p. 469). Os 25 anos da Constituição de 1988 evocam histórias que a gente não inventa no papel, mas na vida e, sofregamente, aos golpes, quando se trata do trabalho humano. Também aqui está o tecido confuso do vivido, pela distância protetora dos pontos de observação, pela sedução melódica e rítmica das entonações, timbres de voz, cadências, pausas, acelerações e retardamentos, pela possibilidade de extrair dos casos uma compreensão maior da existência. A responsabilidade dos que participam desse processo é sempre a de viver para contar.

Referências

ALENCAR, José. *Cartas a favor da escravidão*. São Paulo: Hedra, 2008.

AROUCA, José Carlos. A garantia de emprego vinte anos depois. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges (Coord.). *Direitos sociais na Constituição de 1988*: uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de direito do trabalho*: estudos em memória de Célio Goyatá. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 2005.

BETING, Joelmir. As domésticas. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. 19, 19 out. 1972.

BERCOVICI, Gilberto. Instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org.) *História do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BORDINI, Maria da Glória. Tempo e narrativa. *Veritas*, Porto Alegre, v. 41, n. 162, p. 339-347, 1996.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Poder constituinte e patriotismo constitucional*: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

COELHO, Marcelo. O lugar de todas as coisas. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. A2, 6 out. 1988.

DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito individual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

FOLHA DE S. PAULO. Começa a fiscalização dos direitos trabalhistas: licença espera parecer. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. B1, 11 out. 1988a.

_____. Sarney diz na tv que carta deixa país ingovernável. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. A-6, 27 jul. 1988b.

FONTENELE, Augusto. Trabalhadores propõem ao TST redução de intervalo intrajornada com base em acordo. Portal do TST, Brasília, 11 jun. 2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/trabalhadores-propoem-ao-tst-reducao-de--intervalo-intrajornada-com-base-em-acordo>. Acesso em: 11 jun. 2013.

FRAGALE FILHO, Roberto. Nem a lei liberta A Constituição de 1988 e os direitos sociais vinte anos depois. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges. *Direitos sociais na Constituição de 1988*: uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr, 2008.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. *Lembrar escrever esquecer*. São Paulo: 34, 2006.

_____. A memória, a história, o esquecimento. In: DE PAULA, Adna Candido; SPERBER, Suzi Frankl (Org.). *Teoria literária e hermenêutica ricoeuriana*: um diálogo possível. Dourados: UFGD, 2011.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. *Viver para contar*. Tradução de Eric Nepomuceno. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

KROTOSCHIN, Ernesto. *Tratado práctico de derecho del trabajo*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977.

LOPES, Mônica Sette. O trabalho e a concreção do direito: a principiologia pela observação dos ofícios. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MANNRICH, Nelson; PRADO, Ney. (Org.). *Os pilares do direito do trabalho*. Porto Alegre: Lex, 2013.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto para fins acadêmicos da obra: la costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo et al. (Coord.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. História do direito do trabalho no Brasil. In: _____; FERRARI, Irany; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*: homenagem a Armando Casimiro Costa. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011.

OST, François. *O tempo do direito.* Bauru: EDUSC, 2005.

RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Tradução de Alain François. Campinas: UNICAMP, 2007.

_____. *O perdão pode curar?* Covilhã: Lusosofia, 1996. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/paul_ricoeur_o_perdao_pode_curar.pdf> Acesso em: 2 jun. 2009.

_____. *Tempo e narrativa.* Campinas: Papirus, 1994.

SUSSEKIND. *Comentários à consolidaçao das leis do trabalho e à legislação complementar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

_____; MARANHÃO, Délio; VIANA, José de Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

_____; LACERDA, Dorval; VIANA, José de Segadas. *Direito do trabalho brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943.

TODOROV, Tzvetan. *Les abus de la mémoire*. Paris: Arlea, 1995.

_____. *Memoria del mal, tentación del bien*: indagación sobre el siglo XX. Barcelona: Aldo Rojas, 2002.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Direito de postulação e outros direitos trabalhistas na Constituição de 1988: a lei 8.906/94. In: _____. *Direito e processo do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988

Do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo

ORIONE DANTAS DE MEDEIROS

Sumário

1. Introdução. 2. Breve histórico do controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. 3. Controle difuso: considerações gerais acerca do Recurso Extraordinário, da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante. 3.1. Efeitos da decisão do STF no controle concreto e atuação do Senado Federal. 3.2. Súmula Vinculante. 4. Controle abstrato: Ações Diretas. 4.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). 4.2. Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). 4.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). 5. Críticas e perspectivas de reforma do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil.

1. Introdução

Orione Dantas de Medeiros é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPE) e professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988. Em seus 25 anos de vigência, apesar da compulsão com que tem sido emendada, a Carta Magna de 88 foi capaz de promover a transição de um regime autoritário para um Estado democrático de direito e continua a nos prometer um caminho para a construção de um país mais livre, mais justo e mais democrático.

No tocante ao controle de constitucionalidade, pode-se afirmar que a Constituição inovou ao adotar o modelo híbrido, caracterizado pela combinação de elementos do controle difuso e do controle concentrado (VIVEIROS, 2012). Nesses vinte e cinco anos, verificou-se uma progressi-

va ascendência do controle concentrado sobre o controle difuso, iniciada com a aprovação da Emenda Constitucional nº 3/93, que instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF), e consolidada com a Emenda Constitucional nº 45/2004, com a criação da Súmula Vinculante e do instituto da Repercussão Geral.

Não obstante o constituinte de 1988 ter rejeitado o instituto do controle jurisdicional preventivo (abstrato), a jurisprudência do STF vem tentando introduzir a fiscalização preventiva no caso concreto, mediante o Mandado de Segurança (MS). Um exemplo recente é o MS 32033 (ainda em julgamento no Supremo até a presente data), impetrado pelo senador Rollemberg para suspender a tramitação do Projeto de Lei nº 4.470/2012 (convertido, no Senado Federal, no PLC nº 14/2013).[1]

Ademais, no que se refere à relação entre os Poderes, o que se verifica é um protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente pelos órgãos de cúpula. É fato notório nos dias atuais o papel de defesa das minorias desempenhado pela Suprema Corte contra decisões de eventual maioria, muitas vezes provocando tensões entre o Parlamento e o Judiciário. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem traços distintos: a "judicialização da política" e o "ativismo judicial".

Tudo leva a crer que o ativismo judicial tem sido fomentado pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual combina aspectos do controle difuso norte-americano e do abstrato europeu-kelseniano, sendo considerado um dos mais abrangentes do mundo, denominado aqui de controle híbrido de constitucionalidade.

Por outro lado, em consequência desse ativismo judicial, tramitam no Congresso Nacional várias propostas que têm por finalidade modificar o modelo de controle de constitucionalidade das leis. Tome-se como exemplo a aprovação, pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados, da proposta de Emenda Constitucional que visa a alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis, a condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e a submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

---

[1] O Projeto de Lei nº 14/2013 estabelece novas regras para a distribuição de recursos do fundo partidário e para o horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão. O relator do MS, o ministro Gilmar Mendes, concedeu, no dia 24 de abril, liminar que suspendeu a tramitação do projeto até o julgamento do mérito da ação, por vislumbrar "possível violação do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo inconstitucional" (BRASIL, 2013a).

O presente artigo visa a contribuir para o debate da temática do controle de constitucionalidade no Brasil, apresentando aspectos pontuais relacionados com o modelo híbrido de controle de constitucionalidade previsto na Constituição brasileira de 1988 e as tentativas de alteração desse modelo para um modelo misto complexo, sobretudo com a PEC nº 33/2011. No entanto, para entendermos melhor o nível de complexidade ao qual chegou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro nesses vinte e cinco anos, faz-se necessário percorrer um pouco de sua trajetória histórica a partir do texto aprovado na Constituição de 1988.

2. Breve histórico do controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988

A Constituição democrática de 1988 trouxe relevantes alterações no tocante ao controle de constitucionalidade. Valorizou-se sensivelmente o controle concentrado de constitucionalidade, ampliando-se e fortalecendo-se a via da Ação Direta, mas manteve-se o controle difuso, para possibilitar que, pela via incidental, inúmeras questões (principalmente aquelas relacionadas aos direitos e garantias individuais e sociais) pudessem chegar à apreciação dos Tribunais e do Supremo Tribunal Federal – neste último, por meio do Recurso Extraordinário.[2]

Ao fixar a competência originária do STF, o texto original da Lei Maior dispunha, em seu art. 102, que:

> "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; e d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal" (alínea *d* acrescentada pela EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004).

O texto original aprovado em 1988 foi alterado pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que acresceu à alínea *a* do inciso I do artigo 102, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) de lei ou ato normativo federal. Também foi acrescido o §1º ao mencionado artigo, por intermédio do qual se deu a criação de um novo instituto, a

[2] Verificando-se os dados estatísticos do STF (BRASIL, 2012a), impressiona o número de Recursos Extraordinários que são protocolados na Corte. Vejamos os dados de 2011: autuados: 11.067; distribuídos: 6.388; julgados: 20.125 (Estatísticas do STF. Pesquisa por Classe. Processos Protocolados, Distribuídos e Julgados de 1990-2011).

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), assim disposto: "A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei" (CF/88, art. 102, §1º).

Em relação à Ação Declaratória de Constitucionalidade, prescreve a Constituição, em seu art. 102, § 2º, que: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

Essa redação do § 2º foi dada pela EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004. O texto anterior, redigido pela EC nº 3/93, dispunha: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo".

A vigente Constituição Federal consagrou novos institutos e inovações no controle de constitucionalidade por via de Ação Direta. Destaque-se a ampliação do número de legitimados para a instauração do controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal, quebrando-se o monopólio, até então existente, do Procurador-Geral da República. Prevê o art. 103: "Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional".

O rol de legitimados para a propositura das Ações Diretas contempla órgãos, pessoas e entidades. Por um lado, a ampliação da legitimação ativa tem democratizado o acesso ao Supremo Tribunal Federal; por outro, tem provocado um considerável aumento[3] das referidas Ações Diretas perane essa Corte Suprema.

Outra significativa inovação da Lei Maior foi a introdução da denominada inconstitucionalidade por omissão, reconhecida nas hipóteses de inércia do legislador ordinário em face de uma exigência constitucional de legislar. Duas novas ações foram especialmente introduzidas com o fim de reparar a omissão legislativa inconstitucional: por um lado, o Mandado de Injunção (CF/88, art. 5º, LXXI) e, por outro, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO (CF/88, art. 103, § 2º). Esta última ação, integrante do sistema de controle abstrato de normas, foi delineada pelo constituinte de 1988 nos seguintes termos: "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

Desse modo, pode-se afirmar que o controle concentrado, abstrato, passou a desempenhar papel preeminente no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a partir

[3] Estatística do STF, Controle concentrado. ADI – decisão final: julgado um total de 3.125; decisão liminar: 419; aguardando julgamento: 1.230; total distribuído: 4.774 (período de 1988 a 31 de agosto de 2012). ADO – julgadas: 7; aguardando julgamento: 11 (dados de 2008 a 31 de agosto de 2012). ADC – decisão final: 20; decisão liminar: 5; aguardando julgamento: 5; total distribuído: 30 (dados de 1993 a 31 agosto de 2012). ADPF – decisão final: 145; decisão liminar: 14; aguardando julgamento: 97; total distribuído: 256 (dados de 1993 a agosto de 2012).

da Constituição de 1988, mas convivendo lado a lado com um amplo sistema difuso, o que resultou em um modelo híbrido, complexo, com características próprias, *sui generis*.

Tal assertiva decorre não só do fato de terem sido previstas quatro ações distintas na Via Direta (ADI, ADC, ADO e ADPF) e da ampliação dos entes legitimados para a instauração desse processo concentrado de controle abstrato, mas também da permanência, ao lado desse controle concentrado, de um sistema difuso, já tradicional em nossa ordem jurídica, que atribui competência aos juízes e aos tribunais para afastar a aplicação da lei *in concreto*, ou seja, pela via incidental. Por meio de inúmeras ações, como o *habeas corpus*, o Mandado de Segurança (coletivo), a Ação Popular, o Mandado de Injunção (coletivo), o *habeas data* e a Ação Civil Pública, os legitimados podem questionar indiretamente a constitucionalidade das leis.

Após a Emenda Constitucional nº 45/2004, com a previsão dos institutos da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante, o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil tendeu a promover uma aproximação entre o controle difuso e o controle concentrado. Em linhas gerais, esse é o perfil do controle híbrido de constitucionalidade adotado no Brasil a partir da Constituição de 1988.

3. Controle difuso: considerações gerais acerca do Recurso Extraordinário, da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante

O controle difuso, também conhecido como controle por via de exceção ou incidental, permite ao juiz ou ao tribunal realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição.

Quando o Poder Judiciário aprecia uma controvérsia constitucional suscitada diante de um caso concreto a ele submetido, em sede de ações diversas (mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, ação civil pública, ação popular etc.), estamos diante do denominado controle difuso, concreto, incidental.

Ao discorrer acerca do controle difuso e de seus aspectos constitucionais e processuais no mandado de segurança e na ação civil pública, assinala Ivo Dantas (2010, p. 177) que:

> "Na hipótese de controle incidental ou difuso, poderá ele ser exercido em qualquer tipo de ação, ou seja, de natureza cível, penal, trabalhista, tributária, etc., em processos de conhecimento, cautelar ou de execução, sendo de destacar que, ocorrendo a arguição, esta é feita em relação processual onde a lide a resolver-se tem por objeto matéria estranha ao controle, entrando a arguição apenas como incidente, e por isto mesmo, podendo ser arguida em qualquer grau ou juízo."

Essas decisões sobre a constitucionalidade proferidas pelos órgãos inferiores do Judiciário não são, em princípio, definitivas, podendo a controvérsia ser levada até à última instância, alcançando a Corte Suprema (o STF) por meio do Recurso Extraordinário (CF/88, art. 102, III).

O Código de Processo Civil (CPC) regula a matéria no âmbito dos Tribunais, ao prever que, arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o representante do Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara a que tocar o conhecimento do processo (CPC, art. 480).

Nos termos do art. 481, "se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno".

Destaque-se que, pelo comando do artigo 97 da CF/88, os tribunais só poderão declarar a inconstitucionalidade das leis e dos demais atos do Poder Público pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou pela maioria absoluta dos membros do respectivo órgão especial[4]. Essa regra específica para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais denomina-se "Reserva de Plenário".

Depois de inúmeros precedentes (AgRg. no AgIn. 472.897[5] e Recursos Extraordinários: RE 240.096[6], RE 319.181[7] e RE 544.246[8]), o STF, com

---

[4] O art. 93, XI, da CF/88 faz referência a "órgão especial" nos termos seguintes: "nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno".

[5] AgRg no AI 472.897/PR, 2ª T., j. 18/9/2007, rel. Min. Celso de Mello. A discussão nesse julgamento girou em torno da possibilidade constitucional de a isenção outorgada por Lei Complementar (LC nº 70/91) ser revogada por mera Lei Ordinária (Lei nº 9.430/96) – existência de matéria constitucional.

[6] RE 240.096-2/RJ, 1ª T., j. 30/3/1999, rel. Min. Sepúlveda Pertence: "Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição".

[7] RE 319.181-1/DF, 1ª T., j. 21/5/2002, rel. Min. Ellen Gracie. Originário do Distrito Federal, em que a recorrente (União) se insurgiu contra acórdão do Tribunal Federal da 1ª Região, que, por maioria, concedeu mandado de segurança em favor da impetrante, assegurando-lhe o direito de comercializar cigarros em embalagens com quantidade inferior a vinte unidades. Ementa: Controle de constitucionalidade: reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal). Inobservância. Recurso Extraordinário conhecido e provido, para cassar a decisão recorrida, a fim de que seja a questão de inconstitucionalidade submetida ao órgão competente.

[8] RE 544.246-2/SE, 1ª T., j. 15/5/2007, rel. Sepúlveda Pertence. Recurso Extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, por violação ao art. 5º, XXXVI, e ao art. 97 da Constituição Federal. Ementa: Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): viola o dispositivo constitucional o acórdão proferido por órgão fracionário, que declara a inconstitucionalidade de lei, ainda que parcial, sem que haja declaração anterior proferida por órgão especial ou plenário.

base no art. 103-A[9] da CF/88, introduzido pela EC nº 45/2004, e na Lei nº 11.417/06, editou a Súmula Vinculante nº 10, de 27 de junho de 2008, determinando que: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".[10]

Em matéria de Recurso Extraordinário, importa observar que a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe duas importantes alterações no tocante ao cabimento do referido recurso perante o Supremo Tribunal Federal. A primeira é a ampliação das hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário, passando-se a dispor que o recurso também será cabível quando a decisão recorrida tiver julgado válida lei local contestada em face de lei federal (CF/88, art. 102, III, *d*). Tal competência, até então, era do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de recurso especial.

Todavia, a competência repassada ao STF concerne ao exame da controvérsia, em Recurso Extraordinário, tão somente quando a decisão recorrida julgar válida lei local (ato legislativo propriamente dito, em sentido estrito) contestada em face de lei federal. Se o conflito for de ato (atos administrativos em geral) de governo local contestado em face de lei federal, a competência permanece com o STJ, em sede de recurso especial (CF/88, art. 105, III, *b*).

A segunda alteração trazida ao Recurso Extraordinário pela EC nº 45/2004 foi a exigência de que o recorrente demonstre a Repercussão Geral[11] das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o STF examine a admissão do Recurso Extraordinário. A Constituição Federal, no § 3º do art. 102, traz a seguinte redação: "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

Por determinação desse dispositivo, a demonstração da Repercussão Geral das questões constitucionais discutidas no caso passou a ser pressuposto constitucional de admissibilidade do Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Em caso negativo – não demonstração da Repercussão Geral das questões discutidas no caso pelo recorrente –, o STF poderá recusar o Recurso Extraordinário, desde que pela manifestação de dois terços de seus membros (oito ministros).

O exame da Repercussão Geral para o conhecimento do Recurso Extraordinário pelo STF foi regulamentado pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou à Lei nº 5.869 (Código de Processo Civil), de 11 de janeiro de 1973, os artigos 543-A e 543-B. Determina esta lei que, "para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa".

É importante ressaltar que a recusa ao Recurso Extraordinário, pela inexistência de Re-

[9] Veja CF/88: "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei" (BRASIL, 1988).

[10] STF. Súmula Vinculante nº 10, Data de Aprovação: Sessão Plenária de 18/6/2008 (BRASIL, 2011).

[11] A Arguição de Relevância prevista na EC nº 7/77 e a Medida Provisória nº 2.226, de 4/9/2001, são precedentes da Repercussão Geral no ordenamento brasileiro. Neste sentido, confira Dantas (2009).

percussão Geral, somente poderá ser decidida pelo Plenário do STF, por dois terços dos seus membros (oito ministros). Em outras palavras, as Turmas não dispõem de competência para recusar o Recurso Extraordinário em razão da inexistência da Repercussão Geral; elas somente poderão decidir, se for o caso, pela existência da Repercussão Geral, mediante o mínimo de quatro votos, situação na qual o Recurso Extraordinário será admitido sem a necessidade de manifestação do Plenário.

Negada a existência da Repercussão Geral (sempre pelo Plenário), a decisão valerá para todos os Recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do STF[12].

Na prática, o instituto da Repercussão Geral tem funcionado, produzindo resultados em quantidade. Os dados estatísticos do Supremo Tribunal Federal são reveladores. Até 31 de agosto de 2012, o Tribunal já havia reconhecido 423 temas com Repercussão Geral. Isso representa, em termos percentuais, 71,21% do total de pedidos. Os temas negados foram 156 (26,26%); os temas em análise, 15 (2,53%).[13]

Até a presente data, já foram julgados 117 casos de Recursos Extraordinários, cujas matérias tiveram Repercussão Geral reconhecida. Em um dos casos, o STF impediu o terceiro mandato consecutivo de prefeito em municípios distintos, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE 637485) interposto por Vicente de Paula de Souza Guedes contra acórdão do TSE que confirmou decisão de cassar o diploma dos candidatos eleitos para os cargos de prefeito e vice-prefeita do município de Valença (RJ) no pleito de 2008. Por decisão majoritária, os ministros deram provimento ao recurso, ao entender que o TSE poderia ter modificado antiga jurisprudência sobre a matéria, mas, para isso, deveria modular os efeitos da decisão, por motivo de segurança jurídica.

Por fim, vale registrar que são inúmeras as matérias abrangidas pela Repercussão Geral, incluindo temas vinculados a direito tributário, administrativo, eleitoral, previdenciário, civil, penal, entre outros.

3.1. Efeitos da decisão do STF no controle concreto e atuação do Senado Federal

Conforme já demonstrado, no controle difuso, em qualquer caso, seja perante o juízo singular de primeiro grau, seja perante os tribunais, o que se busca é o simples afastamento da aplicação da lei ao caso concreto. Os efeitos da decisão serão os mesmos, independentemente do órgão de que tenha sido emanada. A decisão no controle difuso só alcança as partes do processo (eficácia *inter partes*), não dispõe de efeito vinculante e, em regra, produz efeitos retroativos (*ex tunc*).

Por que a decisão só alcança as partes do processo? Porque, no controle difuso, o interessado, no curso de uma ação, requer a declaração da inconstitucionalidade da norma com a única pretensão de afastar a sua aplicação ao caso concreto. Logo, é somente para as partes que integram o caso concreto que o juízo estará decidindo, constituindo a sua decisão uma resposta à pretensão daquele que arguiu a inconstitucionalidade.

Desse modo, a pronúncia de inconstitucionalidade não retira a lei do ordenamento jurídico, pois, em relação a terceiros, não participantes da lide, a lei continuará a ser aplicada, integralmente, ainda que supostamente esses

[12] Confira as Emendas Regimentais nºs 21 a 24 do STF e a Portaria nº 177, de 26/11/2007 (BRASIL, 2013b), pois aí se encontra a regulamentação da matéria do Recurso Extraordinário no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

[13] Repercussão Geral. Estatísticas e relatórios (BRASIL, 2012b).

terceiros se encontrem em situação jurídica semelhante à das pessoas que figuram como partes na ação em que foi declarada a inconstitucionalidade.

Embora a regra seja a pronúncia da inconstitucionalidade no controle concreto ter eficácia retroativa (*ex tunc*), poderá o STF, por dois terços dos seus membros (8 ministros), em situações excepcionais, tendo em vista razões de segurança jurídica ou relevante interesse social, outorgar efeitos meramente prospectivos (*ex nunc*) à sua decisão, ou mesmo fixar um outro momento para o início da eficácia de sua decisão. A título exemplificativo, vejamos o caso do RE 197.917-8/SP.

Na apreciação do RE 197.917-8/SP[14], o STF admitiu a tese da declaração de inconstitucionalidade *pro futuro* no controle concreto, excepcionalmente. Esse Recurso versava sobre o número de vereadores proporcional à população, à luz do art. 29, IV, da CF/88. O Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do antigo critério para fixação da composição máxima das Câmaras Municipais em 25 de março de 2004, mas diferiu o início da eficácia de sua decisão para um momento futuro, de forma a só alcançar a formação da legislatura seguinte.

Diferentemente do que ocorre no controle concentrado, abstrato, a decisão no controle concreto não dispõe de força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, nem efeito *erga omnes*, ainda quando proferida pelo STF, ressalvados os casos admitidos e julgados em Recursos Extraordinários com Repercussão Geral.

Por outro lado, além da hipótese aludida, existem mais duas situações nas quais há a ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade: a primeira, mediante a suspensão da execução da lei por ato do Senado Federal; a segunda, por meio da aprovação de uma Súmula Vinculante pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Analisemos brevemente essas hipóteses.

Declarada definitivamente a inconstitucionalidade da lei pelo STF no âmbito do controle difuso, a decisão é comunicada ao Senado Federal para que este, entendendo conveniente, suspenda a execução da lei, conferindo eficácia *erga omnes* à decisão da Corte Suprema.

Não obstante a tradição e a clareza do texto constitucional (art. 52, inciso X, da CF/88), atualmente se vem tentando uma "nova" compreensão acerca da participação do Senado no controle incidental. Trata-se do fenômeno da mutação constitucional, resultante da interpretação judicial.

Toma-se aqui um caso prático: a Reclamação nº 4.335-5/AC. O julgamento dessa Reclamação tem suscitado polêmica no meio jurídico e no parlamento pátrio, em relação à interpretação do art. 52, X, da CF/88. Até a presente data, não se tem um julgamento final; o caso ainda se encontra em discussão no Plenário do STF. O que está em questão é se uma decisão anterior proferida em sede de controle difuso poderia ter validade *erga omnes* sem a edição da resolução suspensiva pelo Senado Federal.

A (hipó)tese que tenta viabilizar a aplicação do fenômeno da mutação constitucional é defendida por dois dos Ministros da Excelsa Corte, Gilmar Mendes e Eros Grau (aposentado). Para eles, houve uma "clássica mutação constitucional" do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988. Tudo indica que, se a tese da mutação constitucional for vitoriosa no STF, estaremos diante de uma nova perspectiva no controle difuso (MEDEIROS, 2010; DANTAS, 2010).

A outra hipótese de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade,

[14] RE nº 197.917-8/SP – Tribunal Pleno, j. 6/6/2002, rel. Min. Maurício Corrêa. Recorrente: Ministério Público Estadual; Recorridos: Câmara Municipal de Mira Estrelas e Outros.

no controle incidental, seria por meio da aprovação de uma Súmula Vinculante pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

3.2. Súmula Vinculante

O instituto da Súmula Vinculante foi criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (a denominada Reforma do Judiciário). Antes só se falava em efeito vinculante ou caráter vinculante das decisões do STF, no âmbito do controle concentrado, nas Ações Diretas. O texto constitucional anterior, redigido pela EC nº 3, de 17 de março de 1993, dispunha: "Art. 102. (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo".

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, ampliou o caráter vinculante ao determinar, em seu art. 28, parágrafo único, que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Posteriormente, com a EC nº 45/2004, o texto do art. 102, § 2º, foi revisto nos termos seguintes: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

Por outro lado, a ausência de força vinculante nas decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle concreto faz com que milhares de processos judiciais com o mesmo objeto cheguem ao conhecimento da Corte Suprema para que ela declare, em cada caso, o entendimento inúmeras vezes já assentado. Na busca de solução para tal problema, com consequências insuportáveis ao jurisdicionado, o constituinte brasileiro, por meio da EC nº 45/2004, introduziu no sistema de controle brasileiro a figura da Súmula Vinculante.

Para a edição de Súmula Vinculante pelo STF, a Constituição Federal exige, especialmente, a observância de quatro requisitos cumulativos, a saber: matéria constitucional; existência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre essa matéria constitucional; existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública; e o fato de a controvérsia acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

A Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 20 de dezembro de 2006, regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal e alterou a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Cabe inicialmente observar que a Súmula se limita à matéria constitucional. Nesse sentido, coube ao STF a titularidade para editar, revisar e cancelar enunciado de Súmula Vinculante (art. 2º, *caput*, da Lei nº 11.417/06).

O Supremo Tribunal Federal poderá aprovar, rever ou cancelar Súmula Vinculante: por iniciativa própria (de ofício) ou por iniciativa de qualquer dos legitimados na Constituição e na lei. Eis um dos pontos positivos da lei: a ampliação do rol de legitimados a provocar o STF.

A Súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos

judiciários ou entre esses e a Administração Pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.417/06).

Seguindo a lógica das leis que tratam do controle abstrato de constitucionalidade (Lei nº 9.868/99, arts. 22 e 27; Lei nº 9.882/99, art. 11), o legislador repetiu a regra geral, ao admitir que a Súmula terá eficácia imediata, podendo o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (art. 4º).

A Lei nº 11.417/06, em seu art. 7º, estatui que a decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de Súmula Vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente poderá ser objeto de Reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou de outros meios admissíveis de impugnação.

Entretanto, contra omissão ou ato da Administração Pública, o uso da Reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas. Seguindo-se a crítica de Ivo Dantas, esse dispositivo é de constitucionalidade duvidosa (DANTAS, 2010, p. 235).

Ao julgar procedente a Reclamação, "o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso" (art. 7º, § 2º).

Se a Reclamação estiver sendo ajuizada contra uma decisão administrativa que o administrado entenda haver violado enunciado de Súmula Vinculante, o STF, acolhendo a Reclamação, dará ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento de recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal (Lei nº 9.784/99, art. 64-B, acrescido pela Lei nº 11.417/06).

Várias questões foram suscitadas, no âmbito doutrinário, acerca da Súmula Vinculante. Uma delas se refere à possibilidade de o STF conferir efeito vinculante às suas atuais súmulas, isto é, àquelas súmulas que já estavam vigentes na data de publicação da EC nº 45/2004. É possível desde que a súmula seja confirmada por decisão de 2/3 (dois terços) dos ministros do STF e publicada na imprensa oficial[15].

Finalmente, já passados mais de 8 anos da aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe novos institutos de direito processual constitucional ao sistema jurídico pátrio, como a súmula dotada de efeito vinculante, regulamentada pela Lei nº 11.417/06, o Supremo Tribunal Federal, por um lado, já aprovou, até o presente momento, um número de 32 (trinta e duas); por outro, existem várias propostas de súmula vinculante aguardando a apreciação da Corte.

4. Controle abstrato: Ações Diretas

A Constituição de 1988 consagra, ao lado do controle concreto, o controle abstrato, consubstanciado na jurisdição outorgada ao Supremo Tribunal Federal para as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, quando são impugnados leis ou atos normativos federais ou estaduais, por ofensa à Constituição Federal. Trataremos aqui, resumidamente, dos aspectos mais gerais das Ações Diretas, ou seja, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO),

[15] As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial (EC nº 45/06, art. 8º).

da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

4.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)

A primeira delas, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, é a ação típica do controle abstrato brasileiro. Sua previsão é expressa no texto da Constituição Federal de 1988, que prescreve: "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal".

Seu processo é regulado pela Lei nº 9.868, de 11 de novembro de 1999, que também disciplina os processos da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Esta última é regulada pela Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009, que acrescentou à Lei nº 9.868/99 o Capítulo II-A.

A ADI tem como objeto a suposta inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual. Refere-se a duas coisas distintas: a lei como gênero, dada a sua posição preeminente no sistema de fontes, e, por outro lado, os atos normativos federais ou estaduais, como figuras equiparadas à lei, considerando-se a sua capacidade de inovar na ordem jurídica.

A caracterização do objeto é uma exigência da própria natureza de excepcionalidade do controle de constitucionalidade, o qual recomenda postura rigorosa na determinação das categorias lei ou ato normativo, federal ou estadual, e na apresentação da violação do texto constitucional. A definição de ato normativo é oferecida pelo STF com base nas ideias de generalidade e abstração próprias das denominadas normas primárias, as quais inovam o ordenamento jurídico, não apenas pelo nome ou título do tipo normativo.

Ao contrário do que ocorre com a lei formal, em relação aos atos normativos se exigem, para efeito de controle de constitucionalidade, certas qualidades jurídicas que os diferenciam de outros atos normativos não passíveis desse tipo de fiscalização. Fala-se da generalidade e da abstração, atributos próprios da noção de lei, como ato do poder público, como norma. O sentido do significante nem sempre é de fácil determinação, mas a locução "ato normativo", prevista no art. 102, I, alínea *a*, da CF/88, dá sempre a ideia de ato do poder público que comunica uma norma (CLÈVE, 2000, p. 188-189).

O STF estabeleceu que somente se mostram susceptíveis de controle abstrato atos normativos concebidos no sentido material, ou seja, reves-

tidos do mínimo grau de abstratividade e generalidade. Atos normativos em sentido formal, que tenham objeto e destinatário certos, não importando a esfera de competência da qual provenham, só se submetem ao controle de constitucionalidade judicial do tipo concreto (difuso) (BRASIL, 1992).

Com base na exigência de generalidade e abstração da norma, que deve disciplinar relações *in abstracto*, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem excluído do controle de constitucionalidade todo ato administrativo que tenha objeto determinado e destinatários certos, ainda que ele seja editado sob a forma de lei (lei meramente formal). Estes são os chamados atos de efeito concreto (MARTINS; MENDES, 2007, p. 177).

O objeto da ADI é a lei ou o ato normativo federal ou estadual impugnado, desde que editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal. Frise-se: federal ou estadual. Nesse sentido, o direito municipal (Lei Orgânica e leis e atos normativos municipais) não pode ser impugnado em sede de ADI, perante o STF. O direito municipal somente poderá ser declarado inconstitucional pelo STF no âmbito do controle difuso, quando uma controvérsia concreta chega ao Tribunal por meio do Recurso Extraordinário, ou, excepcionalmente, por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade visa à defesa da ordem constitucional, possibilitando a extirpação de lei ou ato normativo inconstitucional do sistema jurídico. Não se visa – como ocorre no controle incidental – à garantia de direitos subjetivos, à libertação de alguém no acatamento de uma lei inconstitucional. O autor da ADI não atua na qualidade de alguém que postula interesse próprio, pessoal, mas na condição de defensor do interesse coletivo, traduzido na preservação da higidez do ordenamento jurídico.

Diferentemente do que ocorria no regime da Carta de 1967/69, em que a legitimação ativa para a Ação Direta de Inconstitucionalidade pertencia exclusivamente ao Procurador-Geral da República, a Constituição de 1988 ampliou significativamente o rol dos legitimados ao exercício do controle concentrado. Isso tem sido um dos mais importantes fatores de transformação da jurisdição constitucional no Brasil.

O procedimento da ADI, nos termos disciplinados na Lei nº 9.868/99, tem incorporado os principais dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e a experiência desse Tribunal ao julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade genérica, introduzidas no sistema constitucional brasileiro com a EC nº 16/65.

Prescreve o artigo 3º da Lei nº 9.868/99 que o autor deve indicar o dispositivo impugnado, os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações e o pedido, com suas especificações. Deverá

a inicial conter cópia do ato impugnado e procuração quando a peça for suscitada por advogado (BRASIL, 2003).

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (art. 27, Lei nº 9.868/99).

A falta desse mecanismo de fixação dos efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade asfixiava o sistema de controle, pois acabava por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais. Limitar os efeitos era preciso para adequá-los às situações da vida.[16]

Por último, cumpre ressaltar que a Lei nº 9.868/99, em seu art. 28, parágrafo único, previu a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculatório das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos processos de controle de constitucionalidade. Antes a EC nº 3/93 só previa eficácia contra todos e efeito vinculante nas decisões definitivas de mérito nas ações declaratórias de constitucionalidade. A Emenda Constitucional nº 45/2004 unificou os efeitos e elevou o instituto ao nível constitucional.

Quanto à Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), há um aspecto que a diferencia da ADI. Trata-se do pedido do autor, que, na ADI, é pela declaração da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo federal ou estadual, enquanto, na ADC, é pela declaração da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal. Por essa razão, doutrinariamente se diz que a ADC é uma ADI de sinal trocado.

Quanto aos legitimados para propor a ADC, a redação original da EC nº 3/93 previa os seguintes legitimados: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República.

O artigo 13 da Lei nº 9.868/99, em conformidade com o texto constitucional, como não poderia deixar de ser, reproduziu o dispositivo constitucional. A Emenda Constitucional nº 45/2004, contudo, estendeu o direito de ação a todos os órgãos e entes previstos no artigo 103 da Constituição, equiparando-os, assim, aos legitimados da ADI.

---

[16] Pela ADI 4029-DF, o STF não declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 11.516/07 (criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade), originária de Medida Provisória que tramitou no Congresso Nacional (CN) em desconformidade com o rito legislativo. O Tribunal deu um prazo de dois anos para que o CN edite nova norma para garantir a continuidade da autarquia. Com a decisão, a lei em questão e as demais MPs convertidas em lei sob o rito previsto na Resolução 1/2002 foram validadas, e o CN deverá seguir, daqui para frente, o trâmite previsto na Constituição Federal (BRASIL, 2012c).

4.2. Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)

Outra modalidade de Ação Direta prevista na Constituição de 1988 é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Essa ação foi introduzida no direito brasileiro sob a influência da Constituição Portuguesa de 1976, que, em seu artigo 283º, prevê a hipótese de inconstitucionalidade por omissão.

Como modalidade abstrata de controle, a ADO destina-se a tornar efetiva disposição constitucional que dependa de complementação (norma constitucional não autoaplicável), não concretizada por causa da omissão do órgão encarregado da elaboração normativa, que fica inerte. Sua regulamentação se deu pela Lei nº 12.063, de 27 de outubro 2009, que acrescentou à Lei nº 9.868/99 o Capítulo II-A.

A ADO possui a mesma natureza jurídica da ADI. Elas são ações do controle abstrato, instauram processos tipicamente objetivos de fiscalização da validade das leis e dos atos normativos, podem ser ajuizadas pelos mesmos legitimados e são de competência exclusiva do STF quando propostas em face da Constituição Federal.

O objetivo da ADO é implementar a norma faltante no ordenamento jurídico, promovendo a função integrativa do sistema jurídico. Contrariamente ao que sucede na ADI, cuja finalidade é expelir a norma impugnada do ordenamento, o fim da ADO é a obtenção de uma sentença contendo um comando dirigido ao poder ou ao órgão competente para que ele atue em obediência à norma constitucional a fim de "colmatar a lacuna jurídica".

Podem-se se perceber claramente as diferenças existentes entre as duas ações judiciais. No plano prático, é de se observar que a ADO e o Mandado de Injunção não têm trazido os resultados esperados, sobretudo quando a orientação do STF, na maioria dos casos, apenas reconhece a "mora" em relação a quem deveria legislar, transformando os institutos em "letra morta". A jurisprudência brasileira não tem sabido dar uma aplicação verdadeiramente efetiva ao mandado de injunção (ROSA, 2000, p. 469).

O reconhecimento da mora representou um passo importante para a construção jurisprudencial do Mandado de Injunção, inclusive com a admissão do Mandado de Injunção Coletivo (STF – MI 20-4/DF, Confederação dos Servidores Públicos do Brasil X Congresso Nacional, rel. Celso de Mello, 22/11/1996). Foi, entretanto, com os julgamentos do MI 712-PA e do MI 670-ES, na sessão de 7de junho de 2006, que a Corte Suprema buscou revisar parcialmente o entendimento até então adotado.

Por outro lado, no tocante à ADO, o poder competente que for declarado como omisso tem 30 dias para adotar as medidas necessárias (art. 103, § 2º, da CF/88; art. 12-H, §1º, da Lei 9.868/99, acrescentado pela Lei nº 12.063/09). Quando houver necessidade de o Poder Legislativo adotar providências, em casos de ausência de lei para garantir o direito constitucional, o prazo poderá ser estipulado pelo tribunal.

Na prática, a propósito, mencione-se o caso da ADI nº 2.061-7/DF, na qual o STF reconheceu a omissão do Presidente da República em relação ao art. 37, X, da CF/88 (com a redação dada pela EC nº 19, de 4 de junho de 1998), que trata da revisão geral da remuneração dos servidores da União (BRASIL, 2002).

Nesse julgado, ficou claro que, sem a fixação de prazo e sem ter como obrigar o legislador a produzir a espécie legislativa, a ADO se apresenta como "mero conselho", como afirma Ivo Dantas (2007, p. 514-515).

Com efeito, este tem sido o entendimento do Pleno do STF em relação ao instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: ela confere ao Supremo Tribunal

Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Nesse sentido, não assiste ao Supremo Tribunal Federal criar regras, em face dos próprios limites fixados pela Lei Maior, em sede de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF/88). Essa prerrogativa de expedir provimentos normativos compete ao órgão legislativo em mora.

4.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

Por último, outro mecanismo de controle abstrato da constitucionalidade das normas, previsto na Constituição Federal de 1988, é o instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), denominada também de Ação. Essa ação veio completar o sistema de controle de constitucionalidade concentrado no Brasil.

Sua previsão se encontra no artigo 102, § 1º, da Constituição de 1988. Regulamentada só depois de mais de dez anos, pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a ADPF veio preencher um espaço até então não contemplado pelas ADIs. Os exemplos mais notórios são a possibilidade de impugnação de atos normativos municipais em face da Constituição da República e o cabimento da ação quando houver controvérsia envolvendo direito pré-constitucional. Também por meio dessa Ação Direta, pode ser impugnado qualquer ato do Poder Público de que resulte lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição Federal.

Esse novo instituto representou uma relevante alteração no sistema de controle de constitucionalidade. Até a instituição da ADPF, o direito municipal e o direito pré-constitucional não podiam ter a sua validade em abstrato impugnada perante o STF, uma vez que, conforme já demonstrado, a ADI e a ADC só admitem como objeto de questionamento as leis e os atos normativos praticados na vigência da Constituição Federal de 1988.

O pressuposto essencial para o ajuizamento da ADPF é o descumprimento de "preceito fundamental", expressão que nem a Constituição, nem a Lei definem, remetendo-se à doutrina e à jurisprudência a sua compreensão (MENDES, 2011, p. 36). Por tratar-se de um conceito indeterminado, de alto teor axiológico em sua definição, o instituto se viu envolvido em inúmeras controvérsias.

A primeira questão a ser enfrentada seria definir o termo "descumprimento", sem confundi-lo com a noção de inconstitucionalidade *lato sensu*. Na técnica jurídica, o termo "cumprimento" significa ato ou efeito de cumprir, satisfazer um dever legal (SILVA, 1994, p. 592) ou executar algo; seu oposto, portanto, é a não satisfação ou não execução, desviando-se daquilo que se prescreve.

A segunda questão diz respeito ao sentido e ao alcance da expressão "preceito fundamental". Em relação ao alcance da expressão, o preceito compreende apenas os princípios, e não as regras constitucionais? O que é fundamental, exigido pela Constituição?

Em relação à primeira questão, André Ramos Tavares sustenta que o termo "preceito" não se identifica com o mero princípio, tampouco com a mera regra, mas que deve ser tomado como norma constitucional; em relação à segunda questão – a expressão "preceito fundamental" –, traduz-se o que é imprescindível, basilar ou irrecusável no ordenamento constitucional. São eles, precisamente, por um lado, parcela dos princípios constitucionais, bem como, por outro, regras cardinais de um sistema constitucional, constituídas essencialmente por um conjunto normativo assegurador de direitos humanos (TAVARES; ROTHENBURG, 2001, p. 152-153).

A noção do que é fundamental conduz, em uma interpretação finalista e sistemática, a superar a ideia de que todo princípio constitucional, por si só, seria fundamental. Convém reconhecer que os princípios têm distintas potencialidades e que, para o alcance do conceito, há que partir da determinação do âmbito de incidência de cada princípio e avançar em direção àqueles preceitos que se impregnam de valores transcendentes, que têm aplicação não apenas em certos setores, mas na totalidade do ordenamento constitucional, isto é, princípios como valores fundamentais, que governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica (BONAVIDES, 2010, p. 288-289).

Desde a aprovação da Lei nº 9.882/99 até 31 de agosto de 2012, foram propostas, perante o STF, 256 ADPFs, das quais 145 já foram julgadas em decisão final, 14 em decisão liminar e 97 aguardam julgamento (BRASIL, 2012a). A primeira ADPF admitida pelo STF foi a de nº 4, na qual se procurava evitar lesão a preceito fundamental e dirimir controvérsia sobre ato normativo efetivado pelo Presidente da República quando fixou o salário mínimo por meio da Medida Provisória nº 2.019, de 20 de abril de 2000.

Ressalte-se, por fim, o julgamento recente da ADPF nº 54 – o caso do aborto de feto anencéfalo. Foi concedida, em 2 de agosto de 2004, monocraticamente, liminar requerida para determinar o sobrestamento dos processos e das decisões não transitadas em julgado e para reconhecer o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos. Na sessão de 20 de outubro 2004, o Tribunal negou referendo à liminar concedida.

O julgamento final se deu na sessão plenária do dia 12 de abril de 2012. O Tribunal decidiu, por maioria e nos termos do voto do relator, julgar procedente a ação (ADPF nº 54) para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto

anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo ministro Celso de Mello; e contra os votos dos ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Estavam ausentes, justificadamente, os senhores ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli (BRASIL, 2004).

Ademais, vale destacar que as decisões proferidas pelo STF em sede de ADPF são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o que significa dizer que as orientações firmadas pela Corte Suprema nessa ação nortearão o juízo sobre a legitimidade ou a ilegalidade de atos de teor idêntico editados pelas diversas entidades federadas.

5. Críticas e perspectivas de reforma do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil

Depois de analisadas as principais características do controle híbrido de constitucionalidade no Brasil, parece conveniente cogitar as críticas e as perspectivas de reforma desse sistema de controle das leis.

É certo que os modelos jurisdicionais de controle da constitucionalidade, quando postos em prática, frequentemente apresentam imperfeições, sobretudo quando se trata de modelos importados sem qualquer alteração – seja o modelo europeu-kelseniano (concentrado), seja o modelo norte-americano (difuso), seja ainda o modelo híbrido, que une elementos dos dois anteriores. Por essa razão, estão sempre a reclamar mudanças, reformas e ajustes.

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade inaugurado a partir da Constituição de 1988 tem passado por reformas e ajustes ao longo desses últimos vinte anos. Com a Emenda nº 3, de 17 de março de 1993, introduziu-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Em nível infraconstitucional, ressaltem-se a aprovação da Lei nº 9.868/99 e a da Lei nº 9.882/99, dispondo a primeira sobre o processo e o julgamento da ADI e da ADC perante o STF, e a segunda, sobre o processo e o julgamento da ADPF. A EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituiu novos mecanismos no sistema de controle concreto de constitucionalidade. No âmbito do controle concreto, a Emenda Regimental do STF nº 45, de 18 de maio de 2011, ampliou a competência das Turmas do STF para o processo e o julgamento de várias classes processuais e suas respectivas matérias, tais como: extradições, mandados de segurança, mandados de injunção, *habeas corpus* e outras ações de interesse da magistratura e dos tribunais.

As críticas segundo as quais o STF tem assumido uma postura "mais política" em suas decisões vêm de vários segmentos da sociedade, inclusive de ex-ministros da Corte, hoje aposentados. Em entrevista publicada pelo jornal *Valor Econômico*, o ministro aposentado do STF José Carlos Moreira Alves revela a sua perplexidade com o rumo que a Corte Constitucional brasileira vem tomando nesses últimos dez anos: "Hoje, o STF está adotando uma posição mais política do que antigamente". Sobre o ativismo judicial, disse: "No meu tempo não havia isso; mas vão dizer que estou ficando velho e não compreendo os temas novos" (ALVES, 2011).

Na época em que atuou como ministro, a tese seguida fielmente pelo STF era a de que não cabe à Corte criar ou indicar normas, caso o Congresso demore a aprovar leis. Argumentou o ministro que, na atualidade, esta não tem sido a orientação do Tribunal, que tem ultrapassado o "semáforo" dessa regra. Exemplo disso deu-se em 2007, quando o STF decidiu que, na falta de aprovação pelo Congresso de uma lei sobre a

paralisação do trabalho pelos servidores públicos, eles teriam de seguir a lei de greve do setor privado.

O Supremo, nesse sentido, tornou-se ativista? O ministro respondeu: "Esse é o problema", porque, "ao se elaborar uma lei ou ao se indicar quando ela será aplicada, se conduz a um poder político de dizer: a normatividade é essa".

Explicou Moreira Alves que, antes, ao receber pedidos judiciais para que o Congresso aprovasse uma lei, via Mandado de Injunção ou ADO, o STF apenas fazia uma comunicação aos parlamentares de que eles estavam demorando para garantir um direito à população. Em sua opinião, o Mandado de Injunção é um instituto que não possibilita a criação de normas, mas apenas constitui um instrumento de alerta ao Congresso Nacional para que ele crie as normas.

Outro aspecto revelador do ativismo judicial, que não existia na época do ministro Moreira Alves, refere-se à sentença aditiva, segundo a qual o tribunal acrescenta regras à lei a fim de que uma decisão seja cumprida. Isso aconteceu em pelo menos dois casos julgados, com grande repercussão: no julgamento que autorizou as pesquisas de células-tronco (ADI – 3.510-DF), quando o STF criou regras para a realização dessas pesquisas (BRASIL, 2010); e na demarcação da reserva Raposa Serra do Sol (PET – 3388), quando os ministros fixaram novas condições para que a terra fosse devolvida para os indígenas.

Na verdade, o STF vem assumindo o perfil de um verdadeiro Tribunal Constitucional, mais preocupado em resolver grandes questões do país, e, por isso, passou a indicar qual é o direito a ser aplicado mesmo na falta de leis. O problema é saber justamente se a Constituição outorga esse poder ou se ele foi criado pelo próprio STF. O certo é que existe essa tendência no Tribunal, e, pelos últimos julgamentos da Corte, pode-se concluir que é uma tendência irreversível, a curto prazo.

O grande desafio do STF é ficar no terreno do razoável, e não começar a criar normas absolutamente "novas" em matéria de direito. Trata-se de tarefa bastante difícil e polêmica, que o Tribunal tem levado adiante, enfrentando questões relevantes e populares, que dividem a opinião pública do país, tais como: "a relação homoafetiva e a entidade familiar" (ADI 4.277-DF e ADPF 132-RJ), decidida em 5 de maio de 2011; "o aborto de feto anencéfalo" (ADPF 54), decidida em 12 de abril de 2012; e "as cotas raciais em universidades" (RE 597285), tema com repercussão geral, julgado em 9 de maio de 2012.

No âmbito do controle difuso, lembremos o julgamento da Reclamação nº 4.335-5/AC, no qual há uma tentativa de mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, pela via interpretativa. A questão posta é a seguinte: se uma decisão anterior proferida em sede de controle difuso poderia ter

validade *erga omnes* sem a edição de Resolução Suspensiva pelo Senado Federal. Tudo indica que, se a tese da mutação constitucional for vitoriosa no STF, estaremos diante de uma nova perspectiva no controle difuso.

Entre as críticas relacionadas à posição mais política do STF ou ao ativismo judicial, merece destaque a Proposta de Emenda Constitucional que visa a estabelecer limites à Corte Suprema. Trata-se de proposta aprovada por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados, que autoriza o Congresso a sustar atos normativos do Poder Judiciário. A proposição, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles, altera o artigo 49, V, da CF/88 para consignar ao Congresso Nacional competência para sustar também os efeitos de decisão judicial que implicar usurpação de competência privativa do Poder Legislativo.

No mesmo sentido, na Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011, que tramita na Câmara dos Deputados e já foi aprovada pela CCJ, o mesmo parlamentar propõe, entre outras coisas, a ampliação – de seis para nove – do número mínimo de ministros do STF necessários para declarar a inconstitucionalidade de normas. Com isso, o proponente acredita que contribui para reduzir o ativismo judicial na Suprema Corte. Argumenta-se que: "Em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Judiciário vem deslocando do Legislativo boa parte do debate de questões relevantes, como as ações afirmativas de cotas raciais e a questão das células-tronco" (CONSULTOR JURÍDICO, 2011).

No campo doutrinário, as críticas ao STF são generalizadas. A principal delas se refere à falta de legitimidade da Suprema Corte para decidir sobre questões de natureza política, normativa, fazendo as vezes do legislador, o que viola o princípio republicano da separação dos poderes.

Para respaldar tal postura, é necessário conferir maior legitimidade ao STF. No entanto, para que isso aconteça, teria de ser feita uma reforma, alterando-se a escolha de seus membros: uma parte seria indicada pelo Presidente da República, sem o *referendum* do Senado Federal, e a outra parte, eleita pelo Congresso Nacional, com mandato determinado, como acontece com os membros dos Tribunais Constitucionais, por exemplo, em Portugal.

Outra proposta de reforma no modelo brasileiro, menos radical, no âmbito do controle abstrato, seria inserir a fiscalização judicial preventiva de algumas matérias, tais como: tributária, administrativa, previdenciária. Essa proposta foi defendida pelo ministro do STF Dias Toffoli, quando comentou a fiscalização preventiva adotada em Portugal. Para ele, o controle preventivo de constitucionalidade poderia ser uma boa solução para problemas enfrentados pelos brasileiros. O controle de leis antes da sanção presidencial, na visão do ministro, seria admitido em duas hipóteses: nas normas tributárias e nas leis sobre remuneração de servidor público – neste último caso, porque faz com que muitos aposentados ou funcionários públicos de outras carreiras peçam equiparação. Em suas palavras: "Estas duas espécies de leis, editadas em todos os entes da federação (União, estados, Distrito Federal e municípios), são as mais questionadas quanto à constitucionalidade. Evitaríamos inúmeras ações se o STF já pudesse definir sua validade" (SCRIBONI, 2011).

São propostas que, por um lado, transformariam o controle híbrido de constitucionalidade em um sistema misto complexo, no qual haveria parte das leis controlada por um órgão político e parte controlada por um órgão jurisdicional, sendo a última palavra do órgão político. Por outro lado, transformaria o Supremo Tribunal Federal em um autêntico Tribunal Constitucional. Isso, contudo, não seria tarefa de um Poder Reformador, em razão dos limites constitucio-

nais impostos. Salvo melhor juízo, somente seria possível por meio de uma Assembleia Nacional Constituinte.

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. Carta não autoriza STF a criar normas, diz Moreira Alves. São Paulo, 2011. *Valor Econômico*, São Paulo, 23 ago. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspenso julgamento de MS que questiona projeto de lei sobre novos partidos. *Portal STF*, Brasília, 5 jun. 2013a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=240362>. Acesso em: 6 jun. 2013.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (med. liminar) 54. *Portal STF*, Brasília, 17 jun. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=ADPF%2054&processo=54>. Acesso em: 10 out. 2012.

_____. Regimento interno anual. *Portal STF*, Brasília, 2013b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>. Acesso em: 20 set. 2011.

_____. Estatísticas do STF: processos protocolados, distribuídos e julgados por classe processual – 1990 a 2013. *Portal do STF*, Brasília, [2012a]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>. Acesso em: 4 set. 2012.

_____. Estatísticas e relatórios. *Portal do STF*, Brasília, 2012b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg>. Acesso em: 9 out. 2012.

_____. Tramitação de novas MPs no Congresso terá de obedecer rito previsto na Constituição. *Portal do STF*, Brasília, 8 mar. 2012c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=202191>. Acesso em: 9 mar. 2012.

_____. Súmulas vinculantes. *Portal do STF*, Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032>. Acesso em: 16 abr. 2013.

_____. *Revista trimestral de jurisprudência*, Brasília, v. 140, p. 1-350, abr. 1992.

_____. *Revista trimestral de jurisprudência*, Brasília, v. 179, p. 417-836, jan./mar. 2002.

_____. *Revista trimestral de jurisprudência*, Brasília, v. 214, p. 43-310, out./dez. 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONSULTOR JURÍDICO. PEC submete decisão do STF ao crivo do Congresso. *Conjur*, São Paulo, 22 jun. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-22/pec-preve-submissao-decisoes-supremo-crivo-congresso>. Acesso em: 24 out. 2011.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

DANTAS, Ivo. *Novo processo constitucional brasileiro.* Curitiba: Juruá, 2010.

_____. *Constituição & processo.* 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *Mandado de injunção*: guia teórico e prático. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. *Controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à lei n. 9.868, de 10-11.99. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO FILHO, José Celso de. Algumas reflexões sobre a questão judiciária. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 75, p. 43-53, abr. 2004.

MEDEIROS, Orione Dantas. Mutação constitucional resultante de interpretação judicial e perspectivas do controle difuso no Brasil: reflexões acerca da reclamação 4.335-5/AC. *Revista Idéia Nova*, Recife, ano 8, n. 4, p. 239-260, jun./dez. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. et al. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSA, André Vicente Pires. *Las omisiones legislativas y su control constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SCRIBONI, Marília. Toffoli aprova controle prévio de constitucionalidade. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 jan. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jan-17/publicidade-julgamentos-brasil-conquista-democracia>. Acesso em: 18 jan. 2011.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*: análise à luz da lei n. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

VIVEIROS, Mauro. *El control de constitucionalidad brasileño*: u modelo híbrido o dual. Madrid: Acadêmica espanhola, 2012.

Legislativo, Executivo e a dinâmica das emendas constitucionais

RAFAEL SILVEIRA E SILVA

Sumário

1. Introdução. 2. Parâmetros de análise. 2.1. Características preliminares das PECs. 2.2. Processo legislativo. 2.3. Influência sobre a agenda. 2.4. Construção dos modelos. 3. Análise dos resultados. 3.1. Os modelos aplicados às iniciativas do Executivo. 3.2. Os modelos aplicados às iniciativas da Câmara. 3.3. Os modelos aplicados às iniciativas do Senado. 3.4. Os modelos aplicados ao período do governo FHC. 3.5. Os modelos aplicados ao período do governo Lula. 4. Considerações finais.

1. Introdução

Rafael Silveira e Silva é doutor em Ciência Política pela Universidade de Brasília. É Consultor Legislativo do Senado Federal. Atuou como Gestor Governamental e foi Analista do Banco Central na área de Normas do Sistema Financeiro. É professor do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e professor voluntário do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília (UnB).

Um dos traços mais marcantes da Constituição brasileira é a significativa incorporação formal de diversos dispositivos que apresentam características de políticas governamentais, com fortes implicações sobre o *modus operandi* de produção normativa e sobre a democracia brasileira.

Esse aspecto é defendido por Couto e Arantes (2006), cujos estudos enfatizam as consequências da constitucionalização sobre a agenda governamental de políticas públicas, sob o enfoque das estratégias adotadas pelo Poder Executivo para governar com maiores graus de liberdade.

As pesquisas sobre a Constituição concentraram-se predominantemente na análise do conteúdo e da evolução do texto, bem como em estudos de caso sobre as reformas consideradas mais importantes (MELO, 2002; COUTO; ARANTES, 2006; SOUZA, 2008; SILVA, 2009), especialmente aquelas reformas iniciadas e/ou capitaneadas pelo Executivo. No entanto, ainda carece de maior aprofundamento o estudo do perfil das propostas de emenda à Constituição (PECs), colocando-se em evidência a agenda de reformas constitucionais e a influência dos agentes iniciadores, sob a pers-

pectiva de as PECs serem canais viáveis para maior exposição e vinculação ao público eleitor. Em outras palavras: a PEC pode atingir um público, mais ou menos delimitado, e esse foco é importante para alcançar objetivos eleitorais, que podem estar ligados à reeleição ou à busca de outros cargos.

Chamou-nos a atenção para esse tema o fato de que, desde 1995, o fluxo de PECs aumentou de maneira significativa, não apenas sob o ímpeto da apresentação das primeiras reformas do governo FHC, mas, de forma inequívoca, por meio da iniciativa dos parlamentares[1]. Mesmo diante da complicada agenda legislativa, frequentemente tomada pela discussão de medidas provisórias e outros expedientes regimentais, tal ritmo de apresentação de PECs não sofreu diminuição.

Embora pesquisas apontem que as práticas legislativas do Congresso se concentram mais em demandas gerais (RICCI, 2003), a prática tem demonstrado que as características intrínsecas da nossa Constituição têm deixado o campo decisório aberto, permitindo aos parlamentares recorrer ao emendamento constitucional como forma de deixar suas marcas em várias matérias, inclusive no que concerne às políticas públicas. A dinâmica da produção legislativa no Congresso Nacional brasileiro tem características próprias, pois não apresenta tendência paroquial, especialmente no sentido atribuído pela literatura norte-americana (MAYHEW, 1974). Com um ambiente de apresentação dos projetos menos afetado por esse efeito, acabam-se aplicando os efeitos de caráter distributivista a vinculações do ponto de vista das amplas corporações (servidores públicos, categorias profissionais específicas etc.), dos setores econômicos ou de grupos de interesse difusos, mas que gerem possibilidades de construção positiva da imagem do parlamentar (aposentados, trabalhadores rurais etc.). Nesse sentido, torna-se mais importante a conexão eleitoral analisada por meio da intermediação dos grupos de interesse (LOHMAN, 1998).

Dada essa particularidade, julgamos que, em torno de cada PEC, se constrói um contexto específico, no qual, à exceção das propostas do Executivo, os matizes partidários ficam menos observáveis, deixando um espaço relevante para a atuação dos parlamentares, que enxergam oportunidades de ganhos político-eleitorais (ARNOLD, 1991; AMES, 1995)[2]. Ainda com relação a esse contexto específico, não podemos deixar de chamar a atenção para a imensa agenda de votações, cuja

---

[1] Recente Levantamento revelou que existem mais de 396 PECs tramitando no Senado Federal, e isso não deixa de surpreender, tendo em vista a natureza do processo de emendamento, dadas as características de uma Carta Magna (JORNAL DO SENADO, 2009).

[2] Legisladores sabem que os cidadãos não são igualmente interessados na resolução de conflitos políticos específicos. Alguns possuem intensas preferências no tocante a um determinado problema político, sabem o que o Congresso está fazendo a respeito e comunicam claramente suas preferências aos seus representantes.

complexidade impõe grande dificuldade nas ações de coordenação das lideranças partidárias.

Desse modo, o presente artigo busca analisar a dinâmica das emendas constitucionais, investigando as motivações das propostas de alteração da Constituição. Pretende-se responder a algumas perguntas: como caracterizar uma proposta oriunda do Executivo, da Câmara ou do Senado? É possível observar similaridades ou diferenças? É possível inferir alguma motivação eleitoral ou alguma influência do Poder Executivo também sobre as PECs de iniciativa do Congresso? Como o processo legislativo transcorre durante o mandato dos Presidentes, uma vez que cada legislatura apresenta uma nova composição de interesses?

Um aspecto importante acerca das PECs é que sua tramitação torna a relação bicameral simétrica (LLANOS; NOLTE, 2003), uma vez que a Casa de origem não necessariamente aprova ou reprova as mudanças da Casa revisora, tal como ocorre nos demais projetos de lei[3]. Esse aspecto recoloca o Senado Federal como *locus* igualmente importante, merecendo, assim, um tratamento mais adequado na construção dos dados e na elaboração das hipóteses.

Portanto, procuraremos verificar empiricamente uma agenda constitucional mais ampla, incorporando na análise propostas de emenda à Constituição que foram aprovadas em pelo menos uma das Casas Legislativas. Nossa intenção não será apenas buscar a convergência com o argumento da constitucionalização de políticas públicas, mas também compreender como as escolhas estratégias dos parlamentares e outros aspectos repercutem sobre as chances de ocorrerem alterações na Constituição Federal brasileira.

2. Parâmetros de análise

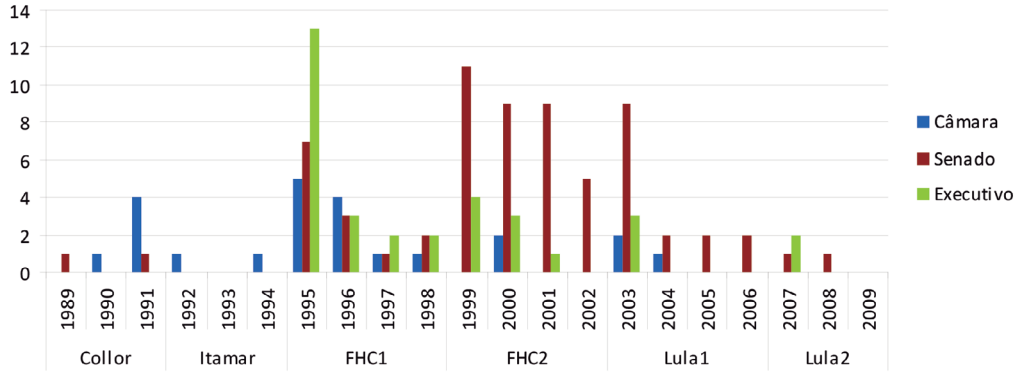
Para esta pesquisa foram selecionadas todas as PECs aprovadas nas Casas de origem, ou seja, aprovadas onde foram primeiramente apresentadas, até 2009. Nossa preocupação não foi a conversão da proposta em emenda constitucional, mas a seleção de um conjunto de dados que possibilitasse a compreensão do processo legislativo e da agenda constitucional de cada Casa do Congresso. Até o ano de 2009, foram recolhidos dados de 111 PECs. Tais dados revelam diferenças marcantes entre os atores políticos que iniciaram a proposta e entre os períodos em que foram apresentadas e aprovadas as PECs, conforme podemos observar nos Gráficos 1 e 2, a seguir:

---

[3] A assimetria do bicameralismo brasileiro fica evidente na discussão de projetos de lei oriundos do governo, os quais, pelas regras constitucionais, são analisados inicialmente na Câmara dos Deputados. Esta Casa, portanto, tem o poder final de decisão sobre as mudanças propostas no âmbito do Senado.

Gráfico 1

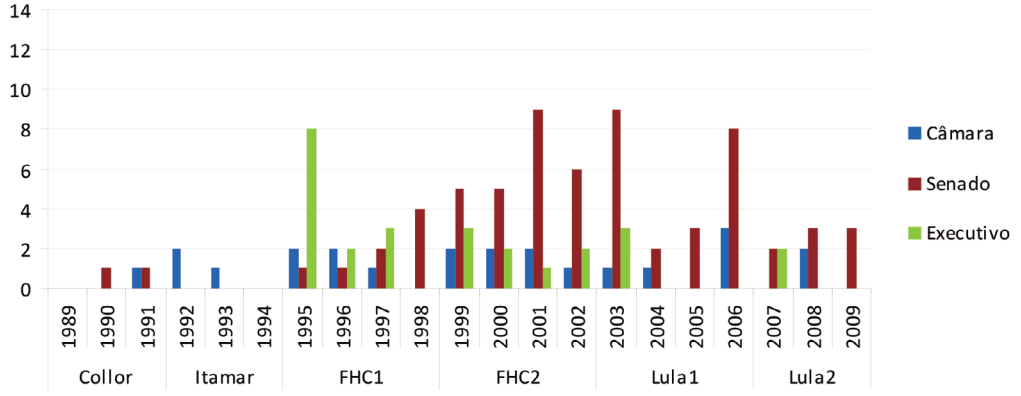
Composição da Agenda – APRESENTAÇÃO de PECs na 1ª Casa



Fonte: Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Gráfico 2

Composição da Agenda – APROVAÇÃO de PECs na 1ª Casa



Fonte: Câmara dos Deputados e Senado Federal.

A composição dessas informações estimula-nos a investigar quais características das PECs podem distingui-las pela titularidade (Executivo, Câmara ou Senado) e quais melhor definem a agenda legislativa constitucional durante os períodos dos governos FHC e Lula.

Desse modo, recorreremos à construção de modelos estimados por técnica de máxima verossimilhança, sendo as variáveis dependentes modeladas seguindo-se uma distribuição *logit*, ou seja, construídos por meio de Regressão Logística. Essa técnica estatística é utilizada para prever a probabilidade de ocorrência de um evento, em função do relacionamento entre esse evento e um ou mais preditores. Ela possibilita a previsão de um resultado discreto com base em um conjunto de variáveis métricas, não métricas, dicotômicas ou uma combinação delas[4].

[4] A Regressão Logística tem a vantagem de ser mais flexível do que as outras técnicas estatísticas porque não requer que as variáveis preditoras possuam distribuição normal, mantenham relacionamento linear com a variável dependente ou que haja homogeneidade de variância dentro de cada grupo da variável dependente.

Para aplicar a Regressão Logística, deveremos calcular as probabilidades associadas da perspectiva de quem propõe, ou seja, quanto ao fato de ser ou não de iniciativa de determinado agente (Executivo, Câmara, etc.) ou de ter participado de determinado período (governo FHC ou Lula). EXECUTIVO será uma variável dicotômica (*dummy*) que indica se a PEC foi de iniciativa do Executivo, assumindo valor "1". Caso contrário, atribui-se à variável o valor "zero". Os mesmos parâmetros serão utilizados para a construção das variáveis CÂMARA e SENADO. Pressupõe-se que cada Casa do Legislativo é um ator que se caracteriza por escolhas coletivas e que tem como tarefa principal alocar benefícios em forma de políticas (LEMOS, 2001), as quais estariam também contempladas no texto constitucional. FHC e LULA serão variáveis dependentes que indicam se a PEC foi apresentada e aprovada na Casa de origem durante o período dos referidos governos. Nesse caso, assumiriam valor "1". Note-se que optamos por observar os efeitos dentro de um mesmo período de influência, para um mesmo Presidente da República, deixando de lado aquelas proposições que "nasceram" em um governo e foram aprovadas em outro. Entendemos que esse corte é importante para observarmos padrões.

Essa distinção entre origem e período nos parece relevante. Pela origem, queremos perceber se é possível observar uma "identidade" de quem aprova; pelo período, verificar se as diferentes coalizões partidárias que moldam cada legislatura também introduzem formas alternativas para compor a agenda de reformas constitucionais, assim como outros fatores que podem ser inferidos com base nos resultados do modelo.

Para a nossa pesquisa, selecionamos variáveis independentes, sob três perspectivas: (i) características preliminares da PEC; (ii) processo legislativo e (iii) influências sobre a agenda[5]. As características preliminares da PEC fazem referência a alguns pressupostos que são importantes na elaboração e na apresentação das propostas, tais como a área temática, o grau de complexidade e os objetivos a serem atingidos. Com relação ao processo legislativo, as variáveis estão relacionadas ao modo de tramitação e de avaliação em plenário. Por fim, queremos dizer por "influências sobre a agenda" aspectos do contexto político e eleitoral que poderiam afetar a apresentação e/ou aprovação da PEC. Como variáveis intervenientes sobre a agenda de mudança constitucional, selecionamos aquelas que, no nosso entendimento, podem refletir as estratégias dos atores relativamente à aprovação de suas proposições e, consequentemente, dos seus objetivos, estejam estes relacionados aos resultados das matérias legislativas, estejam relacionados ao sucesso eleitoral.

2.1. Características preliminares das PECs

Com relação às características que antecedem a apresentação da PEC, selecionamos cinco variáveis. DISPOSITIVOS indica o número de artigos, incisos, parágrafos e alíneas do texto da PEC. Supõe-se que, quanto mais detalhado, maiores serão as chances de surgirem pontos de veto, dificultando em última instância a formação da maioria necessária para a apresentação. A variável DURAÇÃO, de natureza dicotômica, informa se a PEC introduz mudanças permanentes na Constituição (valor "1") ou mudanças transitórias, com "data de validade" (valor

[5] Inspiraram-nos Maltzman e Shipan (2008), que introduziram uma forma interessante de estudar os mecanismos de construção legal, valorizando aspectos relativos a características intrínsecas das leis, as diferenças de postura e percepção entre as Casas Legislativas, bem como a periodização da análise. Obviamente, tratamos de objetos, contextos e abordagens particulares e aplicados ao caso brasileiro.

"zero"). Parte-se da hipótese de que mudanças transitórias podem alcançar mais facilmente a formação da maioria para a aprovação da proposta.

As duas variáveis a seguir são importantes para distinguir a escolha de quem propõe e aprova. Interessa-nos saber se as escolhas estão pautadas sob o signo da constitucionalização das políticas públicas ou se também visam a atingir resultados com viés distributivista. Pretende-se verificar a qualidade da agenda de reformas do Executivo e do Congresso. A variável POL-PUB, também dicotômica, assume valor "1" quando indica que o texto da PEC toca ou entra em detalhes acerca de questões a respeito de gestão, distribuição de recursos, arrecadação, repartição, definição de responsabilidades ou de desenho de políticas. A hipótese é a de que a onda de reformas deu início a *modus operandi* próprio, trazendo para o âmbito constitucional debates tipicamente relacionados a projetos de lei infraconstitucionais. DISTRIBUTIVA é a variável dicotômica que indica se a PEC adota, com nitidez, um público alvo e se tem potencial para ser revertida em ganhos eleitorais. Pretende-se investigar se a "onda reformista" propagou a adoção de estratégias distributivistas na agenda de debates constitucionais. Para esta classificação, nós nos valeremos do conceito de Wilson (1974), que classifica como distributiva a política que produz benefícios concentrados e custos difusos, acrescentando-se, ainda, a ideia de um possível benefício eleitoral que a proposta possa auferir. Significa dizer que determinada PEC pode ter um texto que favoreça um segmento específico, mas relevante, da sociedade, ou mesmo outros segmentos políticos que façam parte do campo eleitoral e nele interfiram (AMES, 1995; LEONI; PEREIRA; RENNÓ, 2004), tais como prefeitos e vereadores[6]. Para testar essa variável, toma-se como ponto de partida a motivação do parlamentar, seja sua reeleição (LEMOS, 2001), seja nova eleição, para cargo político diferente. É também importante ressaltar que, na esfera constitucional, há espaço para benefícios mais concentrados que também extrapolam a esfera das políticas públicas *stricto sensu*, como no campo dos direitos e das garantias e no da organização dos Poderes.

Por fim, como característica preliminar, é importante avaliar até que ponto a proposição poderá contar com apoio da base de sustentação do

---

[6] Testar essa hipótese é importante, tendo em vista os crescentes indícios de que pode estar havendo efeitos distributivistas na agenda constitucional. Por exemplo, no jornal *Folha de São Paulo* de 11/3/2010, foi publicada a seguinte nota: "A pedido do governo, a Câmara paralisará a votação de emendas constitucionais por 20 dias. É reação à presença de manifestantes que, aproveitando-se da proximidade das eleições, pressionam deputados pela aprovação de temas que oneram a União. A sugestão do líder do governo, Cândido Vaccarezza (PT-SP), era suspender o debate até outubro. (...) Seu temor é que congressistas aprovem textos inviáveis para o governo apenas para agradar aos eleitores. 'A Constituição está sendo banalizada', disse Vaccarezza. Ontem, na reunião de líderes, o presidente da Câmara, Michel Temer (PMDB-SP), apresentou contraproposta de paralisar as votações por 20 dias e obteve o apoio da maioria dos líderes. Hoje há 420 emendas tramitando na Câmara".

agente iniciador da proposta. BASE seria a variável proposta, configurando-se como a percentagem de cadeiras na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal ocupadas por partidos que representam a base de que faz parte o autor da PEC. Se for de iniciativa do Executivo, considera-se o percentual da bancada da base parlamentar na Casa de origem. O mesmo critério vale para o parlamentar que dela faz parte. Do contrário, se o parlamentar não fizer parte da base de apoio ao governo, considera-se o percentual restante da Casa de origem, *grosso modo*, a oposição.

2.2. Processo legislativo

Propomos duas variáveis básicas para compor o quadro do processo legislativo. A primeira: TRAMITAÇÃO. Consideramos o tempo de tramitação um indicador da articulação dentro da Casa de origem, demonstrando a velocidade da conformação da maioria e do encaixe da matéria na agenda legislativa. Essa variável representaria o número de meses de tramitação da PEC na Câmara ou no Senado, calculado a partir da data de apresentação da proposta até a data da aprovação na Casa de origem. A outra variável é VOTAÇÃO, partindo-se do pressuposto de que, quanto maior o entendimento da Câmara ou do Senado acerca de uma PEC, maior será a percentagem de votos que supere o quórum de aprovação. De maneira mais refinada, no caso de uma PEC de iniciativa do governo, esse percentual pode indicar a habilidade deste em construir sua maioria e aproximar seus interesses ao do Congresso (no caso específico, ao da Câmara). O percentual de votos que supera o quórum de 3/5 para a aprovação da PEC é o resultado do seguinte cálculo:

$$\left(\left(\frac{(Votos_1º_turno + Votos_2º_turno)/2}{quórum}\right) - 1\right)\%$$

Sendo quórum Câmara = 308 e
quórum Senado = 49

2.3. Influência sobre a agenda

As variáveis foram escolhidas com base na diferenciação entre estratégias de apresentação e de aprovação da proposta. Essa distinção entre dois períodos é importante para definir como se configura a agenda de tramitação e de negociação no interior de cada Casa.

Como variáveis vinculadas ao período de apresentação da PEC, sugerimos POP_INÍCIO, PRIMEIRO_ANO, ELEIÇÃO1 e ELEIÇÃO2.

POP_INÍCIO representa o percentual que reflete avaliação ótima do Presidente da República, coletado pelo Instituto Datafolha[7], no momento da apresentação da PEC na Casa de origem. Parte-se da hipótese de que o Presidente avalia sua popularidade antes de apresentar uma proposta de reforma, independentemente do ano do mandato. Com relação aos parlamentares, procuramos observar se a popularidade do Presidente é ou não elemento catalisador para apresentação de PECs. A popularidade é interessante indicador no trabalho de Pereira e Rennó (2007), o qual deixa claro que Presidentes populares e diretamente envolvidos no processo eleitoral aumentam as chances de reeleição de seus aliados. No caso desta pesquisa, tentaremos verificar se a perspectiva de sucesso eleitoral se enquadra também no processo de emendamento constitucional. PRIMEIRO_ANO é uma variável dicotômica que indica se o ano de apresentação da PEC coincide com o primeiro ano de mandato do Presidente da República. A fundamentação dessa variável é a de que o Presidente da República, no seu primeiro ano de mandato, possui maior liberdade em apresentar propostas de reforma constitucional, amparado na legitimidade de sua aprovação nas urnas. Com relação aos parlamentares, a intenção é verificar se o primeiro ano de mandato surge como período indicativo de que eles fazem uso para aprovarem modificações constitucionais. ELEIÇÃO1 é uma *dummy* que visa controlar a chance de uma PEC ser apresentada em ano de eleição para Presidente, Governador, Senador, Deputado Federal e Deputado Estadual/Distrital. Nesse caso, assume o valor "1". Com ela, pretende-se observar se a apresentação da PEC está ou não relacionada a algum tipo de estratégia ligada às eleições, ou seja, se há alguma conexão eleitoral. ELEIÇÃO2 é uma variável semelhante à anterior, mas abordando a influência das eleições municipais sobre a apresentação das PECs.

Relativamente às variáveis que influenciam a agenda no momento da aprovação, poucas diferenças se estabelecem, além do fato da mudança da forma de controle (que retrata o período final da PEC). POP_FIM representa o percentual que reflete avaliação ótima do Presidente da República, coletado pelo Instituto Datafolha, no momento da aprovação da PEC na Casa de origem, partindo-se do princípio de que o peso do apoio popular do Presidente influencia a aprovação da PEC. Resta saber como as iniciativas dos parlamentares se comportam diante de tal apoio. ELEIÇÃO3 é variável dicotômica que indica se a PEC foi aprovada em ano de eleição para Presidente, Governador, Senador, Deputado Federal e Deputado Estadual/Distrital, assumindo, nesse caso, o valor "1". Pretende-se investigar se o processo legislativo da PEC é ou não influenciado pela proximidade dessas eleições. Por fim, para controlar se a proximidade de eleições municipais influencia o processo legislativo da PEC, sugerimos a variável ELEIÇÃO4, também dicotômica, assumindo valor "1" quando a proposta for aprovada em ano de eleições municipais.

2.4. Construção dos modelos

Formularemos quatro modelos para cada variável dependente que interessa estudar. Primeiramente teremos como variável de controle POL-PUB, a partir da qual avaliaremos o período de apresentação e, em seguida, o de aprovação. Os outros dois modelos serão derivados a partir da variável de controle DISTRIBUTIVA, também por meio das duas perspectivas, apresentação e aprovação das PECs. Com esses

[7] As pesquisas não são mensais e nem sempre coincidem com os períodos de apresentação ou aprovação das PECs em análise. Desse modo, primeiramente, procedemos à interpolação a fim de preencher os dados ausentes, para, em seguida, atribuirmos os valores com base nos períodos especificados.

modelos, pretende-se avaliar o nível de adesão dos atores políticos à tendência de constitucionalização de políticas públicas ou a propostas de cunho distributivista, e como isso se daria em termos estratégico-eleitorais.

3. Análise dos resultados

Os dados utilizados para a análise foram coletados nos *sites* da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como no do Instituto Datafolha. Cada PEC aprovada na Casa de origem representa uma unidade de análise. É importante ressaltar que, neste momento, não faz parte da nossa preocupação se determinada PEC foi aprovada na Casa de origem e reprovada na Casa seguinte. A importância é dada, na pesquisa, a como as decisões estão sendo tomadas nas Casas em que as propostas são iniciadas.

3.1. Os modelos aplicados às iniciativas do Executivo

Os resultados das regressões aplicadas às emendas constitucionais de autoria do Poder Executivo estão descritos na Tabela 1.

Observamos que os modelos apresentam melhor ajuste quando a interação ocorre com base na variável de controle relativa à consti-

Tabela 1 – PECs originadas no EXECUTIVO (Modelos *Logit*)

	Modelos			
	1	2	3	4
Características preliminares				
Duração	3,210**	2,009*	0,575	0,827
Dispositivos	0,039*	0,068**	0,066**	0,093***
POL-PUB	6,517***	3,696***		
Distributivas			-2,462**	-0,888
Base	12,592**	5,106	7,118*	5,067*
Processo legislativo				
Votação	-13,239***	-14,601***	-6,860	-11,219**
Tramitação	-0,147**	-0,180**	-0,185***	-0,218***
Influência sobre a agenda				
Primeiro_Ano	-2,977		0,205	
Pop_Início	0,040		0,054*	
Eleição1	-1,729		-2,052	
Eleição2	-4,431*		-0,153	
Pop_Fim		-0,031*		-0,023
Eleição3		-0,780		-2,093**
Eleição4		-1,466		-2,185**
Constante	-11,145	-2,996	-4,677	0,323
Pseudo R^2 (Nagelkerke)	0,746	0,719	0,624	0,623
Chi quadrado	38,958	43,490	54,986	55,170

Nota: N=111 (PECs). Significativo em : *< ,10 **< ,05 *** < ,01

tucionalização de políticas públicas (POL-PUB), seja no momento da apresentação, seja no da aprovação. O resultado confirma a tendência do Executivo de atuar sobre o texto constitucional para assegurar governabilidade, implementar parte de suas plataformas de governo e produzir políticas públicas, o que corrobora os resultados encontrados na literatura (COUTO; ARANTES, 2006; SOUZA, 2008; SILVA, 2009).

As características das PECs originadas do Executivo indicam textos que buscam modificação permanente na Constituição e com maior riqueza de detalhes, aspectos esses que agregam a postura ativista à produção de políticas públicas. Como se esperava, a importância de uma base parlamentar foi consistente, bem como uma maior velocidade na tramitação. Detalhe interessante e condizente com os resultados acima descritos é a tendência significativa de votações bem apertadas para a aprovação das propostas, indicando temas menos palatáveis às preferências dos parlamentares.

É importante notar que as propostas do Executivo não apresentaram estratégias do tipo distributivista. Ao contrário, como se observa no Modelo 3 (ver Tabela 1), o coeficiente apresenta significância importante no sentido de rechaçar qualquer tipo de proposta dessa natureza. Naturalmente, o Executivo é uma enorme vitrine, e o risco dessa estratégia ficaria evidente. Ademais, sinais negativos dos coeficientes das variáveis da agenda indicam não vinculação das PECs do Executivo com o ciclo de eleições. A popularidade do Presidente não foi uma variável que conseguisse explicar com significância as PECs desse Poder da República, embora os sinais indiquem algum desgaste de popularidade entre o início e o fim da tramitação.

3.2. Os modelos aplicados às iniciativas da Câmara

Ao contrário do que ocorre com o Executivo, as iniciativas de PEC da Câmara refletem com mais nitidez uma conexão com o ciclo de eleições municipais. Isso fica reforçado quando controlamos os modelos pelas variáveis ELEIÇÃO2 e DISTRIBUTIVAS.

As votações também refletiram resultados estreitos com relação ao quórum mínimo, indicando o maior esforço em torno da aprovação das PECs na Câmara. Ressalte-se que os resultados quanto às votações foram semelhantes aos do Executivo, embora as razões sejam diferentes. Enquanto o quórum para o Executivo é difícil pelos sinais adversos que suas propostas podem demonstrar aos eleitores, o quórum para a Câmara é apertado tendo em vista que a coordenação entre os autores e os que passaram a se interessar pelas propostas é mais complexa, com participação menos articulada dos líderes. Isso fica comprovado pela variável TRAMITAÇÃO, que mostra ser mais extenso o período de permanência na Casa.

Tabela 2 – PECs originadas na CÂMARA (Modelos *Logit*)

	Modelos			
	1	2	3	4
Características preliminares				
Duração	2,324	1,985	2,927**	1,917*
Dispositivos	-0,005	-0,010	-0,004	-0,008
POL-PUB	0,123	0,260		
Distributivas			1,559**	0,904
Base	-3,337**	-2,732*	-3,315**	-2,531*
Processo legislativo				
Votação	-5,046	-7,635**	-5,976	-8,841**
Tramitação	0,040***	0,048***	0,040***	0,048***
Influência sobre a agenda				
Primeiro_Ano	3,292**		4,104**	
Pop_Início	0,014		0,000	
Eleição1	-0,112		-0,268	
Eleição2	3,705**		4,524***	
Pop_Fim		-0,063***		-0,058**
Eleição3		-0,580		-0,834
Eleição4		1,106		0,724
Constante	-5,437**	0,431	-6,590	0,429
Pseudo R^2 (Nagelkerke)	0,400	0,418	0,455	0,433
Chi quadrado	80,470	78,786	75,106	77,247

Nota: N=111 (PECs). Significativo em : *< ,10 **< ,05 *** < ,01

Outro aspecto que chamou a atenção foi a base de apoio parlamentar. O sinal negativo de BASE indica a tendência de propostas surgidas nas oposições apresentarem maior probabilidade de sucesso na Câmara, descolando-se, a princípio, do raio de influência do Executivo. Tal aspecto também pode ser observado pela tendência de popularidade menor do Presidente (POP_FIM) sobre as votações.

3.3. Os modelos aplicados às iniciativas do Senado

Os modelos aplicados às PECs originadas no Senado tiveram pouco poder de explicação. Destaca-se a opção por mudanças transitórias e de menor complexidade sobre a Constituição, bem como margens mais amplas de votos acima do quórum de aprovação (talvez em face do menor número de pontos de veto), o que pode indicar maior preocupação por textos que convirjam mais facilmente para a formação de maiorias.

Ressalte-se que foi possível extrair resultados significantes de que as PECs originadas no Senado não apresentaram um padrão, nem vinculado a políticas públicas, nem conclusivo quanto a critérios distributivistas. Isso pode ser indicativo de que o Senado ainda apresenta uma tradição de modificação em áreas tipicamente constitucionais (definição do Estado, direitos individuais, participação política, regras do jogo, etc.). Por fim, os dados coletados revelam

Tabela 3 – PECs originadas no SENADO (Modelos *Logit*)

	Modelos			
	1	2	3	4
Características preliminares				
Duração	-1,227*	-1,645**	-0,418	-0,454
Dispositivos	-0,025	-0,039**	-0,029*	-0,041**
POL-PUB	-1,758***	-2,275***		
Distributivas			0,158	-0,043
Base	0,116	0,118	0,955	0,788
Processo legislativo				
Votação	8,283***	11,740***	5,574**	7,490***
Tramitação	-0,008	-0,016	-0,003	-0,010
Influência sobre a agenda				
Primeiro_Ano	-1,033		-1,059	
Pop_Início	-0,031		-0,040**	
Eleição1	0,500		0,674	
Eleição2	-0,994		-1,096	
Pop_Fim		0,037**		0,024*
Eleição3		1,111*		1,188**
Eleição4		-0,335		0,058
Constante	2,834**	-0,186	1,427	-1,758
Pseudo R^2 (Nagelkerke)	0,369	0,410	0,259	0,249
Chi quadrado	114,400	109,689	126,423	127,239

Nota: N=111 (PECs). Significativo em : *< ,10 **< ,05 *** < ,01

maiores chances de o Senado aprovar PECs em anos de eleição para renovação de sua legislatura, o que permite inferir possível tentativa de demonstração de ativismo e dinamismo perante os eleitores.

3.4. Os modelos aplicados ao período do governo FHC

O ativismo para as reformas constitucionais foi marca do período FHC. No entanto, de acordo com os parâmetros escolhidos nesta pesquisa, poucos padrões foram observados.

Verificou-se que pertencer a uma coligação majoritária foi uma característica significante em todos os modelos, indicando não apenas o forte controle da agenda pelo Executivo, como também a pouca adesão das Casas Legislativas a propostas oriundas da oposição. A esse aspecto se soma o período curto de tramitação, igualmente significante em todos os modelos. Nenhuma informação consistente pode ser inferida quanto à constitucionalização de políticas públicas ou ao uso distributivista das PECs.

Não obstante, podemos inferir que ocorreu maior diversidade de conteúdo nas matérias submetidas à avaliação do Congresso, especialmente pelo fato de que às propostas do Executivo se somaram as de iniciativa de deputados e de senadores. Com relação ao período de construção da agenda, a apresentação de PECs durante o ano de eleições presidenciais e de

Tabela 4 – PECs apresentadas e aprovadas durante o período do governo FHC

	Modelos			
	1	2	3	4
Características preliminares				
Duração	-0,181	0,234	-0,234	0,004
Dispositivos	0,003	0,004	0,002	0,001
POL-PUB	-0,052	0,152		
Distributivas			-0,273	-0,669
Base	3,261***	2,697**	3,207***	2,352*
Processo legislativo				
Votação	1,702	-1,383	1,882	-0,760
Tramitação	-0,029***	-0,028**	-0,029***	-0,027**
Influência sobre a agenda				
Primeiro_Ano	-0,444		-0,469	
Pop_Início	-0,024		-0,023	
Eleição1	-1,813*		-1,858**	
Eleição2	0,078		0,083	
Pop_Fim		-0,127***		-0,133***
Eleição3		-0,350		-0,337
Eleição4		-1,041		-0,875
Constante	-0,052	3,778**	0,023	4,490**
Pseudo R^2 (Nagelkerke)	0,273	0,459	0,276	0,468
Chi quadrado	127,729	106,403	127,462	47,798

Nota: N=111 (PECs). Significativo em : *< ,10 **< ,05 *** < ,01

Gráfico 3

PECs apresentadas – Políticas Públicas e Distributivas

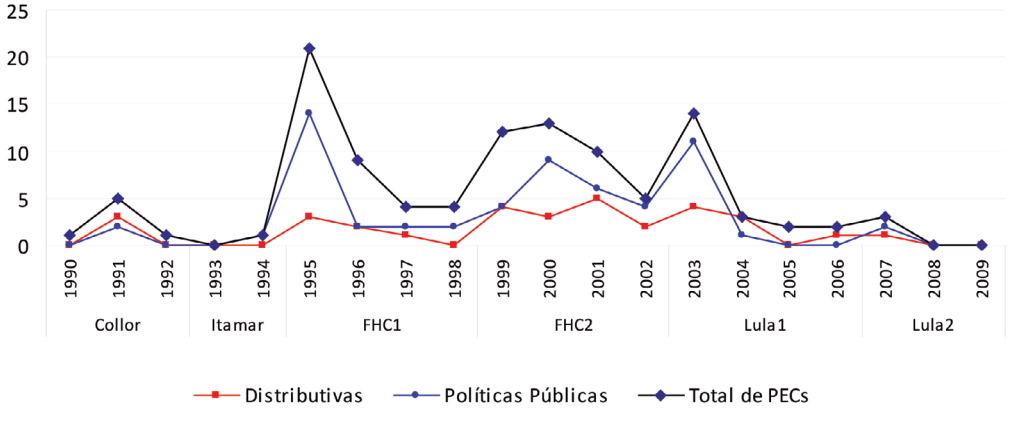
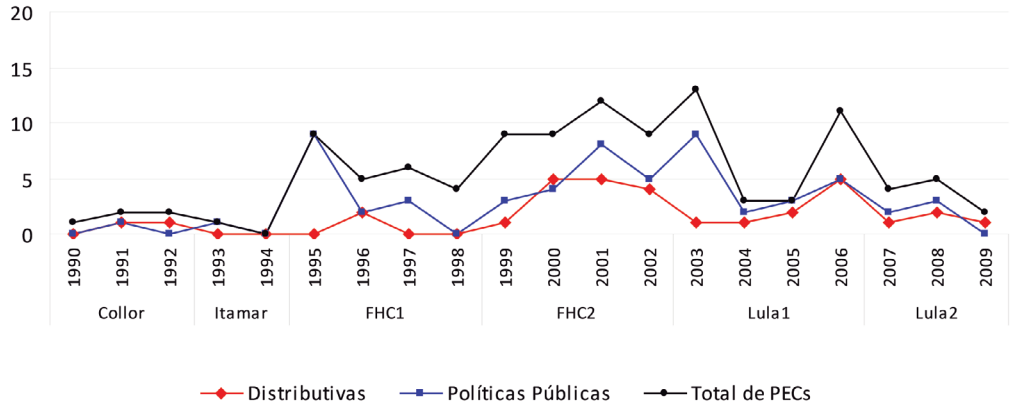


Gráfico 4

PECs aprovadas na 1ª Casa – Políticas Públicas e Distributivas



troca de legislatura foi uma estratégia evitada pelos atores políticos (ver Gráfico 3). Além disso, verificou-se que as PECs foram geralmente aprovadas durante períodos de queda de popularidade do Presidente, o que indica possível desgaste provocado pelo teor das reformas conduzidas pelo Executivo, bem como reflete as sucessivas crises que abateram o governo.

3.5. Os modelos aplicados ao período do governo Lula

É notório que a agenda reformista constitucional foi muito menos dinâmica ao longo dos anos do governo Lula. Nas PECs que tramitaram exclusivamente durante o período Lula, o Executivo deixou de ser protagonista na condução dessa agenda, permitindo que as PECs oriundas do Congresso ampliassem seu espaço de discussão[8].

Pelos resultados alcançados, verificamos que a oposição conseguiu aproveitar bem o espaço não ocupado pelo Executivo. Os coeficientes da variável BASE indicam que a participação na coalizão governista não foi fator preponderante para uma PEC bem-sucedida. Outro resultado interessante é que a tramitação dessas PECs, tal como a das do período FHC, foi curta. Pode-se explicar esse efeito pelo maior número de propostas aprovadas pelo Senado, superando a soma das aprovadas pelo Executivo e pela Câmara.

O período de Lula revela que, tanto na apresentação quanto na aprovação das PECs, a popularidade do Presidente foi observada, o que implica dizer que a agenda constitucional foi sensível à situação do governo[9].

Por fim, os resultados que se mostraram mais interessantes indicaram que a constitucionalização de políticas, de fato, não foi a opção desejada quando se observaram estratégias de apresentação no primeiro ano de mandato ou em períodos eleitorais (ver Gráfico 3).

No entanto, os modelos denotaram forte significação das eleições municipais (ELEIÇÃO3)

[8] Embora não tenham surgido tantas PECs oriundas do Executivo, este não deixou de influenciar as propostas que chegaram à discussão, conforme detalha Souza (2008). Não obstante, dado o corte metodológico da nossa pesquisa, o conjunto de dados não captou essa estratégia no contexto da aprovação na Casa de origem.

[9] A análise dos dados atesta essa afirmação. Por exemplo, das PECs que fazem parte da nossa amostra, a maior parte foi apresentada ou aprovada fora do período da crise do "mensalão" (2005-2006).

Tabela 5 – PECs apresentadas e aprovadas durante o período do governo Lula

	Modelos			
	1	2	3	4
Características preliminares				
Duração	-1,498	-0,295	-0,581	-0,047
Dispositivos	-0,001	0,015	-0,007	0,021
POL-PUB	-1,594*	0,117		
Distributivas			0,864	1,818**
Base	-9,643***	-1,437	-7,419*	-0,912
Processo legislativo				
Votação	2,010	0,668	-1,126	-0,449
Tramitação	-0,039**	-0,068***	-0,039**	-0,078***
Influência sobre a agenda				
Primeiro_Ano	-0,531		-0,843	
Pop_Início	0,385***		0,344***	
Eleição1	1,362		1,385	
Eleição2	-0,056		-0,242	
Pop_Fim		0,229***		0,255***
Eleição3		2,709***		2,462***
Eleição4		0,764		0,192
Constante	-7,397***	-8,850***	-8,104**	-10,271***
Pseudo R^2 (Nagelkerke)	0,636	0,577	0,613	0,614
Chi quadrado	59,697	65,660	57,051	57,153

Nota: N=111 (PECs). Significativo em : *< ,10 **< ,05 *** < ,01

como período para aprovação de PECs, apresentando, ao mesmo tempo, forte ligação com estratégias distributivistas (DISTRIBUTIVA), ou seja, a associação clássica de utilização da atividade parlamentar para buscar o sucesso eleitoral (ver Gráfico 4).

4. Considerações finais

As emendas constitucionais, especialmente aquelas que tiveram aprovação da Casa Legislativa de origem, apresentam dinâmicas próprias, sustentadas pelos objetivos específicos dos atores envolvidos no processo e influenciadas de acordo com o *locus* decisório. Os resultados da análise proposta, se não foram totalmente conclusivos, foram suficientes para destacar que há diferenças importantes entre Câmara e Senado na conformação da agenda constitucional, bem como em relação ao seu tratamento, apontando para a relevância de ressaltar a influência do bicameralismo simétrico nas questões relativas à Constituição (especialmente pelo fato de a condição de *first mover* ficar mitigada). Evidentemente, as posições do Executivo também se distinguiram das emitidas pelo Congresso Nacional, não apenas no seu padrão intrínseco, verificado ao longo dos últimos vinte e seis anos,

mas também com relação à sua influência sobre as mudanças constitucionais sob distintas lideranças presidenciais. Obtivemos informações muito interessantes, especialmente no que tange à conexão eleitoral, demonstrada mais facilmente pelos padrões apresentados pelas propostas originadas da Câmara, assim como uma tendência nada desprezível de que, durante o período do governo Lula, o Congresso teve sob suas rédeas a maior parte da agenda de mudanças constitucionais, o que repercutiu, inclusive, em um uso frequente de estratégias distributivistas.

Foi possível atestar a forte influência exercida pelo formato assumido pela Constituição brasileira sobre a agenda de reformas do Executivo, especialmente no que se refere ao fenômeno da constitucionalização de políticas públicas, que abriu imensas janelas para uma grande onda de propostas de emenda à Constituição. É importante ressaltar que resultados acerca de estratégias distributivistas nesse tipo de agenda também foram observados, o que recoloca em debate possíveis estímulos à orientação particularista do congressista. Entendemos que esses resultados podem servir de reflexão para o fato de que as regras do processo legislativo para o emendamento constitucional, a superposição de agendas (medidas provisórias, leis ordinárias e complementares, entre outros aspectos próprios do papel do Congresso) e o perfil da Carta Magna têm permitido aos parlamentares, no primeiro momento individualmente, e, no segundo, com a percepção compartilhada pela Casa Legislativa da qual fazem parte, buscar saídas alternativas para capitalizar suas ações e decisões relativamente a grupos de apoio eleitoral. Não se podem desprezar o efeito aprendizagem do Congresso na conjunção de suas preferências e os efeitos eleitorais de suas decisões na esfera constitucional.

A Constituição foi definitivamente trazida para a esfera da competição política. A despeito das diferenças na formação de maiorias e do processo legislativo, parece ocorrer uma aproximação entre as lógicas parlamentares aplicadas à legislação ordinária e aquelas aplicadas à ordem constitucional.

Referências

AMES, Barry. Electoral rules, constituency pressures and pork barrel: bases of voting in the brazilian congress. *The Journal of Politics*, Florida, v.57, n. 2, p. 324-343, 1995.

ARNOLD, Douglas R. *The logical of congressional action*. New Haven: Yale University, 1991.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 41 62, jun. 2006.

JORNAL DO SENADO. Reforma política e eleitoral é o tema mais abordado pelas propostas. *Jornal do Senado*, Brasília, ano 15, n. 3.049/224, 2009.

LEMOS, Leany Barreiro de S. O Congresso brasileiro e a distribuição de benefícios sociais no período 1988-1994: uma análise distributivista. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 3, p. 561-630, 2001.

LEONI, Eduardo; PEREIRA, Carlos; RENNÓ, Lucio. Political survival strategies: political career decisions in the brazilian chamber of deputies. *Journal of Latin American Studies*, Cambridge, v. 36, n. 1, p. 109-130, 2004.

LLANOS, Mariana; NOLTE, Detlef. Bicameralism in the Americas: around the extremes of symmetry and incongruence. *The Journal of Legislative Studies*, London, v. 9 n. 3, p. 54-86, 2003.

LOHMANN, Susanne. An information rational for the power of special interests. *American Political Science Review*, Washington, v. 92, n. 4, p. 809-827, 1998.

MALTZMAN, F.; SHIPAN, C. Change, continuity and the evolution of law. *American Political Science Review*, Washington, v. 52, n. 2, p. 252-67, 2008.

MAYHEW, David R. *Congress*: the electoral connection. New Haven: Yale University, 1974.

MELO, Marcus André. *Reformas constitucionais no Brasil*: instituições políticas e processo decisório. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

PEREIRA, Carlos; RENNÓ, Lucio. O que é que o reeleito tem? O retorno: o esboço de uma teoria da reeleição no Brasil. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 27, n. 4, p. 664-683, 2007.

SILVA, Rafael Silveira e. Mudança, continuidade e evolução constitucional: a (des)constitucionalização do sistema financeiro. In: CARVALHO, Maria Alice; ARAÚJO, Cícero; SIMÕES, Júlio Assis (Org.). *A Constituição de 1988*: passado e futuro. São Paulo: ANPOCS, 2009.

SOUZA, Celina. Regras e contexto: as reformas da Constituição de 1988. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p.791-823, 2008.

RICCI, Paolo. O conteúdo da produção legislativa brasileira: leis nacionais ou políticas paroquiais? *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 699-734, 2003.

WILSON, James. The politics of regulation. In: MCKIE, J. W. (Ed.). *Social responsibility and business predicament*. Washington: Brookings Institution, 1974.

A Constituição de 1988 e a discriminação racial e de gênero no mercado de trabalho no Brasil

RENÉ MARC DA COSTA SILVA

Sumário

1. Introdução. 2. Abolicionismo e trabalho negro. 3. Os projetos imigrantistas. 4. O mercado de trabalho livre no Brasil. 5. Os anos 1940 e 1950- mercado de trabalho: industrialização e mudança. 6. O perfil atual do mercado em relação às desigualdades raciais. 7. Homens e mulheres negras no mercado de trabalho cultural brasileiro. 8. Inserção atual dos negros no mercado de trabalho: uma perspectiva comparativa. 9. A Constituição de 1988, e os marcos jurídicos na luta antidiscriminatória no mercado de trabalho no Brasil.

1. Introdução

Este artigo tem por objetivo articular alguns elementos que permitam uma compreensão, ainda que panorâmica, do sentido dos papéis que o trabalhador negro vem desempenhando no conjunto maior da história do trabalho no Brasil. Mais do que isso, intentará uma visada mais acurada da importância da inserção do negro no mercado de trabalho no Brasil pós-abolição, do papel central que ocupa a educação na possibilidade de alocação de melhores posições, postos de trabalho e emprego para esse trabalhador e, sobretudo, dos obstáculos que o elemento negro ou não branco encontrou no passado e, mesmo com as conquistas da Constituição de 1988, ainda encontra na atualidade no âmbito da ordem social competitiva e no mercado de trabalho, especialmente por conta da forte discriminação racial ainda presente na sociedade brasileira.

Na segunda parte do trabalho, baseados em dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese), focaremos as dificuldades e

René Marc da Costa Silva é mestre e doutor em História pela Universidade de Brasília e graduado em História e Antropologia pela mesma Universidade. É professor titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB e Coordenador do PADÊ – Grupo de Pesquisa em Filosofia, Raça, Gênero e Direitos Humanos.

os obstáculos que encontra o trabalhador negro, especialmente a mulher negra, a trabalhadora negra, no que diz respeito especialmente a sua participação no consumo e inserção no processo produtivo de bens culturais. Vítima preferencial de uma engessada estrutura de alocação de mão-de-obra e de uma quase inflexível mobilidade social, é praticamente obrigada a fazer corresponder sua força de trabalho às escalas inferiores de remuneração.

Na seção seguinte, avaliaremos comparativamente, com pesquisas mais recentes, a trajetória e as eventuais transformações dos elementos e processos anteriormente analisados. Finalmente, na última seção, trabalharemos no sentido de apontar o impacto e o papel que cumpriu a Constituição de 1988 – inclusive os avanços que permitiu na legislação infraconstitucional – na luta antidiscriminatória no âmbito do mercado de trabalho brasileiro.

2. Abolicionismo e trabalho negro

Muito já se escreveu sobre a abolição do trabalho escravo no Brasil. O tema é, de fato, fundamental para pensar a constituição de um mercado de trabalho capitalista e a introdução plena de uma ordem social competitiva no país. Entretanto, a literatura especializada tem enfatizado muito precariamente, no âmbito desse quadro, a relevância da história do trabalhador negro livre antes da abolição da escravatura. Nesse sentido, nunca é demais assinalar que a história do trabalhador negro livre começa muito antes da abolição, sendo importante recuperar o significado dessa dupla inscrição em uma reflexão que se quer mais acurada sobre a importância dos papéis e da participação do negro na formação e na constituição do mercado de trabalho livre no Brasil.

A abolição do trabalho escravo no Brasil não aconteceu de forma repentina: o processo de transição do trabalho escravo para o trabalho livre pode ser identificado ao longo de todo o século XIX (COSTA, 1998). É certo que o processo de coartações e alforrias se faz presente em toda a história da escravidão, porém as diversas formas de liberação da mão de obra negra se intensificam visivelmente em seu último período. Contudo, essa situação de convivência de uma força de trabalho livre (e, sobretudo, negra livre) com uma estrutura de trabalho escravo, por seu turno, criou também, ela mesma, algumas dificuldades à própria valorização, diversificação e expansão do trabalho livre no Brasil, como de resto ao próprio desenvolvimento pleno do mercado de trabalho capitalista.

Ficava cada vez mais claro para nossas elites políticas, à medida que corria o século XIX[1], que seria imprescindível à manutenção e à reprodução de sua condição de proeminência e poder repensar não apenas um plano de desenvolvimento para o país e para o Estado, como também um projeto de construção da nação brasileira. Este projeto certamente já não passava pela insistência ou perpetuação do trabalho escravo; tampouco seria compatível com a ordem social e política do antigo regime. Pensada dessa forma, a proibição definitiva do tráfico de escravos não passava de um momento pontual, marcado no processo de desenvolvimento econômico do país e nas discussões políticas, que, de per si, ultrapassavam amplamente as próprias considerações sobre o futuro da mão de obra escrava no país. O que estava em jogo então era fundamentalmente o que se imaginava que o Brasil seria ou deveria ser, não apenas e simplesmente em termos

[1] Especialmente o fim do antigo sistema colonial, Independência do Brasil, proibição do tráfico de escravos, industrialização acelerada nos centros dinâmicos do capitalismo, desenvolvimento tecnológico, ampliação e formação de novos mercados consumidores, etc.

econômicos, mas também nas dimensões política e social[2].

Assim, diante de um Estado precariamente organizado, com uma administração incipiente e uma industrialização em estágio inicial, o que se colocava na mesa de discussões como pauta essencial eram a modernização, o desenvolvimento e o progresso de uma jovem nação capitalista. Por outro lado, também era fundamental, nesse campo de objetivos, a preocupação com a composição étnica particular do povo, elemento considerado central em um projeto de nação viável – "viável" entendido aqui como capaz de manter as relações assimétricas de classe, raça e poder político vigentes (MONTEIRO, 1996; LIMA; HOCHMAN, 1996).

É, portanto, em função disso que ganha sentido pensar não apenas em ações privadas voltadas para atrair e trazer efetivamente mão de obra imigrante etnicamente marcada para o país, mas também em políticas de Estado capazes de viabilizar tais afluxos (GEBARA, 1986).

Em razão dos novos objetivos traçados para o país e para a nação pelas classes dominantes, era mister ressignificar tanto o trabalho quanto o trabalhador. O trabalho, que, durante quase quatro séculos, de escravidão, foi percebido como a mais vil das atividades, inscrita no corpo do mais indigno dos trabalhadores (o trabalhador negro escravizado), precisava mudar de sentido. Trabalho e trabalhador precisavam significar agora uma nova etapa, constituidora do desenvolvimento, do progresso e da modernização, além de representar um outro modelo político. Como já é amplamente conhecido, essa modernização foi, ao fim e ao cabo, feita pelo alto e racialmente marcada. Tais peculiaridades podem ser verificadas nos discursos das elites dominantes do país no pós-abolição, principalmente no exato momento da constituição de uma ordem social competitiva e da ampliação e redefinição dos elementos de legitimidade e alargamento da capacidade de participação do modelo político. Nessas circunstâncias, trabalho escravo passava a significar atraso, latifúndio, monocultura, baixa produtividade. Vinculado a isso, o trabalhador negro também era percebido de forma similar: insuficiência e baixo conhecimento técnico, indisciplina, ausência de espírito de poupança, etc. O pior de tudo, no entanto, era o fato de que toda essa subjetividade caracterizadora do trabalhador negro lhe era atribuída como sendo intrínseca, imutável, algo próprio ao elemento negro pelo simples fato de ser negro Assim, no exato momento de redefinição do trabalho, do trabalhador e do modelo político viabilizador de um novo horizonte cidadão, o elemento negro se via desqualificado como agente transformador e como sujeito de direito (AZEVEDO, 1987, p. 24-25; ANDREWS, 1998, p. 123).

3. Os projetos imigrantistas

O pensamento social brasileiro de fins do século XIX, entrincheirado em supostas teorias acadêmicas – embebidas ora em um evolucionismo, ora em um positivismo ou em um determinismo calcificantes, ou mesmo, em alguns momentos, em uma mistura improvável de muitas delas – refletia e sustentava a ideia da indiscutível superioridade civilizatória caucasiana e a consequente inviabilidade da construção de uma nação desenvolvida e próspera, fosse por causa do trabalho escravo, fosse pelo concurso

[2] Mesmo antes de decretado o fim do tráfico de escravos para o Brasil, revoltas crescentes nos campos e plantações e a disseminação do medo entre as elites brancas – que, além disso, testemunharam a revolução anticolonial haitiana apear os brancos do controle do país – colocavam no centro da pauta de discussões não só o fim do trabalho escravo e a transição para uma forma completa de trabalho livre, como também a composição racial mais adequada da população (AZEVEDO, 1987).

de uma população majoritariamente mestiça e negra (SCHWARCZ, 1993, p. 177; ORTIZ, 2003).

A solução, em uma só tacada, tanto para o problema emergencial da constituição de um mercado de trabalho livre e progressista quanto para a formação de um povo capaz de capitanear o projeto desenvolvimentista foi a imigração europeia. A moderna fundação da nação brasileira e a implantação do mercado de trabalho capitalista no Brasil nascem, portanto, sob a égide de um nacionalismo étnico em torno da ideia de raça como conceito central para pensar o desenvolvimento e o futuro do país.

Dessa forma, as escolhas em relação às fontes provedoras de mão de obra imigrante eram inevitavelmente feitas em função das características "negativas" ou "positivas" dos diversos grupos raciais.

Esse conjunto de ideias de desenvolvimento, progresso e modernização do país e de formação da nação apresenta-se etnicamente marcado e materializa-se nas políticas imigrantistas. Estas produziram um modelo de hierarquização racial que via o elemento negro da população destituído de quase todo valor ou papel positivo no processo de construção do país e da nação. Eram eles caracterizados como incapazes de contribuir para o sistema de livre iniciativa por insuficiência intelectual, incapacidade técnica ou debilidade moral, e vistos como parte de um passado de atraso econômico e incivilidade (a que estavam irremediavelmente presos), além de peso de retardo das novas energias progressistas da sociedade. Por esses motivos, pouco se fez em termos de políticas públicas de proteção à população negra. Tudo se passava como se essa população estivesse destinada a simplesmente desaparecer em uma sociedade não escravista.

Assim, nas primeiras décadas do século XX, quanto maiores eram a ênfase e as energias despendidas na promoção e na implementação bem-sucedida da política imigratória, menor era a importância conferida ao elemento negro como formador do tipo humano brasileiro desejado. Aproveitando-se o influxo crescente da imigração europeia, a mestiçagem surgiu, nesse contexto, como ideologia oficial de embranquecimento da população, com vistas à produção, a médio prazo, de um tipo humano mais claro, mais próximo do branco. Depositavam-se na mestiçagem as expectativas acerca da viabilidade ou não da nação.

4. O mercado de trabalho livre no Brasil

Decorrente desse contexto, o desenvolvimento do mercado de trabalho capitalista no Brasil andou, desde seus primeiros momentos, *pari passu* à ocupação majoritária dos seus postos, principalmente dos melhores, pelo elemento branco. Segundo Andrews, nos 40 anos pós-abolição, o Brasil recebeu um contingente de mais de dois milhões de imigrantes. O impacto

desse afluxo populacional na composição racial do país foi significativa. Em 1890, os brancos constituíam 44% da população brasileira; pardos e pretos representavam, nesse mesmo ano, 47% do total populacional. Todavia, de 1890 a 1940, o incremento populacional do elemento branco foi exponencial. Em 1940, a população branca contava 63,5% da população brasileira (LIMA; SILVA; NOGUEIRA, 2001, p. 58).

No que tange especificamente ao mercado de trabalho, Andrews (1998, p. 123) relata que:

> "O censo de 1893 da cidade de São Paulo mostrou que 72% dos empregados do comércio, 79% dos trabalhadores das fábricas, 81% dos trabalhadores do setor de transportes e 86% dos artesãos eram estrangeiros. Uma fonte de 1902 estimou que a força de trabalho industrial na capital era composta de mais de 90% de imigrantes; em 1913, o Correio Paulistano estimou que 80% dos trabalhadores do setor de construção eram italianos; e um estudo de 1912 sobre a força de trabalho em 33 indústrias têxteis do Estado descobriu que 80% dos trabalhadores têxteis eram estrangeiros, a grande maioria italianos."

A ocupação majoritária do mercado de trabalho pelo branco imigrante acabou por empurrar a população não branca para as ocupações subalternas e mais desvalorizadas (HASENBALG; SILVA, 1988). Serviços domésticos, empregos informais e biscates foram as atividades que restaram aos não brancos, nas quais a maioria deles se encontra ainda hoje[3]. Por outro lado, a forte presença branca imigrante na formação do mercado de trabalho industrial mudou também a geografia racial brasileira. Tendo os imigrantes basicamente como local de destino São Paulo e os estados do sul do país, centrados numa economia industrial em desenvolvimento, vê-se a construção de um desenho das diferenças regionais da imigração na constituição e na ocupação do nascente mercado de trabalho livre. A assimilação retardada e subalterna da população não branca ocorreu fundamentalmente no núcleo central do desenvolvimento capitalista do país[4]; nas outras regiões, não só o impacto da imigração foi reduzido, como também a assimilação do negro no mercado de trabalho se deu de modo menos traumático e violento. A absorção do excedente da mão de obra não branca foi realizada parcialmente em regiões do país mais atrasadas do ponto de vista da economia capitalista industrial, ocorrendo principalmente no ambiente rural[5].

---

[3] "Há uma segunda objeção à explicação das desigualdades raciais pelas diferenças de ponto de partida em termos de processo inacabado de mobilidade social da população de cor: esta explicação não incorpora a diferença na experiência histórica entre este grupo e a maioria dos imigrantes europeus chegados ao país entre 1880 e 1930. O imigrante europeu também se integra à sociedade que o recebe a partir da base da hierarquia sócio-econômica; porém sua incorporação se fez fundamentalmente por meio do sistema de trabalho assalariado nos setores econômicos de maior expansão. Por isso, a posição inicial do imigrante, se bem que pouco favorável, foi estratégica para mobilizar as oportunidades de mobilidade social geradas pela abertura de posições no sistema econômico" (HASENBALG; SILVA, 1988, p. 122-123).

[4] Hasenbalg, em seu trabalho, acompanha a proposta de Dillon Soares (*Sociedade e Política no Brasil*, São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1973), na qual a região Sudeste, ou Brasil desenvolvido, inclui os Estados do Rio de Janeiro, Guanabara, São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, estabelecendo-se como Brasil subdesenvolvido todos os demais Estados. Tal estratégia é fundamental na medida em que um dos determinantes históricos mais importantes das desigualdades raciais do período pós-escravista tem relação direta com a maneira como o funcionamento do sistema de trabalho escravo condicionou também a distribuição geográfica da população não branca, explicando a localização espaço-temporal dessa população (HASENBALG; SILVA, 1988, p. 123-125).

[5] Segundo Hasenbalg, os indicadores da PNAD/76, quase 30 anos após a virada urbana brasileira, mostram claramente o perfil das desigualdades geo-econômico-raciais no Brasil. O referido autor assinala que "a polarização geográfica dos dois grupos raciais continua sendo acentuada, com quase 70% da população branca residindo no sudeste e idêntica proporção de pretos e pardos concentrados no resto do país, fundamentalmente nos Estados do Nordeste (47,2%), Minas Gerais e Espírito Santo (14,1%). Um dos efeitos da distribuição geográfica dos grupos de cor entre regiões desigualmente desenvolvidas manifesta-se no local de residência desses grupos. Neste respeito, a população

5. Os anos 1940 e 1950 – mercado de trabalho: industrialização e mudança

De maneira geral, a força de trabalho brasileira, até 1940, constitui-se ainda majoritariamente rural, predominando de forma clara o setor primário em relação aos setores secundário e terciário. As atividades econômicas tipicamente urbanas eram ainda relativamente pouco diversificadas e o próprio ambiente citadino ainda não se havia imposto na quase totalidade do país. Ainda assim, é inequívoca a estrutura das diferenças raciais configurada no mercado de trabalho, em decorrência da situação espacial e econômica herdada do momento abolicionista anteriormente assinalado: a população não branca concentrava-se no setor agrícola, enquanto a população branca era predominantemente nos setores de transformação e serviços.

Se acompanharmos atentamente a dinâmica das desigualdades sociais e raciais, no momento do deslocamento do carro-chefe da economia do campo para as cidades (a partir dos anos 1950), da transferência de renda, da redução da população rural de modo geral, da prevalência do ambiente urbano e do forte impulso industrializado, a participação do elemento branco na força de trabalho rural encolhia mais rapidamente que a mão de obra negra. Em 1940, 77,4% da força de trabalho não branca se encontrava no setor primário, contra 65,9% de brancos. Entretanto, em 1950, os percentuais registram 68,7% de participação no setor primário da força de trabalho não branca, em relação a 55,8% da mão de obra branca. A força de trabalho branca reduziu sua participação no setor primário, durante esse período, em 10,1%, enquanto os não brancos se deslocavam menos para os setores dinâmicos da economia nacional – em apenas 8,7 pontos percentuais.

Movimento correspondente e coerente com esse ocorria no setor industrial urbano. Neste, os brancos verificavam um incremento de 3,7 pontos percentuais, contra apenas 2% dos não brancos. Mesmo no terciário, setor em que os não brancos registraram maior crescimento percentual que os brancos (6,7 contra 6,4 pontos percentuais, respectivamente), a diferença de participação total, porém, continuava expressiva: 29,6% de brancos contra 20,7% de não brancos em 1950 (LIMA; SILVA; NOGUEIRA, 2001, p. 62).

Assim, a partir de 1950, quando significativas transformações sociais e políticas produziram profundo impacto no mercado de trabalho do país, o avassalador desenvolvimento industrial e urbano provocou também

---

branca apresenta uma proporção mais elevada de residentes em áreas urbanas" (HASENBALG; SILVA, 1988, p. 168).

um não desprezível crescimento da população economicamente ativa nos setores secundário e terciário, tendo como desdobramento um novo perfil da estrutura de emprego no país. Entre os anos 1960 e 1980, o intenso deslocamento do espaço rural para o urbano e o crescimento dos setores secundário e terciário permitiram a emergência de novos perfis de emprego e de outros atores sociais, assim como a presença maior e mais significativa das mulheres no mercado de trabalho.

Entretanto, a reprodução das desigualdades raciais permaneceu atuante como mecanismo cumulativo de desigualdade, sendo peça central de entrave a uma maior mobilidade social da população negra o acesso assimétrico à educação formal.

6. O perfil atual do mercado em relação às desigualdades raciais

Na entrada do século XXI, as desigualdades raciais continuam se expressando exemplarmente e com particular intensidade no mercado de trabalho. Nessa esfera, mesmo com todos os avanços da Constituição de 1988, os mecanismos de discriminação permanecem operando de maneira sutil, mas eficiente.

O quadro das desigualdades distribuídas geográfica e economicamente continua seguindo as mesmas linhas de força indicadas anteriormente. Os dados apresentados pela Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED) realizada pelo Dieese em 1999 mostram que, das seis regiões metropolitanas pesquisadas, levando-se em conta pessoas com idade igual ou superior a dez anos, no que tange à população em idade ativa (PIA), os negros correspondem a 41% do total. Todavia, participam com 82,4% na região metropolitana de Salvador e com apenas 10,9% na área metropolitana de Porto Alegre. Esse quadro se completa com o dado relativo à proporção de pessoas em idade ativa que ingressam mais cedo no mercado de trabalho e são obrigadas a permanecer nele por mais tempo, tanto ocupadas como desocupadas. Estando a população negra localizada basicamente nas áreas menos desenvolvidas do país, a parcela dela ocupada em atividades informais[6], sem direito a benefícios ou proteção social, inclusive renda previdenciária, é muito grande. Mesmo para aqueles empregados formalmente, o lugar subalterno que ocupam na estrutura de distribuição

[6] "Uma análise mais detalhada mostra, entretanto, que são os trabalhadores não-negros que se concentram de modo mais acentuado nas situações mais formalizadas, enquanto os negros, mais frequentemente, compõem o contingente dos trabalhadores que não possuem carteira de trabalho assinada. Ademais, entre as formas não assalariadas, há proporcionalmente menos negros entre as inserções associadas a maior status, prestígio e ganhos.". *A situação do trabalho no Brasil* (DIEESE, 2001, p. 137).

de renda inviabiliza o abandono do mercado[7]. Mais do que isso, o ingresso precoce no mercado de trabalho dificulta uma formação escolar plena ou mesmo razoável, contribuindo para acumular prejuízos futuros, tanto para o desenvolvimento da qualificação da mão de obra quanto para a capacidade de mobilidade social ascendente[8]. Os dados da PED/PIA apresentam taxas de participação muito mais elevadas para os negros do que para os não negros[9].

Acrescente-se ainda a essas estruturas geoeconômicas de desigualdades raciais uma outra: o acesso assimétrico ao sistema educacional e às oportunidades de escolarização. A substantiva importância da dimensão educacional se coloca na medida em que a educação formal se mostra essencial para os não brancos (mais do que para os brancos, proporcionalmente) como mecanismo disparador de chances maiores de mobilidade social ascendente[10]. As taxas de alfabetização das pessoas de 5 anos ou mais, segundo a cor, de 1950 a 1976, indicam que as diferenças entre os dois grupos raciais diminuíram sensivelmente. Entretanto, se as distâncias diminuíram consideravelmente no âmbito do ensino fundamental e discretamente no ensino médio, o núcleo central das desigualdades se deslocou maciçamente para o ensino universitário[11].

Identificada, dessa maneira, a dinâmica de produção e reprodução das estruturas históricas responsáveis pelas desigualdades raciais, não surpreende, portanto, que os dados apresentados pela PNAD-1998 relativos à educação acompanhem o mesmo compasso[12]. Parece ser

---

[7] "Focalizando a análise somente nesses postos de trabalho mais precários ou vulneráveis, é generalizada a concentração dos negros em relação aos não-negros. Esse quadro é mais acentuado em Recife e Salvador e apresenta-se com menor intensidade no Distrito Federal e Porto Alegre – acompanhando as tendências mais gerais da conformação regional do mercado de trabalho brasileiro" (DIEESE, 2001, p. 138).

[8] Mesmo nas situações em que os anos de escolaridade estão equiparados, os mecanismos raciais de produção da desigualdade são fluidos, variados e complexos. "Em todas as regiões em que as informações tornam possível uma comparação, é nítido que negros apresentam taxas de desemprego maiores que as verificadas para o não-negro com igual escolaridade, à exceção do Distrito Federal" (DIEESE, 2001, p. 135-136).

[9] Vários fatores podem interferir ou explicar o comportamento desse indicador; todavia, alguns não podem ser negligenciados. "Este é o caso da pressão por entrar no mercado de trabalho devido às necessidades individuais de sobrevivência ou às responsabilidades com o sustento familiar. Também os fatores culturais e a demanda particular do mercado de trabalho por determinado segmento populacional determinam facilidades ou obstáculos para o ingresso no mercado de trabalho. No caso da parcela negra, a existência, por longos períodos, de taxas de participação em patamar elevado (...) autoriza a considerar-se a maior necessidade da população negra em participar do mercado de trabalho. (...) No caso dos negros, também é relativamente maior a permanência no mercado de trabalho de pessoas com idade igual ou superior a 40 anos. Esta característica sugere que as dificuldades de arregimentar as condições para o afastamento da vida produtiva são sentidas com mais intensidade pelos trabalhadores negros" (DIEESE, 2001, p. 130-132).

[10] "Paradoxalmente, isto é assim a despeito da discriminação na esfera ocupacional aumentar junto com o nível educacional das pessoas de cor. Simplesmente, as crescentes barreiras de entrada a empreendimentos econômicos de certo porte e o declínio da ascensão social promovida através de relações clientelísticas, tendem a fazer da educação (fora as atividades esportivas e artísticas) a principal via aberta de mobilidade" (HASENBALG; SILVA, 1988, p. 200).

[11] "Em 1950, as pessoas brancas tinham uma possibilidade duas vezes maior que os não-brancos de serem alfabetizadas, a mesma possibilidade sendo 1,3 vezes maior em 1976. Contudo, a proporção de analfabetos entre negros e mulatos é o dobro da dos brancos, destacando-se em particular a categoria de pretos, com 47,5% de analfabetos. Entre a população urbana, os níveis de alfabetização eram 84,9% para brancos e 72,1% para não-brancos, enquanto que na população rural as proporções correspondentes eram de 64,5% e 41,7%. Os dados evidenciam acentuadas desigualdades de oportunidades educacionais. Em comparação com os brancos, os fatos mais notórios são: a) a elevada concentração (46%) de não-brancos na categoria de sem instrução e menos de um ano de estudo; b) a proporção significativamente menor de não-brancos que conseguem completar 5 e 8 anos de estudos; e c) a percentagem insignificante de negros e mulatos que cursaram 9 ou mais anos de estudo. (...) É possível concluir que o grupo de mulatos e negros ficou praticamente excluído do boom universitário ocorrido no país nos últimos 15 anos" (HASENBALG; SILVA, 1988, p. 170).

[12] Márcia Lima aponta: "Sabe-se que as condições de educação, trabalho, moradia e renda nas áreas urbanas são muito melhores do que as condições nas áreas rurais. Além disso, os brancos pertencem a famílias cuja renda per capita é muito superior à de pretos e pardos, como também sua

uma evidência, para os melhores estudiosos da questão racial no mercado de trabalho, que essas desigualdades no acesso à educação e às oportunidades de escolarização interferem imediata e diretamente nas possibilidades de alocação mais consistente desses grupos raciais no mercado de trabalho e de obtenção de um emprego de melhor qualidade e remuneração (HASENBALG; SILVA, 1988, p. 171). Nesse sentido, mais difícil ainda se torna a situação do elemento negro em um mercado de trabalho como o brasileiro, em que profundas e significativas transformações ocorreram no mundo da produção, a partir de 1950. O surgimento da microeletrônica, a revolução da informática, a exigência do domínio de uma língua estrangeira, cada vez mais comum no mercado, além de outras novas demandas, vêm alterando substancialmente o perfil do trabalhador, com o aumento das exigências de escolaridade da força de trabalho[13].

Não é, pois, difícil entender por que a ponta mais visível e incontestável do racismo se revela quando são analisados os rendimentos do trabalho. Engajados em ocupações caracterizadas pela precariedade e enfrentando maiores dificuldades para ascender em suas carreiras profissionais e condições de trabalho mais desfavoráveis que as experimentadas pela população não negra, os trabalhadores negros têm remunerações substancialmente mais baixas, no conjunto das regiões analisadas, mesmo se levando em consideração que os patamares de rendimento da população em geral são baixos (DIEESE, 2001, p. 142, 144).

É dentro desse quadro que se pode melhor compreender a posição e a participação do negro no mercado de trabalho e de consumo de bens culturais.

7. Homens e mulheres negras no mercado de trabalho cultural brasileiro

A breve descrição da evolução histórica do trabalho negro no Brasil pós-abolição exposta acima instrumentaliza-nos para analisarmos e compreendermos o lugar ocupado pelos trabalhadores negros no mercado de trabalho cultural. Nesta seção, focaremos especificamente o setor "mercado de trabalho cultural", na medida em que ele nos possibilitará avaliar se a educação ou os anos médios de estudo apresentados pelos negros ou não brancos, particularmente pelas mulheres negras, cumprem ou não (se cumprem, em que medida e até que ponto?) papel decisivo na superação dos obstáculos à ascensão social e ao incremento relativo de renda para esse segmento. Para tanto, debruçamos-nos sobre os dados divulgados pelo IPEA em 2002. Tais dados nos permitirão, sobretudo, verificar a situação da mão de obra feminina e feminina negra, ultrapassando-se assim a tradicional dicotomia homens brancos/homens negros ou homens/mulheres.

Se, até agora, analisarmos a situação sob a perspectiva dos trabalhadores com base na categoria raça, faz-se necessário realizar algumas considerações acerca da outra categoria estruturante das reflexões aqui desenvolvidas: o gênero. De acordo com Teresa de Lauretis

---

família é, em média, menos numerosa. Todos esses fatores contribuem para que haja uma maior probabilidade de acesso e permanência de seu grupo na escola" (LIMA; SILVA; NOGUEIRA, 2001, p. 67).

[13] "Nesse quadro, a escolaridade passa a assumir uma posição de forte centralidade no mercado de trabalho, constituindo-se em uma barreira adicional para os negros, para os quais o acesso e permanência na escola representa um dos maiores problemas. (...) Análises sobre o mercado de trabalho têm sinalizado para um aspecto extremamente cruel para a população negra com relação à escolaridade. O estudo do economista Luiz Chateaubriand, demonstrou que somente a escolaridade superior é capaz de igualar as oportunidades de negros e brancos de inserir-se no mercado de trabalho em igualdade de condições, o que evidencia o quanto a universidade é um espaço estratégico para a inserção do jovem negro no mercado de trabalho" (QUEIROZ, 2004, p. 49).

(1994), essa "tecnologia" coordena, estabelece e distribui papéis sociais e poder entre os gêneros, permitindo-nos compreender masculinidade e feminilidade, ser homem e ser mulher, como construtos sociais/discursivos. As delimitações de feminino/masculino instauram relações sociais de controle e poder, de hierarquia e assimetria, que Lauretis denomina "sex-gender system": construto sociocultural e representação de cada indivíduo em termos de relações sociais anteriores ao próprio indivíduo, cujos contornos se revelam normativos e valorativos. Essas relações são construídas e reconstruídas desde uma leitura fisiopsicológica que reduz as mulheres à biologia, mantendo-as prisioneiras de seus corpos. Mais próximas à natureza porque cíclicas e instintivas, as mulheres encontram-se – na perspectiva tradicional ou clássica – menos capacitadas para atuar no mundo social, o mundo construído pela cultura; daí sua maior presença em atividades e setores que impliquem cuidado/auxílio, exposição do corpo ou seu oposto, a invisibilidade, os bastidores (LAURETIS, 1994, p. 208).

Se as mulheres brancas sentem todo o peso das representações de gênero, as negras o sentem multiplicado. Isto ocorre porque as representações sociais que cercam e constroem as pessoas negras as situam ainda mais próximas à natureza: sendo mais primitivas, selvagens, emocionais, "corporais". Enquanto, para as mulheres brancas, a raça significa a possibilidade de aproximar-se intelectual e moralmente do modelo (homem branco adulto), para as negras, o afastamento do mundo cultural, moral e intelectual é representado pela dupla inscrição de raça e gênero. Valerie Walkerdine (1995) se expressa sobre a "submissão generizada" da mulher como "idéias que têm se tornado centrais na sua regulação" e que, efetivamente, "regulam". É nesse campo semântico que se estruturam para mulheres, crianças e povos colonizados, associados à fragilidade e à incapacidade, os significados fundamentais de sua dominação.

Essas mesmas concepções se identificam estruturalmente, ainda que de forma oblíqua, com aquelas que Gisele Halimi (1978, p. 24) encontrou atribuídas ao povo pelo nazismo: "as massas são essencialmente femininas", dotadas de uma *abdicação* e de uma *submissão masoquistas*, são *psiquicamente violáveis*. As palavras destacadas são comumente usadas para adjetivar mulheres (e também pessoas negras e não brancas em geral).

É, portanto, no sentido dessa brutal submissão "generizada" que Helena Theodoro (1996) não deixa escapar todo o peso incidente da perversa articulação de poderes e dominação, particularmente sobre a mulher negra:

> "Como escrava, a mulher negra foi o grande esteio da mulher branca, pois, além de levar os recados amorosos da sinhá, criou em suas casas condições de vida amena, fácil e até mesmo ociosa. Cozinhava, lavava, passava a ferro, esfregava, de joelhos, o chão das salas e dos quartos, cuidava dos filhos da senhora branca e satisfazia as exigências do senhor. (...) Contribuiu eficazmente para o desenvolvimento harmônico das famílias brancas e para a economia do país, pois, também trabalhava na lavoura" (THEODORO, 1996, p. 33).

Se, durante a escravidão, as mulheres negras foram centrais para a organização familiar branca e para a economia, não menos importante foi o papel ocupado por essas mulheres para o povo negro. Helena Theodoro (1996) assinala que as negras foram, "na escravidão e nos primeiros tempos de *liberdade,* a viga mestra da família e da comunidade negras", uma vez que as inúmeras restrições enfrentadas pelos homens negros no período pós-abolição para ingressar no mercado de trabalho (conforme visto anteriormente) fizeram das mulheres negras a mão que ordenava o mundo privado

negro, assim como intervinha eficientemente no espaço doméstico branco. É incontornável, portanto, o fato de que a mulher negra foi o alicerce que estruturou o mundo doméstico branco e o mundo privado negro:

> "(...) a evolução cultural brasileira e o empobrecimento gradativo das antigas famílias tradicionais levou a mulher de classe média aos bancos escolares, às universidades, bem como às repartições públicas e aos cargos políticos. A mulher negra – empregada doméstica ou babá – possibilitou e possibilita hoje ainda a emancipação econômica e cultural da patroa, em cidades como as nossas, onde a organização dos serviços coletivos de creches é deficiente. (...) até mesmo nas famílias que mantiveram a divisão de serviços entre marido e mulher, quem, em geral, executa as tarefas que caberiam à dona-de-casa é a mulher negra" (THEODORO, 1996, p. 36).

A análise dos dados do IPEA-2002 retrata não apenas as desigualdades que marcam a presença das pessoas negras no mercado de trabalho cultural, mas, sobretudo, como esse elemento de desigualdade se mostra articulado tanto com a categoria raça, quanto com a categoria gênero (mulheres negras, especialmente). Dessa forma, a pesquisa permite sustentar que, no quadro geral, as mulheres negras recebem majoritariamente os menores salários, ainda que não tenham suas horas de trabalho reduzidas na mesma proporção.

Na grande maioria dos setores analisados[14] (15 entre 19), as mulheres (brancas e negras) possuem mais Anos de Estudo (AE) que os homens. No setor *comunicação de massas,* por exemplo, essa diferença corresponde a 8,5 anos para mulheres de ambas as raças; entretanto, são os homens (brancos e negros) que detêm a maior Renda Média (RM) e o maior número de Horas Médias de Trabalho (HMT)[15].

Escolhemos como referencial absoluto para a realização da presente análise a maior RM presente no setor ou nos subsetores observados, uma vez que a renda é inegavelmente determinante das condições de vida dos(as) trabalhadores(as) e daqueles(as) que dependem dos rendimentos advindos da atividade principal exercida pelo sujeito no mercado de trabalho.

À guisa de informação, o homem branco aufere as maiores RM em 13 dos 19 setores objetos de análise neste trabalho, além de encontrar-se no topo do mercado de trabalho não cultural e, obviamente, também do mercado de trabalho total (soma dos mercados cultural e não cultural).

A dramaticidade da desigualdade expressa nos números examinados é gritante quando observamos as condições nas quais se encontram as mulheres negras na quase totalidade dos itens analisados no mercado de trabalho cultural (de 19 itens, em apenas 1 as mulheres negras possuem RM superior à dos demais).

O gênero também aparece como determinante quando a comparação é feita entre os não brancos. Apesar de ter 1,7 AE a mais que o homem negro, a mulher negra trabalha 92,2% das HMT dele e recebe apenas 72,1% da RM por ele auferida.

Em números gerais, a diferença entre a RM de homens e mulheres (sem distinção racial) é

[14] O IPEA segmentou a pesquisa em 9 (nove) grandes setores, que foram divididos em subsetores, a saber: comunicação de massas (rádio e TV, indústria gráfica e comércio de jornais, serviços e indústria de equipamentos); sistemas restritos de informação; artes e cultura de elite (arquiteto, desenhista/designer, artes plásticas, fotógrafo, ourives e joalheiros, escritor, crítico de arte e jornal); patrimônio e cultura popular (arquivo e biblioteca, serviços religiosos, artesanato); espetáculo vivo e atividades artísticas (músico instrumentista, artes e espetáculos, circo, direção e produção artística, cinema e áudio-visual, técnico de apoio); Educação; Esporte; não cultura; e total.

[15] Neste artigo, utilizaremos as siglas ora indicadas objetivando tornar a leitura dos dados o menos cansativa e o mais eficiente possível.

de 69,5%, embora as mulheres tenham, em média, HMT equivalentes a 90,8% das dos homens e 1,1 AE a mais.

As comparações entre mulheres negras e brancas, por sua vez, não deixam dúvidas da força operativa da categoria raça, inclusive no interior do mesmo gênero. Neste caso, os números indicam que a RM das negras corresponde a somente 60,5% da renda das brancas, com HMT de 99,1% das HMT delas. A superioridade dos AE das brancas (7,4) pode ser entendida como indicativo da presença das negras em funções subalternas, logo de menor remuneração. As diferenças nas HMT expressam facetas das práticas machistas e racistas presentes no mercado de trabalho brasileiro. Se, na maioria das vezes, as negras têm HMT iguais às das mulheres brancas e se os dados indicam para as negras uma menor RM, a lacuna manifesta aponta para algumas possibilidades: a maior dificuldade de inserção das negras, sua presença em funções que exijam menor qualificação ou (por que não?) exigências maiores para que tal inserção ocorra.

Ao nos debruçarmos sobre a situação do homem negro, é fácil constatar a atuação do racismo, na medida em que sua RM corresponde a 31,2% e suas HMT a 84,3%, com apenas 0,5 AE a menos, se o referencial for o homem branco. Todavia, quando o comparamos às mulheres brancas, verificamos que a RM delas equivale a 69% da renda do homem negro, com HMT de 82%, ainda que ele tenha 6,2 AE a menos que elas. Estes dados indicam também as implicações do machismo no mercado de trabalho: mesmo os homens negros possuindo menos AE, têm RM quase 30% superior à das mulheres brancas.

Aqui se coloca uma questão fundamental. A escolaridade é inegavelmente disparadora de maiores oportunidades aos não brancos no mercado de trabalho; entretanto, é também evidente que possuí-la, por si só, não é condição suficiente para garantir igualdade de rendimentos. A razão disso é, incontestavelmente, a persistência de práticas como o racismo e o machismo, as quais, refletidas com clareza no mercado de trabalho cultural, desafiam o discurso da "qualificação da mão de obra" pura e simples como garantia de inserção mais igualitária ou mesmo permanência neste mercado. Juntem-se a isso as incontáveis barreiras ao ingresso e à permanência de negros e negras no ensino superior, condições que, aliadas a outras aqui desenvolvidas, nos permitem perceber os obstáculos encontrados por eles para reunirem maiores chances e oportunidades de galgarem melhores postos no mercado de trabalho e melhores remunerações.

Percebe-se aqui o efeito de uma sobrediscriminação, na medida em que, mesmo quando têm acesso ao ensino superior, as mulheres negras se veem preteridas ou relegadas aos menores rendimentos disponíveis no mercado.

Alguns setores específicos, entretanto, apresentam essa sobrediscriminação mais claramente. No setor *espetáculo vivo e atividades artísticas*, por exemplo, a referência absoluta é a mulher branca; a RM da mulher negra é de 60,6%, com HMT de 96,3% e AE de 2,1 a menos; a RM do homem branco é de 84,5% daquela da mulher branca, as HMT dele correspondem a 89,3%, com 0,2 AE a mais que ela; o homem negro tem uma RM de 48,2% da renda média da mulher branca, HMT de 85,3% e 3,6 AE a menos. Ao desprezarmos a categoria raça, vemos que a RM dos homens equivale a 81,2% daquela das mulheres, que as HMT deles correspondem a 87,2% e que eles têm, em média, 0,7 AE a menos.

Acreditamos que esses dados apontem para a prevalência de um padrão estético-racial que ou impede que as mulheres negras desempenhem papéis mais bem remunerados, ou faz com que recebam menos no desempenho dos mesmos papéis. Em qualquer dos casos, vê-se a desvalorização da presença das negras, percebidas – na sociedade brasileira – como mais expostas e mais acessíveis. Pequena é a diferença entre as horas trabalhadas por homens brancos e negros (4 horas a mais para os brancos); no entanto, a renda dos brancos é 36% superior à dos negros. Mais uma vez, cabe perguntar sobre a distribuição de funções/papéis e a desigualdade na remuneração e nas oportunidades, tendo como viés a categoria raça.

A comparação entre os subsetores *artes e espetáculos* e *direção e produção artística* também permite algumas reflexões interessantes também ao levarmos em conta as categorias raça e gênero. No primeiro, predominam com maior visibilidade as mulheres brancas; as mulheres negras, por outro lado, têm maior percentual de HMT, ainda que a renda maior pertença às mulheres brancas, seguidas de perto pelos homens brancos. Neste subsetor, os homens negros ficam com a pior renda. As negras, por sua vez, são as que ganham mais no subsetor *Direção e produção artística*; os negros, que trabalham mais, ficam em terceiro lugar quando consideramos a RM. Trata-se de uma das poucas atividades em que os anos de estudo proporcionam às negras os melhores salários. Considerando a justeza desta última observação, podemos ainda questionar quais mecanismos atuam na delimitação desses lugares "invisíveis", em uma atividade essencialmente espetacular, para homens e mulheres negras.

Não temos dúvida de que as separações público/privado e visível/invisível atuam desde uma perspectiva racializada, que define o que é desejável aos olhos, o que é belo, sadio, interessante e modelar e arrasta para as funções técnicas de dirigir/produzir, ou seja, criar as condições para que o espetáculo ocorra, uma população racialmente marcada e historicamente reservada a funções subalternas e/ou auxiliares – que, em última instância, são invisíveis. De acordo com Hannah Arendt (2000, p. 68):

> "Para o indivíduo, viver uma vida inteiramente privada significa, acima de tudo, ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana: ser privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação "objetiva" com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas, e privado da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida. A privação da privatividade reside na ausência de outros; para estes, o homem privado não se dá a conhecer, e portanto é como se não existisse. O que quer que ele faça permanece sem importância ou consequência para os outros, e o que tem importância para ele é desprovido de interesse para os outros."

A histórica privação das mulheres negras as torna invisíveis e as desumaniza. Daí a naturalização de sua pobreza e exploração, bem como sua presença majoritária nas funções de pior remuneração.

O setor *educação* também é particularmente relevante e revelador. Nele, a maior RM pertence ao homem branco. Na comparação com a mulher branca, esta tem uma RM de 53,7%, as HMT dos homens brancos correspondem a 88,4% daquelas das brancas, que têm 0,7 AE a menos que eles. Quando o defrontamos com o homem negro, vemos que este tem uma RM de pouco mais da metade (54,7%), HMT semelhantes (99,4%) e 1,9 AE a menos que os brancos. A RM das mulheres negras corresponde a 33,8% (brancos), 63% (brancas) e 63,05% (negros); as HMT das negras equivalem a 84% (brancos), 86% (negros) e 95% (brancas); são as que têm menor número de AE : 0,1 (brancos), 1,8 (brancas) e 1,7 (negros). A RM das mulheres equivale a 55,2% daquela dos homens, HMT de 86,9%, com 1,3 AE a mais que eles.

Alguns aspectos chamam a atenção: embora a educação seja uma área predominantemente feminina (15,8% de homens em 2001 para 84,2% de mulheres), as mulheres negras recebem ainda menos que todos os outros, chegando a um terço daquilo que recebe um homem branco. A educação dessa forma modulada parece incapaz de combater as desigualdades de raça e gênero. As barreiras mentais erguidas pelo racismo e pelo machismo manifestam-se na absurda subordinação presente na educação. O fato mais grave é que o sistema educacional é o lugar, por excelência, promotor de mudanças nas percepções e olhares que destinamos aos outros; porém, a presença de um currículo machista e racista, somada à ausência ou ao pequeno número de negros e mulheres com formação superior ou em cargos e funções de poder nas escolas e universidades, apenas reforça e alimenta aquelas práticas que, subliminarmente, mesmo o discurso hegemônico insiste em condenar.

O setor *esportes* é lugar em que ressalta também essa sobrediscriminação. Aqui, a dinâmica discriminatória apresentada pelos dados acima comentados se intensifica, principalmente porque os dados referentes

ao setor *esporte* remetem a uma série de representações sociais de raça que associam as pessoas negras ao corpo e as brancas ao espírito. Assim, as pessoas negras seriam mais aptas ao exercício de atividades que exigissem força física e que, ao menos em tese, dispensariam o uso de uma racionalidade mais elaborada. Essa perspectiva, quando aplicada às mulheres negras, as aprisiona em uma sexualidade incivilizada e anti-higiênica, logo ameaçadora à ordem familiar burguesa. De acordo com Gloria Steinem (1997, p. 146):

> "Tudo o que for característico de um grupo 'superior' será sempre usado como justificativa para sua superioridade e tudo o que for característico de um grupo 'inferior' será usado para justificar suas provações. Homens negros eram recrutados para empregos mal pagos por serem, segundo diziam, mais fortes que os brancos, enquanto as mulheres eram relegadas a empregos mal pagos por serem mais 'fracas'(...) a lógica nada tem a ver com a opressão."

Todos os setores e subsetores analisados apontam para a permanência de um quadro de desigualdades raciais que nem 125 anos de abolição legal do trabalho escravo no Brasil foram capazes de suprimir/reverter, a despeito dos avanços possibilitados pela atuação incessante dos movimentos negros. Assinalam, outrossim, a persistência de desigualdades de gênero e de raça que inviabilizam o ingresso, a permanência, a ascensão e a igualdade das mulheres (mulheres negras, principalmente) no mercado de trabalho, embora devamos reconhecer as inúmeras conquistas derivadas da ação dos movimentos feministas (de mulheres brancas e negras).

8. Inserção atual dos negros no mercado de trabalho: uma perspectiva comparativa

Recente pesquisa publicada pelo Sistema PED (novembro de 2012) e realizada em parceria com o Dieese, a Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (Seade) e o Ministério do Trabalho (MTE\FAT) – abrangendo as regiões metropolitanas do Distrito Federal, de Porto Alegre, Belo Horizonte, São Paulo, Fortaleza e Salvador – mostrou que avanços foram feitos na redução das profundas desigualdades encontradas entre não brancos e brancos no Brasil. Todavia, consolidou-se, ao mesmo tempo, um conjunto de dados que continua apontando a persistência de significativas diferenças nas condições de trabalho, acesso e mobilidade social desses dois grupos na sociedade brasileira.

Na referida pesquisa, os negros ou não brancos representavam cerca de dois terços da População em Idade Ativa (PIA) e da População Economicamente Ativa (PEA), constituindo maioria em relação aos brancos.

No caso específico de Salvador, a participação de negros na PIA e na PEA é ainda mais elevada e alcança 88,8% e 89,0%, respectivamente. Apesar disso, a inserção produtiva do segmento não branco se faz mais presente nas ocupações subalternas, caracterizadas, sobretudo, pela ausência de proteção social, por menores remunerações e jornadas de trabalho mais extensas.

Por outro lado, mesmo com forte presença no mercado de trabalho nas metrópoles, o segmento negro ou não branco ainda apresenta patamares de desemprego mais elevados que os de brancos. Para o ano de 2012, a proporção de negros(as) no contingente de desempregados, para a maioria das regiões pesquisadas, foi superior a 60%. Nos próprios termos da pesquisa: "em todas as regiões, independentemente do peso relativo da população negra, observa-se um padrão de inserção desse segmento na condição de desempregados, ou seja, a proporção entre negros entre os desempregados é sempre superior à parcela de negros entre os ocupados e no conjunto da população economicamente ativa (PEA)".

No que tange às taxas de participação por cor e sexo, os dados revelados pela pesquisa continuam apontando taxas de participação no mercado de trabalho, para ambos, homens brancos e não brancos, maiores que as verificadas para as mulheres. No caso específico das mulheres negras, sua inserção produtiva foi superior à das mulheres brancas; todavia, sua participação é maior em ocupações em que a exigência de qualificação é menor. Aliás, esse é também o caso dos homens negros. Para eles, o setor de ocupação que apresenta taxas mais elevadas é o da construção civil; para as mulheres negras, o trabalho doméstico.

Nesse sentido, como apontamos antes, os anos de ensino são fundamentais na abertura de oportunidades para os não brancos (ainda que, como também ficou claro, a educação e os anos de estudo para negros e sobretudo para negras não sejam suficientes para sobrepujar os obstáculos que o racismo e suas práticas discriminatórias impõem).

Acrescente-se a isso a menor penetração de negras e negros no âmbito do ensino superior, elemento de seleção e dispositivo de poder e oportunidades que, no Brasil, atua como estreito gargalo daqueles que alcançam os melhores cargos, postos de trabalho e remuneração. Isso fica bastante evidenciado quando a pesquisa enfoca as taxas de ocupação nos setor público. Salienta-se que, nesse setor, "onde o ingresso ocorre principalmente através do concurso público, é notável a menor presença entre os ocupados negros em relação aos não negros em todas as regiões investigadas pelo Sistema PED. A explicação para essa diferença possivelmente tem origem no fato de cerca da metade dos assalariados públicos possuírem nível de escolaridade superior". Acrescenta ainda a pesquisa que "a maior distância entre as participações de negros e não-negros assalariados no setor público foi observada no Distrito Federal, 19,8% contra 28,7%, em 2011".

O quadro desenhado pelos dados levantados, tanto nos estudos produzidos pelo IPEA para o início da década passada quanto nos do Dieese, configurados para o início da atual, remete à necessidade, exaustivamente demonstrada neste artigo, de percorrer os caminhos que nos trouxeram a uma sociedade erigida sobre desigualdades as quais insistimos em naturalizar e de atuar e intervir com ações e posicionamentos que permitiriam ultrapassá-las.

O combate a essa dinâmica de desigualdades historicamente construídas entre nós careceria, tanto por parte do Estado como por parte da sociedade organizada (movimentos sociais, ONGs, sindicatos e associações), de instrumentos jurídicos e políticos que viabilizassem maiores avanços.

9. A Constituição de 1988 e os marcos jurídicos na luta antidiscriminatória no mercado de trabalho no Brasil

A Constituição Federal de 1988 foi um marco na transição democrática e na institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Como marco de uma nova etapa da vida jurídica e política da República brasileira, a Constituição de 1988 consagrou o primado do respeito aos direitos humanos, propugnado pela ordem internacional, como verdadeiro paradigma balizador do ordenamento jurídico nacional e, por consequência, orientador das relações de trabalho, inclusive as pautadas neste artigo. Com base nesse conjunto principiológico, necessário foi que se abrisse a ordem jurídica brasileira ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, o que obrigou a toda uma nova interpretação de princípios tradicionais, tais como a soberania nacional, tanto na dimensão política, quanto no próprio âmbito das relações de trabalho, impondo a reorientação e a relativização de valores implícitos.

Assim, nos moldes dessa abertura ao ordenamento jurídico internacional, dada pela Constituição Federal de 1988, o Brasil ratificou diversos instrumentos internacionais. No âmbito das relações de trabalho, destaca-se a Convenção 111 da OIT, que estabelece parâmetros jurídicos para matérias relativas à ausência de igualdade ou, especificamente e propriamente, relativas à discriminação nas relações de trabalho. Nos termos do artigo 1º da Convenção, discriminação significa:

> "a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em Raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidades, ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo país membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados."

Todavia, com um escopo ainda mais amplo do que o de meramente sincronizar a agenda jurídica nacional às orientações hegemônicas da ordem jurídica e política internacional, mesmo que lastreado nela, o legislador constituinte, já no pórtico da Carta Magna, no art. 1º, inciso III, determinava também, como basilar à nova ordem jurídica inaugurada pela nova Constituição e coetânea aos novos valores de uma sociedade em processo de democratização, a dignidade da pessoa humana. Inovava mais uma vez nossa Carta Maior, revertendo a lógica liberal: posto que tenha a noção de dignidade da pessoa humana um caráter universal, inseri-la no ordenamento jurídico constitucional significava não somente vinculá-la

irremediavelmente às normas infraconstitucionais, como também atrelá-la inexoravelmente à experiência social concreta.

Entretanto, o significado maior dessa articulação jurídico-política certamente seria permitir, a partir de então, tanto ao poder público quanto à própria sociedade organizada, lutar pela efetivação de seus direitos já consolidados e por sua ampliação. Constituía-se fortemente e disseminava-se, por conseguinte, a consciência de que o formalismo natural do processo de positivação das leis poderia sim articular-se à realidade social, facultando ações, intervenções e implementações. Tornaram-se possíveis a implementação pelo poder público de políticas de combate às desigualdades, assim como o desenvolvimento pelos movimentos sociais de ações de combate à discriminação racial e de gênero. Não é demais dizer, contudo, que essa nova perspectiva jurídico-política apontava também não apenas para a mera igualdade abstrata dos cidadãos perante a lei, mas, sobretudo, para a necessidade de se buscar sua igualdade material. A busca por esse ideal, facultada agora pela nova Constituição, entrelaçava a noção de dignidade humana com os princípios da igualdade e da liberdade, bem como recomendava a isonomia destes últimos como possibilidade concreta de trazer para a prática cotidiana uma igualdade material teoricamente ambicionada.

Assim, o mesmo legislador constituinte que, no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, estabelecia como objetivo da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e, no artigo 4º, estipulava o princípio da prevalência dos direitos humanos, podia, fortalecido pela nova dimensão de um Estado-Social fornecedor de prestações positivas, construir condições para a consolidação do corolário do comando normativo da igualdade ou isonomia.

Finalmente, foi por conta dos desdobramentos dessas concepções que se tornou possível o aperfeiçoamento das leis infraconstitucionais. A Lei 7.716, do deputado Carlos Alberto de Oliveira – Lei Caó –, não apenas tipificava o racismo como delito, mas também vedava toda e qualquer forma de discriminação racial no acesso ao emprego, tanto na iniciativa privada quanto na administração pública. Em 13 de abril de 1995, seria, por sua vez, promulgada a Lei 9.029, proibindo a exigência de atestados de gravidez ou de esterilização para o acesso ou a permanência no emprego. Mais do que isso, essa Lei tipificava práticas discriminatórias em razão de raça e gênero, estipulando sanções civis e multas aos infratores.

No final da década de 1990, precisamente em 26 de maio de 1999, por meio da Lei 9.799, introduziam-se na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) regras claras quanto ao acesso e à manutenção da mulher, especialmente da mulher negra, no mercado de trabalho. O objetivo almejado nessa Lei era construir garantias da promoção de igualdade de oportunidades na luta pelos postos de trabalho como salvaguardas contra a discriminação.

Esses esforços encetados pelo legislador, decididamente engajado na luta pela erradicação da discriminação racial no ambiente e no mercado de trabalho, culminariam, por meio da reforma do Judiciário e da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, na ampliação da competência da Justiça do Trabalho, possibilitando a esta justiça especializada julgar questões criminais referentes ao trabalho.

Especificamente no art. 114, está disposto que "compete à Justiça do Trabalho processar e julgar (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004): I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do

Distrito Federal e dos Municípios; (...) VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; (...) IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei".

A Constituição Federal de 1988, concluímos, representou um marco da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Viabilizou jurídica e politicamente a construção e o desenvolvimento de um Estado-social que, mediante políticas de prestações positivas, possibilitou conferir materialidade e concretude aos princípios abstratos de liberdade e igualdade. Possibilitou, sobretudo, levar a incansável luta dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada a outras dimensões e a outros campos de batalha. Viabilizou, especialmente, a luta antidiscriminatória no âmbito do mercado de trabalho brasileiro, no qual, lamentavelmente, o preconceito ainda se manifesta, de forma silenciosa e sutil.

Referências

ANDREWS, George R. *Negros e brancos em São Paulo*. São Paulo: Edusc, 1998.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de janeiro: Forense Universitária, 2000.

AZEVEDO, Célia Maria Marinho. *Onda negra, medo branco*: o negro no imaginário das elites, século XIX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

COSTA, Emília Viotti da. *Da* senzala *à colônia*. São Paulo: Unesp, 1998.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SÓCIO-ECONÔMICOS (DIEESE). *A situação do trabalho no Brasil*. São Paulo: DIEESE, 2001.

GEBARA, Ademir. *O mercado de trabalho livre no Brasil*. São Paulo: Brasilense, 1986.

HALIMI, Gisèsele. *La cause des femmes*. Paris: Bernard Grasset, 1978.

HASENBALG, Carlos; SILVA, Nelson Valle. *Estrutura social, mobilidade e raça*. Rio de Janeiro: Iuperj, 1988.

LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: Buarque de Holanda, Heloisa (Org.). *Tendências e impasses*: o feminismo como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

LIMA, Márcia; SILVA, Marcos Rodrigues da; NOGUEIRA, João Carlos. *História do trabalho e dos trabalhadores negros no Brasil*. São Paulo: CUT, 2001.

LIMA, Nísia Trindade; HOCHMAN, Gilberto. Condenado pela raça, absolvido pela medicina: o Brasil descoberto pelo movimento sanitarista da primeira República. In: MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura (Org.). *Raça, ciência e sociedade*. Rio Janeiro: Fiocruz, 1996.

QUEIROZ, Delcele. Mascarenhas: trabalho, educação e ações afirmativas para negros no Brasil. In: FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES. *O negro no mercado de trabalho*. Brasília: Ministério da Cultura, 2004.

MONTEIRO, John Manuel. As 'raças' indígenas no pensamento brasileiro do império. In: MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura (Org.). *Raça, ciência e sociedade*. Rio Janeiro: Fiocruz, 1996.

ORTIZ, Renato. Da raça à cultura: a mestiçagem e o nacional. In: _____. *Cultura brasileira e identidade nacional*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

QUEIROZ, Delcele Mascarenhas. Trabalho, educação e ações afirmativas para negros no Brasil. In: FUNDAÇÂO CULTURAL PALMARES. *O negro no mercado de trabalho*. Brasília: Ministério da Cultura, 2004.

SCHWARCZ, Lília Moritz. *O espetáculo das raças*: cientistas, instituições e questão racial no Brasil, 1870-1930. São Paulo: Cia. das Letras, 1993.

STEINEM, Gloria . *Memórias da transgressão*: momentos da história da mulher do século XX. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

THEODORO, Helena. *Mito e espiritualidade*: mulheres negras. Rio de Janeiro: Pallas,1996.
WALKERDINE, Valerie. O raciocínio em tempos pós-modernos. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n.2, jul./dez., 1995.

A Constituição brasileira de 1988 e os direitos de liberdade sindical dos servidores públicos

Retrospectiva, desafios e perspectivas

RICARDO JOSÉ MACÊDO DE BRITTO PEREIRA

Sumário

1. Introdução. 2. As imposições constitucionais em sociedades plurais, livres e igualitárias e as omissões transgressoras. 3. Natureza jurídica do vínculo entre o funcionário e a administração pública. Concepções tradicionais. 4. Evolução dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos na Organização Internacional do Trabalho. 5. Atuais tendências do regime jurídico de trabalho na administração pública. 6. Retrospectiva dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos na Constituição de 1988. 7. Desafios e perspectivas.

1. Introdução

Ricardo José Macêdo de Britto Pereira é Procurador Regional do Trabalho; doutor pela Universidade Complutense de Madri; mestre pela Universidade de Brasília; pesquisador vinculado ao programa de pós-graduação da Universidade de Brasília; membro do grupo de pesquisa "Trabalho, Constituição.

Os direitos de liberdade sindical dos trabalhadores formam um tripé correspondente à organização sindical, à negociação coletiva e à greve. O primeiro elemento refere-se ao direito de, livremente, criar entidades, filiar-se a elas e deliberar sobre os meios de organização e ação, bem como sobre os fins a serem alcançados. O segundo consiste em mecanismo pelo qual trabalhadores e empregadores participam da determinação das condições de trabalho, podendo celebrar instrumentos coletivos de trabalho. O último representa recurso para pressionar pelos resultados desse processo, de modo que se atenda, no todo ou em parte, às expectativas e aos interesses dos trabalhadores.

No que diz respeito aos servidores públicos, observa-se resistência em reconhecer os direitos de liberdade sindical, atribuídos aos demais trabalhadores. Sua previsão nos ordenamentos jurídicos se deu tardiamente

e, em geral, de forma parcial, com omissões em relação ao direito de negociação coletiva e, com menor frequência, ao de greve.

Na Constituição brasileira de 1988, há menção expressa aos direitos de livre associação sindical e de greve na administração pública, no artigo 37, VI e VII, incluídos no Título III, que trata da organização do Estado, estando esses mesmos direitos previstos de forma mais detalhada para os trabalhadores urbanos e rurais, nos artigos 8º e 9º. Aos militares proibiram-se expressamente a sindicalização e a greve (art. 142, § 3º, IV, CF). A atribuição constitucional desses direitos aos servidores públicos ocorreu de maneira inovadora, considerando-se que, até então, se proibia a sindicalização dos servidores do Estado e das entidades paraestatais, ressalvados, nestas últimas, os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Passados vinte e cinco anos da promulgação do texto constitucional, carecem de regulamentação vários dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos. No regime jurídico dos servidores federais (Lei nº 8.112/90), foram previstas garantias para o exercício da atividade sindical e fez-se alusão à negociação coletiva, que, posteriormente, foi considerada inconstitucional. O que se tem são projetos que tramitam no Legislativo, a maioria tratando do direito de greve. No âmbito dos tribunais, tampouco se constata posicionamento pela implementação desses direitos, havendo algumas decisões sobre conflitos de representação sindical e financiamento das entidades. Mais recentemente, ocorreu mudança de entendimento em relação ao direito de greve (art. 37, VII, CF), interpretado até então como norma de eficácia limitada.

A omissão dos poderes públicos é influenciada por concepções de função pública que se converteram em obstáculos para que os dispositivos constitucionais sobre liberdade sindical no serviço público sejam aplicados. Enquanto isso, os servidores públicos usufruem de baixo grau de cidadania no âmbito do trabalho, deixando de participar efetivamente da determinação das condições de trabalho e dos direitos que lhes são aplicados.

O momento é oportuno para a retomada do debate, em razão de o Brasil haver ratificado a Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)[1], que trata da proteção do direito de sindicalização e dos procedimentos para determinar as condições de emprego na administração pública. Essa convenção vem somar-se com a de nº 154[2], que trata da negociação coletiva nos setores privado e público.

O retrospecto das discussões e decisões sobre os direitos de liberdade sindical dos servidores públicos, a partir da Constituição de 1988, contribui para identificar as objeções que comprometem a efetividade das disposições constitucionais que os preveem. Transcorrido período correspondente a um quarto de século, a ausência de providências para o exercício desses direitos, ou de sua aceitação quando adotadas, inviabiliza a democratização no âmbito da função pública e, por consequência, a qualidade dos serviços públicos prestados.

A base teórica de análise desse retrospecto será a força normativa das imposições constitucionais em sociedades plurais, livres e igualitárias, muitas vezes desconsiderada em razão de concepções que desfrutam de significativo poder no meio jurídico, neutralizando ou retardando decisões tomadas pelo poder constituinte originário, em prejuízo à realização dos valores democráticos. Como já mencionado, as formulações tradicionais acerca da função pública ainda exercem considerável influência,

---

[1] Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 206, de 7/4/2010, e promulgada pelo Decreto nº 7.944, de 6/3/2013.

[2] Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 22, de 12/5/1992, e promulgada pelo Decreto nº 1.256, de 29/9/1994.

impedindo a efetividade das normas constitucionais garantidoras dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos. Elas se baseiam nos princípios clássicos de direito administrativo e ignoram princípios do direito do trabalho, forjando concepção de interesse público que não corresponde aos valores e preceitos constitucionais.

Em seguida, será examinada a evolução dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos na OIT. Trata-se de importante subsídio para a implementação desses direitos pelos Estados-membros, removendo-se os óbices à regulamentação da matéria. As atuais tendências do regime de trabalho na administração pública indicam a superação paulatina das concepções tradicionais de função pública.

Passa-se à retrospectiva do que ocorreu nos últimos vinte e cinco anos em relação aos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos em nosso país, tendo-se por base as disposições constitucionais.

Encerra-se com os desafios e as perspectivas no tocante à mudança do quadro atual relacionado à matéria.

2. As imposições constitucionais em sociedades plurais, livres e igualitárias e as omissões transgressoras

Convém abordar, ainda que de maneira muito breve, algumas questões de teoria constitucional que possuem relação direta com o tema objeto do presente artigo. A primeira delas trata da incidência direta das normas constitucionais e das consequências decorrentes das omissões dos agentes encarregados de regulamentar os direitos constitucionais. A segunda cuida da abertura constitucional à pluralidade de tendências e da consagração da liberdade e da igualdade como valores essenciais para a democracia. A última refere-se à consideração dos princípios em jogo na temática ora enfrentada (de um lado, direito administrativo e, de outro, direito do trabalho) e dos possíveis conflitos entre eles diante do texto constitucional. Essas questões poderão ter tratamento ou respostas diferenciados de acordo com a concepção de Constituição adotada.

Atualmente, vêm se consolidando teorias que convergem em direção à primazia da Constituição nos ordenamentos jurídicos, tornando-se lugar comum a expansão do Estado constitucional, em substituição ao Estado legal, que prevaleceu durante boa parte do século passado, a despeito dos múltiplos enfoques que essas mudanças ensejam. O Estado constitucional envolve a reformulação do modelo institucional de organização política, uma nova teoria do direito para explicar as características desse modelo e uma ideologia que o justifique e o defenda. A Constituição não apenas define as regras do jogo, mas participa ativamente da dinâmica social, promovendo diversas transformações e fazendo-se presente em todas as

questões relevantes na sociedade. Além disso, condiciona as decisões da maioria, uma vez que os destinatários dos direitos passam a ter acesso direto às normas constitucionais, e não, como antes, pela via exclusiva do legislador. A Constituição, de acordo com esse modelo, abraça uma pluralidade de valores e tendências, algumas vezes contraditórios, não podendo a identificação de linhas ideológicas homogêneas ou a coerência principiológica excluir de seu âmbito modos de vida particularizados (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 123).

Por meio de direitos fundamentais, estabelecem-se um vínculo entre os indivíduos e a comunidade e o condicionamento recíproco entre eles, de tal maneira que a violação de direitos fundamentais de um indivíduo pode afetar toda a comunidade. Os direitos fundamentais dos indivíduos condicionam a realização de outros bens e valores constitucionais e também os direitos fundamentais dos grupos, como associações e sindicatos, estando, ao mesmo tempo, por estes condicionados. Existe uma relação de complementaridade entre todos os direitos fundamentais, "que se garantem e se reforçam reciprocamente" (HÄBERLE, 2003, p. 40-43).

As leis, apesar de não mais figurarem como mediadoras necessárias, jogam papel fundamental na otimização e na renovação dos direitos fundamentais, intermediando os conflitos, impulsionando sua aplicação e reagindo contra violações a esses direitos. Nos dias de hoje, "o poder quase público dos grupos de pressão social, junto com certa desídia legislativa", podem representar maior ameaça do que a atividade legislativa (HÄBERLE, 2002, p. 169,185). A Constituição impõe o dever de regulamentar os preceitos constitucionais para que os benefícios traduzidos em direitos sejam efetivamente usufruídos. A omissão, tal qual a ação desconforme, constitui violação ao texto constitucional, havendo previsão de inúmeras medidas para saná-la.

A Constituição, no Estado constitucional, é norma fundamental e suprema não apenas do Estado, mas também da sociedade, estabelecendo as estruturas das sociedades pluralistas e as relações entre indivíduos e grupos sociais e de ambos com o Estado, com base na "tolerância", mediante a consagração da dignidade da pessoa como princípio fundamental de todo o ordenamento jurídico (HÄBERLE, 2002, p. 88).

Constitui equívoco considerar que a tutela do direito fundamental corresponde à tutela de um interesse privado. Nos direitos fundamentais, concorrem interesses públicos e privados (HÄBERLE, 2003, p. 53-55). A ideia de público não é forjada em uma suposta vontade geral homogênea, mas é baseada na "heterogeneidade de interesses e ideias" que, por meio da liberdade, podem formar uma unidade permanente. Essa "unidade vocacionada à abertura da *res publica*" se produz "no jogo oscilante e interativo entre consenso e dissenso" (HÄBERLE, 2002, p. 109-118).

A Constituição, como ordenação de sociedades plurais, livres e igualitárias, pressupõe a supressão de situações de dominação e opressão. Quando se fala em igualdade e liberdade, não se propõe a eliminação das diferenças, mas sim da instrumentalização de seres humanos para a satisfação de interesses alheios, que os destitui da dignidade. As experiências que antecederam o Estado constitucional basearam-se na naturalização da desigualdade, ou seja, no princípio de que os homens eram desiguais por natureza e nada poderia ser feito para desfazer as relações de dominação e subordinação. A estabilidade dessas relações não dependia de formalização expressa. O poder decorria da própria natureza e, por tal motivo, não necessitava ser constituído. O Estado constitucional, ao contrário, pressupõe a igualdade entre os homens. Sua história é a realização, com maior ou menor amplitude, do princípio da igualdade, e, para cumprir esse desiderato, o poder político é constituído (PÉREZ-ROYO, 2007, p. 87).

No Estado constitucional, a ramificação e a especialização do direito deixam de ser construção isolada para formar parte do todo. À medida que vai se consolidando o processo de constitucionalização do direito, mais efetiva é a incidência do conteúdo constitucional nos diversos ramos. O conjunto normativo constitucional passa a ser o guia orientador da produção e da interpretação normativa, no lugar dos princípios gerais dos diversos ramos, que desempenhavam esse papel de maneira autônoma (FAVOREAU, 2000, p. 72).

A observância de normas e princípios de direito administrativo, que reconhecem inúmeros privilégios à Administração, não pode desconsiderar o trabalho humano que materializa essa atividade, com proteção especial do ordenamento jurídico, no intuito de conferir condições que observem a dignidade da pessoa do trabalhador. O direito do trabalho alarga seu campo de aplicação, a fim de proteger as atividades humanas em seu conjunto, deixando de lado eventuais diferenciações no tocante à forma como ocorrem as prestações de serviço, bem como à natureza privada ou pública de seus tomadores. O menosprezo à condição humana do trabalho que dá vida ao Estado e o transforma em ação, com a conversão de servidores públicos em meros instrumentos para servir a interesses alheios e a negação de sua subjetividade, não encontra respaldo no Estado constitucional.

A Constituição brasileira de 1988 contém projeto extremamente ambicioso de profundas transformações em vários aspectos da vida social, econômica e política. Contudo, é possível constatar que muito do projeto constitucional depende de realização, ou foi realizado de maneira deficiente e incompleta.

A implantação paulatina desse projeto representa a vitória da sociedade brasileira sobre posturas autoritárias que se consolidaram antes da atual Constituição. Essa reestruturação das relações de poder na sociedade brasileira se deu por meio da outorga de novos direitos e garantias, com ênfase na participação social nas decisões relevantes e no controle popular da coisa pública, expressões da democracia e do republicanismo que permeiam a integralidade das disposições constitucionais.

O atraso na concretização dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos indica que as condições de trabalho no serviço público continuam determinadas de forma unilateral e com forte dose de autoritarismo. O Estado, que é parte na relação jurídica de trabalho, concentra também o poder de regulá-la, sem observar os ditames constitucionais, que inegavelmente transferiram parcela desse poder para os servidores públicos.

Nesse aspecto, é possível afirmar que o processo de constitucionalização do direito

brasileiro se encontra em estágio pouco avançado, a despeito de grandes mudanças ocorridas em áreas específicas. Como assinala Guastini (2001, p. 154), as condições estruturais, consistentes na existência de Constituição rígida e de sistema de controle para observância das normas constitucionais, embora necessárias, não são suficientes para determinar o avanço do processo de constitucionalização do direito. As condições complementares é que permitirão alcançar estágio mais adiantado nesse processo. Essas condições estão diretamente ligadas às convicções compartilhadas na sociedade, especialmente na comunidade jurídica, em torno, por exemplo, das disposições constitucionais como genuínas normas jurídicas, com aplicabilidade direta; da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais; da exigibilidade dos direitos sociais; da interpretação de todo o ordenamento conforme a Constituição; e da regulação de todas as questões relevantes pela Constituição, ainda que de maneira não expressa no seu texto. Se não houver a aceitação e a defesa dessas ideias pelos intérpretes constitucionais, o processo de constitucionalização do direito estagnará, com possibilidade de retroagir.

Portanto, os atrasos no tocante à concretização dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos, decorrentes de concepções que aplicam isoladamente os princípios clássicos do direito administrativo, comprometem o avanço do processo de constitucionalização do direito. Além disso, naturalizam o descumprimento da Constituição nesse aspecto, impedindo, consequentemente, a formação de uma consciência coletiva capaz de mudar o quadro de paralisia institucional. É o que será abordado no tópico seguinte.

3. Natureza jurídica do vínculo entre o funcionário e a administração pública. Concepções tradicionais

As primeiras formulações para o enquadramento jurídico da função pública basearam-se nas categorias contratuais do direito privado. Aos poucos elas foram abandonadas, assumindo seu lugar teorias do contrato de direito público e do ato unilateral, consolidadas principalmente na Alemanha, na segunda metade do século XIX. A cultura jurídica germânica da época não assimilou por completo as ideias revolucionárias do contrato social, que fundamentavam o Estado no consenso de vontades individuais. As fortes influências da escola histórica, da filosofia hegeliana do direito e das concepções organicistas impediram a disciplina das relações com o Estado pelo contrato de direito privado, pela razão de que o interesse público não poderia condicionar-se à vontade dos indivíduos. Para essas correntes, os direitos e as liberdades individuais só possuíam sentido no Estado (BATTINI, 2000, p. 199-200).

A relação funcionário-Estado é concebida, em um primeiro momento, em termos autoritários, ou seja, à margem do direito. Posteriormente, buscou-se reduzir esse caráter autoritário, ao se aplicar a noção do contrato de direito público por ocasião da constituição da relação, mas preservando-se, após o ato constitutivo, o caráter unilateral e orgânico, para garantir a posição de supremacia do Estado e de sujeição do funcionário. A liberdade do funcionário limitava-se à decisão de submeter-se ao poder unilateral do Estado.

O contrato era realizado com a finalidade não de criar direitos e obrigações recíprocos, resultantes de um ajuste de vontades, mas de incorporar o funcionário em uma posição específica da estrutura do organismo estatal. A ênfase foi dada à noção de *status* (BATTINI, 2000, p. 212-223).

Desse contexto se originam as denominadas relações especiais de poder, caracterizadas pela sujeição acentuada para a persecução de um fim superior, que deve ser alcançado independentemente do consentimento da pessoa submetida ao poder (HERRARTE, 1994, p. 39).

O poder da administração pública e a correspondente sujeição do servidor resultam da primazia do interesse público, que não admite negociação. As condições de trabalho são determinadas sem levar em conta os interesses dos servidores. Estes devem cumprir seus deveres com lealdade. Os direitos reconhecidos ao servidor nada mais são do que condições para o desempenho satisfatório de suas funções. Não são definitivos, considerando-se que o interesse público é mutável e não poderia ser alcançado se esses direitos se consolidassem. Além disso, os interesses dos servidores não poderiam contrariar o interesse do Estado, que é o todo. A harmonia entre órgão e ente e a separação da vida privada do servidor ao incorporar-se à vida pública não são compatíveis com a existência de conflitos. Sua posição de subordinação resulta na impossibilidade de exercício de uma série de liberdades, que poderiam pôr em questão o desempenho de suas funções.

Essas teorias foram determinantes em vários ordenamentos jurídicos e, mesmo com a alteração de suas disposições, exercem ainda grande peso, em uma espécie de cientificidade imune às deliberações resultantes do debate democrático.

4. Evolução dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos na Organização Internacional do Trabalho

A Convenção 87 da OIT, aprovada em 1948, assegura indistintamente a todos os trabalhadores os direitos de liberdade de organização e de filiação sindicais.

Na Convenção 98 da OIT, aprovada no ano seguinte, sobre os princípios de sindicalização e negociação coletiva, é dito, no artigo 6º, que seu conteúdo não trata da situação dos funcionários públicos a serviço do Estado. O Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT interpretava de maneira restritiva a referida disposição. Os trabalhadores a serviço da administração do Estado são basicamente os "funcionários dos ministérios e demais organismos governamentais comparáveis" (OIT, 2006, p. 190-191).

Apesar da ausência de consenso para o reconhecimento do direito de negociação coletiva aos servidores públicos, a OIT sempre reagiu à aplicação ampla da ressalva contida em sua Convenção 98. De igual maneira com o direito de greve. O verbete do Comitê de Liberdade Sindical nº 572 (OIT, 2006, p. 124), segundo o qual o "reconhecimento do princípio de liberdade sindical aos funcionários públicos não implica necessariamente o direito de greve", resultou de restrições à organização sindical de funcionários públicos em alguns Estados-membros, considerando-se proibição expressa do exercício da greve a essa categoria de trabalhadores. Não se pretendeu excluir a greve do conteúdo do direito de liberdade sindical, até porque o comitê estabelece que o "direito de greve é corolário indissociável do direito de sindicalização protegido pela Convenção 87" (OIT, 2006, p. 115).

O Comitê de Liberdade Sindical tem admitido proibições ao exercício do direito de greve somente em relação aos "funcionários públicos que exercem funções de autoridade em nome do Estado ou aos trabalhadores dos serviços essenciais no sentido estrito do termo (ou seja, aqueles serviços cuja interrupção poderia colocar em perigo a vida, a segurança ou a saúde da pessoa em toda ou parte da população)" (OIT, 2006, p. 114, vb. 492).

Em todo caso, a limitação ao direito de greve deve ser acompanhada de proteção adequada, que compense a restrição, bem como de procedimentos de conciliação e arbitragem imparciais e céleres (OIT, 2006, p. 129, vb. 595 et seq.).

O vazio normativo criado pela exclusão dos funcionários da administração do Estado das garantias previstas na Convenção 98 da OIT, que posteriormente também se verificou com relação à Convenção 135, sobre representação de trabalhadores nas empresas, foi motivo de diversos questionamentos na própria Organização. Por outro lado, havia receio quanto a estender os direitos coletivos aos servidores públicos, sem as necessárias modulações a seu exercício, considerando-se as peculiaridades das relações de trabalho nas administrações públicas.

Na 64ª Reunião, em 1978, foi aprovada a Convenção 151, sobre liberdade sindical e procedimentos para determinar as condições de emprego

no serviço público. A convenção assegura o acesso de todos os servidores públicos aos meios de participação na determinação das condições de trabalho. Em seu preâmbulo, são ressaltadas as transformações nos serviços prestados às administrações públicas, a diversidade existente entre os Estados para discipliná-los e a aplicação abusiva da restrição contida na Convenção 98 aos trabalhadores da administração do Estado.

Considerando-se que a Convenção 151 preenche as lacunas das Convenções 98 e 135, a exclusão do servidor público dessas convenções praticamente implica sua inclusão na Convenção 151 (POTOBSKY; DE LA CRUZ, 1990, p. 360).

A redação segue basicamente o artigo 4º da Convenção 98 da OIT, "mas com uma modificação substancial para ter em conta a situação especial dos empregados públicos", referente aos "diversos métodos utilizados para a determinação de suas condições de emprego". Na Convenção 98, o método se restringe à negociação e às convenções coletivas, elementos substanciais para decidir pela exclusão dos funcionários públicos da administração do Estado. A Convenção 151 da OIT prevê a solução de conflitos pela negociação ou por procedimentos que garantam a independência na adoção da solução, como a conciliação, a mediação e a arbitragem (POTOBSKY; DE LA CRUZ, 1990, p. 371).

A Convenção 151 representa inquestionável avanço quanto à possibilidade de os servidores públicos valerem-se da negociação coletiva. Além disso, prevê o exercício de direitos fundamentais pelos servidores como condição para a participação efetiva na determinação das condições de trabalho. Porém, a previsão de opção por meios alternativos poderia comprometer a prática da negociação coletiva.

A Convenção 154 da OIT, aprovada em 1981, garantiu, de forma mais efetiva, o direito de negociação coletiva dos servidores públicos. Ela trata da negociação coletiva nos setores privado e público, com ressalva das forças armadas e da polícia, remetendo à legislação ou à prática nacionais a determinação de aplicação das garantias nela previstas. Não há menção a outras modalidades de participação na determinação das condições de trabalho, mas a legislação ou a prática nacionais poderão disciplinar modulações à aplicação da convenção. Como a convenção cuida especificamente da negociação coletiva, não é suficiente a utilização da consulta aos representantes dos trabalhadores, que satisfaz as exigências da Convenção 151 da OIT (GERNIGON; ODERO; GUIDO, 1998, p. 52).

Uma vez incluída a negociação coletiva no genérico direito de liberdade sindical dos servidores públicos, seu conteúdo específico enfrenta uma série de desafios, mas que não são insuperáveis, tampouco constituem obstáculos para que ela se torne realidade. A existência de estatutos que disciplinam grande parte das condições de trabalho deixa menor espaço para a negociação coletiva. As remunerações, assim como as condições de trabalho que envolvem gastos, devem ser consignadas nos orçamentos aprovados por quem em geral não é empregador e deve levar em conta a situação econômica e os interesses de toda a comunidade. Um quadro de déficit orçamentário logicamente repercute no resultado da negociação. Porém, essas exigências orçamentárias não devem ser manejadas para impedir o cumprimento de acordos realizados pela administração ou anular o direito de liberdade sindical dos servidores públicos. Por outro lado, admite-se o estabelecimento de limites de reajustes, a serem repartidos segundo os parâmetros determinados na negociação coletiva, juntamente a outros limitadores da faculdade de negociação. O importante é que, na determinação dos parâmetros genéricos de negociação, os trabalhadores possam dispor das informações necessárias para contestar propos-

tas ou oferecer alternativas. A possibilidade de participação por meio de consulta aos trabalhadores constitui relevante indicador da boa-fé das autoridades e contribui de maneira positiva para a eficácia das medidas (GERNIGON et al., 2002, p. 60).

Em linhas gerais, não são contrárias aos princípios da negociação coletiva restrições destinadas à convivência entre normas pactuadas e estatutárias; tampouco a exclusão de determinadas matérias da negociação e a centralização de "acordos que têm repercussões orçamentárias ou que propugnam reformas legislativas do estatuto dos funcionários", mediante "o compromisso das autoridades governamentais de apresentar ao Parlamento um projeto de lei que modifique o texto legal correspondente no sentido negociado" (GERNIGON; ODERO; GUIDO, 1998, p. 53).

As possíveis restrições, especialmente as de natureza salarial, às negociações coletivas nos setores público e privado, impostas como elementos de políticas econômicas, exigem prévia consulta às organizações de trabalhadores e empregadores e constituem medidas de exceção, em termos de conteúdo e duração. Ademais, devem ser acompanhadas de garantias capazes de proteger os trabalhadores que são por elas afetados (GERNIGON; ODERO; GUIDO, 1998, p. 56).

No informe global elaborado como seguimento da Declaração relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, de 1998, entre as "prioridades para o futuro", consta a de "fomentar uma atitude construtiva e aberta das empresas privadas e dos empregadores públicos ante a representação livremente eleita dos trabalhadores e o estabelecimento de métodos convencionados de negociação e formas complementares de cooperação sobre as condições de trabalho". Essa meta integra o programa geral da OIT de perseguir "um trabalho decente para todos os homens e todas as mulheres em condições de liberdade, justiça e dignidade humana", que só pode ser alcançado "se estão em condições de expressar o que significa para eles. (...) Esta faculdade de eleger é um dos elementos essenciais da dignidade humana" (OIT, 2000, p. 3).

5. Atuais tendências do regime jurídico de trabalho na administração pública

Nos últimos tempos, observa-se um resgate, em diversos ordenamentos jurídicos, das características do contrato de direito privado para disciplinar as relações de trabalho na administração pública (MARTÍNEZ MARÍN, 1999, p. 351-360), embora à sua aceitação sejam opostas fortes resistências. A teoria estatutária ainda desfruta de grande prestígio em vários sistemas jurídicos, mas sua aplicação já não se dá de forma pura, havendo uma aproximação ao regime contratual (CANTERO MARTÍNEZ, 2001, p. 19 et seq.).

As denominadas relações especiais de poder, mencionadas no item 3, anteriormente concebidas à margem do direito, sofreram profunda reformulação na jurisprudência alemã. O deslocamento dessas relações para o plano jurídico implicou a exigência de respeito aos direitos fundamentais, que só admitem limitação por lei, desde que as referidas relações de poder estejam previstas na Constituição e se trate de limitação "necessária, adequada e proporcional" (HERRARTE, 1994, p. 112).

A tensão entre os interesses atribuídos às administrações públicas e os dos indivíduos que para elas trabalham extrapola os esquemas teóricos tradicionais, que recusam o reconhecimento dos conflitos. A integração aos interesses públicos de distintos espaços privados abala as técnicas baseadas na separação teórica de ambas as esferas, pelas quais passavam "imagens

homogêneas e simplificadoras" de cada um desses âmbitos. Essas teorias, definitivamente ultrapassadas, foram construídas com base na enganosa demarcação espacial do campo de atuação da administração pública, inconfundível com o dos direitos subjetivos, não permitindo a fronteira legal que houvesse confusão entre eles. Em uma lógica excludente, baseada no binômio liberdade-autoridade, onde valia um poder da administração, não existia direito; onde havia direitos, estava excluída a possibilidade de ingerência da administração (PEÑA FREIRE, 1997, p. 168).

A disciplina do trabalho público por um estatuto próprio adquiriu consistência na medida em que se identificou o serviço público com o serviço do Estado, entidade que encarna o interesse geral. É a partir dessa ideia que se estabelece uma oposição teórica clara entre trabalho público e privado. O trabalho a serviço do público era regido pelo estatuto; o privado, pelo contrato. O contrato faz do trabalho um objeto de negócio. O estatuto, ao revés, saca o trabalho do mercado. O trabalho público não se reduz à relação entre empregado e empregador, pois existe o público beneficiário, que desfruta de direitos com relação ao serviço. Para que o trabalho público seja realizado satisfatoriamente, são necessárias garantias estáveis, a fim de se promoverem, sem oposição dos trabalhadores, as medidas necessárias para preservar o compromisso com a satisfação do interesse geral (BODIGUEL; GARBAR; SUPIOT, 2000, p. 15).

Essa oposição teórica entre trabalho público e privado vai cedendo, de maneira que as noções correspondentes passam a sobrepor-se na prática. Exerce forte pressão o direito comunitário europeu, que se dedica predominantemente ao mercado e ao livre intercâmbio; o serviço público constitui "exceção à regra". A rigor, não há qualquer incompatibilidade entre as noções de serviço público e mercado. O serviço público está vinculado à ideia de interesse geral, que é "contingente". Isso significa que "não existe serviço público por natureza", no sentido de que deva ser prestado necessariamente a partir de financiamento e técnicas públicas (BODIGUEL; GARBAR; SUPIOT, 2000, p. 19,24).

Serviços de interesse geral podem, inclusive, ser incompatíveis, em algumas circunstâncias, com a prestação exclusiva pelo Estado, pois exigem independência não só do setor privado, mas também do público. Assim ocorre com o "jornalismo, sindicalismo, o ensino, a pesquisa e a defesa em juízo" (BODIGUEL; GARBAR; SUPIOT, 2000, p. 26).

A assimilação de princípios e técnicas de direito do trabalho decorre também do fato de que as demandas dirigidas aos Poderes Públicos vêm se expressando mais como exigências de produção de serviços do que como manifestações de autoridade. São demandas por serviços mais eficientes e com custos reduzidos, de maneira que produzem efeitos diretos nas relações de trabalho, pressionando por melhores resultados

e, em um contexto marcado por dificuldades econômicas e recortes nos orçamentos, pela redução do gasto com pessoal (TREU, 1997, p. 3).

Nos países que mantêm a estrutura original do regime jurídico da prestação de trabalho, definida pelo direito administrativo, houve a assimilação de técnicas e instrumentos de direito do trabalho, para disciplinar as relações individuais e coletivas. Ao lado dos direitos de associação e de greve, amplamente admitidos, incorpora-se também "o direito e a prática da negociação coletiva, que é o núcleo do pluralismo nas relações trabalhistas e o princípio pelo qual as relações individuais de emprego são originadas e reguladas pelo contrato e não pela autoridade" (TREU, 1997, p. 5).

6. Retrospectiva dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu texto original, estabeleceu extenso conjunto de preceitos para disciplinar a atividade da administração pública (Título III, Capítulo VII, arts. 37 a 43). Nos artigos 37 e 38 (Seção I), são estabelecidas as disposições gerais; do 39 ao 41 (Seção II), normas específicas dirigidas aos servidores públicos civis; no 42 (Seção III), normas dirigidas aos militares. Nas disposições gerais, faz-se menção a cargos, empregos e funções.

A Seção II, dirigida aos servidores públicos civis, previa, no artigo 39, regime jurídico único para os servidores públicos civis da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas de cada uma das unidades da federação. O debate que se verificou sobre a natureza desse regime único, se estatutária ou contratual, foi intenso. Gradualmente a jurisprudência se posicionou a favor da natureza estatutária.

Os direitos coletivos dos servidores públicos civis foram previstos nas disposições gerais do capítulo sobre a administração pública (Seção I) – o direito de livre associação sindical e o de greve, este último, na redação original da Constituição, "exercido nos termos e nos limites definidos na lei complementar" (art. 37, VI e VII). Na mesma seção, estabeleceu-se a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, na mesma data e sem distinção de índices (art. 37, X).

A inclusão dos direitos coletivos dos servidores na parte geral poderia dar margem ao questionamento de sua abrangência aos empregados das pessoas jurídicas de direito privado da administração pública indireta. No entanto, em razão do artigo 173 da Constituição, prevendo para essas entidades o mesmo regime jurídico das empresas privadas, são aplicados a eles os artigos 8º e 9º da Constituição, bem como as disposições do artigo 7º sobre negociação coletiva.

Pode-se defender que a Constituição não retirou dos servidores públicos ocupantes de cargos o direito à negociação coletiva, mas excluiu-os diretamente do sistema de negociação concluído mediante acordo ou convenção coletiva (ROMITA, 1998, p. 22). Isso não impede que o legislador possa outorgar normatividade aos pactos alcançados pelos representantes dos servidores públicos titulares de cargos com a administração, desde que observados os preceitos constitucionais.

No Supremo Tribunal Federal (STF), porém, prevaleceu a interpretação restritiva. A Lei nº 8.112/90, que instituiu o regime jurídico único na administração pública federal, representou avanços significativos na matéria. O artigo 240, "d" e "e", previa, entre os direitos coletivos, a negociação coletiva e a competência da Justiça do Trabalho para as questões individuais e coletivas. No mesmo artigo, asseguraram-se ao servidor público o direito à livre associação sindical, a atuação do sindicato como substituto processual, a inamovibilidade do dirigente sindical e o desconto em folha das mensalidades e contribuições definidas em assembleia geral.

O STF, ao julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade, declarou inconstitucionais as referidas alíneas ("d" e "e" do artigo 240 da Lei nº 8.112/90).[3] O Tribunal inicia sua linha de argumentação defendendo que a natureza do regime único é estatutária, e não contratual. Acrescenta que toda a sistemática de remuneração dos servidores públicos é enviada à lei pela Constituição e que, por isso, não teriam sido garantidos os acordos e as convenções coletivas aos servidores. Destaca-se a exclusão desses instrumentos do rol do artigo 39, § 2º (atual § 3º). Como a administração pública não pode dispor de matéria reservada à lei, a lei não pode reconhecer aos servidores regidos pelo regime único o direito de negociação coletiva.

O mesmo ocorreu com a competência da Justiça do Trabalho. Para excluí-la, visto que a Constituição a previa expressamente para "as ações individuais e coletivas entre trabalhadores e empregadores, incluindo os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União" (art. 114), foi necessário valer-se do argumento de que os servidores públicos sujeitos ao regime jurídico único não integram o conceito jurídico de "trabalhador".

Houve voto divergente sobre o tema da competência, em que se ressaltou a natureza contratual do vínculo, com base no artigo 13 da Lei nº 8.112/90, o qual prevê que o documento de posse, firmado pelo servidor, deverá conter as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos correspondentes ao cargo, "que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos na lei". Esse argumento não foi suficiente para alterar a interpretação da maioria do STF.

É de destacar o desajuste profundo entre, de um lado, o Legislador e, de outro, o Executivo e o STF. O projeto de lei foi aprovado e submetido à sanção do Presidente da República, que vetou os referidos dispositivos ("d" e "e" do art. 240), por considerá-los inconstitucionais. O veto presidencial foi rejeitado pelo Congresso Nacional, que, por maioria absoluta, o tornou ineficaz, segundo o procedimento previsto na Constituição. Em síntese, os dispositivos considerados inconstitucionais lograram aprovação parlamentar qualificada, mas, ainda assim, não subsistiram.

Caso a lei houvesse prevalecido tal como foi aprovada, o Brasil teria sido um dos protagonistas na introdução de técnicas do direito coletivo do trabalho na função pública.

[3] ADI 492-1 DF, decisão de 12/11/1992, DJ de 12/3/93, p. 03557. RTJ 145/68-100.

Seguindo a mesma linha restritiva, o STF[4] considerou que a regra inscrita no artigo 37, VII, que, na redação original, estabelecia o direito de greve, "exercido nos termos e limites definidos na lei complementar", era de eficácia limitada. O STF não aceitou a possível aplicação da lei existente desde 1989 (Lei nº 7.783, de 28 de junho 1989), que disciplina a greve nas atividades privadas e essenciais.

No Tribunal Superior do Trabalho (TST), a orientação jurisprudencial nº 5 da Seção de Dissídios Coletivos (SDC) proclamou a impossibilidade jurídica de ação coletiva contra pessoa jurídica de direito público. Com efeito, restringiu ainda mais, ao não diferenciar o regime de trabalho público do privado e, consequentemente, negar aos entes públicos a condição de parte em processos coletivos para solucionar as controvérsias, bem como na negociação coletiva.[5] Essa posição poderia não ter efeitos práticos se efetivamente viesse a consolidar-se em todos os âmbitos da administração direta, autárquica e fundacional o regime estatutário. Sem embargo, isso não sucedeu, e posteriormente a Emenda Constitucional (EC) nº 19, publicada em 5 de junho de 1998, aboliu o regime jurídico único, previsto no artigo 39 da Constituição. É verdade que essa alteração, promovida pela EC nº 19/1998, foi posteriormente considerada inconstitucional pelo STF, por vício de procedimento, como será visto adiante.

Em relação aos direitos coletivos dos empregados públicos, o rigor do TST não encontra correspondência na jurisprudência do STF, que já afirmou expressamente que os direitos previstos no artigo 39, § 2º (atualmente § 3º), não restringem os direitos sociais do servidor público submetido ao regime laboral.[6] O que, definitivamente, o STF proclamou, naquele momento, foi a impossibilidade de negociação coletiva no regime de direito público.[7]

A EC nº 19/1998 reformou o capítulo da Constituição sobre administração pública (Capítulo VII), dando sinal da transformação do modelo de Estado burocrático. O fim do regime jurídico único significou, pelo menos em um primeiro momento, o retorno à convivência entre ocupantes de empregos públicos e de cargos públicos, que, pela opção inicial da jurisprudência, estaria fadada a desaparecer do texto constitucional de 1988.

A Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, dispôs que o pessoal admitido para emprego público na administração federal direta, autárquica e fundacional teria a relação de trabalho disciplinada pela CLT e legislação correspondente. Confirmou-se a necessidade de aprovação em concurso

---

[4] MI 20-4, Decisão de 19/5/1994, DJ de 22/11/1996.

[5] Entre outras, RO-DC 315.229/96, DJ de 7/8/1998.

[6] AI 313.149-AgR/DF, DJ de 3/5/2002, p. 14.

[7] ADI 391/CE, DJ 16/9/1994, p. 24.266.

público e se estabeleceu a exigência de causa para a dispensa nos contratos por prazo indeterminado.

A adoção pela administração pública do regime jurídico privado implica respeitar os direitos previstos aos trabalhadores no artigo 7º da Constituição. É direito fundamental dos trabalhadores que se enquadram nas disposições do referido artigo ter suas condições de trabalho disciplinadas por acordos e convenções coletivas, cuja normatividade não depende de medida legislativa. Contraria a Constituição restringir esse direito, bem como impedir os representantes sindicais de celebrar esses instrumentos coletivos. Porém, alguma especificidade é não só possível, mas resultante das próprias limitações constitucionais ao exercício desse direito, como será examinado adiante.

O STF considerou inconstitucional a EC nº 19/98 na parte que alterou o regime jurídico único, por vício procedimental[8], concedendo a medida cautelar. Porém, modulou os efeitos da decisão, validando até decisão final as contratações realizadas com base na redação alterada do artigo 39 da Constituição.

A EC nº 19/1998, no tocante ao artigo 37, VII, alterou a modalidade de lei para a disciplina do exercício da greve dos servidores públicos, agora nos termos e limites de lei específica, e não mais complementar. Representativo setor doutrinário defendeu que, com ela, se abria espaço para a aplicação da Lei de Greve (Lei nº 7.783/89) aos ocupantes de cargo, até que outra lei disciplinasse a matéria (BARROS, 2003, p. 76 et seq.; BRAMANTE, 1999, p. 530; LEITE, 2011, p. 1459 et seq.; CAVALCANTE; JORGE NETO, 2002, p. 305 et seq.).[9]

O STF examinou a questão após a reforma, mas manteve sua interpretação anterior de que o direito de greve dos servidores públicos não seria autoaplicável, uma vez que dependeria de lei, dessa vez específica[10].

Contudo, em mandados de injunção julgados posteriormente, determinou-se a aplicação da Lei nº 7.783/1989 aos servidores públicos, com as necessárias modulações, destacando-se o caráter fundamental do direito de greve e as limitações ao Legislativo para sua regulamentação[11]. Essas decisões têm sido importantíssimas contra tendências em segmento

---

[8] ADI 2.135, DJ de 7/3/2008.

[9] Uma dimensão mais ampla da controvérsia em Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto (2002, p. 305 et seq.).

[10] ADI 1.696, DJ 14/6/2002, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

[11] Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, publicados no DJE de 31/10/2008. Em todos, foi determinada a aplicação da Lei nº 7.783/89, com as modulações necessárias para disciplinar a greve dos servidores públicos. Cabe destacar, no MI 708, o seguinte trecho da ementa: "não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado".

do Judiciário que ainda condicionam a greve dos servidores públicos à lei ou adotam decisões que, na prática, inviabilizam alcançar os resultados pretendidos com a deflagração do movimento.

7. Desafios e perspectivas

Um dos maiores desafios para a concretização dos direitos coletivos dos servidores públicos, em direção à efetiva participação deles na determinação das condições de trabalho, é a possibilidade de negociação das parcelas remuneratórias.

Existem pelo menos duas limitações expressas na Constituição que incidem não na liberdade de negociação coletiva dos servidores públicos, mas na eficácia normativa dos instrumentos coletivos que tratem da matéria. A primeira se refere à iniciativa privativa do Presidente da República quanto a leis sobre "criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração" (art. 61, § 1º, II, "a"). A segunda diz respeito à previsão orçamentária para "qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração da estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da Administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público" (art. 169, § 1º, I e II).

As duas disposições não permitem que os acordos coletivos realizados sobre tais matérias tenham eficácia direta. A questão foi pacificada mediante a edição da Súmula 679[12] do STF, consagrando-se o entendimento de que a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva. Os precedentes que deram origem a essa súmula, todos eles anteriores à reforma administrativa, incluindo-se a citada ADI 492-1, referem-se à inconstitucionalidade de leis estaduais que reconhecem ao servidor público estadual o direito de realizar acordos e convenções coletivas, de decreto estadual autônomo que aprova tabelas com índices estabelecidos em acordos coletivos, de mandados de segurança buscando a aplicação de reajuste automático com base na Constituição e de leis prevendo data-base dos servidores públicos federais estatutários.

A nova redação atribuída pela Emenda Constitucional nº 19/1998 ao artigo 37, X, da Constituição determina que as remunerações dos servidores públicos "somente poderão ser fixados[as] ou alterados[as] por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices".

A lei que regulamenta, no âmbito federal, o artigo 37, X (Lei nº 10.331, de 18 de dezembro 2001), impõe que o índice aplicável a título de revisão geral seja definido em lei específica e também nas leis orçamentárias. Ademais, refere-se expressamente aos empregos públicos, em seu artigo 3º.

O direito de irredutibilidade das remunerações, previsto para os trabalhadores públicos e privados na Constituição (arts. 7º, VI, e 37, XV), vem sendo interpretado, pela jurisprudência, como direito à preservação do valor nominal, e não real. O direito à revisão geral anual (art. 37, X) modificaria, em princípio, essa interpretação com relação aos servidores públicos, pois, de alguma maneira, busca preservar o valor real de suas remunerações. No entanto, a jurisprudência do STF não tem reconhecido reposição automática ou indenização por ausência de

[12] Súmula 679 do STF, Sessão Plenária de 24/9/2003. DJ de 9/10/2003, p. 4; DJ de 10/10/2003, p. 4; DJ de 13/10/2003, p. 4. Seus precedentes são as ADIs 554 (DJ 13/9/1991), 559 (DJ 4/10/1991), 519 (DJ 11/10/1991), 492-1 (DJ 12/3/1993), MS 22468 (DJ 20/9/1996) e MS 22451 (DJ 15/8/1997).

encaminhamento pelo Executivo de lei estabelecendo o índice de reajuste[13].

Se não há a reposição automática, a discussão do índice pela via da negociação coletiva, com a posterior remessa ao Legislativo, reforça a sua legitimidade. O reajuste salarial é matéria de negociação coletiva e impedir os sindicatos dos servidores públicos de participarem dessa discussão é impor-lhes a condição de mero adorno constitucional. O modelo constitucional remuneratório se aplica indistintamente aos servidores ocupantes de cargos e empregos públicos, sendo conveniente adotar procedimentos de negociação com os representantes dos trabalhadores para estabelecer os parâmetros da revisão geral anual das remunerações.

Não é só em matéria remuneratória que existe a conveniência de negociação coletiva. A EC nº 19/1998 estabeleceu limites de gastos com pessoal, cujo excesso autoriza a exoneração de servidores, inclusive dos que têm direito à estabilidade, quando a exoneração dos que não possuem esse direito não for suficiente para reduzir a despesa ao limite previsto na lei (art. 169, §§ 3º et seq.).

Essa é também uma das causas que autorizam a dispensa do pessoal celetista com contrato por prazo indeterminado da administração pública federal (art. 3º, III, da Lei nº 9.962/2000). Seria o caso de questionar, inclusive, com relação ao pessoal celetista, a adoção de critérios unilaterais pela administração para realizar as dispensas, considerando-se o direito dos empregados e de seus representantes ao reconhecimento dos acordos e das convenções coletivas (art. 7º, XXVI, CF). Existe, como mencionado, o direito subjetivo de que as condições fundamentais da relação de trabalho sejam discutidas com os sindicatos. A redução salarial dos trabalhadores só é autorizada mediante convenção ou acordo coletivo (art. 7º, VI, CF), pois deve restringir-se a determinadas circunstâncias e partir de critérios razoáveis. Com maior razão devem sujeitar-se à regra as despedidas coletivas, que impõem lesão mais grave aos trabalhadores, não podendo basear-se em critérios aleatórios e discricionários.

A EC nº 19/1998 também introduziu a possibilidade de perda do cargo pelo servidor "estável" em razão de insuficiência de desempenho, na forma estabelecida em lei complementar, com a garantia de ampla defesa (art. 41, 1º, III, CF).

Igual possibilidade está prevista como causa para a despedida do empregado público (art. 3º, IV, Lei nº 9.962/2000), mas sem a garantia de lei, e sim de procedimento em que se preveem recurso hierárquico com efeito suspensivo e o conhecimento prévio dos parâmetros "mínimos exigidos para a continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos segundo as peculiaridades das atividades exercidas".

A insuficiência de desempenho é uma questão complexa, que envolve apreciação de caráter subjetivo muito elevado, ainda que sejam definidos os seus parâmetros. Não há dúvida sobre a necessidade de intervenção dos representantes dos trabalhadores para a discussão dos critérios aplicados, alertando-se, mais uma vez, que, para os empregados públicos, a decisão unilateral seria de duvidosa constitucionalidade.

Portanto, há campo vasto para a negociação coletiva no setor público. Para que os servidores públicos tenham direito a instrumentos coletivos vinculantes, basta que a lei preveja expressamente essa possibilidade, bem como a forma e os limites, de modo que não se comprometam outros bens e valores constitucionalmente tutelados. Em outras palavras, não há, na Constituição, dispositivo que obstaculize a possibilidade jurídica de que os servidores ocupantes de cargos públicos realizem, por

[13] AG-RE 503.228-1, DJ de 15/11/2006, p. 91.

meio de seus representantes, acordos coletivos com eficácia normativa, se a lei assim o estabelecer. As Convenções da OIT 151 e 154, ambas ratificadas, impõem essa conclusão.

A prevalência da tese, contudo, depende da superação da interpretação do STF adotada na ADI 492-1. Não há dúvida de que elementos para isso existem de sobra. Após essa decisão do STF, foi concluído o processo de ratificação da Convenção 154 da OIT. O Supremo mudou a jurisprudência, atribuindo *status* supralegal[14] aos direitos fundamentais previstos nos tratados internacionais. Esse novo entendimento é relevante para a consolidação do processo de integração ao Mercosul no âmbito laboral. A base dessa integração é a Declaração de Direitos de 1998, firmada pelos representantes dos países do Mercosul, que se reporta à Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT, de 1998. No grupo das convenções internacionais cuja ratificação foi considerada imprescindível para todos os membros do Mercosul, figuram as Convenções 151 e 154 da OIT.

A decisão do STF anteriormente mencionada praticamente coincidiu com a adesão do País à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José, Costa Rica, 1969), no ano de 1992. Posteriormente, o Brasil reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos,[15] e entrou em vigor, no plano internacional e interno, o Protocolo Adicional à Convenção (São Salvador, 1988), que trata dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A jurisprudência do STF incorporou alterações promovidas pela EC nº 19/1998, o que é ponto positivo em eventual exame de adequação de lei que atribua eficácia normativa aos acordos realizados pela administração com os representantes dos servidores públicos. A referida Lei nº 8.112/90 deu margem a outra ADI, referente à dimensão contratual, no plano individual, do regime jurídico único, extraída do mencionado artigo 13[16] da lei, que segue em vigor, disciplinando o regime de cargo público. O STF não vislumbrou incompatibilidade entre o dispositivo questionado e a Constituição, em razão da modificação do artigo 39 da CF, que estabelecia o regime jurídico único.[17] É importante destacar que, na ação, não se questionava o dispositivo legal só com relação ao artigo 39 da Constituição, mas também ao mencionado artigo 61, § 1º, II, que trata da iniciativa privativa do Presidente da República quanto a leis sobre o regime jurídico dos servidores e o aumento de retribuição. É verdade que tudo isso ocorreu antes da mencionada ADI 2.135, mas sinaliza a possibilidade de aceitação de medida legislativa que pretenda reforçar a dimensão contratual do regime jurídico dos ocupantes de cargos públicos, assim como a convivência entre estatuto e contrato.

Boa parte da doutrina se posiciona favoravelmente à defesa da negociação coletiva dos servidores públicos, observando-se as restrições existentes na Constituição sobre matéria remuneratória.[18]

---

[14] STF-RE 466.343, DJ 5/6/2009.

[15] Para os fatos posteriores a 10/12/1998. Decreto Legislativo nº 89, de 3/12/1998. D.O. 4/12/1998, p. 2. Dec. 4.463, de 8/11/2002, D.O. 11/11/2002, p. 1.

[16] "Art.13. A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei."

[17] ADI 814-5 – DF, DJ de 10/10/2002.

[18] A negociação coletiva encontra apoio na doutrina, entre outros, em Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto (2002, p. 288 et seq.); José Luciano de Castilho Pereira (2003, p. 56 et seq.); José Francisco Siqueira Neto (2002, p. 83 et seq.); Antônio Augusto Junho Anastasia (2002, p. 137 et seq.); Sayão Romita (1998, p. 22 et seq.). Antes da reforma, já consideravam possível, com restrições em alguns casos, entre outros, Guilherme José Purvin de Figueiredo (1996, p. 163 et seq.); Rogério Viola Coelho (1994); Antônio Álvares da Silva (1993, p. 81 et seq.).

A aceitação da negociação das condições de trabalho na administração pública é necessária e resultado "da concepção contemporânea de Estado e de sua forma de atuação", já não "distanciada da realidade, do servidor público ou do administrado". Hoje, as atuações relativas aos direitos dos servidores têm validade "no contraditório e na garantia do processo administrativo no que o interessado participe, com direito a uma ampla defesa" (ROCHA, 1999, p. 356).

No TST, após a ratificação da Convenção 151 da OIT, foi alterada a OJ nº 5 da SDC, em 14 de setembro de 2012, admitindo-se a negociação entre pessoas jurídicas de direito público e seus empregados nas cláusulas sociais.

Não há dúvida de que a inclusão da negociação coletiva dos servidores públicos no corpo da Constituição eliminaria, de uma vez por todas, as resistências a sua implementação.[19] Porém, apesar da conveniência da medida, a ratificação das Convenções 151 e 154 dá respaldo à regulamentação mediante lei para estabelecer as peculiaridades, as autoridades negociadoras e a força normativa dos instrumentos celebrados.

Em relação aos sindicatos legitimados para a negociação coletiva, convém estabelecer critérios de representatividade, da mesma forma que definir, do lado do poder público, os integrantes das mesas de negociação. O termo categoria, previsto no artigo 8º da Constituição, refere-se à categoria profissional e econômica, cuja conceituação é de difícil aplicação no âmbito do serviço público.

Um ponto que pode gerar dúvidas refere-se à possibilidade de regulamentação conjunta sobre organização sindical, negociação coletiva e greve dos servidores públicos, considerando-se a ausência de precisão acerca do conceito de "lei específica", prevista para a regulamentação da greve no serviço público. Não está claro se essa regulamentação deverá ser feita por lei que se restrinja a essa matéria ou se poderá incluir disposições sobre organização sindical e negociação coletiva.

Questão fundamental à efetividade dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos é a definição, nessa regulamentação, da competência da Justiça do Trabalho. Com a ampliação operada pela EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004, a chamada "Reforma do Judiciário", a nova redação do artigo 114, II e III, da Constituição passou a prever, respectivamente, a competência para as ações que envolvam o exercício da greve e para as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores. Além disso, incluiu-se,

---

[19] Tal como proposto na PEC nº 396/2005. No artigo 37, VII, da Constituição, a PEC inclui, ao lado da greve, a negociação coletiva dos servidores públicos, nos termos e limites de lei específica. Cf. PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. "Aspectos constitucionais da reforma sindical". *Revista LTr. Legislação do Trabalho.* 69-05/565/572.

no § 3º do mesmo dispositivo constitucional, o dissídio de greve, cujo ajuizamento cabe ao Ministério Público do Trabalho (MPT), quando houver lesão ou ameaça de lesão ao interesse público. Em razão desses dispositivos, seria possível defender a competência da Justiça do Trabalho para julgar os direitos de liberdade sindical dos servidores públicos.

A competência sobre os direitos de liberdade sindical dos servidores públicos poderia ter sido remetida à Justiça comum, mas não foi essa a opção do constituinte derivado. No inciso II do artigo 114, que trata das ações que envolvem o exercício do direito de greve, não se fez qualquer restrição à greve na iniciativa privada ou ao artigo 9º para excluir a greve no serviço público, prevista no artigo 37, VII. No inciso III do mesmo artigo, a referência às ações sobre representação sindical não exclui os sindicatos de servidores públicos. O dissídio de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão ao interesse público, é atribuição do MPT (art. 114, § 3º), sem menção similar a qualquer outro ramo do Ministério Público. Sindicato, negociação coletiva e greve são institutos tipicamente trabalhistas e sua disciplina não admite fragmentação e diversidade de tratamento, decorrente da atribuição de competência para legislar sobre eles a todas as unidades da Federação brasileira. O mesmo se diga em relação às divergências interpretativas, no caso de se reconhecer a competência da Justiça comum. Haveria, em várias localidades, o completo esvaziamento do movimento desses trabalhadores, em detrimento do direito fundamental de liberdade sindical.

A inclusão da competência da Justiça do Trabalho na regulamentação dos direitos de liberdade sindical dos servidores públicos eliminaria as dúvidas decorrentes de pronunciamentos do STF a respeito da competência da Justiça Comum para as controvérsias individuais dos servidores regidos pelo direito administrativo[20].

Na Itália, a partir da década de 90, ocorreu ampla privatização do serviço público, não só no âmbito coletivo (negociação coletiva), mas também no plano individual (contrato individual de trabalho), e a competência para o julgamento dessas questões foi deslocada da Justiça administrativa para a ordinária. Na época, essa profunda reforma gerou muita perplexidade e discussão. Porém, a Corte Constitucional as superou com base na separação entre a relação orgânica, exercício de poder, e a prestação de serviços pelo trabalhador em troca de remuneração e outros direitos (PEREIRA, R., 2004, 229 et seq.).

A abertura de espaços para o desenvolvimento dos conflitos é fundamental nas sociedades plurais. A partir dela, os indivíduos e os grupos podem expressar e perseguir os mais variados interesses, o que é indispensável ao desenvolvimento da personalidade humana. Não é razoável admitir a existência de conflitos, sem estabelecer os meios adequados de solução, que possibilitem a participação dos diretamente interessados. A consolidação da democracia em uma sociedade só é possível se ela é observada no serviço público.

Não existe modelo de organização da administração pública por natureza, nem técnica

[20] Com relação à possível inclusão do servidor público estatutário na nova competência da Justiça do Trabalho, considerando a alteração do critério que a define, do subjetivo (empregadores e trabalhadores) para o objetivo (relação de trabalho), no novo inciso I do artigo 114 da Constituição, o STF eliminou as dúvidas existentes, ao manter, liminarmente, o entendimento contido na ADI 492-1, excluindo o servidor público submetido ao regime de direito administrativo (ADI 3395, DJ 10/11/2006) da competência especializada. A decisão, contudo, refere-se expressamente ao inciso I, sem fazer menção aos incisos II e III e ao § 3º do artigo 114 da Constituição, que tratam da organização sindical e da greve, de maneira que não está definida a competência nesse aspecto, embora haja decisões judiciais sinalizando a competência da Justiça comum, a nosso ver equivocada.

exclusiva de gestão. As opções são variadas. As reformas administrativas, em geral, buscam maior eficiência, com a substituição do modelo verticalizado, hierarquizado e burocrático pelo horizontal e de rede, em que há intensa participação dos servidores nas deliberações relevantes. Essas transformações ocorrem em todo o mundo e o direito coletivo possui papel de destaque para o seu êxito.

A concretização desses direitos, apesar do pouco avanço nesses vinte e cinco anos da Constituição de 1988, começa a tornar-se realidade. Trata-se, como visto, de imposição constitucional, e a omissão na regulamentação acarreta prejuízos a toda a sociedade brasileira. Para que o processo avance, é, contudo, essencial a renovação dos conceitos, com base na Constituição, e não em formulações que já não superam o teste democrático. Os direitos de liberdade sindical dos servidores públicos representam um campo vasto e aberto, que necessita, mais do que nunca, de estudos, reflexões e medidas por parte da doutrina, dos atores sociais e dos agentes públicos.

Referências

ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Reforma do Estado e negociação coletiva. In: GERNIGON, Bernard et al. *A negociação coletiva na administração brasileira*. Brasília: OIT, 2002.

BARROS, Cássio Mesquita. A greve no serviço público. In: SILVA, Jane Granzoto Torres da. *Constitucionalismo social*: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. São Paulo: LTr, 2003.

BATTINI, Stefano. *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni.* Padova: CEDAM, 2000.

BODIGUEL, Jean-Luc; GARBAR, Christian-Albert; SUPIOT, Alain. *Servir l'intérêt général*: droit du travail et fonction publique. Paris: Universitaires de France, 2000.

BRAMANTE, Ivani Contini. Direito constitucional de greve dos servidores públicos: eficácia limitada ou plena?: emenda constitucional. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 9, n. 17, p. 141-144, mar. 1999.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. *El empleo público*: entre estatuto funcionarial y contrato laboral. Madrid: Marcial Pons, 2001.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. São Paulo: LTr, 2002.

COELHO, Rogério Viola. *A relação de trabalho com o Estado*: uma abordagem crítica da doutrina administrativa da relação de função pública. São Paulo: LTr, 1994.

FAVOREAU, Louis. *Legalidad y constitucionalidad*: la constitucionalización del derecho. Tradução de Magdalena Correa Henao. Bogotá: IEC Carlos Restrepo Piedrahita, 2000.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *O Estado no direito do trabalho*: as pessoas jurídicas de direito público no direito individual, coletivo e processual do trabalho. São Paulo: LTr, 1996.

GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. Principios de la OIT sobre el derecho de huelga. *Revista Internacional del Trabajo*, Genebra, v. 117, n. 4, 1998.

_____. A negociação coletiva: normas da OIT e princípios dos órgãos de controle. In: GERNIGON, Bernard et al. *A negociação coletiva na administração brasileira*. Brasília: OIT, 2002.

GUASTINI, Ricardo. *La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico*: el caso italiano. México: Instituto de Investigaciones jurídicas, 2001.

HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Tradução de Jürgen Saligmann e César Landa. Granada: Comares, 2003.

_____. *Pluralismo y constitución*: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Tradução de Emilio Mikinda. Madrid: Tecnos, 2002.

HERRARTE, Iñaki Lasagabaster. *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas, 1994.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A greve do servidor público civil e os direitos humanos. *LTr: Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 65, n. 12, dez. 2011.

MARTÍNEZ MARÍN, Alfredo. El funcionario y la negociación colectiva: redefinición dogmática de la naturaleza jurídica de la relación funcionarial. In: PALLARÉS MORENO, Manuel; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio. *El estatuto de la función pública*: ¿la reforma adecuada? actas del II congreso sobre la función pública. Sevilla: Fundación Genesián, 1999.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *La libertad sindical*: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 5. ed. Genebra: OIT, 2006.

_____. *Su voz en el trabajo*: informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo: informe del Director General. Genebra: OIT, 2000.

PEÑA FREIRE, Antonio M. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

PÉREZ-ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 11. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

POTOBSKY, Geraldo W.; DE LA CRUZ, Héctor G. Bartolomei. *La organización internacional del trabajo*: el sistema normativo internacional, los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales. Buenos Aires: Astrea, 1990.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Madrid: Trotta, 2003.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *La negociación colectiva en la función pública*: una aproximación constitucional. Madrid: Consejo Económico y Social, 2004.

PEREIRA, José Luciano de. A Constituição de 1988: o sindicato: algumas questões ainda polêmicas. In: SILVA, Jane Granzoto Torres da. *Constitucionalismo social*: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. São Paulo: LTr, 2003.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROMITA, Arion Sayão. O sindicalismo no serviço público. In: SILVA NETO, Manoel e. *Constituição e trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Antônio Álvares da. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Relações de trabalho e possibilidades de negociação coletiva na administração pública brasileira. In: GERNIGON, Bernard et al. *A negociação coletiva na administração brasileira*. Brasília: OIT, 2002.

TREU, Tiziano. *Employees' collective rights in the public sector*: general and national reports. Boston: Kluwer Law International, 1997.

Crise dos precatórios

25 anos de grave violação a direitos humanos e teste de estresse para as instituições do Estado Republicano e Democrático de Direito

VINCENZO DEMETRIO FLORENZANO

Sumário

Introdução. 1. O problema dos precatórios. 2. Precatórios como forma de violação a direitos humanos. 3. República e republicanismo. 4. Os pactos republicanos de Estado no Brasil. 5. O "teste de estresse". 6. Construindo uma solução republicana. Considerações finais.

Introdução

No âmbito dos sistemas financeiros, os órgãos públicos de regulação e fiscalização dos agentes que atuam nos mercados desenvolveram um instrumento analítico denominado "teste de estresse", que tem por finalidade avaliar e detectar eventuais fragilidades e possíveis vulnerabilidades do setor financeiro[1]. Ao apontar fragilidades, insuficiências e vulnerabilidades, o teste permite avaliar a solidez e a confiabilidade dos sistemas financeiros e das instituições que atuam no setor. A ideia do "teste de estresse" consiste, pois, em submeter as instituições financeiras a "choques" (situações de crises hipotéticas) para analisar os possíveis (prováveis) efeitos, reações, desdobramentos na estrutura e no funcionamento

Vincenzo Demetrio Florenzano é bacharel em Economia pela Universidade de São Paulo (USP) e em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor em Direito Econômico pela UFMG. Especialização "Comparative Financial Market Regulation and Development" pela George Washington University nos Estados Unidos. Procurador do Banco Central do Brasil. Professor da Faculdade Mineira de Direito – PUCMINAS.

[1] Segundo Santos (2008): "Testes de estresse avaliam como eventos excepcionais ou mudanças em variáveis econômicas afetam as carteiras das instituições financeiras." Tabak (2012) explica que: "Os testes de estresse são uma ferramenta amplamente utilizada para a gestão de risco das instituições financeiras. Os bancos centrais e os bancos individuais realizam esses testes para determinar as potenciais fontes de risco que podem encontrar em cenários de mudança severa nas condições macroeconômicas e avaliar a sua capacidade de resistência a tais eventos. Ao testarem a si mesmos ou ao sistema financeiro como um todo, além da capacidade operacional normal, as vulnerabilidades podem ser quantificadas e a estabilidade do sistema ou da entidade em questão pode ser estudada e obtida com mais facilidade."

dessas instituições financeiras. O objetivo é tentar avaliar (compreender, antecipar) como uma nova situação de instabilidade (por exemplo, uma crise econômica na China) poderia afetar o sistema financeiro nacional.

Empregando analogicamente essa ideia, sugere-se aqui que, neste exato momento histórico em que celebramos 25 anos da Constituição Federal de 1988, a recente decisão tomada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento em conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nos 4.357 e 4.425, declarando a inconstitucionalidade do parcelamento dos precatórios, poderá submeter as principais instituições do Estado Republicano e Democrático de Direito brasileiro a um verdadeiro "teste de estresse".

Alega-se que o problema dos precatórios atinge a todos os cidadãos e a todas as instituições do País, sendo o mais grave da história constitucional da República. A diferença, neste momento histórico, é que o problema, que antes era crônico e remontava aos tempos da proclamação da República, agora se tornou agudo em função do julgamento do Supremo Tribunal Federal que, ao declarar inconstitucional o parcelamento do pagamento dos precatórios, poderá (hipoteticamente) suscitar uma crise institucional (verdadeiro "teste de estresse").

Diante do impasse precipitado por essa decisão do STF, as nossas autoridades, os nossos partidos políticos e os nossos representantes podem decidir por prosseguir no caminho, talvez mais fácil ou tentador, dos subterfúgios, do descumprimento da Constituição, do descumprimento das decisões judiciais, da violação de direitos humanos fundamentais – o que será um duro golpe para as instituições republicanas do País, significando que falhamos no "teste de estresse" –, ou podem buscar um novo caminho, talvez mais difícil, que passa pelo esforço de construir uma solução que viabilize o pagamento imediato dos precatórios vencidos e pendentes de pagamento, realinhando o País ao ideal do republicanismo, o que significará sermos aprovados no "teste de estresse". Não há possibilidade de empate ou meio termo. Ao final, seremos aprovados ou reprovados. Os atores principais que terão de contracenar da melhor forma possível para obtermos aprovação nesse "teste de estresse" são, indubitavelmente, os partidos políticos, os parlamentares, os chefes do Poder Executivo (nas esferas federal, estadual e municipal) e os magistrados do Poder Judiciário.

Sustentamos que a busca ou a construção de uma solução para esse que é o maior problema constitucional da República passa pela celebração de um novo pacto, que denominamos de III Pacto Republicano, em referência aos Pactos Republicanos I e II, celebrados em 2004 e 2009, respectivamente. Tal pacto é imprescindível para viabilizar a complexa engenharia financeira necessária ao equacionamento do problema. No desenvolvimento desta reflexão, tratamos de descortinar possíveis

conexões entre a situação dos precatórios no Brasil, o movimento internacional de defesa dos direitos humanos fundamentais e o paradigma republicano clássico.

Contextualizando a discussão, partimos de uma breve descrição da situação no Brasil, visando justamente a explicitar o problema e a evidenciar a grave ameaça de crise institucional representada pelos precatórios. Passamos a uma exposição simplificada sobre o movimento internacional de defesa dos direitos humanos fundamentais e sua moderna concepção, evidenciando sua ligação com a situação dos precatórios no Brasil. Em seguida, apresentamos uma síntese da ideia de República e do paradigma do republicanismo clássico. Após, analisando a decisão do STF proferida no julgamento em conjunto da ADI nº 4.357 e da ADI nº 4.425, declarando a inconstitucionalidade do parcelamento dos precatórios, tratamos de configurar o "teste de estresse" a que estarão submetidas as principais instituições republicanas do País. Apresentamos, então, uma solução que consideramos a ideal para resolver definitivamente o problema dos precatórios, finalizando o artigo com a exposição das considerações finais.

1. O problema dos precatórios

O precatório, como se sabe, refere-se à execução de sentença em que a Fazenda Pública tenha sido condenada a pagamento de quantia certa. Atualmente, a disciplina jurídica do precatório está prevista no art. 100 da Constituição de 1988 (CF) e nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil (CPC). Por força desses dispositivos, as sentenças contra a Fazenda Pública, que contenham condenação a pagamento de quantia certa, sujeitam-se a esse procedimento executivo denominado precatório. Excetuam-se desse procedimento apenas as execuções referentes a "dívidas de pequeno valor" (CF, art. 100, § 3º). A alegada razão de ser desse procedimento especial de execução é a inalienabilidade e, consequentemente, impenhorabilidade do patrimônio público (art. 649 do CPC).

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, proferidas no julgamento em conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4.357 e 4.425, a questão dos precatórios é a matéria mais sensível da Carta de 1988, ao ponto de afirmar que chegamos a um verdadeiro impasse, uma batalha entre os fatos e o direito, matéria complexa e de repercussão social impar. Mais do que isso, consideramos que se trata do problema mais grave e complexo da história constitucional da República no Brasil. De fato, chegamos a um impasse em que ou superamos a crise dos precatórios dentro dos parâmetros de um Estado Republicano e Democrático de Direito ou cairemos profundamente afastados do que se pode, minimamente, reputar um Estado de Direito.

Começamos por recordar que não é de hoje que os precatórios colocam à prova as principais instituições do País. Castro Nunes (1960 apud CUNHA, 1999, p. 53), a propósito da constitucionalização do instituto do precatório na Carta de 1934, relata que:

> "Suas origens estão no ante-Projeto do Itamarati, de onde passou à Constituição de 1934, visando, com base em antecedentes conhecidos, coibir a advocacia administrativa que se desenvolvia no antigo Congresso para a obtenção de créditos destinados ao cumprimento das sentenças judiciárias. Não raro, deputados levaram seu desembaraço ao ponto de obstruírem o crédito solicitado, entrando no exame das sentenças, prática viciosa de que dá notícia o sr. Carlos Maximiliano no seguinte comentário: 'Este (o Congresso), provocado por proposta de um dos seus membros ou por mensagem do Executivo a votar verba para o cumprimento de sentença, examinava os fundamentos desta e, se não lhe agradavam, negava o crédito solicitado.' Assim se sobrepunha um julgamento político ao Judiciário; era um poder exautorado no exercício pleno de suas funções."

A dificuldade dos credores de receber os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária foi um dos motivos que levou à constitucionalização do precatório (VAZ, 2005, p. 80). Assim foi que o constituinte fez constar pela primeira vez no art. 182 da Constituição de 1934 a disciplina dos precatórios, estabelecendo a observância obrigatória da ordem de apresentação dos precatórios, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legais, prática useira antes da Constituição de 1934. A partir da Constituição de 1934, a disciplina dos precatórios sempre esteve presente no texto constitucional, constando do art. 95 da Constituição de 1937; do art. 204 da Carta de 1946; do art. 112 da Carta de 1967, passando para o art. 117, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que apenas deslocou a matéria do art. 112 para o art. 117, sem alteração substancial na redação do dispositivo.

Se a essência desse procedimento de execução contra a Fazenda Pública foi mantida ao longo do tempo, o descumprimento das decisões judiciais e da prescrição constitucional também foi uma constante como se depreende do seguinte comentário de Ferreira Filho (1986, p. 464) à Constituição de 1967:

> "A previsão constitucional, todavia, vem sendo fraudada, eis que frequentemente se 'congelam' as dotações orçamentárias para pagamento de condenações, seja parcial, seja integralmente. Tal fraude, porém, deve ensejar a devida sanção, pois ela importa, inequivocamente, numa violação da Constituição."

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, reavivou-se a esperança de que o problema pudesse finalmente encontrar uma solução

definitiva, de que os precatórios vencidos, vale dizer, pendentes de pagamento pela Fazenda Pública, seriam efetivamente quitados, de que o País pudesse seguir pela trilha dos Estados que podem ser considerados republicanos e democráticos de Direito. Tal, contudo, não ocorreu. Ao contrário do que era esperado e socialmente desejado, o problema agravou-se após a edição da Constituição de 1988, como se vê da explanação do Ministro Marco Aurélio na Intervenção Federal nº 2.915-5-SP, *verbis*:

> "Os requerentes pronunciaram-se salientando que o precatório objeto do pedido de intervenção, de n. 991/98 na ordem cronológica, não tem perspectiva de ser pago, de acordo com as informações do Procurador--Geral do Estado de São Paulo. Destacam que, nos últimos sete anos, não houve a quitação integral de nenhum precatório de natureza alimentar e que nada foi pago em relação aos precatórios dos anos de 1998, 1999, 2000, e 2001. (...)
>
> Vê-se que a situação piorou a cada dia, perdendo os jurisdicionados a esperança na liquidação dos débitos da Fazenda e nutrindo sentimento contrário ao primado do Judiciário, à necessidade de respeito irrestrito às decisões imutáveis, não mais sujeitas a recurso. (...)
>
> Imaginava-se, à época da promulgação da Carta de 1988, que haveria por parte dos Executivos um cuidado maior na assunção de dívidas, especialmente aquelas decorrentes de desapropriações. Ledo engano. Conforme consta das informações prestadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, os precatórios posteriores a 1988 continuaram alcançando, ano a ano, a casa do milhar, oscilando ente cinco e dez mil, isso apenas no Estado de São Paulo."

O descumprimento do disposto no texto original da Carta de 1988 acabou forçando a edição de sucessivas Emendas que, por sua vez, também acabaram descumpridas. Foram nada menos do que quatro Emendas alterando a disciplina dos precatórios. Inicialmente, o dispositivo original foi alterado pela EC nº 20, de 1998; posteriormente, veio a EC nº 30, de 2000; depois, a EC nº 37, de 2002; e, finalmente, a EC nº 62, de 2009, que o Supremo Tribunal Federal acaba de declarar inconstitucional quanto ao parcelamento do pagamento dos precatórios.

Recorde-se que, originariamente, o art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) havia estabelecido uma moratória, concedendo o prazo máximo de oito anos para a quitação dos precatórios pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, a partir de 1º de julho de 1989. A inobservância desse prazo acabou forçando a edição da EC nº 30, de 2000, que acrescentou o art. 78 ao ADCT prevendo nova moratória, no prazo máximo de dez anos. Descumprido também esse prazo, editou-se nova emenda, a EC nº 62, de 2009, que acrescentou o art. 97 ao ADCT, prevendo mais uma moratória, a terceira consecutiva, desta

vez pelo prazo de 15 anos. Tal parcelamento (moratória) foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento em conjunto as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4.357 e 4.425.

Como se vê, os nossos governantes, sobretudo Prefeitos e Governadores, descobriram nos precatórios uma forma espúria, verdadeiramente, perversa e ilícita de financiar gastos públicos. De fato, o não pagamento dos precatórios acaba transformando o valor devido numa espécie de "empréstimo forçado". O não pagamento dos precatórios no prazo legal, vale dizer, no interregno de dezoito meses, contados da apresentação (até 1º de julho), fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte (art. 100, § 5º, da CF), benefício que não é concedido a nenhum outro devedor, transforma o valor da dívida em empréstimo cujo titular do precatório é, ilicitamente, forçado a conceder ao Estado. O titular do precatório, por força de sentença judicial transitada em julgado, tem o direito de receber do Estado, no prazo máximo de dezoito meses, fixado pelo art. 100, § 5º, da CF a importância fixada na sentença transitada em julgado (coisa julgada). Ocorre que, em vez de pagar o valor fixado na coisa julgada, o Estado força, ilicitamente, o titular do direito reconhecido pela sentença a emprestar a ele (Estado) o valor que deveria ser pago. Assim, o valor devido é transformado em "empréstimo forçado" que o Estado, ilicitamente, impõe ao titular do direito estampado no precatório. Com isso, o Estado consegue financiar novos gastos públicos, já que o dinheiro a ser empregado no pagamento do precatório é utilizado para pagamento de outras despesas.

Uma análise superficial da origem das dívidas referentes a precatórios não pagos já é suficiente para evidenciar o caráter danoso desse mecanismo de financiamento de gasto público. Em sua maioria, essas dívidas tiveram origem na desapropriação de imóveis privados, no descumprimento de leis trabalhistas e previdenciárias, no não pagamento de obras e serviços prestados por empresas privadas à Administração Pública, na arrecadação de tributos instituídos de forma irregular (em violação à Constituição ou à lei aplicável) e em várias indenizações impostas pelo Poder Judiciário à Administração Pública em função de danos causados aos particulares pela atuação ilícita de agentes públicos.

Tal perversidade assumiu requintes de extrema crueldade nos casos de desapropriação de imóveis que serviam de morada para as famílias dos credores (bem de família). Não foram poucos os casos de famílias que foram despejadas, forçadas a "emprestar" ao Estado o valor compensatório a que tinham direito para adquirir nova morada, indo parar, literalmente, na rua por não receberem a tempo a devida compensação financeira. O legislador, sensibilizado com esse tipo de tragédia, fez constar, no § 3º, do art. 78, acrescentado ao ADCT, que o prazo referido no *caput* desse artigo (dez anos) ficaria reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse (incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000). Com a devida vênia, foi muito tímido o legislador nesse ponto, desperdiçando a chance de efetivamente proteger o direito à moradia. A insuficiência da regulação salta aos olhos com uma simples indagação: onde a família despejada vai morar durante esses dois anos que terá de esperar, se é que vai mesmo receber o valor devido nesse prazo? Para assegurar proteção mais efetiva ao direito fundamental à moradia, era preciso conferir a esses proprietários o mesmo tratamento dispensado às dívidas de pequeno valor (CF, art. 100, § 3º), isto é, pagamento imediato, afastando-se o

procedimento do precatório. Sem essa proteção, as famílias despejadas ficarão desamparadas. Como bem pontua Milagres (2011, p. 209), dizer que o direito à moradia é expressão ou bem que se insere no catálogo aberto da dignidade da pessoa humana é pouco: o direito à moradia deve ser compreendido como categoria autônoma de direito de personalidade, com contornos precisos, eficácia não relativa, exaltando a essencialidade do bem inerente à personalidade humana.

Não bastasse o problema – que por si só já é grave, desestabilizador e ameaçador o bastante para preocupar a todos nós[2] –, há o fato agravante de que não se sabe ao certo o montante total atualizado dessa dívida. Cumpre, ainda, registrar que o medo (verdadeiro pânico), que se disseminou pela sociedade brasileira em relação aos precatórios, tem outros efeitos danosos. Certamente, as empresas que transacionam com o Estado, participando das licitações, não querem nem ouvir falar em precatório. Isso, muitas vezes, leva o empresário a embutir no preço do produto ou serviço o risco do descumprimento das regras estabelecidas e, quando isso ocorre, a recorrer ao pagamento de propina para receber o que lhe é devido, em vez de recorrer ao Poder Judiciário. Em outras palavras, para fugir dos precatórios, as empresas acabam incorrendo em práticas ilícitas ou indesejáveis, sujeitando-se, muitas vezes, a pagar propina para receber o que lhes é devido. Portanto, além de todos os males que a dívida acumulada dos precatórios acarreta, há mais este que é o incentivo e a disseminação da corrupção entre servidores públicos, agentes políticos e empresários.

Em termos de ambiente de negócios e estrutura de incentivos, as piores coisas que se podem colocar para os agentes econômicos são o descumprimento das regras, as quebras de contrato e a incerteza normativa (jurídica). Afinal, se o próprio Estado não cumpre as decisões judiciais, ninguém se sentirá seguro contratando. Isso explica, em parte, por que o Estado precisa pagar preços mais elevados para adquirir os produtos e os serviços de que necessita. As empresas, quando transacionam com o Estado, embutem no preço o risco do descumprimento das regras. Explica também, pelo menos em parte, por que temos taxas de juros tão elevadas. Se o Estado, que é o maior tomador de crédito no mercado financeiro nacional, precisa pagar altas taxas de juros (porque os agentes temem o descumprimento das regras e temem ainda mais os precatórios), os demais tomadores (consumidores, por exemplo), para concorrer aos

---

[2] Seria um terrível engano acreditar que o problema é apenas daqueles que estão na fila aguardando o pagamento do precatório. Basta pensar que, a qualquer momento, qualquer um de nós pode ter um imóvel desapropriado ou ser vítima de uma atuação ilícita do Estado – uma cobrança de tributo abusiva, por exemplo – e passar a ser o último da fila interminável dos precatórios. Os precatórios são, pois, uma terrível e concreta ameaça para todos.

créditos disponíveis, acabam precisando pagar também altas taxas de juros.

A toda evidência, pois, esse mecanismo de obtenção de "empréstimo forçado" é, além de vergonhoso, ilícito sob todos os aspectos, como bem compreendeu a maioria dos Ministros do STF, por múltiplos fundamentos. Entre outras, os Ministros destacaram as seguintes violações: ao art. 100, § 1º, da CF, à autoridade da coisa julgada, ao princípio da segurança jurídica, ao princípio do acesso à Justiça, à duração razoável do processo, ao princípio da separação dos poderes – ferindo de morte também os fundamentos do Estado de Direito.

2. Precatórios como forma de violação a direitos humanos

Em pleno século XXI, podemos afirmar que não são muitos os países que verdadeiramente se podem reputar Estados de Direito – e isso na acepção mais simples do termo, que se refere apenas ao respeito aos direitos humanos mais básicos, chamados de primeira geração, como a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a liberdade de religião, o direito de ir e vir, o direito de defesa, julgamento por um Judiciário independente e imparcial, garantia do direito de propriedade. Em quantos países o cidadão pode manifestar publicamente suas opiniões e críticas à ação ou à atuação dos governos, sem sofrer nenhum tipo de retaliação ou punição? Em quantos países o cidadão tem efetivamente assegurado o direito de defesa perante um tribunal de fato independente e imparcial? Em quantos países a imprensa é verdadeiramente livre? Em quantos países o cidadão tem efetivamente proteção aos direitos de propriedade? Em quantos países o cidadão pode efetivamente manifestar de modo livre a sua fé religiosa sem nenhum tipo de constrangimento? Sem receio de cometer grandes injustiças, podemos afirmar que, em pleno século XXI, ainda são poucos os países em que esses direitos fundamentais da pessoa humana são efetivos. Não sem razão, pois, o célebre jurista Norberto Bobbio (2004) afirmou que o problema atual já não é mais o do reconhecimento e afirmação dos direitos humanos, mas sim o da efetivação desses direitos.

No nosso caso, o descumprimento da Constituição e das decisões judiciais no tocante aos precatórios é, inegavelmente, uma grave violação de direitos humanos fundamentais já que o precatório é um direito de crédito e como tal é um bem que integra o patrimônio de seu titular, sendo, portanto, direito de propriedade, assegurado e protegido pelo art. 5º, *caput* e inciso XXII, da Constituição Federal de 1988 e por todo o arcabouço de proteção aos direitos humanos. Tal afirmativa encontra respaldo na doutrina de Pontes de Miranda (1971, p. 398) quando afirma que direito de propriedade, sob o prisma da proteção constitucional, é qualquer direito patrimonial, não importando se:

> "... há direito real sôbre bem corpóreo (propriedade, usufruto, uso, habitação, hipoteca, penhor, anticrese) ou sôbre bem incorpóreo (propriedade intelectual, seja artística, literária, ou científica, ou industrial, ou direito real limitado sôbre bem incorpóreo), ou se não há, na espécie, direito real (e.g., se se trata de crédito ou de pretensão, ou de ação, ou de exceção, somente pessoal)."

O não pagamento dos precatórios, implica violação frontal ao art. XVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, segundo o qual toda pessoa "tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros, e ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade".

Desde o início do constitucionalismo moderno, no final do século XVIII, ao direito de propriedade foi reconhecido o *status* de direito fundamental da pessoa humana. Segundo Comparato (2000),

> "[a] propriedade privada foi concebida, desde a fundação do constitucionalismo moderno, como um direito humano, cuja função consiste em garantir a subsistência e a liberdade individual contra as intrusões do Poder Público. Sob esse aspecto, reconheceu-se que ao lado do direito de propriedade havia também um direito à propriedade".

Tal reconhecimento é fruto do consenso de que, se não houver respeito ao direito de propriedade, também não poderá haver respeito à liberdade, à cidadania e tampouco haverá respeito à dignidade da pessoa humana. Sem um mínimo de propriedade, não há liberdade, não há cidadania, muito menos dignidade. O não pagamento dos precatórios implica, pois, violação de direitos humanos fundamentais, direitos imprescindíveis ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Nesse sentido, já em 2005, representantes de organismos internacionais denunciavam várias formas de violação a direitos humanos no Brasil. Conforme amplamente noticiado à época pelos principais meios de comunicação do País, a Anistia Internacional entregou ao Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) um relatório apontando que o Brasil "falhou grandemente" na defesa dos direitos humanos. Com base nesse relatório, a política de direitos humanos do então governo brasileiro sofreu duras críticas do Comitê da ONU durante a sabatina realizada em Genebra no período de 25 a 27 do outubro de 2005. A sabatina perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU é parte do procedimento realizado com todos os países que ratificaram o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, visando monitorar se os países estão cumprindo suas promessas.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que foram adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16/12/1966 e ratificados pelo Brasil em 24/1/1992, impõem aos Estados-partes a obrigação imediata de respeitar e assegurar os direitos humanos fundamentais. Esses dois Pactos, assim como as demais Convenções Internacionais de Direitos Humanos, possuem comitês que exercem um monitoramento dos Estados-partes. Embora não tenham poder de sanção propriamente dito, no sentido estritamente jurídico do termo, os comitês podem ensejar o chamado *power of embarrassment*, que representa um constrangimento político e moral para o Estado violador. No cumprimento de suas atribuições institucionais, os comitês examinam denúncias individuais de violação a direitos humanos, sendo que, além das feita pela própria vítima da violação dos direitos humanos, são aceitas denúncias feitas por terceiros, o que vem conferindo papel muito ativo às chamadas organizações não governamentais (ONGs) no monitoramento dos direitos humanos em todo o mundo. Tal mecanismo é parte do que se denomina *internacional accountability* (FLORENZANO, 2007, p. 160).

No caso do Brasil, os peritos que na época integraram o Comitê (BERLINCK, 2005) teriam ficado frustrados com as explicações do então secretário especial de Direitos Humanos, Mário Mamede, e de sua equipe de 17 pessoas, que culparam os Estados-membros pelas falhas. A crítica mais dura teria partido da perita americana Ruth Wedgewood, segundo a qual: "o governo parece impotente diante da situação de direitos humanos nos estados". Passados quase oito anos, constata-se que continuamos impotentes diante da situação dos precatórios que, como vimos, é muito grave e piora a cada dia. De fato, recentemente, foi noticiado (CONSULTOR JURÍDICO, 2013) que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos

Estados Americanos (OEA) admitiu a análise de pelo menos três casos sobre a demora no pagamento de precatórios no Brasil. As denúncias de que a demora acarretaria violação aos direitos humanos poderá resultar em recomendação ao País para que haja alteração legislativa que force os governos ao pagamento das condenações judiciais. A Comissão Interamericana, ao admitir a análise das denúncias, tem concluído que "a legislação brasileira não contempla recursos judiciais efetivos e adequados para assegurar o pagamento dos precatórios devidos pelos estados" e que "já se esgotaram todos os recursos de jurisdição interna" (VALOR ECONÔMICO, 2013).

Não há dúvida de que os governantes no Brasil que deixam de pagar precatórios violam direitos humanos fundamentais. Contrariam, entre outros, os artigos VIII e XVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

No tocante ao artigo VIII, a simples leitura do texto já é suficiente para evidenciar a ofensa apontada: "Artigo VIII – Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei".

No caso do Brasil, os titulares dos precatórios não recebem dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para fazer valer seus direitos fundamentais. Nesse sentido, são ilustrativas as palavras de Theodoro Júnior (2005, p. 66), segundo o qual:

> "Há nos meios forenses e no seio da sociedade um descrédito e um desânimo em torno da tutela jurisdicional dispensada aos credores da Fazenda Pública. A sensação geral é de que a Justiça não tem força para compelir a Administração Pública a cumprir suas obrigações pecuniárias, e de que os governantes, cientes disso, adotam postura de completa imoralidade. Simplesmente ignoram as sentenças condenatórias e não se sentem ameaçados pela expedição dos precatórios, que se vão acumulando ano a ano, para desespero dos credores. Muitas vezes, nem mesmo são incluídos no orçamento público, e, quando o são, as verbas nunca se liberam."

Como explica o autor, as sanções constitucionalmente previstas para o não pagamento dos precatórios são duas: a intervenção (CF, arts. 34, V, e 35, IV) e o sequestro de receitas da entidade devedora, quando se quebra o direito de preferência entre os credores (CF, art. 100, § 6º). Ambos são impotentes, na maioria dos casos, para demover a Fazenda Pública de sua postura de devedor recalcitrante na inadimplência. O sequestro, porque de pouca aplicabilidade, visto que só ocorre quando há pagamento fora da ordem cronológica de apresentação dos precatórios (excluem-se, pois, os casos mais graves de crônica e geral inadimplência). E a intervenção,

que também se tem revelado impotente, porque o próprio STF tem aceitado o argumento da falta de recursos orçamentários como justificativa para o não pagamento dos precatórios, como se viu no julgamento da Intervenção Federal nº 2.915-5-SP.

3. República e republicanismo

Tratamos aqui de apontar possíveis conexões entre o paradigma republicano e a situação dos precatórios no Brasil. Nesse sentido, passamos a explicitar, inicialmente, o que se entende por "república" e o que se entende por "paradigma republicano" para, em conclusão, sustentarmos a necessidade de um III Pacto Republicano.

"República" refere-se ao conjunto de princípios de um sistema político que tem no *rule of law* ("governo das leis") e na "soberania popular" seus princípios fundamentais, pautando-se na ideia de que o homem só é livre quando vive sob o governo de leis justas. Sua essência consiste em quatro pontos fundamentais: 1) divisão de poderes, cada um formando contrapeso aos outros e tendo como resultado o bem comum; 2) apreço pelas leis (valorização das leis); 3) observância ou cumprimento das leis (efetividade das leis); 4) igualdade perante a lei, é dizer, a lei deve ser igualmente válida para todos (ninguém pode estar acima das leis). Portanto, a separação dos poderes e a observância das leis são princípios fundamentais do paradigma republicano. De acordo com o republicanismo, as leis são necessárias para libertar as pessoas da dependência ou da dominação. Assim, para libertar ou emancipar as mulheres, são necessárias leis que assegurem a igualdade de tratamento e limitem o poder arbitrário dos homens; para proteger os trabalhadores dependentes, são necessárias leis que limitem o poder arbitrário dos empregadores, assegurando a integridade e a dignidade dos trabalhadores; e assim por diante (FLORENZANO, 2011). Por isso, o governo das leis é uma condição necessária, embora não suficiente. É preciso ainda que as leis sejam justas. A lei é justa quando promove o bem comum. As leis não devem promover interesses privados, mas sim o bem comum. Na perspectiva do republicanismo, o bem comum não é o bem de cada um e também não é um bem que transcende interesses privados. É o bem de cidadãos que desejam viver livres e independentes e, que como tal, opõe-se ao bem daqueles que querem exercer dominação. A liberdade, pois, não é poder fazer tudo o que se deseja, mas é não estar cerceado ou, de qualquer forma, ameaçado pela vontade arbitrária de outro (mais forte). É poder dispor da sua pessoa e dos seus bens de acordo com o governo de leis justas. O governo da lei, ao obrigar a todos da mesma forma, protege cada e todo cidadão da vontade arbitrária do outro.

No tocante ao ideal de liberdade, o importante para o liberalismo é a ausência de interferência (como condição externa, numa perspectiva objetiva) sobre as possibilidades de escolha dos indivíduos. Já para o republicanismo o importante é a ausência de dominação ou dependência em relação a outrem. O governo das leis torna os indivíduos livres, não porque a lei expressa a vontade de todos (na perspectiva democrática do governo de todos) ou porque consentimos com a lei através do sistema de representação, mas porque a lei é um comando universal e abstrato e, como tal, protege os indivíduos da vontade arbitrária dos outros. A validade do sistema institucional republicano é, pois, medida pela eficácia em prevenir o uso arbitrário do poder. Para o republicanismo clássico, o ideal de liberdade consiste no governo da lei que promove o bem comum e permite ao indivíduo não ficar submetido ao arbítrio e/ou à dominação de outro.

Para ilustrar o significado de "república", como forma de governo, e de "republicanismo", como ideal a ser alcançado, selecionamos algumas citações históricas. Começamos com Thomas Paine, em *Os direitos do homem* (1791), quando diz: "O que é chamado de uma república, não é qualquer forma particular de governo" (PAINE, 1791 apud FLORENZANO, 2005, p. 53), pois, "A palavra república significa o bem público, ou o bem do todo, em contraposição ao despotismo o qual faz do bem do soberano, ou de um homem o único objeto do governo". E diz mais: "Um governo que é formado apenas para governar, não é um governo republicano" (FLORENZANO, 2005, p. 50). Voltaire, em suas célebres *Cartas filosóficas* (a de número 8, de 1733), afirma:

> "A nação inglesa é a única do mundo que conseguiu regulamentar o poder dos reis e a ele resistir... estabelecendo enfim esse governo sábio em que o príncipe, todo-poderoso para fazer o bem, tem as mãos atadas para fazer o mal, em que os senhores são grandes sem insolência e sem vassalos, e em que o povo partilha do governo sem confusão" (VOLTAIRE, 1733 apud FLORENZANO, 2005, p. 50).

Novamente Voltaire, em 1766, declara:

> "Nunca existiram governos perfeitos, pois os homens têm paixões; e se não as tivessem, não haveria necessidade de governo. O mais suportável de todos é, sem nenhuma dúvida, o governo republicano, porque é o que mais aproxima os homens da igualdade natural" (VOLTAIRE, 1766 apud FLORENZANO, 2005, p. 50).

No século XVIII, Thomas Jefferson, um dos artífices da república nos Estados Unidos, falava aos americanos da importância de cumprir as leis. Dizia ele que: "a aplicação das leis é mais importante que sua elaboração".

No Brasil, em pleno século XXI, parece que ainda não estamos plenamente conscientes da importância de fazer cumprir as leis. Sobretudo, não compreendemos, ou não nos convencemos dos benefícios que poderiam advir do simples cumprimento das leis. "As nossas consciências sempre nos enganam" como adverte o filósofo Claude Lévi-Strauss (apud FLORENZANO, 2005, p. 50). Isso ocorre, muitas vezes, quando pensamos compreender algo que, em verdade, não compreendemos. Para que se tenha uma ideia desses benefícios, mencionamos o estudo citado por Faria (2000, p. 96) segundo o qual: "Se o Brasil tivesse um índice de tradição no cumprimento das leis semelhante à média mundial, o mercado acionário brasileiro teria potencial de receber mais US$ 12 bilhões. Se o Brasil tivesse um índice de tradição no cumprimento das leis semelhante ao dos Estados Unidos, o mercado acionário brasileiro teria potencial de receber mais US$ 88 bilhões." A nossa tradição, contudo, é a do não cumprimento das leis – e, o que é pior, o não cumprimento de decisões judiciais. E pagamos caro por isso. Como já dissemos, enormes custos se refletem por toda a economia em decorrência dessa nossa tradição, dificultando e, muitas vezes, emperrando o desenvolvimento econômico e social.

Caberia ainda analisar, seguindo na linha desse raciocínio que destaca a importância da neutralização dos riscos derivados de arbitrariedade governamental, a modificação introduzida pela Emenda nº 30/2000 que viabilizou aos credores uma solução de mercado para o recebimento de seus créditos. Não abordaremos aqui, contudo, este tema porque sairíamos do foco deste trabalho. Também não será necessário demonstrar que inúmeros outros benefícios, não apenas de ordem econômica, adviriam do simples cumprimento e valorização de nossas leis.

4. Os pactos republicanos de Estado no Brasil

Na história recente do Brasil[3], dois pactos denominados republicanos foram firmados pelos presidentes dos três Poderes. De forma emblemática, tais pactos foram solenemente firmados pelo Presidente da República, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A ideia louvável que motivou a celebração desses pactos foi a do fortalecimento da República e do ideal republicano mediante o fortalecimento das instituições republicanas,

[3] Recorde-se que o art. 2º do ADCT previu a realização de plebiscito para a escolha entre a forma (república ou monarquia) e o sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo). O plebiscito, inicialmente previsto para 7 de setembro de 1993, foi antecipado pela EC nº 2/92 para 21 de abril de 1993. O resultado, todos já o sabemos, foi a manutenção da república constitucional e do sistema presidencialista de governo.

notadamente o de sua principal instituição que, como visto no tópico anterior, é a lei concebida para a promoção do bem comum.

Nessa linha, o I Pacto Republicano (Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano), assinado no dia 15 de dezembro de 2004, foi concebido para fortalecer um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo. Da Exposição de Motivos nº 204, de 15 de dezembro de 2004, que resultou no I Pacto Republicano, constou que:

> "Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático."

Coerentemente com essas premissas, o texto do Pacto enumerou 11 compromissos que deveriam ser adotados pelos três poderes com o objetivo de tornar o Poder Judiciário mais eficiente e acessível à população. Entre os compromissos assumidos, o de número 6 tratava especificamente do precatórios nos seguintes termos:

> "6. PRECATÓRIOS
>
> Desde 1988, buscam-se soluções para o tormentoso problema dos precatórios vencidos e não pagos, especialmente por intermédio de parcelamentos. Houve êxito parcial, mas remanesce o grave quadro de determinações judiciais que não são cumpridas há anos, descredibilizando a Justiça, desesperando vítimas do Estado e prejudicando o trabalho dos advogados. Os Governos Estaduais e Municipais vivem sob a ameaça de sanções, além de permanecerem sob o estigma de descumprirem a Constituição e as leis. Na maioria dos casos, faltam-lhes meios para quitar as suas obrigações em tempo razoável. Como conseqüência do presente pacto, serão realizados debates e audiências de conciliação visando à construção de modelos institucionais e à adoção de providências que resultem na superação da anomalia enfocada."

Como se vê da Exposição de Motivos nº 204, de 15 de dezembro de 2004, que resultou no I Pacto Republicano, o problema dos precatórios está claramente delineado, havendo plena consciência dos males que acarreta. Não houve, contudo, proposta concreta alguma que pudesse ao menos encaminhar uma solução para o problema corretamente delineado em todos os seus contornos.

O II Pacto Republicano de Estado, concebido com o mesmo ideal de fortalecimento de um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo foi assinado no dia 13 de abril de 2009 pelos chefes dos três poderes. O acordo foi fundado em quatro eixos precípuos: proteção aos direitos humanos e fundamentais; agilidade e efetividade da prestação jurisdicional; acesso universal à Justiça; e o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Di-

reito e das instituições do Sistema de Justiça. Do texto aprovado, constam os seguintes objetivos:

> "I – acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados; II – aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos; III – aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana."

Em ambos pactos, os compromissos fundamentais firmados tinham como principal preocupação combater a morosidade dos processos judiciais, prevenir a multiplicação de demandas em torno do mesmo tema, a universalização do acesso à Justiça e a eficácia e efetividade das decisões judiciais. As reformas eram reclamadas por toda a comunidade jurídica, que desejava regras capazes de agilizar e simplificar os julgamentos, sem prejuízo das garantias individuais.

Embora não tenha constado de forma expressa no texto do II Pacto Republicano como constou do I Pacto Republicano, o problema dos precatórios permanece latente na medida em que não há como tornar o Sistema de Justiça mais efetivo sem o devido pagamento dos precatórios. Tampouco, é possível promover o aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos, que é um dos objetivos expressamente declarados do II Pacto Republicano, sem resolver definitivamente o problema dos precatórios. Assim, considerando que "remanesce o grave quadro de determinações judiciais que não são cumpridas há anos, descredibilizando a Justiça e que os Governos Estaduais e Municipais estão cada vez mais sob a ameaça de sanções, além de permanecerem sob o estigma de descumprirem a Constituição e as leis", como destacado na citada Exposição de Motivos do I Pacto Republicano, é imperiosa a celebração de um novo pacto, não apenas para consolidar e aprofundar o que já foi feito nos pactos anteriores, mas para assegurar novos avanços no sentido de afirmar os ideais do Estado Republicano e Democrático de Direito.

5. O "teste de estresse"

Pelos meios de comunicação, notadamente a TV e a internet, tivemos a oportunidade de acompanhar o julgamento do caso dos precatórios pelo Supremo Tribunal Federal. Como visto, em sessão realizada no dia 14 de março de 2013, o STF, julgando conjuntamente a ADI nº 4.357 e a ADI nº 4.425, decidiu, por maioria e nos termos do voto do Ministro Ayres Britto (Relator), vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Dias Toffoli, que a julgavam totalmente improcedente, e os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que a julgavam procedente em menor extensão, declarar a inconstitucionalidade, entre outros dispositivos, do § 15 do art. 100 e do art. 97 do ADCT que tratavam do regime especial para pagamento de crédito de precatórios.

A esta altura, precisamos esclarecer que não é nosso intento empreender uma análise jurídica da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento em conjunto da ADI nº 4.357 e da ADI nº 4.425, mesmo porque o acórdão ainda está em fase de redação, tendo sido designado o Ministro Luiz Fux para redigir o acórdão. A advocacia pública, certamente, interporá embargos declaratórios, e o STF, no julgamento desses recursos, poderá conceder efeitos modificativos; haverá, portanto, a possibilidade de alteração do julgado. Assim, até que se publique a decisão definitiva, seria prematura

a iniciativa de uma análise jurídica mais compreensiva e pormenorizada do julgado.

Contudo, ainda que a decisão final possa vir a sofrer alterações, não é crível que o STF venha a alterar o julgado de forma a inverter completamente o que já foi declarado – julgando, por exemplo, constitucional o regime especial de parcelamento dos precatórios. Tal inversão do julgado, em sede de embargos declaratórios, seria realmente espantosa. Assim, assumindo que a decisão que considerou inconstitucional o parcelamento do pagamento dos precatórios – regime especial de pagamento, previsto no § 15 do art. 100 da Constituição, detalhado pelo art. 97, incluído ao ADCT pela EC nº 62, de 2009 – será mantida, prosseguiremos em direção ao nosso objetivo de configurar o "teste de estresse" a que estarão submetidas as principais instituições republicanas do País e refletir sobre os possíveis desdobramentos do desempenho dessas instituições.

Assim, temos que, mantida a decisão do STF pela inconstitucionalidade do parcelamento dos precatórios, as Fazendas Públicas terão de pagar, de imediato, o saldo dos precatórios vencidos. Nesse momento, as instituições republicanas serão submetidas a enormes pressões de toda ordem. Fatalmente, virá à tona o argumento pragmático da impossibilidade material do cumprimento da decisão do STF. Certamente, ressurgirá o argumento de que os Estados e os Municípios não dispõem dos recursos orçamentários necessários para pagar de uma só vez a totalidade dos precatórios vencidos; portanto, não há como cumprir a decisão do STF. Esse argumento pragmático foi justamente o que levou parte dos Ministros do STF a não declarar a inconstitucionalidade do regime especial de pagamento dos precatórios. Nessa linha, foram os votos vencidos dos Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki, seguindo o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes que se manteve fiel a sua linha de entendimento adotada no julgamento da Intervenção Federal nº 2.915-5-SP, segundo a qual inexiste uma atuação dolosa e deliberada dos Estados e dos Municípios, voltada ao não pagamento dos precatórios. Não se pode exigir o pagamento da totalidade dos precatórios sem que, em contrapartida, se estabeleça uma análise sobre se tal pagamento encontra respaldo nos limites financeiros de um Estado zeloso com suas obrigações constitucionais.

Essa linha pragmática, contudo, foi veementemente refutada pela maioria dos Ministros que acompanhou o voto condutor do Relator Ministro Ayres Britto. O argumento da falta de recursos foi rechaçado pelo Ministro Relator, que ressaltou em seu voto a falta de compromisso dos Entes Públicos devedores. O Relator mencionou o caso do Estado de São Paulo, o mais rico da Federação e um dos maiores devedores de precatórios, em que a verba destinada ao pagamento de precatórios corresponde a menos de 1% da verba gasta pelo referido Estado com publicidade. Ainda, para afastar o argumento *ad terrorem* da inexistência de recursos orçamentários e do risco de paralisação dos serviços públicos, o Ministro Ayres Britto invocou o disposto na CF, art. 100, § 16, segundo o qual a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente. No mais, o Ministro Ayres Britto seguiu a linha de entendimento já adotada no julgamento da ADI nº 2.356 MC/DF em que se havia consignado que a Constituição de 1988, no art. 33 do ADCT, "... trouxe uma quebra na ortodoxia da coisa julgada ao parcelar em até oito anos o pagamento dos precatórios pendentes à época de sua promulgação...". Mas aí, pontuou o Ministro, não há o que discutir no plano da validade, porque a Constituição originária tudo pode, "o Poder Constituinte é o poder de tudo poder." O problema, prossegue o Ministro,

é que uma emenda constitucional, fruto não de um Poder Constituinte, mas de um poder reformador, trouxe regra parecida com aquela do art. 33 do ADCT e distendeu o prazo de pagamento de precatórios pendentes para até dez anos. Segundo Ayres Britto, tal prolongamento ofendeu o direito de propriedade, o acesso à jurisdição e à coisa julgada, garantias protegidas por cláusula pétrea – portanto, subtraídas do alcance do poder reformador. Assim, no entendimento do Ministro Ayres Britto, o parcelamento (prolongamento) do prazo é inconstitucional por ofensa a garantias protegidas por cláusula pétrea, como o direito de propriedade, o acesso à jurisdição e a inviolabilidade da coisa julgada.

Nessa mesma linha, manifestou-se o Ministro Luiz Fux e os demais Ministros que acompanharam o voto vencedor do Ministro Ayres Britto. Nas palavras[4] do Ministro Luiz Fux, o regime especial de pagamento dos precatórios, que prevê o parcelamento (prolongamento) em até quinze anos, é inconstitucional "por manifesto ultraje à cláusula constitucional do Estado de Direito, ao princípio da separação dos Poderes, ao postulado da isonomia, à garantia do acesso à justiça e efetividade da prestação jurisdicional, ao direito adquirido e à coisa julgada, todos limites materiais ao poder de reforma da Constituição". Em sua fala, o Ministro Luiz Fux destacou trechos do voto do Ministro Ayres Brito proferido na ADI nº 2.356 MC/DF, segundo o qual

> "... a Constituição deferiu ao Poder Público a possibilidade de pagar os seus débitos não à vista, mas num prazo que se estende até dezoito meses. Mas a Constituição compensou, de alguma forma, esse predicamento concedido ao Estado, dizendo que as ordens judiciais – claro que precatório é ordem judicial, porque é uma requisição de pagamento em desfavor do poder público – hão de ser respeitadas com mais rigor, sob pena de, primeiro, constituir pressuposto de intervenção federal (artigos 34, VI e 35, IV); depois, a Constituição diz que o descumprimento de ordem judicial constitui crime de responsabilidade (artigo 85, VII)."

O Ministro Celso de Mello, mencionando o ex-Ministro Nery da Silveira, relator da Medida Cautelar na ADI nº 2.362, referente ao art. 78 do ADCT, disse que a procrastinação do pagamento dos precatórios pendentes culmina por privar de eficácia imediata a sentença judicial com trânsito em julgado, inadmissível atentado à independência do Poder Judiciário cuja autoridade é insuscetível de ser coarctada, sobretudo quanto ao poder de julgar os litígios e de fazer cumpridas suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública. A efetividade da decisão fica comprometida frustrando um dos valores tutelados em norma de eficácia

[4] Os argumentos foram extraídos das gravações exibidas pela TV Justiça, disponíveis no *site* youtube.

máxima pelo constituinte originário como é a coisa julgada. Frustrada a eficácia da coisa julgada, vulnera-se o postulado da separação dos Poderes e da segurança jurídica.

O Presidente Joaquim Barbosa, na mesma linha da efetividade e eficácia da decisão judicial, asseverou que o regime especial criado pela EC nº 62, de 2009, viola o princípio da tutela jurisdicional. Segundo o Presidente, não é admissível que entes federados levem dezenas de anos, quase o correspondente à expectativa de vida dos brasileiros, para pagar seus precatórios. Tal prolongamento retira por completo a confiança na jurisdição e na sua efetividade. Nessa mesma linha, a Ministra Rosa Weber enfatizou que os dois modelos de regime especial previstos no art. 97 do ADCT afrontam a ideia central do Estado Democrático de Direito, violam as garantias do livre e eficaz acesso ao Poder Judiciário, do devido processo legal e da razoável duração do processo e afrontam a autoridade das decisões judiciais, ao prolongar compulsoriamente o cumprimento de sentenças judiciais transitadas em julgado.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, parece ter mudado o seu posicionamento. É que, no julgamento da Intervenção Federal nº 2.915-5-SP, o Ministro Marco Aurélio (Relator originário na ocasião) havia também rechaçado o argumento *ad terrorem* da inexistência de recursos orçamentários e risco de paralisação dos serviços públicos. Nesse sentido, constou de sua fundamentação que:

> "Quanto a esta argumentação, surge a improcedência jurídica. A teor do disposto no artigo 100 da Constituição Federal, é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios, apresentados até 1º de julho. A intervenção visa, acima de tudo, à supremacia da Constituição Federal, ao saneamento do quadro, devendo atuar administrador diverso daquele que ocupa a chefia do Poder Executivo."

Nessa linha de raciocínio, o Ministro Marco Aurélio, na ocasião, julgou procedente o pedido de intervenção federal, consignando que:

> "Prevalece o critério objetivo, o não-cumprimento da ordem judicial, a inobservância do título executivo judicial, pouco importando saber a causa. Entendimento diverso implica, diante de definições políticas de gastos, ofensa ao primado do Judiciário, à certeza da valia dos julgamentos. O Estado vê-se sempre diante de dificuldades de caixa, sendo presumível, assim, a contumácia no descumprimento das obrigações pecuniárias estampadas na sentença."

De forma contraditória, no julgamento em conjunto da ADI nº 4.357 e da ADI nº 4.425, o Ministro Marco Aurélio não mais afastou o argumento

ad terrorem da inexistência de recursos orçamentários, acatando o regime especial de parcelamento dos precatórios previsto no § 15 do art. 100 da CF, regulado pelo art. 97 do ADCT.

Como se vê, o atual momento é mesmo de impasse e grande apreensão. Resolver ou não o problema dos precatórios em conformidade com a Constituição é questão crucial para o futuro do republicanismo no Brasil. Dependendo do comportamento das nossas instituições nesse episódio, poderemos reavivar ou sepultar de vez os ideais e os fundamentos do republicanismo. Não é exagero, pois, afirmar que esse julgamento da questão dos precatórios é um dos mais importantes da história da República no Brasil. Todos tivemos a oportunidade de ver e rever esse julgamento que foi transmitido e retransmitido pela televisão e pela internet. Foi tudo gravado e registrado. O STF tomou a decisão que todos aguardavam. Voltar atrás, mudar o que ficou decidido, seria um desastre para o Poder Judiciário e para a Nação. A Suprema Corte dos Estados Unidos, que concebeu o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário a partir do famoso caso Marbury *versus* Madison, fortaleceu-se e ganhou notoriedade, credibilidade e respeitabilidade, tornando-se exemplo justamente pela firmeza e estabilidade de suas decisões (*stare decisis*). Se o órgão de cúpula do Judiciário julga ora num sentido, ora noutro, se as decisões são instáveis, totalmente imprevisíveis ou contraditórias, o Poder Judiciário desmoraliza-se e, consequentemente, enfraquece-se.

No caso dos precatórios, o risco de reviravoltas e oscilações é grande. O problema é muito complexo, há inúmeros interesses envolvidos, os grupos de pressão são foi muito fortes e a composição do STF estará modificada no julgamento dos Embargos Declaratórios que, certamente, serão interpostos pela Advocacia Pública. O Ministro Ayres Britto que proferiu o voto condutor já não está mais na Corte. Dos ministros que estão no STF, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Teori Zavascki, Ricardo Lewandowiski e Marco Aurélio mostraram-se dispostos a ceder perante o argumento *ad terrorem* da falta de verba orçamentária. Se o Ministro Luís Roberto Barroso acompanhar esses Ministros, a decisão poderá ser modificada, isto é, invertida. Voltar atrás na decisão ou, pior, aceitar o descumprimento de sua decisão será um duro golpe para o próprio STF, para o Poder Judiciário, para o ideal de Estado Republicano e Democrático de Direito. Certamente, não é isso que se espera do Poder Judiciário.

Mantendo-se o Poder Judiciário firme na sua decisão, há outro grande risco a ser considerado. É o risco de o Poder Legislativo cair em tentação. Como se sabe, a decisão do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade produz eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF, art. 102, § 2º).

Portanto, a decisão do STF não vincula o Poder Legislativo. Significa isso que, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade do parcelamento dos precatórios, o Poder Legislativo pode, em tese, aprovar uma nova "emenda do calote", prevendo novas formas de parcelamento em quinze, vinte ou mais anos. Feito isso, uma nova ação de inconstitucionalidade terá de ser proposta e uma nova decisão do STF será necessária para a retirada dessa nova Emenda do ordenamento jurídico. Isso, não há dúvida, seria uma lástima. O Poder Legislativo precisa alinhar-se ao Poder Judiciário no respeito e cumprimento efetivo da Constituição. O momento é delicado. O Legislativo não pode mais atentar contra a Constituição da República. Não é isso que a sociedade espera do Congresso Nacional.

Por fim, há ainda o risco do Poder Executivo. Mesmo estando vinculadas e obrigadas a cumprir a decisão do STF, as Fazendas Públicas dos Estados e dos Municípios podem, na prática, continuar não pagando os precatórios, valendo-se do famigerado argumento *ad terrorem* da inexistência de verba orçamentária. Isso, como ressaltado pelo Presidente Joaquim Barbosa, retira por completo a confiança na jurisdição e no próprio Estado. O momento é mesmo de impasse e grande apreensão. O "teste de estresse" a que nos temos referido pode configurar-se. Se a Fazenda Pública não pagar os precatórios nos termos previstos pela Constituição Federal, de acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional o parcelamento do pagamento, não podemos mais falar em República ou republicanismo no Brasil, como também não podemos mais falar em Estado de Direito no Brasil. Se a lei vale apenas para o fraco (o cidadão comum), se o forte (Fazenda Pública) consegue posicionar-se fora do alcance da lei e das decisões judiciais, não há República, não há Estado de Direito. Haverá, sim, um Estado arbitrário de poder, um arremedo de República em que as leis e as decisões judiciais valem apenas para os fracos, ou seja, para os cidadãos comuns. O forte – notadamente, neste caso, a Fazenda Pública – não é alcançado pelas leis nem pelas decisões judiciais.

6. Construindo uma solução republicana

Fazer a lei valer para o fraco é fácil. Difícil é fazer a lei valer para o forte, para aquele que detém poder político, econômico e/ou bélico. Em qualquer país, a lei vale para o fraco (cidadão comum). Bem poucos, são, porém, os Estados em que a lei vale igualmente para o forte. Fazer a lei valer também para os fortes é um desafio para todos os Estados. No Iraque e no Afeganistão, por exemplo, é um desafio fazer a lei valer em relação aos grupos armados que rivalizam com o Estado. Na Itália, vários empresários suicidaram-se nos últimos meses (CORRIERI FIORENTI-

NO, 2013; CORRIERI DELLA SERA, 2013a, 2013b; POLESE, 2013), levados ao desespero pelo acúmulo de dívidas que estão obrigados a pagar (e não têm como escapar) ao mesmo tempo em que embora credores do Estado, não conseguem receber o que lhes é devido. No Brasil também temos problemas semelhantes; basta ver os casos de grupos armados como o PCC ou o Comando Vermelho, entre outros. Mas, sem dúvida, o problema dos precatórios é o mais grave em termos de violação contumaz e sistemática da lei, como expressamente reconhecido na Exposição de Motivos do I Pacto Republicano.

O problema, é preciso que se diga, é fruto da colaboração dos três poderes, que tiveram participação na consolidação dessa situação que hoje se tornou calamitosa e explosiva, sendo o maior desafio para o Estado e para a sociedade brasileira. O Poder Executivo é, obviamente, o principal responsável pelo problema na exata medida em que deu origem à maior parte dessas dívidas que, depois, foi deixando de pagar, permitindo que se acumulassem até o ponto em que estão. O Poder Judiciário também tem a sua parcela de contribuição na medida em que aceitou e acomodou-se com argumentos do tipo: a Fazenda não tem recursos, não há verba, a Administração não pode parar, o serviço público não pode ser interrompido, as dívidas são impagáveis. Esses argumentos *ad terrorem* foram prevalecendo ao longo do tempo, como se viu no julgamento da IF nº 2.915-5-SP, e continuam sendo acolhidos, como se viu nos votos dos Ministros do STF que ficaram vencidos no julgamento conjunto das ADIs nºs 4.357 e 4.425. Se o Judiciário concede ao devedor a escolha entre pagar ou não pagar, é obvio que o devedor vai escolher não pagar. Foi isso que o Judiciário concedeu aos chefes do Executivo, notadamente Governadores e Prefeitos. De fato, facultada a escolha, os Governadores e os Prefeitos que se sucederam ao longo do tempo optaram por não pagar, gerando o acúmulo de precatórios não pagos que temos hoje. O Legislativo, por sua vez, também tem contribuído na medida em que se prontifica a votar normas como a "PEC do calote", que originou a EC nº 62, de 2009, julgada inconstitucional pelo STF no tocante ao parcelamento dos precatórios.

Se é certo que todos cooperaram para a criação do problema, é ainda mais certo que todos precisam também contribuir para a construção de uma saída republicana, uma solução que respeite a Constituição da República e permita resolver definitivamente o problema dos precatórios. Essa construção passa, a nosso ver, necessariamente, pela celebração de um novo pacto, que denominamos de III Pacto Republicano de Estado, em referência aos Pactos Republicanos I e II, celebrados em 2004 e 2009, respectivamente. Tal pacto é imprescindível para viabilizar a complexa engenharia financeira necessária ao equacionamento do problema.

Contudo, para que possamos chegar a um novo pacto, é preciso que haja consenso. Os integrantes dos três Poderes precisam estar convencidos de que protelar o pagamento dos precatórios não é solução, é problema. Descumprir a lei, descumprir decisões judiciais, violar direitos humanos fundamentais não pode ser a solução. Precisamos, portanto, desmistificar o argumento de que não há recursos orçamentários, de que as dívidas são impagáveis – em outras palavras, de que seria materialmente impossível cumprir a lei. Fora da lei não há solução, há problema. O argumento da falta de recursos (impossibilidade material) é sedutor e, aparentemente, incontrastável. Em verdade, contudo, reflete apenas uma visão parcial das reais possibilidades. É certo que os Estados e os Municípios não têm recursos orçamentários para pagar, de imediato, a totalidade dos precatórios vencidos. Mas isso não encerra todas

as possibilidades. É possível, desde que haja vontade e acordo político, conceber uma engenharia financeira, envolvendo União, Estados e Municípios, capaz de solucionar o problema. O caminho a ser trilhado está dado pela Constituição Federal de 1988, no art. 100, § 16, incluído pela própria EC nº 62, de 2009, segundo o qual, a seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente.

Nessa linha indicada pela CF, art. 100, § 16, a União poderá fazer a emissão de títulos da dívida pública como são as Letras do Tesouro Nacional (LTN), Notas do Tesouro Nacional (NTN), Letras Financeiras do Tesouro (LFT), por exemplo. Com essa emissão, poderá captar os recursos necessários para pagar de imediato os débitos oriundos de precatórios. Efetuado o pagamento de imediato de todos os precatórios vencidos, a União poderá refinanciar a dívida dos Estados, Distrito Federal e Municípios, aí sim, em parcelas anuais a serem pagas em quinze, vinte ou mais anos. Nesse aspecto, é importante ressaltar que o Estado deve conferir aos credores de precatórios o mesmo tratamento dispensado aos credores de títulos da dívida pública que recebem rigorosamente os seus créditos na data do vencimento desses títulos. Não há nenhuma razão para não conferir aos credores de precatórios o mesmo tratamento dispensado aos demais credores de títulos da dívida pública.

É essa a solução conforme com a Constituição Federal que precisa ser construída e viabilizada pelos partidos políticos. Porque essa é a solução que promove o fortalecimento das instituições e a consolidação do Estado Republicano e Democrático de Direito. É a solução republicana que a sociedade pede e espera do Congresso Nacional. Qualquer outra solução que sirva apenas para protelar o pagamento dos precatórios acarretará a desmoralização e, consequentemente, o enfraquecimento das instituições republicanas, notadamente dos três poderes e dos partidos políticos. Concluindo, afirmamos que a solução republicana é financeiramente possível e é economicamente viável. Contudo, para ser alcançada e implantada, precisa ser desejada – vale dizer, socialmente desejada. A solução republicana só vingará no Brasil se for fruto de um grande consenso, daí a ideia de um novo pacto, o III Pacto Republicano de Estado.

Considerações finais

Neste momento histórico em que comemoramos 25 anos da Constituição Federal de 1988, a crise dos precatórios leva as principais instituições do País a um terrível impasse, verdadeiro "teste de estresse". A crise crônica, que vinha desde a proclamação da República, tornou-se aguda a partir de agora, em função do julgamento do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional o parcelamento do pagamento dos precatórios. Após essa decisão, o Poder Judiciário não tem mais como recuar. Se o parcelamento do pagamento dos precatórios foi considerado inaceitável e inconstitucional pelo STF, o não pagamento é ainda mais inaceitável, vale dizer, inconstitucional. Como bem ressaltou o Ministro Celso de Mello , "o Estado não pode legislar abusivamente, visto que todas as normas emanadas do Poder Público – tratando-se, ou não, de matéria tributária – devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV)". A restrição orçamentária de numerário, nesse caso, não autoriza, muito menos justifica, o sacrifício do direito de quem já foi ofendido anteriormente por ato ilícito do Estado, reconhecido por sentença judicial transitada em julgado. Portanto,

o não pagamento imediato dos precatórios vencidos implica descumprimento da decisão do STF e violação aos princípios sensíveis que autorizam a intervenção da União nos Estados (art. 34, VII, da CF).

Como se vê, diante desse impasse, o perigo de grave crise institucional é eminente. A situação exige prudência, que não se confunde com inércia ou imobilidade. Pelo contrário, agir com prudência, neste caso, significa agir com sabedoria e coragem. Mas quem deve agir? E o que pode ser feito? A resposta é que as principais lideranças do País e dos partidos políticos precisam conceber uma solução imediata para a grave crise que nos ameaça a todos. Como visto, a crise dos precatórios atinge pessoas, empresas, instituições públicas e privadas, sem exceção.

O caminho a ser trilhado está dado pela própria Constituição Federal de 1988 no art. 100, § 16, segundo o qual, a seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente. A solução do problema dos precatórios atrasados (vencidos e não pagos) passa, pois, pela emissão de títulos da dívida pública. Sob esse aspecto, é importante ressaltar que o Estado deve conferir aos credores de precatórios o mesmo tratamento dispensado aos credores de títulos da dívida pública. Os credores de títulos da dívida pública como são as Letras do Tesouro Nacional (LTN), Notas do Tesouro Nacional (NTN), Letras Financeiras do Tesouro (LFT), por exemplo, recebem rigorosamente na data do vencimento desses títulos. Não há razão alguma para não pagar os precatórios dentro do prazo legal (art. 100, § 5º, da CF). É essa a solução que precisa ser construída e viabilizada pelas principais lideranças do País e dos partidos políticos. Porque essa é a solução que promove o fortalecimento das instituições e a consolidação do Estado Republicano e Democrático de Direito. É a solução republicana que a sociedade pede e espera do Congresso Nacional. Qualquer outra solução que sirva apenas para acobertar o retardamento do pagamento dos precatórios, vale dizer, o descumprimento da decisão do STF, acarretará a desmoralização e, consequentemente, o enfraquecimento das instituições republicanas, notadamente dos três Poderes e dos partidos políticos.

O "teste de estresse" representado pela situação de crise que a decisão do Supremo Tribunal Federal poderá deflagrar servirá para demonstrar se estamos maduros para avançar no sentido da consolidação do Estado Republicano e Democrático de Direito ou se vamos continuar em situação equivalente à dos primórdios do Estado absolutista, quando não era possível responsabilizar o Poder Público. O Estado era irresponsável no sentido de que não era possível exigir ou impor qualquer condenação ao rei "absoluto". No Brasil, a situação continuará essa mesma. Simplesmente não se conseguirá impor a lei ao Poder Público. O Poder Judiciário reconhece o direito e impõe a condenação, mas esta é ignorada e menosprezada pela Fazenda Pública.

Como vimos, os governantes no Brasil que deixam de pagar precatórios contrariam os artigos VIII e XVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, violando, conseqüentemente, direitos humanos fundamentais. Além disso, violam também a essência do princípio republicano, colocando-se acima de lei e da própria Constituição Federal, em detrimento do bem comum. Sustentou-se, pois, que todos precisam contribuir para a construção de uma saída republicana que permita resolver definitivamente o problema dos precatórios. Essa construção passa pela celebração de um novo pacto, que denominamos de III Pacto

Republicano de Estado, em referência aos Pactos Republicanos I e II, celebrados em 2004 e 2009, respectivamente. Tal pacto é imprescindível par viabilizar essa complexa engenharia financeira necessária ao equacionamento do problema. Para tal os integrantes dos três Poderes precisam estar convencidos de que protelar o pagamento dos precatórios não é solução, é problema. Descumprir a lei, descumprir decisões judiciais, violar direitos humanos fundamentais não pode ser a solução.

Ressalte-se, pois, que temos muito a fazer se quisermos instituir um Estado que realmente se possa dizer Republicano e Democrático de Direito. Valendo-me, das palavras de Cleaumanceu[5], diria, em tom provocativo, que precisaríamos inventar algo novo, algo verdadeiramente novo, a República, por exemplo!

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: (promulgada em 5 de outubro de 1988) vol. 2 Arts. 5 a 17. São Paulo: Saraiva, 1989.

BERLINCK, Deborah. Comitê de direitos humanos da ONU critica política de Lula para setor. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 14, 28 out. 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José. *A questão agrária e justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONSULTOR JURÍDICO. OEA aceita denúncias por pagamento de precatórios. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 jan. 2013.

CORRIERI FIORENTINO. Imprenditore in crisi si suicida. *Corrieri Fiorentino*, Milano, 15 apr. 2013. Disponível em: <http://corrierefiorentino.corriere.it/firenze/notizie/cronaca/2013/15-aprile-2013/imprenditore-si-suicida-212656291538.shtml>. Acesso em: 30 abr. 2013.

CORRIERI DELLA SERA. Imprenditore si suicida nel Pisano. *Corrieri della Sera*, Milano, 15 apr. 2013a. Disponível em: <http://www.corriere.it/notizie-ultima-ora/Cronache_e_politica/Imprenditore-suicida-Pisano/15-04-2013/1-A_005930222.shtml>. Acesso em: 30 abr. 2013.

_____. Imprenditore suicida nel Barese. *Corrieri della Sera*, Milano, 17 apr. 2013b. Disponível em: <http://www.corriere.it/notizie-ultima-ora/Cronache_e_politica/Imprenditore-suicida-barese/17-04-2013/1-A_005971505.shtml>. Acesso em: 30 abr. 2013.

CUNHA, Lásaro Cândido da. *Precatório*: execução contra a fazenda pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

[5] Passando da Segunda para a Terceira República francesa, um dos políticos que mais encarnou o espírito republicano, o jornalista, ministro e presidente, G. Clemenceau, em carta de 1898 declara: "Tenho necessidade de viver velho. Gostaria de ver a verdadeira República" e "Haveria um meio de surpreender o universo. Seria o de fazer alguma coisa de muito nova: a República, por exemplo!" (CLEMENCEAU,1898 apud FLORENZANO, 2007, p. 168).

FARIA, José Eduardo. *A sociologia jurídica*: direito e conjuntura. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

FLORENZANO, Modesto. República (na segunda metade do século XVIII: história) e republicanismo (na segunda metade do século XX: historiografia). In: SOIHET, Rachel; BICALHO, Maria Fernanda Baptista; GOUVÊA, Maria de Fátima Silva (Org.). *Culturas políticas*: ensaios de história cultural, história política e ensino de história. Rio de Janeiro: MAUAD, 2005.

FLORENZANO, Vincenzo D. Republicanismo. In: TRAVESSONI, Alexandre (Org.). *Dicionário de teoria e filosofia do direito*. São Paulo: LTr, 2011.

_____. Precatórios, direitos humanos e republicanismo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 155-169, 2007.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à morada*. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*: com a Emenda n. 1 de 1969. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

NUNES, Castro. *Da fazenda pública em juízo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

POLESE, Roberta. Imprenditore suicida em azienda. *Corriere del Veneto*, Pádua, 11 febbr. 2013. Disponível em: <http://corrieredelveneto.corriere.it/veneto/notizie/cronaca/2013/11--febbraio-2013/imprenditore-suicida-azienda-basta-non-ce-faccio-piu-2113938726642.shtml>. Acesso em: 30 abr. 2013.

SANTOS, Toni Ricardo Eugênio dos. *Testes de estresse em sistemas financeiros*: uma aplicação ao Brasil. 2008. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Economia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12138/tde-30062008-144144/pt-br.php>. Acesso em: 21 mar. 2013.

TABAK, Benjamin M. et al. Teste de estresse para risco de liquidez: o caso do sistema bancário brasileiro. *Banco Central do Brasil - Trabalhos para Discussão*, n. 302, p. 1-43, dez. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A execução contra a fazenda pública e os crônicos problemas do precatório. In: VAZ, Orlando (Coord.). *Precatórios*: problemas e soluções. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VALOR ECONÔMICO. OEA recebe denúncias por atraso no pagamento de precatórios do Brasil. *Jornal Valor Econômico*, São Paulo, 11 jan. 2013.

VAZ, José Otávio de Viana. Liquidação do precatório: pagamento, compensação e poder liberatório. In: VAZ, Orlando (Coord.). *Precatórios*: problemas e soluções. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

A Constituição de 1988 e a nova ordem social

A efetivação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana

WALFRIDO VIANNA VITAL DA SILVA

Sumário

1. Introdução. 2. Os princípios da igualdade e da dignidade. 2.1. Igualdade formal e igualdade material. 2.2. A dignidade da pessoa humana. 3. O Estado Democrático Social de Direito. 3.1. Fundamentos do Estado Social. 3.2. Elementos estruturantes. 4. A Constituição Cidadã e a nova ordem social. 5. As políticas públicas de transferência de renda. 5.1. Breve histórico. 5.2. O PBF e o PBSM. 5.3. Alguns resultados. 6. Considerações finais.

1. Introdução

É possível afirmar que a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988 seja o marco inicial de uma nova ordem social, com a consolidação de um efetivo Estado Democrático Social de Direito, em que se opera a afirmação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana por meio de políticas públicas relacionadas a direitos sociais, sobretudo aquelas com o propósito da erradicação da pobreza extrema no País.

Neste artigo, num primeiro momento, abordaremos a forma e a essência da manifestação daqueles princípios, para depois alinhavar sucintamente o conceito de Estado de Direito com perfil democrático e social e traçar um painel dos dispositivos constitucionais relativos ao enfrentamento das desigualdades sociais e regionais. Posteriormente, já numa perspectiva do Direito Constitucional e com o propósito de melhor compreender a natureza dos principais fundamentos do Estado

Walfrido Vianna Vital da Silva é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), e em Letras pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU); professor e analista legislativo do Senado Federal.

Democrático Social de Direito, buscaremos subsídios sobretudo na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e na Constituição da República Portuguesa, de 1976.

Por fim, procederemos ao breve relato de alguns marcos constitucionais e legais relacionados aos programas de transferência de renda implantados depois de 1988 por coalizões partidárias diversas. Ao chegarmos ao contexto do século XXI, veremos que, com base nos erros e nos acertos das políticas implantadas anteriormente, puseram-se em execução estratégias de distribuição de renda mais arrojadas – tais como o Programa Bolsa Família (PBF), em 2004, e o Plano Brasil Sem Miséria, a partir de junho de 2011 – com o fito de, para além do caráter emergencial, diminuir as históricas iniquidades socioeconômicas de cujos efeitos quotidianamente têm sido vítimas dezenas de milhões de seres humanos neste País.

2. Os princípios da igualdade e da dignidade

2.1. Igualdade formal e igualdade material

Na evolução do pensamento ocidental, não foram poucos os que se debruçaram sobre a questão da igualdade[1] em face dos ideais de justiça e de sua efetivação nas mais distintas formas de organização política e social. De Aristóteles (2007) e Platão (1965) até Rawls (2002) e Dworkin (1978), há um longo caminho em busca do entendimento das ilações que se podem fazer acerca da aplicabilidade do princípio da igualdade na organização dos Estados, em suas mais distintas manifestações – desde o absolutista, nos alvores da Idade Moderna, até o início da consolidação do Estado Democrático Social de Direito brasileiro, a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em 1988.

Um dado importante na abordagem do princípio da igualdade diz respeito aos valores e significados por ele assumidos em face das distintas estruturas estatais ao longo dos séculos. Com efeito, constata-se a superação da noção de equivalência entre igualdade e isonomia, no sentido em que a essa

> "concepção foi acrescentada outra, compreendida também como manifestação do princípio da igualdade, só que agora, concebida em uma dimensão 'material' ou 'substancial', por meio da qual se promove '*a igualdade através da lei*' (e não mais apenas *em face da lei*). Este movimento voltou-se para a equalização material e efetiva de situações caracterizadas por desigualdades 'de fato'. Buscou-se a partir dessa concepção renovada do princípio, o desenvolvimento de uma normatividade apta para a promoção da autoestima de indivíduos e dos aspectos construtivos e positivos da identidade de coletividades estigmatizadas. E como complemento de tais iniciativas, buscou-se também a introdução de políticas públicas de natureza compensatória" (ARAÚJO, 2011, p. 156).

Todavia, essa identificação do princípio da igualdade com a "igualdade por meio da lei" como patrocinadora da equalização socioeconômica substancial dos indivíduos – em substituição à mera igualdade formal (a "igualdade perante a lei") – somente em meados do século passado teve seus postulados instituídos pela Lei Fundamental de Bonn (LFB), de 1949, e, mais tarde, pela Constituição da República Portuguesa (CRP), de 1976, as quais pavimentaram a garantia da igualdade material na CRFB. Não por acaso tanto seu Preâmbulo quanto o *caput* de seu artigo 5º dispõem de forma até redundante a respeito do princípio da igualdade:

[1] A respeito da essência semântico-jurídica de *igualdade*, em confronto com *equidade* e *isonomia*: Berthiau (1999).

> "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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: (...) 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 *igualdade*, a segurança e a propriedade, nos seguintes termos: I – homens e mulheres são *iguais* em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Não se trata, por óbvio, de preceito inédito: podemos flagrar a sua presença em outras Cartas brasileiras e estrangeiras. Todavia, foram a doutrina alemã e a *Grundgesetz für der Bundesrepublik Deutschland* (LFB) que iniciaram, no âmbito dos direitos fundamentais, o processo de constitucionalização do Estado Democrático Social de Direito (*demokratischer und sozialer Rechtsstaat*), a partir do momento em que se deu a transformação normativa do princípio da igualdade: gradativamente se deixava para trás sua face meramente coincidente com a isonomia ("igualdade legal" ou "formal"), característica do liberalismo, e incorporava-se à Lei Maior a noção de "igualdade substancial" ou "material". Essa nova dimensão do princípio explicita-se já no terceiro artigo da *Grundgesetz*.[2]

A respeito desse artigo da LFB, Konrad Hesse diz:

> "Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. *Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual.* A questão é quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente" (HESSE, 1998, p. 330, grifo nosso).

Quanto à realização do princípio da igualdade material no Estado Democrático Social de Direito no Brasil, é possível afirmar que, em linhas gerais, o foco foi desviado do universal para o particular, ou seja, a par de prestações estatais de cunho universalista – como em alguns aspectos da seguridade social –, passou-se gradualmente à focalização de segmentos

---

[2] "Artikel 3 *[Gleichheit vor dem Gesetz]* (1) Alle Menschen *sind vor dem Gesetz gleich*. (2) Männer und Frauen *sind gleichberechtigt*. Der Staat fördert die *tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung* von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin." Em tradução livre: Artigo 3º *[Igualdade perante a lei]* (1) Todas as pessoas *são iguais perante a lei*. (2) O homem e a mulher *gozam dos mesmos direitos*. O Estado promoverá a *realização efetiva da igualdade* das mulheres e dos homens e impulsionará a eliminação das desvantagens existentes (ALEMANHA, 2007, grifo nosso).

cada vez mais restritos. Decorrem disso as ações afirmativas e as políticas de transferência condicionada de renda (entre elas, o Programa Bolsa Família, como estratégia de combate à pobreza e à desigualdade), e o afunilamento dessa focalização a partir da instituição, em 2011, do Plano Brasil Sem Miséria (cujo foco principal eram os quase vinte milhões de brasileiros vivendo em pobreza extrema) e, em 2012, da Ação Brasil Carinhoso (com a meta de retirar imediatamente da miséria milhões de crianças de até seis anos).

2.2. A dignidade da pessoa humana

Quanto à dignidade, podem-se detectar, na raiz do vocábulo, os semas relativos à conveniência, ao mérito, ao justo. Por consequência, seja no substantivo *dignidade*, seja no adjetivo *digno*, explicitam-se os valores da honra, da nobreza, do respeito (HOUAISS, 2001; ROBERT, 1985). A propósito, em texto já consagrado, Carmen Lucia Antunes Rocha (1999, p. 3) afirma que toda

> "forma de aviltamento ou de degradação do ser humano é injusta. Toda injustiça é indigna e, sendo assim, desumana. A justiça, como o seu inverso ou a sua ausência, que é a injustiça, tocam um sentimento do homem. A dignidade e o seu contrário, que é a indignidade, também. O tratamento justo e digno conforta; a injustiça, como a indignidade, transtorna o ser humano e o atinge em seu equilíbrio emocional; a reação contra uma ou outra é sempre de revolta, desespero ou amargura: é sempre contraponto carregado de emoção ou sentimento o que se deflagra".

Ressalte-se também que a tais valores – que se diriam "positivos" – juntam-se outros tantos como que intrínsecos à natureza do ser humano e, por conseguinte, à própria humanidade. Nesse contexto em que confluem o semântico e o jurídico, parece então desconcertante pretender fundar qualquer distinção entre o que é digno e o que é humano, dado que ambos os conceitos surgem como que imbricados. Como num círculo virtuoso, a dignidade diz respeito a tudo o que se relaciona ao homem em razão do mero fato de este ser dotado de humanidade, de maneira que uma não se define sem a outra. Em outros termos, reafirmam-se continuamente entre elas relações inerentes, visto que dignidade supõe humanidade – e esta é inconcebível apartada daquela.

Dessa maneira, é possível afirmar, como o faz Hannah Arendt (1968 apud MBALA, 2009, p. 288), que "*l´homme peut perdre tous ses fameux 'Droits de l´Homme', sans abandoner pour autant sa qualité essentielle d´homme, sa dignité humaine*".[3] Observa-se, pois, que, de um lado, se pode distinguir entre dignidade e direito em geral e, de outro, diferençar a dignidade dos direitos do homem em particular, donde a dignidade não surge por meio de uma regra de direito, visto que ela não é um caráter que se possa atribuir por meio da norma; assim concebida, a dignidade não seria um direito, pois "*la dignité existe alors même en l'absence de tout droit, même contre le droit*".[4]

Todavia, a despeito de hoje nos parecer bastante óbvia a imbricação desses dois conceitos, há um tortuoso percurso na luta pela efetivação da dignidade da pessoa humana como um "metaprincípio" ou "superprincípio" do Direito ocidental. Para muitos, seus cânones remontam aos primeiros dogmas do cristianismo, segundo os quais, tendo sido criado à imagem e semelhança do seu criador, o homem seria dotado, desde a origem, daquela mesma dignidade divina. Em outras palavras, se a noção de um deus se funda no bem, sua criação teria sido, por

---

[3] (…) o homem pode perder todos os seus famosos "direitos do homem", sem abandonar por isso sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana.

[4] (...) a dignidade existe ainda que ausente todo o direito, mesmo contra o direito.

princípio, inexoravelmente tingida por essa natureza, cujo contraponto é o desvirtuamento pelo pecado – como se o mal só fizesse sentido como um parasita cuja existência se nutriria do bem.

Séculos depois, com a laicização do conceito medievo e cristão, ao mesmo tempo que se fortalecia e se consolidava o Estado, o Iluminismo inaugurou a preocupação com a defesa dos direitos individuais em face do poder absolutista estatal. Disso resultou a consagração de meios essenciais para limitar esse poder, mediante constituições e declarações de direitos, como forma de firmar contratos que expressassem a vontade geral. Ainda assim, em razão de seu conteúdo fortemente axiológico, não foi a dignidade humana tão valorada pela ordem jurídica que se forjava em torno dos ideais burgueses, a partir da Revolução Francesa e de seus desdobramentos. Em vez disso, a prioridade muitas vezes se esgotava na supremacia da liberdade e da legalidade, e também da igualdade, ainda em sua faceta meramente formal.

Desse modo, apenas no século XX, depois da carnificina resultante de duas conflagrações mundiais e das atrocidades perpetradas por regimes totalitários, à direita e à esquerda, começaram a surgir documentos em que a dignidade da pessoa humana se transformava em valor essencial, situada, muitas vezes, bem acima de outros valores e princípios. Exemplos emblemáticos dessa supremacia foram a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, e a *Grundgezets* no ano seguinte. No contexto posterior à Guerra Fria e em virtude da preocupação dos organismos internacionais com a possibilidade de ocorrência de conflitos tão ou mais atrozes do que a Segunda Grande Guerra, a problemática da garantia de direitos de natureza econômica e social, assecuratórios de um *minimum* de dignidade para milhões de seres humanos, ingressou na agenda mundial de forma a que se patrocinassem políticas públicas reorientadas para levar em consideração a dignidade da pessoa humana – aquilo que, no âmbito da Organização das Nações Unidas, passou a ser denominado desenvolvimento "sustentável" e "com rosto humano".[5]

3. O Estado Democrático Social de Direito

3.1. Fundamentos do Estado Social

Tomando como referências precipuamente a LFB, de 1949, a CRP, de 1976, e as reflexões realizadas por alguns estudiosos do assunto, podemos

[5] A respeito dessa imbricação dos princípios da igualdade e da dignidade com a evolução das formas do Estado, leiam-se especialmente os trabalhos de Araújo (2011), Bobbio (1992, 2007) e Hobsbawn (1995).

compor um diminuto quadro de certos fundamentos de um Estado Democrático Social de Direito. Contudo, antes de alinhavar de modo conciso cada um dos elementos estruturantes do Estado Social brasileiro, cumpre observar a sua gênese no postulado da vinculação do poder público ao fim de assegurar a defesa daquela dignidade da pessoa humana (*Menschenwürde*) inscrita tanto na LFB quanto na CRP.

Uma leitura atenta dos artigos 1, 3, 14 e 20 da *Grundgesetz* é bastante para constatar as similaridades com diversos dispositivos da CRFB:

> "I. Die Grundrechte Artikel 1 *[Menschenwürde – Menschenrechte Rechtsverbindlichkeit der Grundrechte] (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.* (…) (3) Die nachfolgenden *Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung* als unmittelbar geltendes Recht. (…) Artikel 3 [Gleichheit vor dem Gesetz] (1) *Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.* (2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin. (…) Artikel 14 [Eigentum – Erbrecht – Enteignung] (…) *(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. (…)* Artikel 20 *[Verfassungsgrundsätze – Widerstandsrecht] (1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.* (2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. (…)" (ALEMANHA, 2007, grifo nosso)[6].

Semelhantes disposições também estão na CRP, de 1976, em especial nos artigos 2º e 9º:

> "Artigo 2º *(Estado de direito democrático) A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular* (...) Artigo 9º (Tarefas fundamentais do Estado) *São tarefas fundamentais do Estado*: a) Garantir a independência nacional e criar as condições políticas, económicas, sociais e culturais que a promovam; b) *Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático*; c) Defender a democracia política, assegurar e *incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais;* d) *Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais; (...)* h) *Promover a igualdade entre homens e mulheres*" (PORTUGAL, 1976, grifo nosso).

No caso da Constituição lusitana, é nítida a concatenação entre os preceitos de um e outro dispositivo, e também são facilmente constatáveis as similitudes com os mencionados artigos da CRFB.[7] Se, no artigo 2º, se estabelecem os preceitos de uma democracia de cunho econômico, a se projetarem para os âmbitos social e cultural, no artigo 9º, institui-se a democracia política, a "incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais". Dessa forma, a realização material de uma é decorrência lógica da outra, dado que, no Estado Democrático Social de Direito,

---

[6] I. Direitos fundamentais. Artigo 1 *[Proteção da dignidade humana – vinculação dos Poderes Públicos aos Direitos fundamentais]* (1) A dignidade humana é intocável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público. (3) Os seguintes *direitos fundamentais vinculam os* poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como direitos diretamente aplicáveis. (...) Artigo 3 [Igualdade perante a lei] (1) *Todas as pessoas são iguais perante a lei.* (2) O homem e a mulher gozam dos mesmos direitos. O Estado promoverá a realização efetiva da igualdade de direitos de homens e mulheres e impulsionará a eliminação das desvantagens existentes (...) Artigo 14 [Propriedade, direito à herança e expropriação] (...) *(2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir ao mesmo tempo para o bem comum. (...) Artigo 20 [Fundamentos da ordem estatal, direito de resistência] (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social.* (2) Todo o poder do Estado emana do povo.

[7] A esse respeito, vejam-se o Preâmbulo e os artigos 1º, 2º, 3º, 5º (sobretudo seus incisos I, XXII e XXIII, além do § 1º) e 170 da CRFB (BRASIL, 1988).

a "socialidade" apenas se pode consolidar por meio da obediência não apenas aos ditames do princípio da democracia, no que ela respeita ao poder exercido pela maioria, mas também, e como contrapartida às chamadas "maiorias circunstanciais", ao Estado de Direito (CANOTILHO, 1995, p. 335).

3.2. Elementos estruturantes

Quanto aos elementos estruturantes do Estado Democrático Social de Direito, seguiremos de perto as análises empreendidas por Araújo (2011) e Sarlet (2009). Salta aos olhos, com o simples cotejamento de excertos da LFB, da CRP e da CRFB, a imposição constitucional da democracia econômica e social a afetar diretamente a discricionariedade legiferante, a qual deve vincular todos os órgãos relacionados à direção política, tanto na esfera do Poder Executivo quanto na do Poder Legislativo. Com efeito, essa vinculação implica a exigência de que esses poderes de alguma forma efetuem e patrocinem a regulamentação das condutas econômicas e sociais em conformidade com o que se afirma na Constituição, aqui tomada como programa de permanente construção do Estado.

Outro elemento estruturante (o direito como instrumento de conformação social) consiste na autorização constitucional para o legislador e os demais órgãos incumbidos da efetivação dos escopos da ordem constitucional poderem utilizar os instrumentos imprescindíveis à consecução eficaz da justiça social, em face de o princípio da "socialidade", fundamento da democracia econômica e social, sempre impor aos órgãos do Estado a consubstanciação da igualdade material, mediante a contínua e necessária reconfiguração das estruturas socioeconômicas, em conformidade com esse postulado teleológico.

Desse segundo elemento decorre o terceiro: o princípio da democracia econômica, social e cultural como instrumento normativo de interpretação. Trata-se, em verdade, de um postulado tomado como marco normativo de interpretação, em especial quando, no controle de constitucionalidade, há o recurso à interpretação conforme o texto constitucional. É nesse sentido fortemente vinculante que se avaliam todas as condutas dos órgãos do poder público – nas esferas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário –, sobretudo quando dizem respeito a decisões sujeitas à discricionariedade dos agentes políticos.

O elemento estruturante seguinte, relativo à natureza impositiva da democracia econômica, social e cultural, é aquele que torna legítima toda e qualquer forma de intervenção estatal. Estreitamente relacionado a esse elemento está o princípio da subsidiariedade. Para Araújo (2011, p. 104-105), tradicionalmente

> "o princípio da subsidiariedade implicava que o Estado deveria assumir uma função meramente acessória ou complementar na conformação da vida econômica e social. Ocorre que tal concepção tinha razão de ser no contexto do capitalismo liberal que a muito já deixou de existir. No entanto, no presente, o Estado converteu-se em "Estado socialmente vinculado", colocando-se em oposição à ideia de subsidiariedade. Deve-se rejeitar por completo a ideia de "subsidiariedade horizontal ou social" referente às relações entre os poderes público e privado".

Um quinto elemento estruturante é a aplicação do princípio da democracia como fundamento para pretensões jurídicas, dado que não se pode entender aquele princípio como uma formulação aberta e despida de materialidade normativa.

> "Na concepção de Hesse, normas constitucionais que instituem direitos sociais na forma de objetivos e fins destinados ao Estado não poderiam fundamentar pretensões jurídicas individuais, visto que, não criam direitos subjetivos. Canotilho recoloca a questão no âmbito da Constituição portuguesa indagando acerca da possibilidade de se utilizar o princípio da democracia econômica e social como fundamento imediato e autônomo de pretensões jurídicas" (ARAÚJO, 2011, p. 105-106).

Outro elemento estruturante relaciona-se à aplicação, como baliza regulatória, do princípio da democracia econômica, social e cultural, ou seja, os atos da Administração vinculam-se sempre à articulação de uma estrutura estatal cujo fim último é o de propiciar, em caráter universalista, serviços relativos à seguridade social (saúde, previdência social e assistência social) e à educação. Nesse sentido, é relevante afirmar que tal vinculação

> "não proíbe que tais prestações sejam asseguradas por esquemas organizatórios jurídico-privados ou por entidades autônomas. Isto porque, contemporaneamente, o Estado Democrático Social de Direito pode ser descrito como um processo político-organizativo socialmente ativo, mas que não está obrigado à prestação de serviços de forma direta. (...)" (ARAÚJO, 2011, p. 107-108).

Um sétimo elemento é a noção de que aquele princípio da democracia econômica, social e cultural serve como limite à revisão do texto constitucional. No caso português, isso se evidencia no artigo 288º da CRP, mormente nas alíneas *e*, *f* e *g*:

> "Artigo 288º (Limites materiais da revisão) As leis de revisão constitucional terão de respeitar: a) A independência nacional e a unidade do Estado; b) A forma republicana de governo; c) A separação das Igrejas

> do Estado; d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; *e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais; f) A coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; g) A existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista;* (...)" (PORTUGAL, 1976, grifo nosso).

A esse mesmo princípio está relacionado o artigo 79 da LFB, em especial o inciso 3, que veda qualquer alteração nas já mencionadas disposições relativas à proteção da dignidade da pessoa humana e à vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais (artigo 1) e ao *demokratischer und sozialer Bundesstaat* (artigo 20):

> "Artikel 79 [Änderung des Grundgesetzes] (1) Das Grundgesetz kann nur durch ein Gesetz geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt (...) (3) Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder *die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig*" (ALEMANHA, 2007, grifo nosso).[8]

Tais determinações também se projetam na CRFB, sobretudo no parágrafo 4º do artigo 60.[9]

Por fim, o oitavo elemento estruturante e certamente o de maior relevância: a proibição do retrocesso social – princípio mediante o qual se garantiriam todos os direitos econômicos e sociais já postos em prática e institucionalmente consolidados na estrutura do Estado Democrático Social de Direito. Em relação a eles, haveria a inquestionável irreversibilidade de uma forma de direito subjetivo, o que implicaria a imposição de limites jurídicos à tarefa legislativa. Desse modo, existiria um "núcleo essencial" a consubstanciar a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana e a implicar a imposição da manutenção e da ampliação permanente dos patamares "civilizatórios" já alcançados.

Contudo, há que ressaltar uma velha dicotomia – "mínimo existencial" *vs*. "reserva do possível" – que faz do princípio da proibição do retrocesso relativamente ao "núcleo essencial" uma vedação que não se pode tomar como absoluta. A esse respeito, Sarlet (2009, p. 432-434) afirma:

---

[8] Artigo 79 [Reforma da Lei Fundamental] (1) A Lei Fundamental só pode ser reformada por uma lei que expressamente modifique ou complemente seu texto. (...) (3) *Não é permitida* qualquer modificação da presente Lei Fundamental que afete a organização da Federação em *Länder*, ou o princípio da participação dos *Länder* na legislação, *ou os princípios enunciados nos artigos 1 e 20*.

[9] Art. 60 (...) § 4º *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:* I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – *os direitos e garantias individuais* (BRASIL, 1988, grifo nosso).

> "a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto das prestações materiais que asseguram, a cada indivíduo, uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial (...)."

Em outras palavras, o conceito de mínimo existencial vai muito além de assegurar a simples subsistência física, de modo que não está restrito a uma noção simplista de um "mínimo vital", definido como aquele *minimum* – como o concebem certas correntes neoliberais – relativo tão somente à garantia do exercício de um pequeno leque de liberdades fundamentais.

4. A Constituição Cidadã e a nova ordem social

O processo de democratização do Brasil promoveu, a partir da promulgação da CRFB, em 1988, uma importante reforma no sistema de proteção social do País. Entre os 250 artigos da Carta Magna, encontram-se expressos fundamentos e disposições relativos à superação da miséria, a fim de garantir direitos e de concretizar o princípio da igualdade e o da dignidade da pessoa humana.

Já em seu Preâmbulo, como vimos, asseguram-se os "direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" (BRASIL, 1988, p. 3). No artigo 1º, III, afirma-se que um dos cinco fundamentos em que se assentam a República e o Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana.[10] Menos generalista é o artigo 3º, que trata dos objetivos da República, entre os quais estão a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos ou discriminação.[11]

O artigo 5º, o mais extenso da CRFB, com 78 incisos, insere-se no Título II ("Dos Direitos e Garantias Fundamentais"), no capítulo referente aos direitos e deveres individuais e coletivos. Em seu *caput*, formula-se o postulado da igualdade formal ("perante a lei").[12] Também relacionado às políticas públicas de superação da miséria é o artigo 6º, que, entre os direitos sociais, prescreve a proteção aos desamparados.[13]

Mais à frente, o artigo 170, que encabeça o título "Da Ordem Econômica e Financeira", enfatiza o primado da justiça social, além de explicitar a redução das desigualdades regionais.[14]

---

[10] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; *III – a dignidade da pessoa humana;* IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. *Parágrafo único*. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988, grifo nosso).

[11] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade *livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos,* sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988, grifo nosso).

[12] 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: I – homens e mulheres são *iguais* em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...) (BRASIL, 1988, grifo nosso).

[13] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a *assistência aos desamparados,* na forma desta Constituição (BRASIL, 1988, grifo nosso).

[14] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do *trabalho humano e na livre iniciativa, tem* por fim assegurar *a todos existência digna,* conforme os ditames da *justiça social,* observados os seguintes princípios: I –

E bem estreitamente ligado à assistência social é o artigo 203, dentro do capítulo sobre a seguridade social, no qual se expressa a universalidade de sua cobertura, independentemente de contribuição. No seu inciso V, dispõe-se sobre uma política de Estado – mais que política de Governo – que daria origem, anos depois, ao Benefício de Prestação Continuada (BPC).[15]

Ressalte-se aqui como decisiva para a compreensão das políticas de superação da pobreza extrema a Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, que acrescentou os artigos 79, 80, 81 e 82 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Com o primeiro deles, foi instituído, para vigorar a princípio até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FCEP), a ser regulado por lei complementar, com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros o acesso a níveis dignos de subsistência. O FCEP, previsto nesse artigo, teria Conselho Consultivo e de Acompanhamento, com a participação de representantes da sociedade civil. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 67, de 22 de dezembro de 2010, prorrogou por tempo indeterminado o prazo de vigência do FCEP. O artigo 80 versa sobre a composição do FCEP, que abarca: a parcela do produto da arrecadação correspondente a um adicional de 0,08%, aplicável de 18 de junho de 2000 a 17 de junho de 2002, na alíquota da contribuição social de que trata o art. 75 do ADCT; a parcela do produto da arrecadação correspondente a um adicional de 5% na alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), ou do imposto que vier a substituí-lo, incidente sobre produtos supérfluos e aplicável até a extinção do FCEP; o produto da arrecadação do imposto de que trata o artigo 153, inciso VII, da CRFB; as dotações orçamentárias; as doações, de qualquer natureza, de pessoas físicas ou jurídicas do País ou do exterior; e outras receitas a serem definidas na regulamentação do Fundo. O artigo seguinte instituiu um Fundo constituído pelos recursos recebidos pela União em decorrência da desestatização de sociedades de economia mista ou de empresas públicas por ela controladas, direta ou indiretamente. Nos termos do artigo 82 do ADCT, os estados, o Distrito Federal e os municípios deveriam instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata o artigo e com outros que viessem a destinar.[16]

Com essas referências, a última parte deste trabalho descreverá algumas políticas do Estado brasileiro postas em execução com o propósito de efetivar o princípio da igualdade material e o da dignidade da pessoa humana no contexto dessa nova ordem social.

5. As políticas públicas de transferência de renda

5.1. Breve histórico

A CRFB forneceu uma arquitetura institucional básica para as políticas de garantia de renda do País, ao instituir, consoante a previsão do inciso V do seu artigo 203, o primeiro programa assistencial de garantia de renda, o Benefício de Prestação Continuada (BPC),

soberania nacional; II – propriedade privada; *III – função social da propriedade;* IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente (...) *VII – redução das desigualdades regionais e sociais* (...) (BRASIL, 1988, grifo nosso).

[15] Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: *I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;* II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; (...) *V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei* (BRASIL, 1988, grifo nosso).

[16] Ver: ADCT, arts. 79 a 82 (BRASIL,1988).

bem como ao equiparar os benefícios urbanos e rurais, de acordo com o artigo 7º, *caput*, e ao fixar em um salário mínimo o valor-base dos benefícios previdenciários. O grande avanço do BPC decorreu do fato de estar desvinculado de um critério contributivo e distributivo, ao reconhecer a necessidade de amparar pessoas idosas ou com deficiência, as quais, por si sós, não poderiam buscar uma renda de sobrevivência no âmbito do mercado de trabalho. Após o importante marco que representou a adoção do seguro-desemprego, previsto no artigo 7º, II[17], a CRFB avançou na criação de mecanismos de garantia de renda para os cidadãos. Outro passo nessa direção foi a incorporação do trabalhador da agricultura familiar à Previdência.[18]

Contudo, de acordo com Silva (2007)[19], o debate no Brasil a respeito da implementação de programas de transferência de renda só começou a fazer parte da agenda pública a partir de 1991, quando foi apresentado, no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 80/1991, do senador Eduardo Suplicy (1992) (PT-SP), propondo o Programa de Garantia de Renda Mínima (PGRM), cujo objetivo era beneficiar com uma renda mínima todos os brasileiros maiores de 25 anos de idade residentes no País. A partir de então, instaurou-se um processo que, analisado hoje, pode ser dividido em ao menos cinco etapas, a contemplar um período que vai desde as primeiras proposições de programas de renda mínima, até a implantação, a partir de maio de 2012, da Ação Brasil Carinhoso, no contexto do Plano Brasil Sem Miséria.

Desse modo, quando se intenta uma sistematização do desenvolvimento histórico dos programas de transferência de renda no Brasil, pode-se considerar aquele ano de 1991 como o marco inicial da Primeira Etapa, caracterizada por uma discussão que se ampliaria nos anos seguintes. Assim, o primeiro momento no processo de construção histórica dos programas de transferência de renda no País caracteriza-se pela instituição do caloroso debate sobre essa temática já na moldura do Estado Democrático Social de Direito.

Segundo Silva (2007), ainda em 1991, a discussão sobre renda mínima no País passa a incorporar novos elementos; com eles, introduz-se a ideia de articular a garantia de uma renda mínima familiar com a educação. No debate em que se apresentava a noção de "condicionalidade", propunha-se uma transferência monetária direta e equivalente a um salário mínimo a toda família que mantivesse a frequência regular de seus filhos ou dependentes de 7 a 14 anos de idade na escola pública. O vínculo com a escola não só poderia alavancar os níveis do próprio Ensino Fundamental e do Médio, como também poderia assegurar a adequada focalização dos programas de transferência para as famílias pobres cuja renda seria difícil comprovar. Desse modo, procurava-se pôr em marcha uma política de cunho social que pudesse, de um lado, em caráter emergencial, aliviar a pobreza no curto prazo e, de outro, a longo termo, reduzir sua reprodução.

Alguns anos depois, já em 1995, implementar-se-iam experiências nas esferas municipal e distrital: em Campinas (na gestão do prefeito Magalhães Teixeira, do PSDB), em Ribeirão

---

[17] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos *e rurais*, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) II – *seguro-desemprego*, em caso de desemprego involuntário; (...) (BRASIL, 1988, grifo nosso).

[18] Art. 201, § 7º: É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, *reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural,* o garimpeiro e o pescador artesanal (BRASIL,1988, grifo nosso).

[19] O histórico que segue é baseado, sobretudo, no trabalho de Maria Ozanira da Silva e Silva (2007).

Preto (na gestão de Antônio Palocci Filho), em Santos (na gestão de David Capistrano Filho) e no Distrito Federal (na gestão de Cristovam Buarque) – estes três últimos então filiados ao PT (JUSTO, 2007). Tais experiências pioneiras marcam a Segunda Etapa do processo, com o início da operação daquelas propostas. Outras ações seriam depois postas em execução em outros estados e municípios. Em 1995 e 1996, advieram as primeiras iniciativas do Governo Federal, já no primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso, com a criação do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Peti) e com o início da implementação do BPC, previsto no artigo 203, V, da CRFB e instituído pela Lei Orgânica da Assistência Social (Loas) (BRASIL, 1993a). Criado em 1995, o Peti é um programa do Governo Federal que, diferentemente de outros, não foi extinto nem formalmente incorporado ao PBF em 2004. O Peti visava a erradicar todas as formas de trabalho de crianças e adolescentes menores de 16 anos e garantir que frequentassem a escola e atividades socioeducativas.

A Terceira Etapa iniciou-se em 2001, no final do segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso. A grande marca dessa fase foi o desenvolvimento dos programas já criados e a concepção de outros, como o Programa Nacional de Renda Mínima Vinculada à Educação, mais conhecido como Bolsa Escola (PBE), o Programa Nacional de Renda Mínima Vinculada à Saúde, ou simplesmente Bolsa Alimentação (PBA), e o Auxílio Gás (PAG) – geridos, respectivamente, pelo Ministério da Educação, pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério de Minas e Energia. Ainda que implementados de forma descentralizada, esses programas chegaram a atingir a quase totalidade dos municípios brasileiros. Ao alcançarem uma dimensão geográfica sem precedentes, passaram a ser considerados como a alavanca de uma grande rede nacional de proteção social.

O ano de 2003 pode ser tomado como o princípio de uma Quarta Etapa no processo de implementação das políticas de transferência de renda no País, com o início do primeiro mandato de Luiz Inácio Lula da Silva, que sinalizou a prioridade do combate à fome e à pobreza no País. Significou mudanças quantitativas e qualitativas, direcionadas para a construção de uma política centralizada e de âmbito nacional. No mesmo ano, criou-se o Cartão-Alimentação, do Programa Fome Zero (PFZ), que consistia numa transferência de R$ 50,00, durante seis meses, para famílias com renda *per capita* menor que a metade do salário mínimo, e tal período poderia ser prorrogado até o máximo de dezoito meses. O escopo do PFZ era enfrentar o desafio da insegurança alimentar enquanto outras medidas – as chamadas "ações estruturantes" – estariam sendo implementadas a fim de assegurar que as famílias se pusessem a salvo dessa iníqua forma de insegurança (SILVA, 2007).

Instituiu-se, enfim, em outubro de 2003, o Programa Bolsa Família (PBF), com o desafio de unificar todos os programas de transferência de renda de âmbito nacional, a fim de estancar o desperdício de recursos e de esforços resultante de problemas advindos do cadastramento descentralizado de beneficiários. Paralelamente, houve significativa elevação dos recursos orçamentários destinados aos programas. Ainda durante a Quarta Etapa, como mais uma medida no sentido de assegurar a unificação e a expansão dos programas de transferência de renda, criou-se o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), com a fusão de dois ministérios: o da Assistência Social (MAS) – nascido do Ministério de Assistência e Promoção Social (MAPS) – e o Ministério Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome (MESA).

Pode-se tomar o ano de 2011 como o começo da Quinta Etapa. Já no início do mandato

de Dilma Rousseff, em 2 de junho do mesmo ano instituiu-se o Plano Brasil Sem Miséria (PBSM), com a finalidade de superar a situação de extrema pobreza no âmbito do território brasileiro, mediante a integração articulada de políticas, programas e ações, executados sob a responsabilidade não somente da União (em colaboração com os estados, o Distrito Federal e os municípios), mas também de toda a sociedade. A instituição do PBSM, que ecoava em sua execução o lema da nova administração federal – "País rico é país sem pobreza" –, destinava-se especialmente aos cerca de 16 milhões de brasileiros em situação de extrema pobreza, uma população com renda familiar *per capita* mensal menor que R$ 70,00, em valores da época. Entre suas diretrizes estavam a garantia dos direitos sociais e do acesso aos serviços públicos e às oportunidades de ocupação e de renda, e a articulação de ações de garantia de renda, voltadas à melhoria das condições de vida dessa população. Também levava em conta a multidimensionalidade da situação de pobreza, sempre por meio da atuação integrada dos órgãos da administração pública federal com os governos estaduais, distrital e municipais e com a sociedade.

5.2. O PBF e o PBSM

O Programa Bolsa Família (BRASIL, 2004) foi criado por meio da Medida Provisória nº 132, de 2 de outubro de 2003, depois convertida na Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004. De acordo com o artigo 1º da Lei, o PBF dirigia-se às ações de transferência de renda com condicionalidades e tinha por finalidade a unificação dos procedimentos de gestão e execução das ações de transferência de renda do Governo Federal, especialmente as do PBE, do PBA, do PAG e do Cadastro Único do Governo Federal (Cadúnico) – como se viu, todos instituídos no final do mandato de Fernando Henrique Cardoso –, e do sucedâneo do PFZ, o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (PNAA), criado em 2003.

Com a criação do PBF, entre 2003 e 2004, não apenas se racionalizou o provimento de um mecanismo de transferência de renda na sociedade brasileira, como também se consolidou uma forma de benefício não vinculada aos riscos inerentes às flutuações do mercado de trabalho. Era uma forma de enfrentar o desafio de combater a pobreza em que vive grande parte da população – trabalhadora ou não.

Com efeito, para além da transferência monetária, o PBF buscou o desenvolvimento de ações complementares nos âmbitos do trabalho, da educação e da saúde, de maneira a possibilitar que crianças e adolescentes de seis a quinze anos tivessem acesso a escolas e a postos de saúde, e os adultos da família, acesso à alfabetização, capacitação profissional, pequeno crédito, além de serem oferecidas ações de saúde para mulheres grávidas, objetivando integrar esforços para permitir a chamada "autonomização das famílias". Aliás, quanto a isso, de acordo com muitos pesquisadores e especialistas em políticas de transferência de renda[20], o traço original do PBF não foi a negação dos programas de transferência de renda anteriores (PBE, PBA, PAG etc.), mas a sua unificação para

[20] A esse respeito, vejam-se as pesquisas realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e pelo próprio MDS. É inestimável o valor dos trabalhos realizados por inúmeros especialistas no tema. Merecem destaque as pesquisas empreendidas por: Ricardo Paes de Barros, Marcelo Cortes Neri, Márcio Pochmann, Jorge Abrahão de Castro, Lúcia Modesto, Rosani Cunha, Lena Lavinas, Mirella de Carvalho, Sergei Soares, Samuel França, Rosane Mendonça, Ricardo Henriques, Marcelo Medeiros, Tatiana Feitosa de Britto, Fábio Soares Veras, Márcia Lopes, Luciana Jaccoud, Patrícia Dario El-Moor Hadjab, Juliana Rochet Chaibub, Márcia Lopes, Rômulo Paes de Sousa, Rafael Guerreiro Osório, Maria Ozanira da Silva e Silva, entre muitos outros.

que o governo federal atingisse maior grau de racionalidade administrativa.

Em 2011, o MDS divulgara nota sobre o perfil da extrema pobreza no Brasil com base nos dados preliminares do Censo 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Divulgados em abril de 2011, identificavam a população em condições de pobreza extrema. Tais informações foram o substrato para toda a concepção do PBSM, instituído oficialmente algumas semanas depois.[21] Havia em 2010, conforme o IBGE, 6.840.156 brasileiros que subsistiam em domicílios sem rendimento. Ao IBGE também fora solicitado que fizesse um recorte que abrangesse somente os residentes em domicílios cujas características revelassem uma probabilidade maior de enquadramento no perfil de pobreza extrema. Para a composição desse perfil, adotaram-se critérios para apurar esse segmento populacional no universo dos sem-rendimento. Ao final, chegou-se ao número correspondente ao total de pessoas em pobreza extrema – 16.267.197 de brasileiros (MDS, 2011b).

Acresce que, em 2011, de acordo com os critérios do IBGE, encontrava-se abaixo da linha da pobreza quem fizesse parte de um domicílio com renda mensal nominal *per capita* inferior a R$ 70,00. O mesmo estudo do IBGE mostra a distribuição da população abaixo daquela linha nas macrorregiões e também nos estados e no Distrito Federal (veja a Tabela 1).

De acordo com a Tabela 1, a proporção de população extremamente pobre era de 8,53%, o que totalizava cerca de 16,2 milhões de cidadãos. Quanto às regiões, era evidente a distribuição desigual de pobres. Na região Sudeste, onde estavam mais de 42% dos brasileiros, havia menos de 17% das pessoas a viverem abaixo da linha da pobreza extrema, ao passo que, na região Nordeste, onde se situavam 28% dos brasileiros, encontravam-se 59% dos extremamente pobres do País. Se à última se acrescesse a região Norte, chegar-se-ia a mais de três quartos das pessoas abaixo daquela linha. Na razão entre o número de extremamente pobres e o percentual no Brasil, chegava-se à conclusão de que, no NE e no N, os percentuais de extremamente pobres eram respectivamente 18,1% e 16,76%, ou seja, mais que o dobro daquela proporção nacional,

TABELA 1: População e pessoas em situação de extrema pobreza por regiões, 2010

	Distribuição Populacional		Distribuição Extrema Pobreza		
Regiões	**População(A)**	**% do Brasil**	**Nr Pessoas(B)**	**% do Brasil**	**Proporção(B/A)**
Centro-Oeste	14.058.094	7,37%	557.449	3,43%	3,97%
Nordeste	53.081.950	27,83%	9.609.803	59,07%	18,10%
Norte	15.864.454	8,32%	2.658.452	16,34%	16,76%
Sudeste	80.364.410	42,13%	2.725.532	16,75%	3,39%
Sul	27.386.891	14,36%	715.961	4,40%	2,61%
BRASIL	**190.755.799**	**100,00%**	**16.267.197**	**100,00%**	**8,53%**

Fonte: elaboração LEP/CAEN, a partir dos Resultados Preliminares do Censo 2010 do IBGE, 2011.

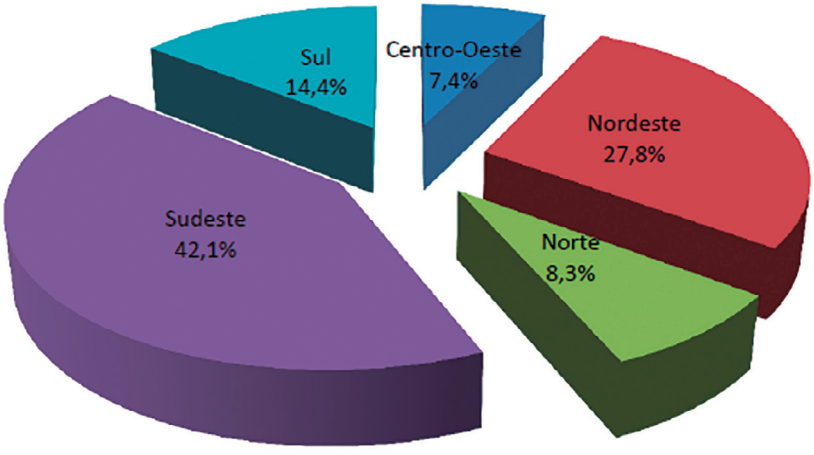
[21] O PBSM sustentava-se em três eixos articuladores das ações coordenadas pelo MDS: a transferência de renda, o acesso a serviços públicos e a inclusão produtiva. Com base naqueles dados, estabeleceu-se em R$ 70,00 a linha de extrema pobreza, a qual considerava a renda domiciliar mensal per capita. Ou seja: era considerado extremamente pobre qualquer cidadão com rendimento igual a ou menor que R$ 70,00.

8,53%. Bem distantes eram os números relativos às demais regiões: 3,97%, 3,39% e 2,61% para as regiões Centro-Oeste, Sudeste e Sul, respectivamente. Ficava evidente, pois, a disparidade entre dois conjuntos de regiões: de um lado, CO, SE e S, com proporções semelhantes entre si e bem inferiores à nacional, e, de outro, as regiões N e NE. Com tais dados, puderam ser construídas as duas figuras seguintes: uma com a distribuição da população brasileira por regiões (Figura 1) (MANSO et al., 2011) e outra com a distribuição da população brasileira extremamente pobre por regiões (Figura 2) (MANSO et al., 2011).

para a região Norte: nela, apesar de apenas 26,47% da sua população viverem na zona rural, 56,42% desta viviam em condições de extrema pobreza.

Foi fundamentado nesses dados – bem como obviamente em inúmeros outros – que o Decreto nº 7.492, de 2 de junho de 2011, instituiu o Plano Brasil Sem Miséria (PBSM), com a finalidade de superar a situação de extrema pobreza no âmbito do território brasileiro, mediante a integração articulada de políticas, programas e ações, executados sob a responsabilidade não somente da União (em colaboração com os estados, o Distrito Federal e os

FIGURA 1: Distribuição populacional por regiões, Brasil, 2010



Fonte: elaboração LEP/CAEN, a partir dos Resultados Preliminares do Censo 2010 do IBGE, 2011

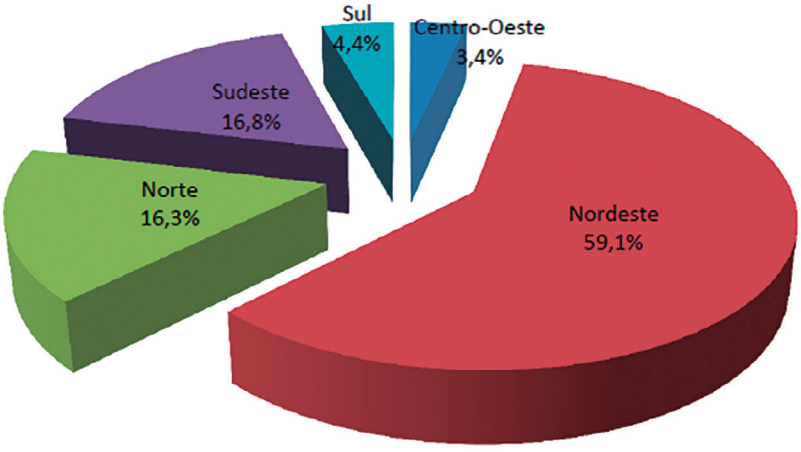
Em contrapartida, a Tabela 2 evidencia a distribuição populacional geral e a dos extremamente pobres, e leva em conta tanto as regiões do País, quanto as áreas rurais e urbanas. Ela mostra claramente que a miséria no Brasil estava distribuída de forma desigual: nas zonas rurais, viviam apenas 15,64% dos brasileiros, mas aproximadamente 47% da pobreza extrema no País estavam situados nelas. Isso pode ser observado em todas as regiões, com destaque

municípios), mas também de toda a sociedade (BRASIL, 2011).

De acordo com aquele decreto , destinava-se o PBSM à população em situação de extrema pobreza – assim considerada aquela com renda familiar *per capita* mensal de até R$ 70,00[22]. Tinha, entre suas diretrizes: a garantia dos direitos sociais e do acesso aos serviços públicos e às

[22] Art. 2º (BRASIL, 2011).

FIGURA 2: População extremamente pobre por regiões, Brasil, 2010



Fonte: elaboração LEP/CAEN, a partir dos Resultados Preliminares do Censo 2010 do IBGE, 2011

TABELA 2: População e pessoas em situação de extrema pobreza por áreas, 2010

	Distribuição Populacional				Distribuição Extrema Pobreza			
Regiões/Áreas	**Rural**	**%**	**Urbana**	**%**	**Rural**	**%**	**Urbana**	**%**
Centro-Oeste	1.575.131	11,20%	12.482.963	88,80%	184.561	33,11%	372.888	66,89%
Nordeste	14.260.704	26,87%	38.821.246	73,13%	5.049.317	52,54%	4.560.486	47,46%
Norte	4.199.945	26,47%	11.664.509	73,53%	1.499.951	56,42%	1.158.501	43,58%
Sudeste	5.668.232	7,05%	74.696.178	92,95%	580.908	21,31%	2.144.624	78,69%
Sul	4.125.995	15,07%	23.260.896	84,93%	278.615	38,91%	437.346	61,09%
BRASIL	**29.830.007**	**15,64%**	**160.925.792**	**84,36%**	**7.593.352**	**46,68%**	**8.673.845**	**53,32%**

Fonte: elaboração LEP/CAEN, a partir dos Resultados Preliminares do Censo 2010 do IBGE, 2011.

oportunidades de ocupação e renda; a articulação de ações de garantia de renda, voltadas à melhoria das condições de vida dessa população (levando-se em consideração a múltipla dimensionalidade da situação de pobreza); e a atuação integrada dos órgãos da administração pública federal com os governos estaduais, distrital e municipais e com a sociedade.[23]

Entre os objetivos do Plano, segundo o Decreto, estava elevar a renda familiar *per capita* da população em situação de extrema pobreza e ampliar seu acesso aos serviços públicos, além de propiciar oportunidades de ocupação e renda, por meio de ações de inclusão produtiva. Nesse sentido, utilizava-se o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (Cadúnico).[24] Presente em todos os municípios

[23] Art. 3º (BRASIL, 2011).

[24] Decreto nº 6.135, de 26 de junho de 2007, que cria o Cadúnico. O Cadúnico é a porta de acesso ao PBSM e a outros programas sociais do Governo Federal, como o PBF, o Programa Luz Para Todos (LPT), o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec), o Pro-

do País, o Cadúnico garantiria o acesso a diversos benefícios e programas sociais importantes para as famílias brasileiras de baixa renda – uma solução que se tornou referência mundial no combate à pobreza extrema. Esse cadastro nacional passou a ser instrumento básico para a identificação do público e o planejamento das ações do PBSM, e a constituir o "Mapa da Pobreza".[25]

Conforme já se afirmou, um dos principais fundamentos da gestação e da gestão do PBSM foi a Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD), realizada pelo IBGE em 2010. No Brasil, segundo a mesma PNAD, entre 2003 e 2010, cerca de 28 milhões haviam saído da pobreza e 36 milhões tinham entrado na classe média; todavia, 16,27 milhões ainda estavam na pobreza extrema, distribuídos conforme se viu na Tabela 1 e nas Figuras 1 e 2.

Em face disso, o PBSM foi concebido com o objetivo de beneficiar, por meio de ações nacionais e regionais, brasileiros cuja renda familiar, dividida por seus membros, fosse menor que 70 reais. Assim, por exemplo, no meio rural, buscou-se o aumento da produção, da assistência técnica, do fornecimento de sementes e do apoio à comercialização, ao passo que, no meio urbano, intentou-se qualificar mão de obra e identificar oportunidades de emprego para os mais pobres. Acresce-se a isso a ampliação de programas já existentes, como o próprio PBF, o Brasil Alfabetizado (PBA), a Previdência Rural, entre outros.

5.3 Alguns resultados

Mesmo antes de 2003, já havia os que criticassem os programas do governo precedente – como o PBE e o PBA –, tidos como ações de natureza "assistencialista" e eleiçoeira. Entretanto, a unificação daqueles programas com a criação do PBF, o aumento da eficiência resultante da rigorosa observância das exigências relativas ao cumprimento das condicionalidades – as quais, por sua vez, contribuíram para melhorias significativas no plano da educação e da saúde, sobretudo de crianças e adolescentes, de gestantes e nutrizes –, além da oxigenação da economia de pequenas ou minúsculas comunidades urbanas e rurais, entre outros avanços, fizeram refluir a intensidade daquelas críticas.[26]

---

grama Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado (Crescer), o Assistência Técnica e Extensão Rural (Ater), o Água para Todos (APT), o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais (Fomento), o Pró-Jovem e o Minha Casa Minha Vida (BRASIL, 2007).

[25] Decreto nº 7.492, arts. 4º e 5º (BRASIL, 2011).

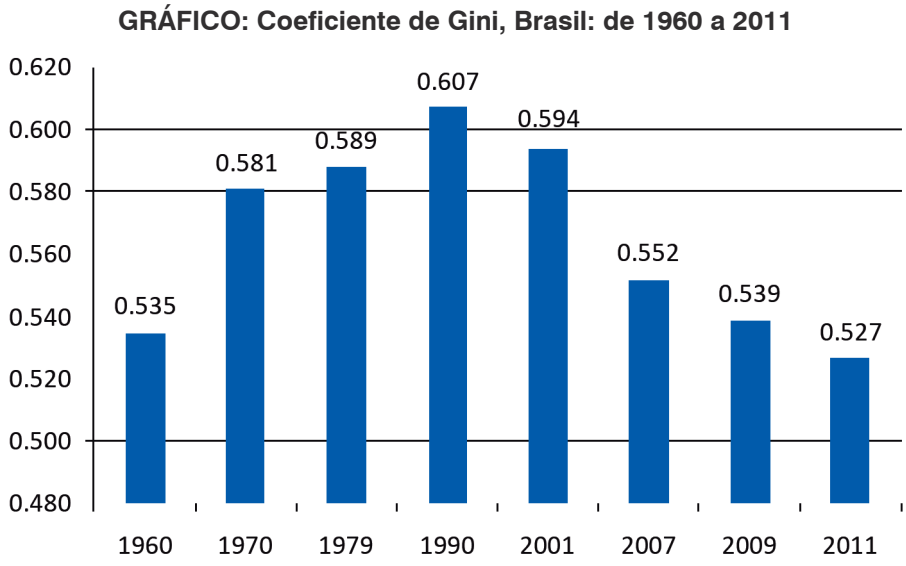
[26] A respeito dos acertos e desacertos das políticas de transferência de renda, leiam-se os trabalhos coordenados por Neri (2005, 2007, 2010).

Ademais, bem ao contrário daquilo em que muitos acreditavam, o PBF revelou-se um programa governamental relativamente barato. Em outras palavras, com o aprimoramento do Cadúnico, o PBF estava transferindo recursos mininos aos que tinham necessidades máximas. Tal fato significava um impacto imenso, ao provocar efeitos sobre as parcelas populacionais que, mais carentes, tendiam a despender os recursos transferidos e, por conseguinte, a tornar mais dinâmica a vida econômica dos lugarejos mais distantes dos grandes centros econômicos, sobretudo nas regiões Norte e Nordeste. Além disso, já se comprovara que, a cada real investido no PBF, promovia-se o incremento do Produto Interno Bruto em R$ 1,44. Em grande medida, tal dinamização foi responsável pela geração de um "colchão protetor", que amorteceu os impactos da crise mundial iniciada em 2008.[27]

Assim, pode-se asseverar que, entre o final do segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso e o início dos mandatos de Luiz Inácio Lula da Silva, iniciava-se a consolidação de um efetivo Estado Democrático Social de Direito, com novas estratégias de democracia econômica e social, favorecidas pelo crescimento econômico, pela dinamização do setor de emprego formal e a valorização real do salário mínimo, pelo saneamento e o equilíbrio das contas públicas, pelo aprofundamento das políticas públicas de inclusão produtiva e de transferência de renda. Nesse novo cenário, dados do IPEA e da FGV tinham demonstrado que os níveis de desigualdade haviam decrescido continuamente e mantiveram essa tendência entre 2003 e 2012, período que já abrange, pois, o mandato de Dilma Rousseff, iniciado em 2011. Naquele mesmo ano, implantar-se-ia o Plano Brasil Sem Miséria, e o PIB do Brasil ultrapassaria o do Reino Unido, alçando o País à condição de sexta economia do planeta.

Estima-se que a diminuição da desigualdade entre 2004 e 2012 se deva, em grande medida – cerca de um terço –, à renda do trabalho, graças ao aumento do número de empregos formais e à valorização real e contínua do salário mínimo. De outro lado, as políticas de transferência condicionada de renda teriam contribuído com cerca de um quinto para aquela redução. Em razão das condicionalidades, melhoraram paralelamente os indicadores educacionais, ainda que em um nível aquém do desejável. Contudo, no confronto entre a renda do trabalho e a renda resultante de transferência pelo PBF, ressalte-se que aquela obviamente teve maior impacto, por alcançar individualmente um número mais amplo de brasileiros, ao passo que esta afetou uma base numericamente menor, mas

[27] Vejam-se também os trabalhos da Fundação Getúlio Vargas e os inúmeros Textos de Discussão do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, todos disponíveis na rede mundial de computadores.



Fonte:IPEA, 2012, a partir dos microdados da PNAD, PME e Censo-IBGE e Langoni (1973)

apresentou um custo bem inferior sob o ponto de vista fiscal.[28]

Também atesta a diminuição da desigualdade, durante a chamada "década da inclusão social", a melhora significativa do Brasil no coeficiente de Gini. Conforme levantamento feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, esse indicador – uma das mais confiáveis referências na mensuração da distribuição de renda – alcançou em 1990 o pico para os últimos cinquenta anos, quando foi cravado 0,607 ponto. Conforme demonstra o gráfico acima (COSTA, 2012), a partir daquele ano o indicador traçou uma curva descendente e chegou a 0,527 em 2011.

6. Considerações finais

Em que pesem os avanços, são muitos os desafios a serem enfrentados pelas três esferas federadas para a definitiva consolidação do Estado Democrático Social de Direito. O repto relaciona-se à provisão deficitária de serviços essenciais, flagrante especialmente na precariedade do sistema de saneamento básico nos lugares onde se concentram os bolsões de extrema pobreza, e na ainda baixa qualidade dos serviços de educação, bem como dos de saúde, seja nos aspectos preventivos, seja nos curativos, seja nos reabilitadores. Devem-se ainda aprofundar mecanismos de inclusão produtiva, tanto no campo, quanto na cidade, e criar espaços em que se tornem efetivas as formas de comunicação entre a sociedade e o Estado.

Ademais, integrar as três esferas do poder público é imprescindível para a consecução efetiva, eficiente e eficaz das políticas públicas de redução das iniquidades que ainda alcançam milhões de cidadãos brasileiros, mas que também se manifestam nas desigualdades socioeconômicas entre as macrorregiões do País. Nesse contexto, devem ser aprofundadas e aperfeiçoadas não apenas as políticas bem-sucedidas, mas também as próprias relações

[28] A respeito, leiam-se os resultados divulgados pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, especialmente a *Revista Plano Brasil Sem Miséria: um ano de resultados (pdf)* (BRASIL, 2012).

entre o governo federal, os 26 governos estaduais e o distrital, e as mais de 5.500 administrações municipais, com o fim de que se racionalizem esforços e o Estado Democrático Social de Direito esteja de fato presente na vida dos milhões de brasileiros extremamente pobres. É esse o objetivo do aprimoramento contínuo de estratégias como o Busca Ativa, o Mapa da Pobreza, o Mapa das Carências de Oferta de Serviços Públicos, o Mapa de Oportunidades, as políticas de financiamento para microempreendores, entre outros instrumentos.

Paralelamente a esse processo, toda a experiência acumulada pelos poderes públicos, que, nos últimos anos, têm atuado de modo a integrar ministérios e secretarias estaduais e municipais, além da iniciativa privada, deverá dirigir-se à consecução de outras políticas. Com novo recorte e novo caráter, elas deverão ser postas em execução com o propósito de, entre as muitas tarefas, contribuir para aprimorar o fornecimento de bens e serviços essenciais – como a educação e a saúde –, a fim de que se atenda ao inevitável crescimento das camadas médias, engrossadas nos últimos anos por dezenas de milhões de brasileiros. Estes passaram a ter novas demandas, ao deixarem a linha da pobreza em virtude do crescimento econômico com distribuição de renda, da valorização real da renda do trabalho e das aposentadorias, bem como das políticas de transferência condicionada de renda, como o Programa Bolsa Família, além das outras ações que compõem o Plano Brasil Sem Miséria.

Seja como for, é evidente que os níveis da desigualdade e da pobreza extrema continuam em declínio, em uma velocidade muito mais intensa que a preconizada pelos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), estabelecidos pela Organização das Nações Unidas. Muito provavelmente a execução do PBSM em 2011 e, dentro dele e associado ao PBF, a implementação do programa Ação Brasil Carinhoso em 2012 poderão significar uma aceleração na superação das metas estabelecidas para 2014, muito embora a erradicação da pobreza continue sendo o "santo graal" do Estado Democrático Social de Direito brasileiro, em razão de a lógica de geração de desigualdades e de concentração de renda ser inerente ao modo de produção capitalista. De qualquer forma, à medida que os programas implementados pela nova ordem social – e que perfazem as políticas públicas das três esferas da Federação – concretizarem a superação da pobreza extrema, tenderão a diminuir as próprias causas da existência e do âmbito de irradiação das ações compensatórias relativas à igualdade material e à dignidade da pessoa humana.

São, portanto, enormes os desafios para que se alcancem os patamares "desejáveis" de efetivação, no Brasil, do princípio da igualdade material e da dignidade da pessoa humana. Trata-se de desafios relacionados não só à distribuição de renda, mas também ao acesso a bens e serviços e, em

especial, à saúde e à educação. Em outras palavras: ainda que o Estado brasileiro tenha conseguido alcançar a meta de diminuir acentuadamente a pobreza extrema, por meio de programas de transferência condicionada de renda e de inclusão produtiva e social, a redução da iniquidade ainda está aquém dos desígnios que um efetivo Estado Social intenta alcançar.

Se o Estado Democrático Social de Direito instaurado no Brasil com a Constituição de 1988 é aquele que se sujeita aos princípios que dela irradiam, disso decorre o seu dever-poder de levar à consecução os motivos por que foi criado, de pôr no mundo concreto de milhões de seres que titularizam direitos bens e serviços, de forma a que tenham acesso real a eles. Assim se proverá às necessidades mínimas que perfazem a garantia à dignidade, inscrita no inciso III do artigo inaugural da Lei Maior, e se erradicarão as causas e os efeitos das condições subumanas dos que, até agora, permaneciam nas periferias da ágora.

Referências

ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (1949)*: textausgabe. Berlin: Bundestag, 2007. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>. Acesso em: 11 maio 2013.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. *O Estado Democrático Social de Direito em face do princípio da igualdade e as ações afirmativas*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

ARENDT, Hannah. *Les origines du totalitarisme*: l'Impérialisme. Paris: Librairie Arthème Fayard, 1968.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Bauru: Edipro, 2007.

BERTHIAU, Denis. *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats.* Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. *Projeto de lei da Câmara nº 2.561, de 1992 (PLS 80/91)*. Institui o Programa de Garantia de Renda Mínima-PGRM e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1992.

_____. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 dez. 1993a. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=08/12/1993>. Acesso em: 11 maio 2013.

_____. Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995. Regulamenta o Benefício de Prestação Continuada à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993b. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 dez. 1995. Disponível em: <http://

www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=11/12/1995>. Acesso em: 11 jun. 2013.

_____. Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003. Cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jun. 2003a. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=16/06/2003>. Acesso em: 11 jun. 2013.

_____. Medida Provisória nº 132, de 20 de outubro de 2003. Cria o Programa Bolsa Família. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 out. 2003b. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=21/10/2003>. Acesso em: 11 maio 2013.

_____. Medida Provisória nº 108, de 2003. Cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – "Cartão Alimentação". *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 fev. 2003c. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=28/02/2003>. Acesso em: 11 jun. 2013.

_____. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família, altera a Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 jan. 2004. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=12/01/2004>. Acesso em: 11 maio 2013.

_____. Decreto nº 6.135, de 2007. Dispõe sobre o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 jun. 2007. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=3&data=27/06/2007>. Acesso em: 11 jun. 2013.

_____. Decreto nº 7.492, de 2 de junho de 2011. Institui o Plano Brasil Sem Miséria. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 jun. 2011. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=6&data=03/06/2011>. Acesso em: 11 maio 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1995.

COSTA, Gilberto. Pobreza no Brasil caiu em uma década o que era previsto para 25 anos. *Carta Capital*, São Paulo, 25 set. 2012. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/economia/em-2011-brasil-atingiu-menor-indice-de-desigualdade-social-da-historia>. Acesso em: 11 jun. 2013.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously.* New York: Harvard University, 1978.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris,1998.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos*: o breve século XX, 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUSTO, Carolina Raquel Duarte de Mello. *Política de transferência de renda e cidadania no Brasil*: implicações político-sociais dos programas municipais de renda mínima a partir do estudo comparativo dos casos de Campinas, Jundiaí, Santo André e Santos (1995-2006). 2007. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2007.

MANSO, C. et al. *A quem se destina o Plano Brasil Sem Miséria?*: resultados preliminares do censo 2010 do IBGE. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2011.

MBALA, Felicité Mbala. *La notion philosofique de dignité a l'épreuve de sa consécration juridique.* Thèse présentée et soutenue publiquement pour obtenir le grade de docteur en sciences juridiques, le 15 décembre 2009. Lille: Université de Lille 2, 2009.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME (MDS). *Plano Brasil sem Miséria.* Brasília: MDS, 2011a.

_____. *O perfil da extrema pobreza no Brasil com base nos dados preliminares do universo do Censo 2010.* Brasília: MDS, 2011b.

_____. *Distribuição da população e domicílios em extrema pobreza por situação do domicílio.* Brasília: MDS/IBGE, 2011c.

_____. *Programa de erradicação do trabalho infantil*: cartilha do PETI. Brasília: MDS, 2004.

_____. *Revista Plano Brasil Sem Miséria*: um ano de resultados. Brasília: MDS, maio de 2012.

NERI, Marcelo Cortes (Coord.). *Miséria, desigualdade e políticas de rendas*: o Real do Lula. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, 2007.

_____. *Income polices, income distribution, and the distribution of opportunities in Brazil.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2010.

_____. (Coord.). *Miséria em queda*: mensuração, monitoramento e metas. Rio de Janeiro: Centro de Políticas Sociais do IBRE, 2005.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1965. 1 v.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Impr. Nacional-Casa da Moeda, 1976.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROBERT, Paul. *Le Petit Robert 1*: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Le Robert, 1985.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v.1, n. 4, p. 23-48, out./dez. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. *O Bolsa Família*: problematizando questões centrais na política de transferência de renda no Brasil. Revista Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 12, n. 6, p. 1429-1439, nov./dez. 2007.

SUPLICY, Eduardo. *Programa de garantia de renda mínima.* Brasília: Senado Federal, 1992.

SENADO FEDERAL