



**Estado do Rio Grande do Sul**  
**Procuradoria-Geral do Estado**

# **Revista da** **PGE**

**Procuradoria-Geral do Estado RS**

**Nº 56**  
**Dezembro/2002**



# **REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

**Publicação da  
Procuradoria de Informação,  
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional**

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

RPGE	PORTO ALEGRE	V. 25	Nº 56	P. 183	Dez./2002
------	--------------	-------	-------	--------	-----------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado,  
v. 25, nº 56,- 2002 - Porto Alegre, Procuradoria-Geral do  
Estado do Rio Grande do Sul, Procuradoria de Informação,  
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional.  
Periodicidade Semestral.  
Continuação da Revista da Consultoria-Geral do Estado

**ISSN 0101-1480**

Catálogo pela

PGE/PIDAP

*Os artigos de doutrina não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral*

Todos os direitos desta edição reservados pela  
**Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**

Av. Borges de Medeiros, 1501

Fone: (51) 3288-1600

90119-900 - Porto Alegre -RS

Impresso no Brasil/ Printed in Brazil

**OLÍVIO DUTRA**

Governador do Estado

**MIGUEL ROSSETTO**

Vice-Governador do Estado

**PAULO PERETTI TORELLY**

Procurador-Geral do Estado

**IGOR KOEHLER MOREIRA**

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

**RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO**

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

**LIANE ELISA FRISTCH**

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Institucionais

**KATIA ELISABETH WAWRICK**

Corregedora-Geral da PGE

**JUSTINO ADRIANO FARIAS DA SILVA**

Coordenador da Procuradoria de Informação,  
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

## **CONSELHO EDITORIAL**

Paulo Peretti Torelly

(Presidente)

Edmar Vianeí Marques Daudt

Georgine Simões Visentini

José Luis Bolzan de Morais

Justino Adriano Farias da Silva

Marcos Antônio Miola

Ricardo Antônio Lucas Camargo

## **EQUIPE TÉCNICA**

(Execução, revisão e distribuição)

Eliane Silveira

Jornalista Responsável

(MTPS. 7183)

Andréia Regina Grams

Maria Claudia Bassi Polidori

Vera Lúcia Seelig

## **Impressão e acabamento**

VC Artes Gráficas – Márcia Cristina Maffei - ME

Fone: (51) 3336-3707

# SUMÁRIO

**EDITORIAL**.....7

## **DOCTRINA (COLABORADORES EXTERNOS)**

LEGITIMIDADE COMO CONFLITO CONCRETO DO DIREITO POSITIVO. UMA  
COMPARAÇÃO ATUAL ENTRE AS CONSTITUIÇÕES ALEMÃ E BRASILEIRA  
*Friedrich Müller* ..... 11

O ESTADO ADJETIVADO E A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO  
*Joaquim José Gomes Canotilho* ..... 25

CONTORNOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE  
1988  
*Ingo Wolfgang Sarlet* ..... 41

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A GLOBALIZAÇÃO  
*Paulo Bonavides* ..... 63

## **DOCTRINA (Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul)**

LIMITES DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL TRIBUTÁRIA MAIS BENÉFICA  
*Marco Antonio Piazza Pfitscher* ..... 77

A HERMENÊUTICA E A APLICAÇÃO DO DIREITO  
*Edmar Viane Marques Daudt* ..... 93

DIREITOS HUMANOS, GLOBALIZAÇÃO E CONSTITUIÇÃO. Vínculos Feitos, Des-  
feitos e Refeitos.  
*Jose Luis Bolzan de Moraes* ..... 117

## **TRABALHOS FORENSES**

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:  
Limitações com despesas de pessoal  
*Paulo Peretti Torelly e Ricardo Antônio Lucas Camargo* ..... 141



## Democracia e legitimidade

Valores políticos e éticos como igualdade, liberdade, fraternidade, paz e a própria justiça constituem patrimônio universal da humanidade, pois já se disse que só os cétricos não aderem a valores.

O espírito republicano de defesa da coisa pública e o permanente exercício da soberania popular como fonte de todo o poder revigoram o exercício das relações democráticas e repolitizam a legitimidade, que nunca será plena enquanto se limitar aos aspectos formais do mando e da autoridade. A mesma participação popular, que consagrou a transparência e o direito da cidadania de decidir quais são as prioridades na gestão e nos investimentos públicos, constitui hoje o mais vigoroso instrumento de aproximação dos órgãos e poderes do estado das reais necessidades e aspirações do povo.

Dessa forma, não há dúvidas quanto ao papel do Poder Executivo na realização das políticas públicas de maior impacto na sociedade, mas a plena eficácia do serviço público exige o envolvimento do conjunto da sociedade e de todas as esferas de poder e autoridade no estado, nos municípios e na federação.

A totalidade do poder estatal é integrada por um sistema de competências que envolve múltiplos órgãos, poderes e entes públicos. A cooperação entre estes diversos partícipes pressupõe, além de um sistema jurídico onde não haja contradições e tais competências sejam inequívocas, a necessária capacidade política para enfrentar os debates desta agenda institucional permanente e construir consensos nas principais questões de interesse da sociedade e da Nação.

A qualificação da relação entre os entes da federação, especialmente para a construção do desejado pacto de cidadania que supere as desigualdades, expressa a realização da soberania popular. Mas a relação institucional entre os Poderes, no exercício de suas competências específicas, só é perfeita com o acatamento das orientações do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Procuradoria-Geral do Estado, enquanto órgãos inerentes ao planejamento, ao controle e à transparência das ações do Poder Público. Aqui reside a importância de debater o Direito e suas instituições.

A precarização do mundo do trabalho, a agressão ambiental e as práticas econômicas de concentração e de manipulação de preços revelam a importância do espaço institucional dentro da dimensão ética que deve orientar a ação dos entes públicos. O enfrentamento cotidiano de tais desafios pelo poder público tornaria-se inócua sem um adequado suporte jurídico e institucional. Assim, os tempos cada vez mais incertos, deste início de terceiro milênio fazem atuais as palavras de Soljenitsyn: “A violência não existe e não pode existir por si só; ela está invariavelmente entrelaçada com a mentira”.

Os advogados públicos são, portanto, mais que profissionais do Direito a serviço da Justiça, visto que com a enorme gama de atividades estatais, sempre desenvolvidas nos quadros do Direito, são essenciais para o próprio funcionamento do Estado Democrático de Direito. E tal mister, para o seu bom desem-

penho, ganhou o *status* de instituição autônoma, possuindo discernimento próprio, alheio à obrigação de observar ordens ou comandos estranhos ao ideário institucional, pelo que a independência intelectual e a estabilidade funcional constituem garantias de tal intento.

A Advocacia Pública exerce, com responsabilidade, lucidez e combatividade, a defesa e a orientação jurídicas dos entes públicos na garantia do bem comum. É, desta forma, sempre oportuno lembrar um dos mais belos preceitos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994) quando, certamente inspirado na passagem em que Aristóteles lembra que não há Justiça sem coragem, instituiu em norma jurídica – § 2º do art. 31 – o preceito de que: “Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.”

Afirmar uma consciência republicana que supere em definitivo o patrimonialismo da administração pública e permita a construção de políticas públicas que combatam a exclusão social e reafirmem um compromisso com o processo civilizatório passa, entretanto, por uma permanente combinação entre a elaboração científica e a intervenção prática, pelo que a edição de mais este número da Revista da PGE renova a contribuição de nossa instituição na construção desta *praxis*.

Nesta edição da Revista da PGE, temos a grata satisfação de contar, ao par da renovada produção científica dos colegas Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, com a reflexão de consagrados constitucionalistas pátrios e de além-mar que visitam e avançam na fronteira das questões mais atuais para a organização e o aperfeiçoamento da ordem política e constitucional. Os contornos do Direito à saúde em nossa dogmática e a efetividade dos direitos fundamentais diante da globalização, bem como a teoria da constituição e a definição – ou adjetivação – do Estado dão a dimensão prática e a importância da legitimidade na efetivação da materialidade da ordem constitucional.

Uma boa leitura!

Paulo Peretti Torelly

Procurador-Geral do Estado

**DOCTRINA**  
**(Colaboradores Externos)**



LEGITIMIDADE COMO CONFLITO CONCRETO DO  
DIREITO POSITIVO.  
UMA COMPARAÇÃO ATUAL ENTRE AS CONSTITUIÇÕES  
ALEMÃ E BRASILEIRA\*

Friedrich Müller

---

\* Palestra proferida em Natal (30.10.1998), Rio de Janeiro (IAB/Goethe, 4.11.1998) e Belo Horizonte (Escola do Legislativo, 5.11.99) e publicada inicialmente, nos *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, Separata n. 9, jul./dez. 1999.

O tradutor agradece pelas esclarecedoras e instrutivas revisões de Georghio Alessandro Tomelin (São Paulo) e Menelick de Carvalho Netto (Belo Horizonte). A forma atual do texto deve muito às contribuições dos dois juristas. Eventuais imperfeições são de exclusiva responsabilidade do tradutor.

## 1 - Sobre conceitos e modelos de legitimação

Por “legitimidade”, os juristas compreendem quase sempre uma “correção” [“Richtigkeit”] do direito, que deve provir de “valores suprapositivos”, e. g. da assim chamada idéia do direito. Com isso, a legitimidade deve distinguir-se da “mera” legalidade enquanto conformidade à lei - menos exigente e própria do direito positivo. Penso de modo diverso: todavia não quero oferecer uma resposta por meio de uma “definição“ *a contrario sensu*, mas sim elaborar essa posição por via indutiva no curso das reflexões que seguem.

A locução “direito eleitoral” freqüentemente é utilizada como conceito de hierarquia mais elevada [Oberbegriff]: tal ramo do direito se ocupa de todos aqueles votos depositados nas urnas pelos cidadãos ativos em uma democracia.

Em contrapartida, a Lei Fundamental alemã (GG - *Grundgesetz* - art. 20, § 1, frase 2) distingue de forma interessante entre “eleições” [“Wahlen”] e “votações” [“Abstimmungen”]. Não se trata de nenhum jogo de sinônimos. “Eleições” são somente aquelas nas quais pessoas são eleitas e enviadas a assembléias decisórias, nas quais deverão decidir sobre questões materiais, “representando” o povo (de eleitores) - assim, por exemplo, eleições para o parlamento federal, para os parlamentos estaduais, para as entidades representativas municipais. Já em “votações” o conjunto dos cidadãos ativos decide diretamente uma questão material segundo a Lei Fundamental, mas somente em matéria de reordenamento do território da federação (GG, arts. 29, 118). Nessa medida, as duas expressões - “eleições/votações” - não são apenas palavras, mas conceitos; assinalam nada menos do que a distância entre a democracia direta e a democracia indireta, entre a democracia participativa, que recorre a plebiscitos e referendos [plebiszitärer Demokratie], e a democracia representativa.

Tanto o Brasil quanto a Alemanha seguem essencialmente a variante representativa da democracia. A formação do Estado de Baden-Württemberg ampara-se no art. 118 da Lei Fundamental - ele tinha sido previsto apenas como ato único e foi implementado em 1951. No seu art. 29, a Lei Fundamental previu genericamente a reestruturação do território federal. Mesmo essa fraca possibilidade de influência popular via plebiscito sofreu uma redução adicional, pois em 1976 a prescrição de obrigatoriedade [Muß-Vorschrift] foi suavizada para uma mera prescrição de possibilidade [Kann-Vorschrift] - de “deve ser reestruturado” passou-se a “poderá ser reestruturado”.\*\* Justamente considerando aspectos de legitimidade, voltarei posteriormente a esse dado.

---

\*\* A única hipótese constitucional de realização de plebiscito de forma imperativa na Lei Fundamental de Bonn é a de reestruturação do território federal. Em sua redação original a Constituição determinava a reestruturação global da federação alemã. Em 1976, essa obrigatoriedade de reestruturação foi transformada por emenda em mera possibilidade fragmentada e puntual, daí o enfraquecimento da já pequena possibilidade de influência popular a que o autor se refere [Nota de Menelick de Carvalho Netto].

Também no Brasil se distingue entre “sufrágio universal” e “voto”: no art. 14, que indica para o “voto direto e secreto” as três formas do “plebiscito”, do “referendo” e da “iniciativa popular”. A última é normatizada mais de perto e com isso também delimitada no art. 61, § 2º. No entanto, o plebiscito e o referendo estão (CF, art. 49 inc. XV), em termos jurídicos, e com isso justamente também em termos políticos, ao inteiro dispor do Congresso Nacional. Este possui a “competência exclusiva” também para “autorizar referendo e convocar plebiscito”. De resto, existe, como na Alemanha, o plebiscito especial para a reestruturação de estados da federação (e adicionalmente de municípios (CF, art. 18, §§ 3º e 4º). Além disso o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previu um plebiscito sobre a forma de estado. Sobre esse ponto a grande maioria dos votantes pronunciou-se em 21 de abril de 1993 (a) a favor da república e (b) a favor do regime presidencialista enquanto forma de governo, quer dizer, contra um regime parlamentarista.

Não apenas na Alemanha, mas, se olharmos a questão mais de perto, também no Brasil se constata, portanto, uma confiança muito reduzida naquela forma de legitimidade democrática que pode surgir de decisões diretas dos cidadãos ativos sobre questões materiais. Devemos aqui ter em mente quão fortemente a concepção de democracia já está de qualquer modo diluída [verdünnt] no direito constitucional vigente. A idéia fundamental de um autogoverno do povo é abandonada por razões pragmáticas em uma primeira redução, pois pressuporia, nas palavras de Rousseau, “um povo de deuses”. Seu lugar é ocupado pelo postulado da autocodificação do povo: determinação do direito vigente pelas pessoas afetadas, *i. e.*, por todos. “One man one vote” justamente não significa apenas que cada cidadão ativo tenha **somente** um voto, mas a um só tempo que cada pessoa afetada **tenha** um voto, sendo, portanto, cidadão com direitos eleitorais [Wahlbürger] - se nos ativermos à segunda escaramuça na qual a concepção de democracia bate em retirada - e sendo ainda, em contrapartida, cidadão votante [Stimmbürger], à medida que se permite, por voto direto [plebiszitär], que o povo decida diretamente por meio de iniciativas populares e referendos [Volksentscheide]. Consideradas a partir da idéia fundamental, “votações” são nitidamente mais democráticas do que “eleições” com decisão subsequente pelos representantes. Estas formam, em consonância com a “lei férrea da oligarquização”, formulada na sociologia política dos anos 20, um subsistema em grande parte autoreferencial, como alguns teóricos diriam hoje - agindo *in concreto* de forma ora mais ora menos democrática, na grande maioria dos casos menos democrática.

O sistema representativo “nunca poderá negar inteiramente as suas origens históricas na sociedade estamental”; e isso vai tão longe, que “a expressão ‘um parlamento democrático’”, teoricamente refletida, chega mesmo a constituir “um paradoxo”.<sup>1</sup> Esse modelo apóia-se no “axioma de um interesse geral originário [...] baseado no Direito Natural [...], que se estende ao objeto da atividade soberana da autoridade governamental”. Em contrapartida, o sistema plebiscitário parte “de um duplo axioma dos direitos individuais, o de eleger e ser eleito e o de co-participação como exercício dos direitos humanos, e da soberania popular enquanto competência em princípio irrestrita e intocável da coletividade”.<sup>2</sup> Isso já levou Jean-Jacques Rousseau a afirmar que os ingleses se considerariam livres sem razão, pois eles efetivamente só seriam livres no instante do exercício do direito de voto.<sup>3</sup> Contrariando Montesquieu, que nesse tocante era demasiado anglófilo, Rousseau “reconheceu nitidamente o perigo inerente a todo e qualquer órgão soberano de representação, o de enrijecer-se por meio do isolamento, da cooptação e da corrupção em camarilha” e naufragar - enquanto ‘representação popular’ postulada - junto aos arrecifes de uma oligarquia em vias de estabelecimento.<sup>4</sup>

Os autores da Lei Fundamental alemã recuaram diante de certas experiências plebiscitárias da República de Weimar. Mas isso “sugere que eles aparentemente caíram no extremo oposto, enfatizando excessivamente o caráter representativo do sistema de governo”.<sup>5</sup> Depois do que acabo de expor na comparação das nossas constituições sobre a constituição brasileira, tal afirmação vale igualmente para o padrão de legitimação da República Federativa do Brasil.

## 2 - Questões conflitivas atuais na Alemanha

Os aspectos da legitimação divergem, no entanto, também na democracia representativa. Discute-se como o direito eleitoral deve ser dimensionado em seus pormenores. Eleições proporcionais ou majoritárias “provêm os deputados e, por conseguinte, o parlamento de legitimação democrática de modo muito peculiar em cada caso, com grandes diferenças entre si”.<sup>6</sup> Na eleição proporcional os eleitores escolhem com base nas listas de candidatos e nos programas uma orientação em termos de política partidária. Quando esse modelo é implementado de forma estrita, o parlamento se torna o reflexo exato do espectro das opiniões dos cidadãos ativos. No modelo oposto, a escolha dos candidatos do distrito eleitoral pela maioria cria uma relação mais próxima com essa parte do eleitorado: temos

---

<sup>1</sup> Ernst Fraenkel. *Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat*. 1958, p. 6.

<sup>2</sup> Op. cit. pp. 7 s.

<sup>3</sup> *Du contrat social*, Livro II, Cap. 6.

<sup>4</sup> Cf. Ernst Fraenkel, op. cit. p. 10.

<sup>5</sup> Op. cit. p. 56.

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional Federal, Sentença de 10 de abril de 1997, 2 BvF 1/95, in: NJW 1997, pp. 1553 ss., 1554.

então a eleição de personalidades, ao invés da eleição por chapas. Os votos minoritários ficam excluídos, razão pela qual o respeito ao princípio da igualdade de condições eleitorais exige ‘recortar’ os distritos eleitorais em tamanhos iguais, à medida do possível. Em contraste, a igualdade eleitoral exige na eleição proporcional o mesmo valor de resultado [Erfolgswert] de cada voto individual. Vista assim, a eleição proporcional parece ser mais democrática, enquanto a eleição majoritária parece ser mais funcionalista, pois orientada segundo o interesse na formação de governos estáveis. Mas a espetacular destituição de maiorias conservadoras em 1997 nas eleições na Grã-Bretanha e na França mostra que - sob aspectos não da estática proporcional, mas da dinâmica política - a eleição majoritária facilita a virada, favorece menos os infundáveis bloqueios políticos. Maiorias governamentais dependem aqui menos dos conchavos das comissões de coalizão, que temem a luz do dia, e mais do voto eventualmente punitivo dos eleitores.

O direito eleitoral alemão, da “eleição proporcional personalizada”, busca uma solução, o meio-termo entre os dois sistemas: direito eleitoral proporcional com algumas peculiaridades (cláusula de 5%,\*\*\* suavizada pelos assim chamados mandatos básicos [Grundmandate]; e ainda, os mandatos excedentes [Überhangmandate]). Os mandatos mencionados por último são mandatos diretos que excedem a parcela proporcional do partido. Eles permanecem com o partido em questão sem compensação proporcional para os outros grupos partidários.

Tema da briga atual na Alemanha são, ao lado de outros assuntos, justamente esses mandatos excedentes que procuram combinar as vantagens dos dois modelos de direito eleitoral.

Desconsideradas outras causas, os mandatos excedentes surgem quando um estado da federação apresenta uma quantidade excessiva de distritos eleitorais. Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a distorção assim causada no valor de resultado de cada voto no sistema eleitoral proporcional só é admissível enquanto “os distritos eleitorais [forem] aproximadamente iguais em tamanho, na medida do possível”.<sup>7</sup>

---

\*\*\* O autor se refere à assim chamada “cláusula de barreira” [Sperrklausel], segundo a qual um partido político somente conquista cadeiras no parlamento ao atingir 5% dos votos válidos. A intenção desse instituto é impedir a atomização dos parlamentos. [Nota do Tradutor]

<sup>7</sup> E.g. E 7, pp. 63 ss., 74 s.; E 79, pp. 169 ss., 171; Sentença de 10.4.1997, loc. cit. p. 1555.

Ocorre que nas eleições para o Parlamento Federal em 1994 a União Democrata Cristã [CDU] conquistou oito mandatos excedentes (o Partido Social Democrata [SPD] apenas quatro); sem esses oito mandatos excedentes a coalização governamental no Parlamento Federal teria alcançado apenas a maioria por um voto. Por isso o Estado da Baixa Saxônia, governado pelo SPD, tinha encaminhado ao Tribunal Constitucional uma petição provocando a sua tutela jurisdicional no que se refere ao controle de normas. Sobre essa questão a 2ª Câmara [2. Senat] dividiu-se - sendo que, de acordo com o Direito Processual, a moção é indeferida quando os votos de quatro juízes são contrabalançados pelos votos dos outros quatro juízes.

De acordo com o *dissenting vote*<sup>8</sup> o imperativo do mesmo valor de resultado de cada voto somente admite uma margem reduzida de distorção (“falta de nitidez” [“Unschärfe”]). Além disso, em virtude da falta de regulamentação, no pertinente à adequação dos distritos eleitorais, na atualização do Direito Eleitoral de 1996, as referidas prescrições ter-se-iam tornado inconstitucionais.

Segundo a opinião dos quatro juízes “vitoriosos”, a fundamentação da jurisprudência anterior – para a qual os mandatos excedentes deveriam ser admissíveis “dentro de limites estreitos” - deverá ser integralmente substituída. Agora esses mandatos não são mais declarados como modificação da eleição proporcional, mas como fenômenos da eleição majoritária. Por isso, supostamente não estaria mais em pauta a liberdade do resultado fático do voto, mas, em ‘bom’ neoliberalês, apenas a igualdade das chances de êxito. Por essa razão os distritos deveriam ser recortados em tamanhos iguais e distribuídos uniformemente pelos Estados. Mandatos excedentes devem continuar permitidos - tendo como limite de admissibilidade até 5% de todas as cadeiras no Parlamento. Não obstante, o Tribunal Constitucional Federal deveria ter decidido pela inconstitucionalidade, pois a reconfiguração e distribuição dos distritos eleitorais é desigual e ainda não tinha sido corrigida até 1996, conforme já foi dito. Os quatro juízes “vitoriosos” registram verbalmente o seguinte: “O tamanho dos atuais distritos eleitorais é nitidamente desigual; o seu número nos Estados individuais não mais corresponde suficientemente à parcela populacional desses Estados”. Entretanto, essa clara inconstitucionalidade não é sancionada; bastaria que o legislador regulamentasse devidamente essa questão, juntamente com a da diminuição do Parlamento Federal, com vistas às próximas eleições em 2002.<sup>9</sup>

Se confiança é bom, uma jurisprudência constitucional correta é ainda melhor. Esse crédito de “confiança” é tanto mais de se admirar se temos em vista a imprevisibilidade das relações de maioria para 2002, e a saída de três dos oito juízes em 1998/99. Em virtude de tamanho pragmatismo - porventura político? - a própria jurisprudência constitucional pode acabar na inconstitucionalidade.

### **3 - Comportamento nas eleições e legitimidade**

---

<sup>8</sup> Loc. cit. NJW 1997, pp. 1558 ss.

<sup>9</sup> Loc. cit., p. 1557.

Comentemos agora com toda brevidade um problema fundamental, comum a muitos países comparáveis. Ele está fora da concretização dogmática da constituição, só podendo ser solucionado com muita dificuldade pela revisão de artigos individuais da constituição. Refiro-me à representatividade decrescente dos nossos representantes ou chefes de estado democraticamente eleitos. Essa questão é de natureza social e encerra uma responsabilidade política.

Nos países periféricos fala-se de exclusão, nos países centrais eufemisticamente de “sociedade de dois terços”. Mas entretentes a exclusão, tanto como fato quanto como expressão, já alcançou há muito tempo os países industrializados mais ricos, os países do Grupo dos Sete. Nesse tocante os EUA são apenas o exemplo mais alarmante, embora não o único. E o descenso econômico, a corrupção cultural e a apatia política, ocasionalmente aceitas sem especial resistência por parte de governos conservadores, configuram uma “reação em cadeia da exclusão” que se manifesta na esfera da atividade democrática como “pobreza política”.<sup>10</sup> Isso se expressa diretamente na participação tendencialmente decrescente nas eleições: na sua primeira eleição, Ronald Reagan tinha obtido os votos de menos de 30% dos eleitores, na sua segunda eleição, Bill Clinton tinha obtido mal e mal 25% dos votos dos eleitores; e a participação nas eleições de 1994 para o Congresso Nacional dos EUA foi de 38%.

O direito eleitoral continua existindo plenamente em nível “normativo”, i. é, como *law in the books*; mas cada vez menos como *law in action*, pois faltam, para um número cada vez maior de pessoas, os pressupostos sociais para o exercício eficaz de seus direitos e de suas pretensões referentes ao *status activus*: eis os indicadores de uma segmentação da sociedade que deixa passivamente as coisas como estão ou chega a promovê-las ativamente, com vantagens para determinados grupos sociais e desvantagens para os grupos restantes; eis os indicadores de uma política que apesar de toda a correção legal (na melhor das hipóteses!) desconsidera a legitimidade democrática em termos de conteúdos para todos, para o povo-destinatário. Impõe-se cada vez mais a pergunta: a partir de que grau de não-participação a quantidade se converte em qualidade. Os dispositivos do direito eleitoral atingem cada vez mais os seus limites; fracassam cada vez mais, enquanto garantidores da legitimação democrática, na medida em que são vistos como dispositivos necessariamente apenas formais.

#### 4 - Questões conflitivas no Brasil

A questão conflitiva ainda atual para o Brasil - ao menos para a discussão livre - é aqui de domínio público. Em outubro de 1998 foi reeleito um presidente que segundo o art. 82 (e o art. 14 § 5º) tanto da Constituição de 1988 quanto da revisão de 1994 não poderia ter se recandidatado ao cargo. De modo muito esclarecedor todos falaram desde o começo da “reeleição” – que nenhuma norma poderia proibir o povo de eleger um candidato conforme o direito. Todos

---

<sup>10</sup> Documentação comprobatória e discussão in: F. Müller. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo, Max Limonad, 1998, pp. 91 ss.

falaram, pois os próprios textos constitucionais falam disso. Mas a questão de fundo é o direito a uma recandidatura direta - e a oscilação entre as duas expressões esconde o argumento talvez mais importante da política constitucional em favor do art. 82 da Constituição Brasileira na sua versão mais antiga (bem como em favor da tradição constitucional desde 1891). Perguntas acerca do estatuto de candidato e do acesso jurídico a ele são questões de direito eleitoral por excelência.

Antes da renovada revisão constitucional (1997), promovida pessoalmente pelo atual presidente, os elementos gramaticais, históricos, interna e externamente sistemáticos, bem como os elementos genéticos de concretização, tinham mostrado inequivocamente que uma candidatura renovada estava proibida. Para ao menos não ficar aquém do mínimo de legalidade, restou apenas o caminho da alteração dos 'incômodos' textos constitucionais. Se isso permite preservar a legitimidade fica por ora em aberto e deve também poder permanecer em aberto em um Estado Democrático de Direito, por meio de uma discussão em todos os níveis.

Se partirmos da revisão constitucional de 1997, os elementos de concretização que agora passam para o primeiro plano referem-se à política constitucional. São, ao menos no conflito metodológico, mais fracos do que os que se podem apoiar em textos vigentes de normas: são sobretudo mais fracos do que os argumentos gramaticais e históricos. Mas suponho hipoteticamente que os arts. 82 e 14 § 5º da Constituição Brasileira foram corretamente alterados; com isso os elementos gramatical e sistemático se deslocaram em favor da recandidatura.

Apesar disso fica em aberto a pergunta se isso parece legítimo em termos de política constitucional. Aduziu-se em favor dessa tese que isso seria um 'imperativo democrático', um 'direito político originário do povo'. Ora, devemos distinguir aqui entre populismo e exegese da constituição: o argumento mencionado justamente não podia ser derivado da Constituição de 1988/1994; o Brasil era uma democracia com o art. 82 em combinação com o art. 14 § 5º na versão anterior, por razões de primeira linha, tanto democráticas quanto de Estado de Direito: por um lado, para que a eleição pudesse ser realizada de forma realmente livre, *i. e.*, com alternativas políticas dotadas de chances iguais - e sem o acachapante poder executivo e midiático de um presidente que, como se sabe, permaneceu no cargo durante a campanha eleitoral; por outro lado, em virtude de aspectos referentes ao Estado de Direito, em virtude de um melhor equilíbrio entre os Poderes Executivo e Legislativo, para que nesse ponto a divisão de poderes não se tornasse uma farsa.

Ora, foi dito em favor da recandidatura que a intenção de impedir nesse sentido o poder do cargo autoritariamente exercido teria redundado em anacronismo. A estrutura democrática do estado atual neutralizaria o 'risco do homem forte' na cadeira do presidente. Mas justamente esse argumento é contraprodcente; pois a neutralização do retorno do caudilhismo por instituições democráticas foi, não em última instância, devida justamente aos arts. 82 e 14 § 5º na sua versão anterior, ao passo que a sua alteração confere agora atualidade ao risco de que a intenção antes referida - de impedir o exercício autoritário do cargo - em breve poderá não mais ser um anacronismo.

Argumentou-se por fim que a continuidade do trabalho exitoso do governo deveria ser assegurada. Mas justamente isso sempre é objeto de controvérsias e deve poder ser objeto de controvérsias em uma democracia. A oposição verá isso de modo inteiramente diferente, e justamente essa oposição deve receber ao fim de uma legislatura a chance equitativa (não restrita pelo poder do cargo) de poder chegar ao poder - pois do contrário não se tratará de democracia. Em uma democracia, a política de longo prazo é possibilitada pela candidatura de outros membros do partido do presidente em exercício - e o argumento contrário da bancada presidencial faz de conta que os países de nossa família constitucional vivem no final do séc. XX em uma democracia sem partidos.

Diante da instância da constituição brasileira vigente e de suas decisões fundamentais os argumentos da fração politicamente dominante parecem ser, pois, os argumentos mais fracos. Mais ainda: o que no plano dos governadores e prefeitos visava contra-arrestar o nepotismo e outras formas de feudalismo no exercício do cargo [Amtsfeudalismus] (art. 14 § 5º da Constituição Brasileira na sua versão antiga), deveria, no plano federal (art. 82 em sua versão antiga) proteger contra as tentações ainda mais graves do caudilhismo. Isso chegou a ser vital para a nova democracia justamente porque a própria constituição de 1988 ainda não prevê o controle do governo pelo parlamento. Assim, o art. 82 na sua versão mais antiga chegou a ter uma função central de limitação do poder, agora eliminada: com ela elimina-se em grande parte tudo o que poderia pretender um *system of checks and balances* que dividisse os poderes. Fica eliminado, em outros termos, um fator central da natureza do Estado de Direito [Rechtsstaatlichkeit]. Muito longe de servirem de modelo, as anteriores alterações constitucionais da Argentina e do Peru nos anos 90 oferecem exemplos intimidadores de um neopresidencialismo autoritário.

Cumulativamente, temos - como ameaça à democracia - o “abuso da máquina pública” na campanha eleitoral - práticas do patronato, da propaganda que distorce as chances e da compra de votos com recursos do tesouro público. Essas possibilidades de influência acachapante de um presidente ainda em exercício conduzem também à generalizada mistura semântica entre ‘recandidatura’ e ‘reeleição’. Se as coisas se passam de modo realmente democrático, *i. e.*, com igualdade de chances, um presidente em fim de mandato não precisa necessariamente ser reeleito, embora ele se recandidate. Aqui a linguagem é demasiado reveladora, sobretudo em virtude do fato de a própria constituição se expressar sem delongas nesses termos (art. 82 na versão mais antiga, também na revisão de 1994: “reeleição”; art. 14 § 5º: “inelegíveis”). Não esqueçamos que o *telos*, a finalidade da constituição democrática de 1988 tinha sido justamente o impedimento de uma concretagem inexpugnável do poder executivo, visível nessa linguagem e na realidade à qual ela se refere; conseqüentemente, a finalidade da constituição democrática de 1988 tinha sido o impedimento de uma possível recaída do Brasil em estados pré-democráticos.

Bem feitas as contas, o balanço da Emenda nº 16 é negativo em termos de política constitucional. De acordo com o patamar metódico-teórico até agora válido no Direito Constitucional e na Teoria Constitucional, esse diagnóstico seria suficiente em termos científicos; mas ele não satisfaz ao patamar mais avançado da atualidade. Segundo este, deve-se (1) definir mais precisamente “le-

galidade”, (2) redefinir inteiramente “legitimidade” e (3) acrescentar o conceito complementar de “constitucionalidade”. Somente com essa tríade de conceitos móveis e reciprocamente referidos podemos formular de modo finalmente suficiente problemas como o que estamos discutindo aqui.

Aqui, como na conceituação tradicional, “legalidade” significa a observância correta das formas e dos trâmites prescritos. Com relação à Emenda nº 16 as senhoras e os senhores poderão avaliar isso melhor para o seu país do que uma pessoa que vem de fora. A legalidade formal requer que não apenas os trâmites diante das duas casas do congresso tenham sido corretos, mas, também, as condições de votação. Do contrário a situação careceria do traço distintivo da “legalidade”; a invocação do povo seria de natureza meramente icônica, ideológica. A definição mais precisa de “legalidade”, com relação à tradição, está no fato de que “legalidade” é doravante um conceito enfático: não apenas um incômodo exercício de um dever “formal”, mas expressão da materialidade do ordenamento constitucional. Mesmo “meras” formas e “meros” trâmites têm o seu fundamento mais profundo nos objetivos e nas funções materiais do ordenamento jurídico e da constituição.

Na sua definição mais avançada, “legitimidade” significa o seguinte: a ação formalmente legal de modo adicional (a) é compatível com as regulamentações centrais do direito positivo (os textos das normas) da Constituição (forma do estado, objetivos do estado, garantias dos direitos fundamentais, sistema de Estado de Direito); e (b) pode-se continuar discutindo abertamente e sem restrições por parte do Estado sobre a questão de sua legitimidade ou ilegitimidade, mesmo se a decisão formal (ato administrativo, texto legal, sentença judicial - no caso em epígrafe: alteração da constituição) já tiver sido tomada. O mero fato de uma alteração correta dos arts. 82 e 14 § 5º - e suponho aqui que essa alteração tenha sido feita corretamente - não é suficiente. A democracia é uma forma de estado com tarefas não lingüísticas, mas políticas. Isso exige a comunicação honesta na esfera pública [Öffentlichkeit] e a fundamentação plausível. O fato de que nós podemos discutir aqui de forma livre e controvertida a Emenda nº 16 representa uma contribuição à legitimidade no sentido de (b); ao passo que a contribuição no sentido de (a) parece duvidosa, se medida pela plausibilidade dos argumentos de política constitucional em favor da Emenda nº 16.

“Constitucionalidade”, por fim, significa tradicionalmente, no sentido mais amplo: congruência com a constituição. No sentido mais restrito, proposto aqui como inovação, “constitucionalidade” significa que um Estado só existe enquanto Estado constitucional, ou seja, define-se juridicamente conforme a sua constituição. Em outras palavras: a Constituição desse Estado não é mais compreendida e tratada como “simbólica” ou “nominalista”, mas como normativa.

Quero agregar, ainda, a essa nova tríade analítico-pragmática da Teoria Constitucional duas determinações muito importantes:

Em primeiro lugar, “constitucionalidade” (no sentido mais restrito) corresponde ao estado constitucional (que, de resto, também pode ser uma ditadura); “legalidade” é a qualidade do Estado de Direito (que, de resto, também pode ser autoritário); e “legitimidade” é o traço distintivo do Estado Democrático de Direito.

Em segundo lugar, as três exigências - constitucionalidade, legalidade e legitimidade - são cumulativas. Isso significa: legalidade pressupõe constitucionalidade, legitimidade pressupõe tanto constitucionalidade quanto legalidade. Por conseguinte, um efetivo Estado Democrático de Direito, que possa ser chamado legítimo, só pode coexistir com um pensamento constitucional normativo (e de modo algum com um pensamento constitucional nominalista ou simbólico).

Um exemplo importante do novo estilo constitucional normativo da Constituição de 1988 é a Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997. Aqui não houve uma violação do texto da versão anterior dos arts. 82 e 14 § 5º. Poder-se-ia ter argumentado, por exemplo, que, a partir de “princípios não-escritos” ou de uma “ponderação de valores”, esses artigos não configurariam nenhum obstáculo a uma nova candidatura do presidente da república, dos governadores e dos prefeitos. A referida argumentação é tradicional entre os juristas, inclusive na Alemanha. O fato de não se ter procedido assim mostra que o discurso jurídico do Brasil está no nível da cultura argumentativa do Estado de Direito. Por isso, a constituição precisou ser alterada - e isso não por via de uma lei ordinária (pela assim chamada ruptura da constituição [Verfassungsdurchbrechung], conforme a prática freqüente na Alemanha da República de Weimar), mas por via da alteração formal do texto constitucional (na Alemanha atual, Art. 79, § 1º, frase 1 da Lei Fundamental). Com isso, está satisfeito o pré-requisito do primeiro grau da legitimidade. A sua problemática permanece ambígua já na tradição: o decisionismo contorna-a com uma estratégia anti-formalista, o positivismo e a Teoria Pura do Direito a contornam com uma estratégia formalista. A concepção aqui desenvolvida elabora a problemática em três estágios respectivos, tanto em termos normativo-formais quanto em termos normativo-materiais.

No primeiro grau a Emenda nº 16 demonstra que não cabe mais falar de um estilo constitucional “simbólico”; demonstra que o Brasil se comporta como um estado constitucional, “constitucional no sentido mais estrito do termo”: não temos nem ruptura da constituição nem *interpretatio contra legem (constituti-onalem)*.

O segundo grau (legalidade nos termos do Estado de Direito) exige adicionalmente a observância correta das prescrições vigentes sobre competências, procedimentos e votações.

As exigências da terceira categoria (legitimidade nos termos do Estado Democrático de Direito) estão satisfeitas quando - mais uma vez, adicionalmente - a decisão (no caso, as medidas da Emenda nº 16) for, em primeiro lugar, compatível com os conteúdos centrais da constituição e quando essa decisão puder permanecer, em segundo lugar, passível de discussão na continuação do discurso social, político e científico, abertamente e amparada no direito.

Entre os aspectos aqui relevantes devemos verificar, em primeiro lugar, conforme já analisei, se a subsequente reeleição ou destituição do cargo mediante procedimento eletivo [Abwahl] não pode efetivamente ser um "direito originário" ["Urrecht"] democrático do povo -, ou se, ao contrário, ela não se aproxima mais da aclamação e, dessarte, no sentido da tipologia de Max Weber, mais do estilo da dominação carismática do que do estilo da moderna dominação parlamentar-burocrática. Outro aspecto relevante a verificar nesse tocante seria se a

imediate recandidatura torna possível uma política de longo prazo - ou, contra essa posição, se tal efeito não pode ser neutralizado por um estado dominado por partidos e se com o desaparecimento do art. 82 na versão anterior (devido à falta da dependência parlamentar do governo) a divisão dos poderes não será deslocada em favor do Poder Executivo, com o conseqüente abalo do equilíbrio entre os poderes.

A definição do Brasil, ao menos em favor da constitucionalidade no sentido mais estrito - enfoque normativo de primeiro grau -, com base no exemplo da Emenda nº 16, deve ser registrada como irrevogável. De resto, elementos “normativos” e “simbólicos” formam em todas as constituições não um sistema de alternativas mutuamente excludentes [ein ausschliessendes “Entweder-Oder”], mas um *continuum* com transições fluidas.

Mesmo uma constituição claramente normativa não é nenhum “seguro de vida em política” - conforme atesta a catastrófica experiência da Alemanha no nosso século. Por outro lado, podemos, contra a força de gravidade da tradição, “escalar” também o plano inclinado - conforme atesta no Brasil o recomeço de 1988. Dito em outros termos, o “simbolismo” e o “normativismo” não são qualidades estáticas, mas padrões comportamentais; não são leis da natureza, mas frutos da ação humana; não são estratégias respectivamente universalistas, mas estratégias escolhidas. A estratégia normativa conscientemente escolhida - em favor do direito material e da constituição material - trabalha passo a passo contra as relações de poder herdadas da tradição e contra as estruturas sociais maciçamente estabelecidas: por meio do reforço vigilante da tendência de não mais aceitar a legitimação por meio de símbolos - o que equívale a um padrão de mentalidade feudal-paternalista e casuísta -, mas apenas por meio de um comportamento do Estado em generalizável conformidade ao texto. Isso quer dizer também: por meio do reforço vigoroso da tendência que se afasta do nominalismo da superfície do texto de uma carta e se move na direção do caráter democraticamente constituído [demokratische Verfasstheit] da sociedade.

Minhas senhoras, meus senhores: à medida que isso acontece, o seu país extraordinário se inscreve na família constitucional normativa.<sup>11</sup> A Constituição de 1988 é um bom instrumento para tal fim, é um instrumento que aponta para o futuro. A realização da constitucionalidade, da legalidade e da legitimidade ou, para dizê-lo em outras palavras, a realização do Brasil enquanto efetivo Estado Democrático de Direito depende em elevado grau da ação responsável dos juristas brasileiros.

Tradução:

*Peter Naumann*

Revisão:

*Georghio Alessandro Tomelin e*

*Menelick de Carvalho Netto*

---

<sup>11</sup> Conceito e concepção de “família constitucional” desde: Friedrich Müller. *Fragment (über) Verfassunggebende Gewalt des Volkes*. Berlim, Duncker & Humblot, 1995, e. g. pp. 75 ss. A ser lançado em 2000 em tradução de Peter Naumann pela Editora Max Limonad em São Paulo, sob o título *Fragmento (sobre) Poder Constituinte do Povo*.



# O ESTADO ADJETIVADO E A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO<sup>1</sup>

*Joaquim José Gomes Canotilho\**

---

\* Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

<sup>1</sup> O presente trabalho representa a versão escrita de palestra sobre o mesmo tema proferida no dia 18.10.2002, na Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre, no âmbito de evento promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da mesma Universidade, Escola Superior da Magistratura do RS (AJURIS), Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMP), Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), com apoio, entre outras instituições, da Procuradoria-Geral do Estado do RS.

## À guisa de introito: bater nas palavras

Todos conhecem a cena do estudante no gabinete de trabalho de **Fausto** de Goethe. O estudante pede a um disfarçado Mefistófeles indicações sábias quanto à escolha de Faculdade. Como o estudante não se entendia com a Jurisprudência, estava a ponto de escolher Teologia. Mefistófeles não o queria induzir em erro “Se às palavras vos aterdes, no geral, entraríeis pelo mais seguro portal/ das certezas no santuário perfeito”. Seguem-se as falas:

Estudante:

Mas a palavra há-de ter seu conceito

Mefistófeles:

Pois sim, mas um homem não se atrapalha,

Justamente quando o conceito falha,

Aí vem a palavra dar um jeito

Disputa-se com palavras apenas,

Com palavras se constroem sistemas,

Nada a fé nas palavras derrota

A uma palavra não se rouba nem um jota<sup>2</sup>

O estudante acabou por ficar deslumbrado com a Medicina. Mefistófeles aconselha:

“Cinzento amigo, é toda a teoria

E verde a árvore de ... da vida”

Infelizmente, nós ficámos com a Jurisprudência, com as palavras, com as teorias. Não resta outra alternativa. Perante um auditório que fala a mesma língua, a proposta é esta: batamos nas palavras!

§ 1º

### O Estado com adjectivos

### Constituição com adjectivos

Basta um breve relance de olhos pela vasta literatura jurídica, política e económica relacionada com o Estado para verificarmos esta intriga: o Esta-

---

<sup>2</sup> Johann W. Goethe, **Fausto**, tradução de João Barrento, Relógio d'Água Editores, Lisboa, 1999, p. 114.

do não está só. Tem sempre o acompanhamento de adjetivos. À guisa de um curto inventário, apresentamos algumas adjetivações: “estado subsidiário”, “estado sobrecarregado”, “estado dispensador de serviços”, “estado activo”, “estado económico”, “estado-arena”, “estado desobediente”, “estado aberto”, “estado cooperativo”, “estado protector”, “estado garantidor”, “estado desfronzeirizado”, “estado internacional”, “estado cosmopolítico”, “estado ponderador”, “estado cooperativo”, “estado ecológico”, “estado argumento”, etc.. Pela lista assim esboçada, poderemos ver que nem sequer a sobrecarregámos com adjetivos tradicionais, como “estado de direito”, “estado democrático”, “estado autoritário”, “estado social”, “estado liberal”, “estado intervencionista”, “estado socialista”, “estado unitário”, “estado regional”, “estado federal”, “estado republicano”, “estado nação”.

Quando vemos o Estado cercado de adjetivos, talvez se possa dizer o que Carl Schmitt afirmou acerca da Constituição. Mais ou menos isto: um Estado carecedor de adjetivos indicia um claro mal-estar do próprio Estado. Parece não ter substância. Apela a algumas qualidades. É tudo e nada. É uma fórmula *paspartout*. Não tem ADN. Precisa de impressões. Já não é grito de batalha. É um argumento. De categoria política passa a **topos** argumentativo. Será assim? Ousemos fazer uma provocação: diz-me o adjetivo do Estado e eu dir-te-ei que estado tens ou queres. Eis o mote, eis o argumento, eis a ponderação que nos acompanhará nos desenvolvimentos subsequentes.

O que acaba de ser dito em relação ao Estado talvez possa também afirmar-se a respeito da Constituição. Vejamos: “constituição potável”, “constituição culinária”, “constituição programa”, “constituição-carta”, “constituição fechada”, “constituição-código”, “constituição dirigente”, “constituição compromissória”, “constituição-cidadã”, “constituição-processo”,

*Prima facie*, também a Constituição anda à procura de qualidades. No começo não está o verbo, mas sim o adjetivo. A Constituição em si não diz nada. Precisa de um arrimo qualificativo. Tal como o Estado. Ousaremos fazer uma segunda sugestão retórica: juntemos constituição e estado para ver se se amparam uma ao outro. Talvez os adjetivos do Estado façam luz sobre as qualidades da Constituição, talvez os qualificativos de constituição adiantem alguma coisa sobre os atributos do Estado.

## § 2º

### **Tanto Estado quanto a Constituição**

Vamos discutir alguns problemas da Constituição a partir do Estado. É certo que a doutrina dominante, hoje, versa o Estado a partir de uma Constituição democraticamente legitimada. A fórmula de Peter Häberle é sistematicamente repetida: “tanto Estado quanta a Constituição”<sup>3</sup>. “Tal Constituição, tal Estado”, o “Estado segundo a Constituição”, eis a postura jurídico-política e jurídico-

---

<sup>3</sup> Cfr. P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2º ed., Berlin, 1998, p. 620. Por último, cfr. K. Sobota, *Der Prinzip Rechtsstaat*, 1997, p. 30 ss.

metodológica que se considera adequada ao Estado Constitucional. Também a iremos utilizar neste trabalho, desde logo porque é a partir da identidade Constituição-Estado que uma parte da doutrina brasileira critica a nossas teses de relativização do dirigismo constitucional<sup>4</sup>. Embora nem sempre expressamente formuladas, as críticas parecem subentender as seguintes ilações:

- (1) – dizer que a Constituição dirigente morreu significa afirmar que morreu o Estado dirigente (“o Estado Social”, “o Estado intervencionista”);
- (2) afirmar que a Constituição dirigente morreu equivale a dizer que o Estado fica sem programa económico e social (o que equivale à dessubstancialização do próprio Estado);
- (3) proclamar a morte da Constituição dirigente implica proclamar a morte dos estados nacionais concretamente conformados por essa constituição a favor de “constelações pós-nacionais” (um estado, um povo);
- (4) abandonar a ideia de Constituição dirigente é abandonar a ideia moderna da conformação de política, do desenvolvimento e dos direitos em troca de um evolutivismo – conservadorismo sistémico-liberal;
- (5) sepultar a força dirigente de uma constituição feita a partir de ideias – esperança, sacrifícios – emancipadores, gritos de alma – justiça, corresponde a lançar para debaixo da terra as conquistas civilizatórias “do Estado de Direito democrático e social”;
- (6) desertar de uma teoria da Constituição dirigente implica o abandono de uma teoria da constituição adequada aos países da modernidade tardia (“com promessas de modernidade incumprida”);
- (7) trocar o dirigismo normativo-constitucional por um regulativismo privatista neoliberal conduz ao abandono de políticas públicas e da respectiva implementação;
- (8) se a constituição dirigente é uma constituição afeiçoada às “especificidades histórico-factuais de cada Estado Nacional”, isso significa que ela é também o símbolo de um “patriotismo nacional-constitucional” que está antes e sobre a constitucionalismo cosmopolita e transnacional.

A associação de Estado e Constituição, Constituição e Estado, é, de resto, claramente afirmada pelos nossos interlocutores brasileiros. Lenio Luís Streck, na pegada de outros autores, afirma isso com incisividade: “uma tal teoria de cons-

---

<sup>4</sup> Cfr., por último, a notável tese de Lenio Luís Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Porto Alegre, 2002, p. 122 ss., em que analisa o chamado “Canotilho II”.

tuição dirigente não prescinde de uma teoria do Estado, apta a explicitar as condições de possibilidade da implantação de políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição”<sup>5</sup>.

### § 3º

#### Representações do Estado e da Constituição

Como conversar com os parceiros de diálogo brasileiros? O primeiro ponto de ordem terá, em minha opinião, de ser colocado da seguinte forma: quais as representações ou imagens do Estado e da Constituição que transportamos para a controvérsia? E quais as funções, explícita ou implicitamente acopladas a essas representações? O esclarecimento prévio deste ponto servirá, desde logo, para afastar alguns mal entendidos.

As “imagens” e representações do Estado e da Constituição são, como sabemos, “construções intelectuais” e não “descrições da realidade”<sup>6</sup>. Devidamente contextualizadas, elas transportam, desde logo, um ímpeto político-ideológico particularmente forte. No caso concreto do Brasil, a dimensão política da “constituição dirigente” tem uma força sugestiva relevante quando associada à ideia de estatalidade que, em princípio, se supõe lhe estar imanente. Referimo-nos a estatalidade articulada com o projecto da modernidade política. Este projecto, sucessivamente implementado, respondeu a três violências (“triângulo dialéctico”), através da categoria político-estatal. Respondeu à falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de direito contra a violência física e o arbítrio). Deu resposta à desigualdade política alicerçando liberdade e democracia (Estado democrático). Combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquemas de socialidade. A “constituição dirigente” permanecia o suporte normativo do desenvolvimento deste projecto de modernidade. Ora, quando alguns estados ainda não resolveram o combate às três violências – física, política e social – não se compreende nem o eclipse do Estado de direito, democrático e social nem a dissolução da sua valência normativa (o constitucionalismo dirigente, democrático e social). Colocada assim a questão, compreendemos as angústias dos autores de países de “modernidade tardia”. A constituição dirigente desempenhará uma função de compreensão incontornável relativamente às **tarefas do Estado** (“Estado Social”, Estado ecológico”, “Estado de saber”). Mas não só. Recortam-se, igualmente, os **instrumentos** (e os métodos!) para a prossecução destas tarefas (políticas públicas de ensino, trabalho, saúde, segurança social)<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Assim, textualmente, Lenio Luís Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, cit., pag. 113.

<sup>6</sup> Seguimos H. Munkler, *Politische Bilder, Politik der Methafern*, 1994, p. 34.

<sup>7</sup> Veja-se, por exemplo, a Vosskühle, “*Der Dienstleistungsstaat*”, in *Der Staat*, p. 504.

A síntese política-constitucional da modernidade que acaba de ser feita em brevíssimas palavras é indispensável à compreensão da concordância na discordância com alguns interlocutores brasileiros. Poderemos continuar a afivelar a máscara do cidadão da modernidade e a defender a bondade material do seu projecto.

#### § 4º

### Constituição dirigente e patriotismo constitucional

Tomando na devida conta as críticas devidas ao abandono da teoria da constituição dirigente, parece-nos vislumbrar em algumas delas alguns laivos de **nacionalismo republicano de esquerda** e de **patriotismo constitucional**. Pelo menos na sua visão francesa, os nacionais-republicanos recusam as “constelações pós-nacionais”, verberam o republicanismo cosmopolita, exaltam as comunidades existentes (por exemplo, a nação historicamente forjada), desconfiam de categorias políticas intelectuais, frias e abstractas (ex.: a democracia processual). Recolhendo uma formulação de N. Luhmann (mas feita noutra contexto), os estados e as nações têm a vantagem imbatível de terem nome como as pessoas<sup>8</sup>. É nesta onda que navega o corifeu dos republicanos de esquerda, Jean Pierre Chevènement “Si la France est une personne, L’Europe celle, n’est qu’une chose”.

Relativamente ao patriotismo constitucional, diríamos que ele pressupõe, antes de mais, o **patriotismo jurídico**<sup>9</sup>. Mais do que um patriotismo geográfico impõe-se o patriotismo traduzido na outorga de personalidade jurídica a uma nação conferida pela Constituição Política.

A diferença entre as nossas posições e algumas apreciações críticas radica na diferença que vai do patriotismo jurídico ao **patriotismo constitucional**. Este vai além do reconhecimento de uma identidade nacional. Há outros sujeitos, diferentes dos cidadãos nacionais, como os indivíduos, os grupos e as nações dentro de outras comunidades mais vastas, capazes de dar corpo a um estado cosmopolítico integrado em constelações políticas pós-nacionais. Radica, como se intui, aqui um fragmento de dissenso. Vejamos porquê.

Em primeiro lugar, o republicanismo jurídico de esquerda é um republicanismo histórico com laivos comunitaristas. Ora, não obstante a existência de diferentes perspectivas comunitaristas<sup>10</sup>, parece razoável descobrir um deno-

---

<sup>8</sup> Cfr. N. Luhmann “Staat und Staatsräson im Übergang von traditioneller Herrschaft zu modernes Politik”, in *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 1989, Vol. III, p. 346.

<sup>9</sup> Tal como C. Nicolet, *L’idée republicaine en France (1789-1924)*, Paris, 1982. Por último, ver Jean-Marc Ferry, *La Question de l’Etat Européen*, Paris, 2000, p. 161 ss..

<sup>10</sup> Cfr. W. Brugger, “Kommunitarismus als Verfassungstheorie der Grundgesetz” in *AöR*, 123 (1998), p. 338 ss:

minador comum a todos elas. Estamos a pensar na tendencial justaposição de comunidade moral e de comunidade legal. Isto leva a consequências teórico-constitucionais que estamos longe de sufragar. Implícita ou explicitamente, o Estado e a Constituição pressupõem uma **melhor teoria da Constituição** aferida segundo padrões de complexidade moral<sup>11</sup>. A “Constituição dirigente” não é a melhor teoria da Constituição de uma comunidade assente numa imposição de valores, mais ou menos comunitariamente partilhados. É uma proposta de conformação normativa da política; não é um código moral do “bem” e do “mal” de uma comunidade. Dirigismo constitucional e demonologia constitucional não se casam bem.

Em segundo lugar, a Constituição dirigente não afasta a ideia liberal e kantiana do republicanismo constitucional cosmopolita. Por outras palavras: à versão do republicanismo comunitarista preferimos a versão kantiana. Não deixamos, porém, de compreender algumas posições críticas, como a do Professor Paulo Bonavides<sup>12</sup>, em torno de uma “Constituição dirigente cidadã”. O decidido assomo republicano da “virtude cívica” leva-o a comungar com algumas teses de comunitarismo republicano, excelentemente sintetizados por J. G. A. Pocock, na nota prévia à edição francesa do **Le Moment Machiavélien**<sup>13</sup>: «Ceux qui invoquent aujourd’hui cette modernité sont les chantres du post-modernisme, c’est à dire de cette forme de la perte de la citoyenneté qui nous affecte aujourd’hui à mesure que la Souveraineté et la nation disparaissent sous le régime polymorphe du marché ».

## § 5º

### Teoria da Constituição

e

### Teoria do Estado Economicizado

Outro dos pontos em discussão na teoria da constituição dirigente liga-se à socialidade estatal. O “dirigismo constitucional” pressupõe um Estado Social, com políticas políticas e um severo caderno de imposições económicas, sociais e culturais. Daí que o abandono da teoria da constituição dirigente signifique para muitos o desaparecimento do Estado socialmente programador.

Os receios seriam justificados perante as inúmeras sugestões de transformação das estruturas internas do Estado. Todas elas apontam para a necessidade de um Estado mais “elegante” e mais conforme com o mercado. Fala-se (e

---

<sup>11</sup> Veja-se, por exemplo, “Ulrich Haltern, Kommunitarismus und Grundgesetz. Überlegungen zu neueren Entwicklungen in der deutschen Verfassungstheorie” in *Kritik*, 2/2000, p. 177.

<sup>12</sup> Cfr. Paulo Bonavides “Garcia-Pelayo e o Estado Social dos Países em Desenvolvimento: o caso do Brasil”, in *Constitucion y Constitucionalismo Hoy*, Caracas, 2000.

<sup>13</sup> Cfr. J.G.A. Pocock, *Le Moment Machiavélien*, Paris, 1997, p. LVII.

teoriza-se a este propósito) de um “estado economizado” e de um “estado dispensador de serviços”<sup>14</sup>. Como o próprio adjetivo insinua o “estado economizado” é um “estado economizador” segundo os paradigmas de racionalidade económico-privada. O Estado Social deve sujeitar-se a uma terapia adequada. Há que substituir, em primeiro lugar, o *big government* do estado de bem estar por um estado “reduzido” e “elegante”. Para isso ser possível, os inúmeros serviços e administração estatais, caros e insuficientes, devem ser substituídos por esquemas privados empresariais. Mas mais do que isso. Os próprios instrumentos de direcção e organização económico-privados revelam operacionalidade suficiente para serem introduzidos na máquina estatal.

O chamado *New-public-management* será a via para a modernização do estado e da respectiva reforma da administração. Esta modernização do Estado implicará a “desconstrução” do sector público estatal. Num plano macroeconómico, a viragem “economizadora” aponta para uma clara mudança na compreensão do Estado. Desde logo, a nível simbólico. O “Estado Social” é um “mito”, um “feitiço”, uma “bruxaria” que deixou de manipular artes mágicas capazes de o fazer sair da bancarrota e da ineficiência. Estado “desmistificado” e “desfeiticizado”<sup>15</sup>.

A “desmistificação” do Estado Social, mais do que o desfazer de mitos, significa uma decidida mudança de **paradigmas**. O paradigma jurídico-político, ainda hoje dominante na maior parte das análises e compreensões do Estado, deverá ser substituído pelo paradigma económico, hoje dominante nas teorias económicas mas insuficientemente testado no domínio da teoria do Estado<sup>16</sup>. No plano de análise microeconómica, o paradigma económico obrigará a uma revolução da organização interna da administração pública através de esquemas de *management* e orçamentação privados. Numa palavra, o “código económico” imporá a revogação do “código constitucional”. Não estado máximo mas “estado mínimo”, não “dirigismo estatal” mas apenas “supervisão”, não voluntarismo político mas racionalidade económico-decisória, não retórica política mas resolução económica de problemas concretos.

O desafio vai mesmo mais longe e chega mesmo à questão central da justificação do **Estado** e da **Constituição**. O regresso às doutrinas de justificação contratualista desafia as categorias centrais de Estado e de Constituição. Com efeito, a fundamentação e justificação das regras directivas tal como ela é desenvolvida pela economia político-constitucional parece apontar para a superação

---

<sup>14</sup> Cfr. M. Wallerath, “Der Ökonomisierte Staat” in *Juristenzeitung*, 2001, p. 209 ss; A. Vosskühle, “Der Dienstleistungsstaat”, in *Der Staat*, 2001, p.495 ss.

<sup>15</sup> Traduzimos, um pouco literalmente, o título do conhecido livro de Helmut Wilke: *Die Entzauberung des Staates*, 1983.

<sup>16</sup> É significativo que M. Wallerath, “Der Ökonomisierte Staat”, cit., faça acompanhar o título do artigo por um subtítulo: “Zum Wettstreit zwischen juristisch-politischen und ökonomischen Paradigma” (Para a discussão entre paradigmas jurídico-político e económico).

quer da “mistificação do Estado” quer da “sacralização de Constituição”<sup>17</sup>. Se o Estado se “deseconomiciza” o sucesso acontecerá à sua Constituição. Em crise ficarão os tipos de Constituição com mais carga económica, ou seja, as Constituições programáticas dirigentes. Chegados aqui, há quem proclame a morte do “Estado Social” e da “Constituição Social”. Aquele e esta significam a intromissão em sistemas autónomos. Pretendem “irritar” sistemas com operacionalidades diferentes, e, por isso, revelam-se hoje claramente disfuncionais no contexto “policontextual” de diferenciação de Sistemas. Mais adiante tornaremos posição crítica quanto a este ponto. Mas se o “Estado Social” e a “Constituição Social” passam, que Estado e Constituição ficam? Estado “pós-heróico”? “Constituição pós-heróica”? Vejamos.

## § 6º

### Estado Supervisor e Constituição pós-heróica

Outra das interrogações subjacentes à degradação da constituição dirigente em constituição dirigida pode formular-se assim: se a Constituição entendida como valência normativa do Estado intervencionista não dirige, quem é que afinal dirige a sociedade? Alguns dos nossos críticos vêm na relativização do dirigismo constitucional uma manifestação do pessimismo dirigente inequivocamente vinculado às teses autopoiéticas. Apreciemos esta objecção.

Em que é que consiste a direcção em política? Em termos próximos dos utilizados pelos cultores da ciência política amigos de uma perspectiva accionista (“perspectiva de actor”), direcção política é a conformação concepcionalmente orientada do mundo ambiente social através de instâncias políticas<sup>18</sup>. Um tal conceito (e uma tal possibilidade de direcção política) é decididamente rejeitada pelos autores localizando nos quadrantes teóricos da autopoiesis, a começar por Luhmann. A tese, em termos simplificados, poderá formular-se assim: não existe direcção política da sociedade, mas apenas, e quando muito, uma autodirecção da política. Em termos apodícticos, proclama-se, pois, a impossibilidade de uma direcção política, sobretudo quando ela se concebe como uma conformação finalista e planificável da sociedade.

Mesmo que alguns dos postulados autopoiéticos mereçam atenção séria, estamos aqui decididamente afastados do pessimismo directivo luhmanniano. Mesmo nos quadrantes teóricos da **autopoiesis**, claramente se compreendeu que uma sociedade funcionalmente diferenciada é também uma **sociedade de or-**

---

<sup>17</sup> Ver a análise de H. Hofmann, «Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?», in *Juristenzeitung*, 1999, p. 1069.

<sup>18</sup> Cfr., por exemplo, Renate Mayntz, “Funktionelle Teilsystem in der Theorie soziales Differenzierung”, in Bernd Rosewitz, Uwe Schimark, Rudolf Stichweh, *Differenzierung und Selbstständigkeit. Zur Entwicklung gesellschaftlicher Teil*, Frankfurt, New York, 1997; “Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsproblem”, in *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, Vol. I, 1997, p. 89 ss.

**ganização e das organizações.** Ora, as organizações actuam como actores corporativos. O pessoal dirigente de tais organizações ou sistemas corporativos age como se fosse representante desses sistemas. Mas não só. De forma aguda e incisiva, Helmut Wilke, assinalou que o sistema político deve contribuir para a sua autodirecção e para o reforço da capacidade reflexiva dos sistemas sociais. Neste contexto, mantêm-se as pretensões de direcção do Estado. Mas com uma grande diferença: em vez do velho “estado heróico”, hierarquicamente intervencionista deve erguer-se o Estado pós-heróico” – o Estado supervisor – que, através de uma direcção contextualizada (ou seja, através de uma autovinculação ...), proporciona mas não determina as convenções quadro para a prossecução do bem comum<sup>19</sup>.

Mesmo nesta perspectiva, é de perguntar se a definição do bem comum mediante uma direcção contextualizada assente na interacção de sistemas funcionais diferenciados, não continua a tomar como ponto de partida a ideia autopiética de que o sistema político só tem ressonância nas ondas da sua própria frequência. É que, se a diferenciação de sistemas está ainda insuficientemente desenvolvida, como erguer a sujeito de direcção a “interacção de sistemas”?

No fundo, a interacionalidade das organizações dinamiza a autoreferencialidade dos sistemas, mas acaba por criar também um sujeito típico do idealismo objectivista. Se estas considerações estão correctas, então a “Constituição Dirigente” dificilmente se transformará em “Constituição pós-heróica” seguindo o destino do “Estado pós-heróico ou supervisor”. Desde logo, como se irá ver em seguida, há que ter em conta a politicização **fundamental da sociedade**.

## § 7º

### Diferenciação do político e politicização fundamental da sociedade

É difícil sustentar teorias autoritárias num contexto como o brasileiro, em que parece observar-se aquilo a que Michael Grewen, na senda de Ulrich Beck, chamou recentemente **sociedade política**<sup>20</sup>. Esta sociedade caracterizar-se-ia por uma **politicização fundamental**, em que a política é o mecanismo central da autoregulação da sociedade e em que tudo, por via de princípio, é susceptível de decisão política. Não há tema nem domínio da Sociedade imune à politicização, à decisão política. Vivemos numa **sociedade política**. Há cerca de dez anos, um conhecido politólogo, Klaus Von Beyme, crismou esta concepção de socieda-

---

<sup>19</sup> Vide, por último, Helmut Wilke, *Supervision des Staates*, Frankfurt – M, 1997.

<sup>20</sup> Cfr. Th. Michael Grewen, *Die politische Gesellschaft Kontingenz und Decision als Problem des Regieren d der Demokratie*, Opladen, 1999; U. Beck, *Die Erfindung des Politischen. Zu einer Theorie reflexiver Modernisierung*, Frankfurt/M, 1993.

de política e de inerente politicização fundamental de “schmittianismo de esquerda”<sup>21</sup>.

A “politicização fundamental” da sociedade política defronta-se, porém, com outras pretensões de fundamentalidade. Desde logo, **economicização fundamental**, pois mais do que nunca a sociedade esteve tão economicizada. Tudo é economia, tudo é dinheiro, tudo é mercado, tudo é cliente. Mas não só. Tudo é ciência. Assiste-se à **cientificização fundamental**. E assim sucessivamente: **mediatização fundamental, pedagogização fundamental, ... fundamental, religiozicização fundamental**<sup>22</sup>. Circunscrevendo-nos ao nosso tema, avançaríamos com a **constitucionalização fundamental**.

Chegados aqui, o problema a colocar é este: a estrutura das sociedades modernas (e pós-modernas) é melhor captada por uma **teoria da diferenciação** de sistemas sociais em que cada sistema funcional é tendencialmente autónomo ou por uma **teoria de indeferênciação** assente numa ordem politicamente captada? Como se sabe, a resposta autopoiética (na versão luhmanniana) é esta: a política só pode resolver problemas políticos. O sistema político não pode encontrar soluções políticas para problemas que não são políticos, mas sim económicos, científicos, religiosos, etc.. Basta uma suspensão reflexiva em torno das constituições programáticas dirigentes dos nossos estados constitucionais democráticos para verificarmos que o dirigismo programático pressupõe, de certo modo, uma **constitucionalização fundamental** da sociedade. Os problemas económicos, sociais, científicos são, simultaneamente, problemas constitucionais susceptíveis de conformação e resolução através de decisões político-constitucionais vinculativas tomadas pelo poder político. Eis o nó górdio da questão. Confessamos que não o podemos desatar com facilidade. Em primeiro lugar, a constitucionalização fundamental subjacente à ideia de constitucionalização programático-dirigente transporta duas dimensões onde se juntam “bondades” e “maldades” jurídicas e político-constitucionais: (1) a crença na política é uma fé (boa) na capacidade de transformação – evolução da sociedade, mas corre o risco de se converter numa ocupação totalizante (má) da sociedade pela política; (2) a reabilitação da política da sociedade veiculada pela constitucionalização fundamental abre a possibilidade de intensificação da cidadania através da participação política (bondade), mas o activismo dos actores políticos não significa necessariamente a capacidade de solução concreta dos problemas económicos e sociais, correndo-se o risco de os “buracos negros” da miséria serem cada vez maiores (maldade) apesar da movimentação política.

Em segundo lugar, o Estado constitucional ocidental alicerçou, ele próprio, progressivamente as premissas da diferenciação funcional dos sistemas sociais. O “direito mãe” (tolerância religiosa, primeiro, e liberdade de crença e religião, depois) diferenciou o sistema político do sistema religioso (separação do

---

<sup>21</sup> Vide Klaus von Beyme, *Theorie der Politik im 20 Jahrhundert. Von der Moderne zur Postmoderne*, Frankfurt/M, 1991, p. 392.

<sup>22</sup> Estas fundamentalizações são exactamente escarpelizadas por Arin Nassekhi, “Funktionale Differenzierung revisited. Vom Setzkasten zur Echtzeitmaschine”, in Eva Barlösius, Hans-Peter Müller, Steffen Sigmund (org.), *Gesellschaftsbilder im Umbruch*, Opladen, 2001.

Estado e da Igreja). A separação entre “Estado – Sociedade” contribuiu para a diferenciação do sistema político e do sistema económico. A própria constitucionalização do poder aponta para a diferenciação do sistema jurídico e do sistema político (a expressão Estado de Direito postularia esta diferenciação). Parece indiscutível que estas diferenciações funcionais parecem favorecer as traves mestras da “sociedade mundial” (“globalização”, “mundialização”). A pretensão da universalidade deste modelo diferenciador, estruturado em sistemas funcionais autónomos que apenas se irritam reciprocamente, não pode invocar, na realidade, um valor e validade universais. Como Niklas Luhmann virá a reconhecer, existem regiões em que as premissas de diferenciação de sistemas sociais só em medida muito limitada se verificam. E cita mesmo o caso do Brasil para ilustrar que a evolução liberal do Estado Constitucional se realizou aqui em termos largamente simbólicos. Pior do que isso: o Estado tornou-se, nalgumas épocas, instrumento de uma elite governante (militar, económica) que dirigiu “inconstitucionalmente” a Sociedade<sup>23</sup>. A articulação da Constituição-ambiente (mundo que cerca a Constituição) implicará, possivelmente, nestes casos, uma politicização fundamental própria das constituições dirigentes que, entre outras coisas, pretenderá restabelecer um quadro político de visibilidade, transparência e imputação e responsabilidade para as decisões políticas colectivamente vinculantes. E onde não há (ainda) diferenciação de sistemas, a política da sociedade dificilmente se poderá limitar a decisões políticas quimicamente puras.

## § 8º

### Estado pós-moderno

e

### Constituição sem sujeito

Outra das perplexidades que o reexame da Constituição dirigente tem suscitado reencontra-se na problemática do sujeito. Uma boa parte dos nossos interlocutores não compreende o que significa a **perda do sujeito** na nova problematização do dirigismo constitucional. Umhas vezes, entende-se que o discurso está enfeudado aos **esquemas autoreferenciais** da sociedade sem centro. Outras vezes, sugere-se a influência do **antimodernismo político**. Por fim, pretende-se detectar na “perda da fé” no dirigismo a aproximação à **religião pós-moderna**. Vamos explicitar melhor as nossas crises e tentar compreender as críticas.

## 1. Constituição dirigente e metanarrativas

---

<sup>23</sup> Cfr. Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt – M, 2002, p. 428. Nesta obra póstuma, Luhmann socorre-se, precisamente, das teses de um profundo conhecedor da modernidade periférica. Vide Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität der Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung einer Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin, 1992.

Todos sabem o que François Lyotard escreveu no célebre livro **A Condição Pós-Moderna**. Aqui e perante este auditório crítico interessa talvez pôr em relevo a sua concepção de **metanarrativas**. Trata-se das grandes receitas omnicompreensivas e totalizantes que conferem à história um significado certo e unívoco. Elas transportam a emancipação da humanidade e dão sentido à vida dos homens. A grande récita judaico-cristã promete a **ressurreição** e a **salvação**. A metanarrativa iluminista e positivista acena com o progresso. A grande metanarração marxista vislumbra a desalienação do homem através da ditadura do proletariado. As filosofias historicistas, no seu conjunto, acreditam num sentido irreversível da história.

Sujeitas a suspensões reflexivas cientificamente intersubjectivas, verifica-se que as grandes récitas explicam pouco e prometem muito. Mais grave do que isso é terem forjado **paradigmas de legitimação** rotundamente subvertidos. É o caso da legitimação através da justiça social reconduzida, ao fim e ao cabo, à “lógica da melhor prestação social”, ela própria implementadora do momento quantitativo das dimensões prestacionais do sistema político.

É neste contexto que as Constituições – e sobretudo as constituições dirigentes – se arrogam à categoria de grande récita. No fundo, assumem-se como uma metanarratividade de convivência e transformação social. Perante a lógica da **sociedade técnica**, é forçoso verificar que pouco ou nada as Constituições lhe podem opor. As alavancas de Arquimedes deslocam o centro de apoio para esta mesma técnica, relegando a Constituição, deslegitimada como metanarração, para um simples esquema protocolar de procedimentos e organizações. A **tecnopolítica** assume a fundamentalidade perdida pela Constituição.

Temos afirmado que a Constituição Portuguesa, na versão originária de 1976, reivindicava textualmente a dimensão emancipatória das grandes récitas. Pretendia “abrir caminho para uma sociedade socialista” (Preâmbulo); impunha à República o empenhamento na “sua transformação numa sociedade sem classes” (art. 1º); atribuía ao Estado democrático o “objectivo de assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder das classes trabalhadoras” (art. 2º). No art. 10º (hoje suprimido) identificava os sujeitos encarregados de contar e realizar a grande récita: “a aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticos assegura o desenvolvimento pacífico do processo revolucionário”. Por sua vez, “o desenvolvimento do processo revolucionário impõe, no plano económico, a apropriação colectiva dos principais meios de produção”.

Compreender-se-á, assim, a relativização do dirigismo quando em certos escritos afirmámos que a “constituição dirigente morreu”. Entenda-se: morreu a “Constituição metanarrativa” da transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes. O **sujeito** capaz de contar a récita e empenhar-se nela também não existe (“aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticas”). O sentido da “morte” fica, pois, esclarecido. Só esta “morte” estava no alvo da nossa pontaria.

## 2. Constituição dirigente e antimodernismo político

Uma acusação que manifestamente rejeitamos é a de associar a crise da nossa “crença dirigente” ao movimento do antimodernismo político. Pelo contrário: continuamos a reivindicar a nossa formação moderna. Expliquemos melhor este ponto. Creio no optimismo dos modernos quanto ao projecto de fazer de homem o dono do seu destino e, desde logo, dos seus actos. Se a antropologia optimista ainda hoje está subjacente à ideia de Constituição, então continua irreduzível a modernidade como filosofia do constitucionalismo. É certo que o projecto dos modernos andou muitas vezes aliado a “tentações ... do domínio da terra e da natureza”. A “viragem ecológica” mostra bem os limites do processo de emancipação do sujeito moderno. No entanto, o antimodernismo político, tal como ele vem sendo alicerçado desde Nietzsche e Heidegger assenta em vários questionamentos. Em primeiro lugar, contesta a afirmação do indivíduo como valor através do qual se cumpre o processo da modernidade. Em segundo lugar, assinala a lógica despersonalizadora do individualismo bem expressa na sociedade de consumo. Em terceiro lugar, o individualismo democrático conduz, no âmbito político, à canonização vulgar do estado de coisas existente, continuando por outros meios a ideia emancipatória. Ontem, a récita era a do progresso e da sociedade igualitária. Hoje, a grande história é a da “... de igualdade de condições”. Estamos a ver as raízes, mas este não é o lugar adequado para descobrir o húmus em que se enterram. Ao menos, tentemos descobrir algumas raízes: crítica nitzscheana da democracia, desconstrução heideggeriana da modernidade política. Alguma da seiva destas raízes passou, é certo, para pensadores que em tempos marcaram a nossa formação (Foucault, Bourdieu). A concepção do direito como “vontade de eternizar o equilíbrio do poder presente” (Nietzsche) passa para a “microfísica do poder” centrada numa ultrapassagem da análise do poder em termos de direito. Aparece também aqui a crítica do sujeito. Nestes termos, explicitado por Foucault: “a teoria da soberania constituía um ciclo, o **ciclo do sujeito ao sujeito**. O sujeito entendido como indivíduo dotado de direitos e capacidades naturais deve tornar-se sujeito, mas desta vez “sujeito” a uma relação de poder<sup>24</sup>. No plano jurídico-constitucional as consequências desta perspectiva há muito foram salientadas. Desvaloriza-se o sistema de direito e o Estado de Direito constitucional. A dessacralização do Estado de Direito e dos seus valores aí está: a concepção legalista do poder não vale mais que a concepção repressiva.

Não acompanhamos esta compreensão do ciclo do sujeito e do sistema do direito. No fundo, o sistema do direito não será outra coisa ou não será mais do que um modo do exercício da violência.

Quando afivelamos a máscara de “moderno” isso significa que a compreensão do Estado Constitucional que temos em mente é ainda a **compreensão humanista** do Estado de direito e não a **óptica vitalista** do poder. Compreende-se que as teses vitalistas da “morte do homem” considerem a “vida como resistência ao poder quando o poder toma por objecto a vida” (J. Deleuze). Nós preferimos que o direito – e desde logo o direito constitucional – continue a fornecer instrumentos democráticos para impedir que a dignidade da pessoa seja pervertida, degradando o homem em objecto. É ainda o sujeito da modernidade o actor do humanismo.

---

<sup>24</sup> Cfr., por todos, Michel Foucault, *La Volonté du Savoir*, P. 107 e ss.

### 3. A constituição dirigente e a teoria dos sistemas autoreferenciais

Enfrentemos agora a terceira crítica. A relativização da constituição dirigente anda a par com a aceitação dos postulados da **teoria dos sistemas autoreferenciais** (Niklas Luhmann, Gunther Teubner, Helmuth Wilke). É verdade que algumas das análises desenvolvidas sob a perspectiva autopoietica têm lançado sérios golpes à nossa postura moderna, humanista e normativista.

Penso ser conhecida a tese fundamental do corifeu da autopoiesis: uma sociedade funcionalmente diferenciada em sistemas (político, económico, religioso, científico) não dispõe de qualquer **centro**. É uma sociedade sem centro e sem **topo** hierárquico. Ora onde não há topo nem centro também não pode haver uma supraordenação do Estado sobre as forças da sociedade nem qualquer direcção política imperativamente conformadora de fins. O sistema político não é uma central de direcção política. Mais: o sistema político autodirige-se a si próprio. Não pode estender a “direcção política” a outros sistemas da sociedade. Nesta perspectiva compreender-se-ão as dificuldades da constituição dirigente. Se a Constituição dirigente ainda se apoia no Estado e se a direcção política estatal constitucionalmente conformada pretende irradiar para os chamados subsistemas (económico, científico), é fácil de ver que ela não terá aceitação ou cabimento na teoria sistémica. O velho esquema sujeito-objeto depara com três dificuldades: (1) não há sujeito de direcção da sociedade; (2) é irrealista um sistema de direcção política concebido como processo causal no sentido de intenção e resultado; (3) é insustentável numa sociedade diferenciada afirmar que há projectos de bem comum da sociedade, reconhecidos e programados através de uma política iluminista.

Muitas das observações atrás sumariamente referidas parecem-nos, como já afirmámos, merecedoras de análise profunda e atenta. Elas justificaram a nossa afirmação de que o direito constitucional passou de disciplina **dirigente** a disciplina **dirigida**. Mas o que é que nos separa das teses autopoieticas? Desde logo – e isto é decisivo – continuamos defensores das **teorias accionalistas** da política e da possibilidade de direcção do Estado. O “pessimismo dirigente” radica, em nós, na observação de que a direcção passou hoje para outras “instâncias actuantes” (organizações, esquemas neocorporativos). Mas o sujeito não desapareceu. Mesmo na perspectiva de uma comunidade de sistemas existem sistemas actuantes sob a forma de actores corporativos e colectivos, como grupos, movimentos sociais e, sobretudo, as organizações ...

Por outro lado, uma perspectiva sistémica autoreferencial deixa por resolver dois problemas que nos parecem decisivos. Mesmo que procedamos a **descentração** do Estado a partir do meio da sociedade e à sua **recentração** no meio do sistema político, colocam-se sempre dois problemas: (1) a tomada de decisões colectivamente vinculantes (não imposições de “decisões socialmente vinculativas”); (2) a legitimação para a tomada de decisões colectivas. Colocada a questão neste contexto, dir-se-á que a autoevolução “sem sujeito” da sociedade exigirá, quando muito, a transformação do Estado. De “Estado heróico” intervencionista passar-se-ia a “Estado pós-heróico” supervisor. Poderá também falar-se da transformação de uma “Constituição dirigente heróica” numa “**Constituição**

**pós-heróica**” limitada ao estabelecimento de regras de supervisão referentes à garantia e à produção de bens colectivos?

## CONTORNOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Ingo Wolfgang Sarlet\**

\* Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da PUC-RS, bem como na Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Juiz de Direito no RS.

## **1 - Considerações introdutórias:**

Escrever sobre a saúde e sua proteção na ordem jurídico-constitucional constitui, sem dúvida, desafio para todos os que se ocupam do tema, seja pela sua relevância, seja pela miríade de aspectos que suscita, razão pela qual, desde logo, impõe-se uma delimitação do âmbito do presente estudo. Assim, registra-se que o ponto central a ser versado nesta breve análise diz com a posição que a saúde ocupa no ordenamento jurídico pátrio, na condição de direito e dever fundamental (em verdade, na condição de complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas) positivado na Constituição Federal de 1988, de tal sorte que, num primeiro momento, buscaremos caracterizar o direito à saúde como direito (e dever) fundamental da pessoa humana na ordem jurídica brasileira, especialmente na Constituição Federal de 1988, já que desta premissa resultam importantes conseqüências no campo da eficácia e efetividade, temática que se constitui no objeto principal de nossa reflexão, na segunda parte deste ensaio.

Por derradeiro, convém registrar, ainda nesta fase preliminar, que renunciamos a qualquer pretensão de aprofundamento e erudição acadêmica, na esperança de que possamos contribuir de alguma forma para a discussão e, quem sabe, até mesmo fornecer algum subsídio para a compreensão e, quem sabe, superação pelo menos de algumas das inúmeras dificuldades que se colocam para todos os que se ocupam com o problema da saúde neste nosso país, pelo menos no que diz com a sua dimensão dogmático-jurídica, na qual, de resto, encontra-se centrado o presente artigo, destacando-se, todavia, que uma perspectiva dogmática, desde que não divorciada dos valores e princípios essenciais do nosso Estado democrático de Direito (e, portanto, não positivista no sentido formal e legalista) constitui-se em ferramenta indispensável – ainda que não exclusiva ou mesmo excludente de outras possibilidades – para o enfrentamento do tema, notadamente no que diz com as concretas possibilidades de, por meio da ordem jurídica - normativa e institucional - tornar a saúde (em todas as suas manifestações) algo mais próximo de todas as pessoas, cientes de que, uma sociedade marcada pela doença ou falta de condições adequadas de saúde dos seus integrantes, será sempre também uma sociedade enferma.

## **2 - A saúde como direito (e dever) fundamental na Constituição Federal de 1988**

### **2.1 - O direito à saúde e sua dupla fundamentalidade formal e material**

Por mais estranho que possa parecer, não são poucos os que ainda questionam a razão pela qual um direito à saúde (como, de resto, os direitos sociais em geral, especialmente os direitos dos trabalhadores) encontra-se previsto na Constituição. Da mesma forma, segue havendo quem questione até mesmo o fato de Advogados, Procuradores, membros do Ministério Público, Defensores Públicos e Magistrados estarem a se ocupar com esta temática, notadamente quando está em causa a exigibilidade em Juízo do direito à saúde e a conseqüente imposição – pelo Poder Judiciário – de um encargo a ser realizado compulsoriamente pelo Estado.

Certamente não é este o entendimento que se irá sustentar neste ensaio, o que, de resto, já se pode inferir das notas introdutórias. Em verdade, tais questionamentos esbarram na elementar constatação de que a nossa Constituição vigente consagrou expressamente a saúde como direito fundamental da pessoa humana, decisão que, à evidência, deve ser levada a sério. Vale ressaltar, neste contexto, que praticamente ninguém questionou, ao menos desde 1787, isto é, desde que surgiram as primeiras Constituições escritas, na acepção contemporânea do termo, sobre o fato de a propriedade (que chegou a ser tida inclusive como direito natural) ocupar um lugar de destaque na Constituição. O mesmo se aplica à liberdade de ir e vir e ao instituto processual do *habeas corpus*, assim como às liberdades de associação, de reunião e à proteção da intimidade, da vida privada, do sigilo das comunicações e a privacidade do domicílio. Cuida-se, em todos os casos, de valores e bens jurídicos contemplados nas Constituições (ao menos naquelas que cultuam o Estado de Direito) há quase dois séculos.

Pois bem, o que se percebe é que bastou fossem contemplados nas Constituições os direitos sociais, especialmente a educação, a saúde, a assistência social, a previdência social, enfim, todos os direitos fundamentais que dependem, para sua efetividade, do aporte de recursos materiais e humanos, para que se começasse a questionar até mesmo a própria fundamentalidade destas posições jurídicas.

Consoante já sinalado, por mais que alguém queira (e possa) advogar a causa dos adversários da constitucionalização de um direito à saúde (como, de resto, dos demais direitos sociais), a nossa Constituição vigente, afinada com a evolução constitucional contemporânea e o direito internacional, não só agasalhou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi mais além, consagrando a saúde como direito fundamental, outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria.

Assim, a saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por esta razão, assim são designados) na nossa ordem

constitucional.<sup>1</sup> A assim designada fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas "cláusulas pétreas") da reforma constitucional, ainda que a respeito da inclusão dos direitos sociais no elenco dos limites materiais (expressos ou implícitos) ainda se verifique acirrada controvérsia, aspecto sobre o qual voltaremos a os pronunciar; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e – para além do teor literal do dispositivo e de acordo com o magistério de significativa doutrina – vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. A respeito de cada um destes elementos caracterizadores da assim denominada fundamentalidade formal, notadamente sobre o seu sentido e alcance, ainda teremos oportunidade de nos manifestar.

Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que – dada a inquestionável importância da saúde para a vida humana – parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários. Mesmo assim, convém lembrar que a saúde, além de constituir um existencial humano, vinculada que está à garantia da própria sobrevivência da pessoa, também encontra-se conectada, de modo indissociável, com a dignidade, no sentido de que apenas uma vida saudável será uma vida compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana. Já por esta razão, verifica-se que no âmbito de um direito à saúde, não basta que sejam asseguradas prestações suficientes à manutenção e proteção da vida (no sentido de mera sobrevivência física), de vez que uma vida com sofrimento (físico e psíquico) também constitui uma vida sem dignidade.<sup>2</sup>

Por tudo isso, não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental<sup>3</sup>, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está

---

<sup>1</sup> A respeito da fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais v. o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 78 e ss., na esteira das lições de Alexy e Gomes Canotilho.

<sup>2</sup> Sobre o tema, especialmente a respeito do conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana e de suas conexões com os direitos fundamentais, remetemos ao nosso Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, onde destacamos, entre outros aspectos, que a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de igual respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, além de implicar um feixe complexo de direitos e deveres, incluindo-se aqui a garantia das condições existenciais mínimas para uma vida saudável (p. 62).

<sup>3</sup> Ao utilizarmos aqui a expressão “direito humano fundamental”, o estamos fazendo propositalmente, no sentido de deixar claro que a saúde ocupa simultaneamente a condição de direito humano (no sentido de positivado na esfera internacional e atribuído a toda e qualquer pessoa)

previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha, apenas para lembrar o exemplo de uma ordem jurídica que, de modo geral, tem sido ainda muito cautelosa no reconhecimento de direitos fundamentais sociais.<sup>4</sup> Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que reconhece a dignidade da pessoa como valor central e referencial, protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também reconhece e assegura a saúde como bem jurídico fundamental.

## **2.2 - Breves notas sobre a positivação de um direito fundamental à saúde no plano internacional e no direito constitucional comparado e brasileiro**

Mesmo que em caráter meramente ilustrativo, vale a pena - até mesmo com o intuito de demonstrar que a nossa ordem constitucional, neste contexto, anda afinada com a evolução internacional - trazer algum dados a respeito da consagração no plano jurídico-positivo de um direito fundamental à saúde, tanto no direito internacional, quanto no direito constitucional comparado.

No direito internacional, coube à Declaração Universal da ONU, de 1948, o pioneirismo no que diz com a previsão expressa de um direito à saúde. Com efeito, nos seus artigos 22 e 25, a Declaração dispõe, aqui de forma resumida, que a segurança social e um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa humana são direitos humanos fundamentais. Posteriormente, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil, dispõe, no seu artigo 12, a respeito do direito de desfrutar do mais alto grau de saúde física e mental. Também na Convenção dos Direitos da Criança, já com a dimensão específica voltada para a questão da saúde da criança e do adolescente, bem como na Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1989, ambas igualmente ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao nosso direito interno, encontramos nova referência ao direito à saúde. Da mesma forma, a saúde, assim como os direitos fundamentais voltados à segurança social em geral, igualmente não deixaram de ser contemplados na nova Carta Européia de Direitos Fundamentais, de 2000, em que pese esta ainda não ter alcançado a sua plena vinculatividade.

No plano do Direito Constitucional comparado, já são diversas as Constituições que contém previsão expressa do direito à saúde no rol dos direitos fundamentais. Tal é o caso, por exemplo, das Constituições da Argentina, Para-

---

quanto fundamental (previsto na Constituição, e, portanto, vinculado a uma ordem jurídica determinada). Tendo em conta, todavia, a perspectiva adotada no presente trabalho, que versa sobre os contornos do direito à saúde na Constituição de 1988, continuaremos adotando, de modo uniforme, a expressão direitos fundamentais. Além disso, muito embora se trate de temática que não deva ter sua relevância superestimada, convém também não negligenciar a possível importância teórica e prática da distinção, para o que remetemos ao nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 31 e ss.

<sup>4</sup> Na Alemanha, v., entre outros, Otfried Seevald, Gesundheit als Grundrecht, Meisenheim-Glan: Athenäum, 1982.

guai, Uruguai, Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Grécia e França, apenas para citar as mais referidas. Assim, parece-nos que o nosso Constituinte - conforme já destacado - andou em boa companhia, também no que diz com a matéria ora versada. Aliás, das considerações tecidas até o presente momento, já se poderá ter por não justificadas as inúmeras e severas críticas endereçadas contra a nossa Constituição, especialmente quando se trata de alegar que ela decretou a ingovernabilidade do nosso País, transformando-o virtualmente numa espécie de "Leviathan" indomável, justamente por incluir na Constituição os direitos fundamentais sociais básicos, tais como saúde e educação, notadamente pelo fato de importarem na imposição de gastos para o poder público. Como já visto - e não desconsiderando que, de fato, existem ajustes que se impõe e limites que não podem ser negligenciados - percebe-se que não estamos sozinhos nesta cruzada. Por certo, todas as Constituições citadas (que nem de longe esgotam a listagem) também decretaram a "ingovernabilidade" dos respectivos países?!!

No que diz com a sua previsão no direito constitucional positivo pátrio, a saúde foi acolhida (pela primeira vez) expressamente como integrando o elenco dos direitos fundamentais sociais, na Constituição Federal de 1988 (artigo 6º). Além disso, o Constituinte voltou a contemplar a saúde (desta feita com a menção expressa de se tratar de um direito de todos e dever do Estado) no artigo 196 da Constituição, isto sem falar nos demais dispositivos encontrados no capítulo da ordem social (notadamente os artigos 196 a 200). Relevante é que tenhamos sempre presente, que toda a gama de disposições constitucionais (inclusive os preceitos direta e/ou indiretamente vinculados), mas também os já referidos pactos internacionais ratificados pelo Brasil e incorporados ao nosso ordenamento jurídico, integram, em última análise, o direito (e dever) à saúde na nossa ordem constitucional vigente, constituindo-se em parametricidade cogente para toda e qualquer ato dos poderes públicos, mas também dos particulares. Mesmo que viéssemos a capitular diante da posição infelizmente ainda predominante no Supremo Tribunal Federal - que, a despeito do teor do artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Constituição, segue atribuindo aos tratados em matéria de direitos humanos hierarquia meramente legal - ainda assim, as disposições constantes das convenções internacionais, devidamente incorporadas e com *status* equivalente à lei, devendo, portanto, serem aplicadas às situações concretas, já que integram o complexo normativo concretizador do direito à saúde na nossa ordem jurídica.

Convém registrar, ainda nesta quadra, que - com amparo no que dispõe o já citado artigo 5º, parágrafo 2º, a nossa Constituição consagrou a noção, já incorporada à nossa tradição jurídico-constitucional desde o advento da República, da abertura material de nosso "catálogo" de direitos fundamentais, que abranje, além dos igualmente já mencionados direitos previstos nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, os assim chamados direitos implícitos e decorrentes do regime e dos princípios, alcançando, ademais, direitos fundamentais expressa e implicitamente positivados em outras partes da Constituição, para além daqueles elencados no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais)<sup>5</sup>,

---

<sup>5</sup> Sobre a abertura material do "catálogo" de direitos fundamentais na nossa Constituição, bem como sobre o alcance e significado no art. 5º, par. 2º, da Constituição de 1988, v. também o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, pp. 81 e ss.

de tal sorte que também as normas contidas nos artigos 196 a 200 da nossa Carta Magna poderão comungar - ao menos naquilo que dizem com os elementos nucleares de um direito à saúde - da já aventada dupla fundamentalidade em sentido material e formal.

Mas a saúde, para além da sua condição de direito fundamental, é também dever. Tal afirmativa decorre - no que diz com o Estado - diretamente da dicção do texto constitucional, que, no art. 196, dispõe solene e claramente que "a saúde é direito de todos e dever do Estado...", sublinhando a obrigação precípua do poder público para com a efetivação deste direito. Todavia, a não ser que se pretenda sustentar uma interpretação literal e restritiva, que, no entanto - ao menos no nosso sentir - não resiste minimamente quando se privilegia uma hermenêutica sistemática e hierarquizante, afinada, por sua vez, com os postulados da unidade da Constituição e da sua força normativa,<sup>6</sup> também haverá de se reconhecer que a saúde gera um correspondente dever de respeito e, eventualmente até mesmo de proteção e promoção para os particulares em geral, igualmente vinculados na condição de destinatários das normas de direitos fundamentais, notadamente quando estiver em causa o seu conteúdo essencial, diretamente imbricado com os valores basilares da vida e da dignidade da pessoa humana.<sup>7</sup>

Assim, mesmo que não se vá aqui explorar este aspecto, importa considerar que sem o reconhecimento de um correspondente dever jurídico por parte do Estado e dos particulares em geral, o direito à saúde restaria fragilizado, especialmente no que diz com sua efetivação. Evidentemente - ainda que a Constituição não o tenha referido expressamente - também os particulares não poderão ofender a saúde alheia, alegando não serem destinatários do direito à saúde. Basta atentar para o fato de que ofender a integridade física e moral de seus semelhantes constitui, em muitos casos, conduta punível na esfera criminal ou, pelo menos, cível, gerando um correspondente dever de indenizar. De outra parte, poderá se sustentar que existe, de certa forma, um dever da própria pessoa (e de cada pessoa) para com sua própria saúde (vida, integridade física e dignidade pessoal), ensejando até mesmo e dependendo das circunstâncias do caso concreto, uma

---

<sup>6</sup> Especificamente sobre a hermenêutica constitucional, v. a recente e magistral contribuição de Juarez Freitas, Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional, in: AJURIS nº 76 (2000), pp. 397 e ss., substancialmente retomada e desenvolvida pelo ilustre jurista na terceira edição da obra A Interpretação Sistemática do Direito, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182 e ss. Além disso, não poderíamos deixar de referir aqui que, na obra citada, o renomado publicista Gaúcho bem sustenta, com erudição e originalidade, que toda a interpretação é necessariamente sistemática, implicando, ademais, sempre uma hierarquização de valores, princípios e regras (normas), tese esta retomada e enriquecida com outras perspectivas no igualmente relevante contributo de Alexandre Pasqualini, Hermenêutica e Sistema Jurídico: uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

<sup>7</sup> A respeito desta temática, v. o nosso "*Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*", in: Ingo Wolfgang Sarlet (Org), A Constituição Concretizada – construindo pontes com o público e o privado, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 107-163, com farta indicação de bibliografia nacional e estrangeira sobre o tema. Dentre os autores estrangeiros, assumem papel de destaque, entre outros, os contributos de Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999, Jörg Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, München: C.H. Beck, 1999.

proteção da pessoa contra si mesma, em homenagem ao caráter (ao menos em parte) irrenunciável da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.<sup>8</sup> Não é à toa, apenas para ilustrar o pensamento anterior, que alguns procedimentos médicos são vedados ainda que presente o consentimento inequívoco e consciente do paciente.

Também o direito à saúde não pode, portanto, continuar sendo reconduzido exclusiva e irrefletidamente à condição de direito público subjetivo, já que manifesta sua atuação também na esfera das relações entre particulares, ainda que se possa admitir que a assim denominada "eficácia horizontal" dos direitos fundamentais, em suma, a vinculação dos sujeitos privados, não possa ser tratada de modo similar à vinculação do poder público.<sup>9</sup>

Neste contexto, cumpre tecer algumas considerações sobre outro aspecto de considerável relevância, qual seja, o da titularidade do direito à saúde. Com efeito, antes de prosseguirmos com a caracterização da saúde como direito fundamental, há que responder à indagação de quem é, afinal de contas, o titular (beneficiado) do direito à saúde, especialmente tendo em conta que, mesmo diante da existência de direitos fundamentais de titularidade restrita (os direitos políticos e os direitos dos trabalhadores, por exemplo), a doutrina mais moderna, assim como a jurisprudência mais atualizada, felizmente tem aderido ao princípio da universalidade dos direitos fundamentais e, por óbvio, da sua titularidade.<sup>10</sup> Ademais, basta que se atente para a fórmula utilizada pelo Constituinte no já citado artigo 196 da nossa Carta Magna ("a saúde é direito de todos...") para evidenciar que nos encontramos diante de norma que excepciona a regra geral estabelecida no *caput* do artigo 5º da Constituição (afirmando textualmente que os direitos e garantias fundamentais são atribuídos aos brasileiros e estrangeiros residentes no País). Mesmo que não pudéssemos vislumbrar a extensão da titularidade inclusive aos estrangeiros não residentes a partir do disposto no artigo 196, teríamos motivos de sobra para uma leitura de feição inclusiva, e isto por vários motivos. No caso específico da saúde, como, de resto, ocorre com uma série de outros direitos fundamentais, parece elementar que, por sua direta ligação com o próprio direito à vida e com o direito à integridade física e corporal, que, por sua natureza, são direitos de todos (e de qualquer um), nos encontramos também diante de um direito de toda e qualquer pessoa humana, brasileira, estrangeira residente, ou não. Para além deste argumento, assume destaque o disposto no artigo 4º, inciso II, da Constituição, enunciando que, nas suas relações internacionais, o Brasil reger-se-á (dentre outros princípios) pela prevalência dos direitos humanos, isto sem falar na

---

<sup>8</sup> Sobre este tópico v. o nosso Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 113-14.

<sup>9</sup> Sobre este ponto, v., dentre outros, Joaquim José Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, pp. 1204 e ss.

<sup>10</sup> Sustentando, inclusive (muito embora não exatamente neste contexto e com outro propósito) que os direitos fundamentais são universais (portanto, direitos de todos) v. a lição de Luigi Ferrajoli, Derechos y Garantías. La Ley Del más Débil, Madrid: Trotta. 1999, especialmente p. 37 e ss. Especificamente a respeito do princípio da titularidade universal, v. Joaquim José Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 390 e ss.

incorporação ao direito interno - com força de norma constitucional<sup>11</sup>, ou, pelo menos, com hierarquia de lei (como, já o vimos, entende o Supremo Tribunal Federal) dos tratados internacionais que expressamente mencionam o direito à saúde, por força do artigo 5º, parágrafo 2º de nossa Carta Magna.

Aspecto que aqui não será desenvolvido – mas que, por sua relevância, não podemos deixar de referir – diz com a possibilidade de se restringir, de determinado modo, o acesso às prestações estatais em matéria de saúde, excluindo determinadas pessoas (ou grupos) em determinadas circunstâncias, a despeito da aplicação, nesta seara, do princípio da titularidade universal. Com efeito, ainda mais considerando a crescente escassez de recursos e a cada vez maior dificuldade por parte do poder público e da sociedade em dar conta da demanda gerada pelos altos níveis de exclusão social, não há mais como deixar de questionar até que ponto a saúde é mesmo um direito de todos, ou se é possível, por exemplo - o que, de resto, já se verifica na prática do dia-a-dia – priorizar o atendimento da população carente, impondo-se aos mais favorecidos, ou o pagamento da prestação almejada, ou mesmo a adesão ao sistema privado de planos de saúde. Cuida-se, por certo, de tema polêmico a respeito do qual não ousamos aqui lançar o nosso entendimento, até mesmo por falta de espaço para desenvolver minimamente alguma posição. Todavia, parece-nos que também aqui assume um papel relevante a aplicação prudente dos princípios da isonomia (implicando uma compensação de sensíveis desigualdades fáticas) e da proporcionalidade, já que se encontram em pauta conflitos entre direitos fundamentais e limitações impostas a determinados grupos de titulares do direito a saúde, que não foram excluídos (nem mesmo parcialmente) por disposição expressa do nosso Constituinte.

### **3 – Algumas notas em torno da eficácia e efetividade do direito à saúde**

#### **3.1 - Caracterização do direito à saúde como direito social de cunho complexo, simultaneamente defensivo (negativo) e prestacional (positivo)**

Como direito fundamental da pessoa humana (e não apenas dos brasileiros e estrangeiros residentes no país) o direito à saúde tem sido considerado como um direito social, integrando, portanto, a assim denominada segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais, que foi o resultado direto da evolução do Estado de Direito de inspiração liberal-burguesa, para um novo modelo de Estado e Constituição, comprometido com o princípio da igualdade e com a

---

<sup>11</sup> Sobre a hierarquia constitucional dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, contrapondo-se à posição do Supremo Tribunal Federal, v. especialmente Flávia Piovesan, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, Rio de Janeiro: Max Limonad, 1996, pp. 73 e ss., assim como Luís Roberto Barroso, Interpretação e Aplicação da Constituição, São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 15 e ss, e, mais recentemente, Celso Albuquerque Mello, O § 2º do Art. 5º da Constituição Federal, in: Ricardo Lobo Torres (Org), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, pp. 1 e ss.

realização da justiça social.<sup>12</sup> Sem que aqui possamos aprofundar esta perspectiva, fica o registro de que com a positivação de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, contemplados até mesmo com um pacto internacional específico (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966) se pretendeu, em última análise, a compensação das gritantes desigualdades sócio-econômicas acarretadas ao longo da revolução industrial (embora esta, à evidência, não tenha implantado a pobreza no mundo), buscando a concretização da idéia de justiça material, por meio de uma liberdade e igualdade não meramente formais, bem como pela extensão da proteção da liberdade pessoal em relação ao exercício do poder social e econômico, que resultou na afirmação das liberdades sociais, como é o caso da liberdade de associação sindical e do direito de greve.

Pois bem, o que importa nesta quadra do estudo e partindo aqui da premissa de que, a despeito da inegável imbricação de ambas as dimensões e da circunstância de que todos os direitos são (ou podem ser) simultaneamente negativos e positivos, é que também nós seguimos adotando a hoje já prestigiada classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa (negativos) e direitos a prestações (positivos).<sup>13</sup> A partir desta constatação, consideramos indispensável perceber que o direito à saúde pode, dependendo de sua função no caso concreto, ser reconduzido a ambas as categorias, o que, como ainda se terá oportunidade de verificar, acarreta reflexos importantes no âmbito da sua eficácia e efetividade. Em verdade, o que se pretende aqui destacar, com base na noção de que o texto (o dispositivo legal ou constitucional) não se confunde com a norma (ou normas) nele contida,<sup>14</sup> é que existem diversas posições jurídico-fundamentais (em suma, diversos direitos) vinculados aos dispositivos constitucionais que tratam da saúde.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais e o problema das assim denominadas dimensões (ou gerações, como ainda parece preferir a doutrina majoritária) dos direitos, v., entre outros, especialmente Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 514 e ss.

<sup>13</sup> Neste contexto, importa consignar que não desconhecemos a relativamente recente posição, sustentada nos EUA por Stephen Holmes e Cass Sunstein, The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes, New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 35-48, no sentido de que todos os direitos são também sempre positivos, indiciando uma superação da já clássica distinção traçada entre direitos negativos (de cunho defensivo) e positivos (direitos a prestações). Mesmo assim, se de fato parece inglória a tentativa se advogar uma dicotomia entre ambos os grupos de direitos, a partir do critério estrito da sua relevância econômica – isto é, de seu “custo” – seguimos convictos de que a relação entre direitos positivos e negativos caracteriza-se por uma espécie de dualismo relativo, marcado especialmente por uma diferença de objeto e função entre ambos os grupos de direitos fundamentais. Cuida-se, de resto, de ponto que aqui não temos condições de aprofundar.

<sup>14</sup> Sobre este ponto v. a paradigmática lição de Eros Roberto Grau, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 164 e ss., retomada, mais recentemente, por Lênio Luiz Streck, Hermenêutica Jurídica e(m) Crise - uma exploração hermenêutica da construção do Direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 16 (nota nº 2).

<sup>15</sup> A respeito deste aspecto, v. especialmente o pensamento de Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 47 e ss.

Assim, o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa (negativo), no sentido de impedir ingerências por parte do Estado e terceiros na saúde dos indivíduos, afastando, em suma, toda e qualquer conduta violadora do direito, bem como - e esta a dimensão mais problemática - direito a prestações (positivo). Nesta condição (de direito positivo) o direito à saúde implica a realização de políticas públicas por parte do Estado (e sociedade) que busquem a efetivação deste direito para a população, além de tornar o particular credor de prestações materiais na esfera da saúde (atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, entre outras), investindo-o de um correspondente direito subjetivo. A respeito dessas formas de manifestação do direito à saúde que iremos, nos próximos segmentos, tecer algumas considerações.

### **3.2 – O artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, e o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais**

Em que pese estarmos cientes da complexidade do problema e dos riscos decorrentes de uma simplificação, salientamos que, devido as limitações deste estudo, haveremos de priorizar alguns dados de cunho mais genérico, restringindo a nossa abordagem a alguns dos inúmeros aspectos passíveis de serem enfrentados neste contexto.

Desde logo, cumpre rememorar que a nossa Constituição, no âmbito das garantias da fundamentalidade (formal e material) dos direitos fundamentais, declarou, expressamente, em seu artigo 5º, parágrafo 1º, que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Tal formulação, à evidência, traduz uma decisão inequívoca do nosso Constituinte no sentido de outorgar aos direitos fundamentais uma normatividade reforçada e, de modo especial, revela que as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, de tal sorte que permanece atual a expressiva e célebre frase de Herbert Krüger, de que hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas sim, em leis na medida dos direitos fundamentais.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Cf. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 311, bem como, pela doutrina alemã, Philip Kunig, Anmerkungen zu Art. 1 GG, in: von Münch/Kunig (org), Grundgesetz Kommentar, vol. I, 4ª ed., München: C.H. Beck, p. 130.

Em síntese, a despeito das interpretações divergentes e que aqui não teremos condições de examinar,<sup>17</sup> sustentamos que a norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da nossa Constituição, para além de aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), apresenta caráter de norma-princípio,<sup>18</sup> de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível.<sup>19</sup> Vale dizer, em outras palavras, que das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador. Que tal postulado (o princípio que impõe a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais) não implica em desconsiderar as peculiaridades de determinadas normas de direitos fundamentais, admitindo, dadas as circunstâncias, alguma relativização – mas jamais uma negação absoluta de sua exigibilidade em Juízo - é ponto que voltará a ser referido e que aqui vai apenas anunciado.

Feitas estas breves considerações à guisa de preliminar, passaremos a tratar como as normas constitucionais versando sobre a saúde, especialmente naquilo que dizem com um direito fundamental à saúde, poderão alcançar eficácia e

---

<sup>17</sup> Aqui lembramos, dentre outras, a recente obra de João Pedro Gebran Neto, A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, este último sustentando, em linhas gerais, que a norma contida no artigo 5º, parágrafo 1º, aplica-se apenas aos direitos fundamentais contemplados no próprio artigo 5º da Constituição.

<sup>18</sup> A respeito da distinção entre regras e princípios como espécie de normas, v. Joaquim José Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pp 1085 e ss., embasado especialmente nas lições de Dworkin e Alexy.

<sup>19</sup> Sobre este sentido do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição de 1988, v. o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, pp. 245 e ss. Em sentido diverso, muito embora reconhecendo que o nosso entendimento, “representa um significativo avanço na interpretação do referido § 1º do art. 5º e para o desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais de direito fundamental,” Sérgio Fernando Moro, Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 69 e ss., sustenta que tal forma de compreender o alcance e significado do citado dispositivo “pode, entretanto, caso tratado equivocadamente, contribuir apenas para a justificação mais técnica e elaborada de decisões que neguem a eficácia às normas de direito fundamental, principalmente quando envolvidos direitos a prestações estatais”. Ainda que não possamos aqui dialogar mais com o ilustre autor, seguimos mantendo a nossa posição inicial, já que – e assim pensamos ter deixado claro em todas as nossas manifestações sobre o tema – por força de tal princípio da “máxima eficácia e efetividade” milita em favor também dos direitos a prestações uma presunção de eficácia plena, além de serem – pelo menos no âmbito de seu núcleo essencial – sempre exigíveis em Juízo, ponto, que, de resto, também aqui será sustentado.

efetividade. Neste contexto, vale lembrar que, na condição de direito constitucional fundamental, o direito à saúde possui várias dimensões, assim como diversas possibilidades de concretização, isto é, de realização, dentre as quais destacam-se as que seguem.

### **3.2.1 - A dimensão negativa do direito à saúde (a saúde como direito de defesa)**

No âmbito da assim denominada dimensão negativa, o direito à saúde não assume a condição de algo que o Estado (ou a sociedade) deve fornecer aos cidadãos, ao menos não como uma prestação concreta, tal como acesso a hospitais, serviço médico, medicamentos, etc. Na assim chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa [Abwehrrechte], como propõe Alexy, entre outros) a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde. Assim, qualquer ação do poder público (e mesmo de particulares) ofensiva ao direito à saúde é, pelo menos em princípio, inconstitucional, e poderá ser objeto de uma demanda judicial individual ou coletiva, em sede de controle concreto ou mesmo abstrato de constitucionalidade (neste caso, quando a violação estiver situada na esfera do conflito de uma norma com a Constituição). Ademais, importa registrar que além de uma posição jurídico-subjetiva (isto é, de um direito subjetivo individual<sup>20</sup>) o direito à saúde, na sua dimensão negativa, como de resto os direitos de defesa em geral, pode gerar uma série de efeitos, inclusive na esfera

---

<sup>20</sup> Nesta condição – de direitos subjetivos – identificam-se, de acordo com a lição de Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 173 e ss., três espécies de posições: a) direitos ao não-impedimento de ações por parte do titular do direito; b) direitos à não-afetação de propriedades ou situações do titular do direito; c) direitos à não-eliminação de posições jurídicas.

jurídico-objetiva, efeitos que são comuns a todas as normas de direitos fundamentais.<sup>21</sup>

Além disso, ainda no contexto da assim denominada dimensão defensiva do direito à saúde, há que considerar o princípio da proibição de retrocesso, que, embora ainda não esteja suficientemente difundido entre nós, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional.<sup>22</sup>

O princípio da vedação de retrocesso, embora necessariamente não tenha o condão de desconsiderar uma certa margem de liberdade da qual dispõe o legislador numa ordem democrática, impede, todavia, que o legislador infraconstitucional venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender destas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade, em outras palavras, para serem aplicadas e cumpridas pelos órgãos estatais e pelos particulares.

Também no âmbito do direito à saúde - convém lembrá-lo - já existe toda uma pletera de leis que o regulamentam. Assim, por exemplo, há como citar a legislação federal e estadual (o Rio Grande do Sul dispõe de uma lei específica), determinando que o governo (da União e/ou do Estado) é obrigado a fornecer, gratuitamente, medicamentos especiais a pessoas sem condições financeiras para a aquisição e que deles necessitam para o tratamento de suas moléstias. Também dispomos de uma ampla e minuciosa regulamentação do SUS, igualmente instituído originariamente pela Constituição de 1988. Da mesma forma, há como citar a legislação sobre os planos de saúde, que dizem com o papel da iniciativa privada no campo da saúde, tudo isto apenas para demonstrar a importância desta regulamentação da Constituição pelo legislador ordinário (infraconstitucional) e até mesmo pelo Poder Executivo, no exercício das suas competências administrativas e normativas.

Pois bem, considerando os exemplos colacionados, verifica-se que com base no princípio da proibição de retrocesso, especialmente em matéria de direitos fundamentais sociais, o que se pretende é evitar que o legislador venha a revogar (no todo ou em sua parte essencial) uma ou mais normas infraconstitucio-

---

<sup>21</sup> Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais v. especialmente Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ªed., Heidelberg: C.F. Muller, 1995, p. 133 e ss. (existe tradução de Luís Afonso Heck para a língua portuguesa: Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998).

<sup>22</sup> Sobre a proibição de retrocesso v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 369 e ss. Mais recentemente, v. a referência feita por Lênio Luiz Streck. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp 31 e ss. A respeito do significado e conteúdo do Estado democrático de Direito e seu papel na concretização da igualdade e dos direitos sociais ,v., ainda, José Luiz Bolzan de Moraes. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, traçando, com profundidade, a trajetória que marcou a evolução do Estado liberal ao Estado democrático de Direito, bem como identificando os elementos nucleares deste último.

nais que concretizaram o direito à saúde constitucionalmente consagrado. Mesmo que não se esteja a falar aqui de uma alteração da própria Constituição (objeto de proteção específica por intermédio dos limites formais e materiais ao poder de reforma constitucional), ainda assim estaríamos diante da hipótese de um verdadeiro golpe contra a nossa Lei Fundamental, de tal sorte que, em configurada esta hipótese, sempre se poderá impugnar, via judicial, este tipo de procedimento, invocando a sua inconstitucionalidade. Importa, ainda, consignar que o que se sustenta não é o indefensável, isto é, uma proibição absoluta de todo e qualquer ajuste ou mesmo corte em matéria de benefícios sociais, mas sim – e na esteira de Gomes Canotilho – uma vedação relativa de retrocesso, já que “a liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado,<sup>23</sup> neste caso, o núcleo essencial do direito à saúde concretizado pelo legislador.

Muito embora a situação não se possa confundir pura e simplesmente com a dimensão ora exposta, há como enquadrar, no contexto de uma natureza defensiva do direito de saúde, a proteção qualificada que o nosso Constituinte outorgou ao direito fundamental à saúde, ao incluir os direitos sociais (mesmo na sua função positiva) no elenco das assim denominadas "cláusulas pétreas", de tal sorte que nem mesmo uma emenda à Constituição poderá abolir ou mesmo impor restrições desproporcionais e/ou invasivas do núcleo essencial do direito à saúde, estando sujeita, neste caso, a ser fulminada em sede de controle de constitucionalidade.<sup>24</sup> Ainda que não se queira admitir que a saúde seja também (para efeitos do disposto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da nossa Constituição) direito individual fundamental - do que dão conta as inúmeras demandas individuais que aportam mensalmente apenas nas Varas da Fazenda Pública de Porto Alegre - de cada uma e de todas as pessoas, sempre haverá como sustentar que, em virtude da inequívoca relevância do bem jurídico tutelado (em suma, a vida, a dignidade e a integridade física e psíquica do ser humano), as normas jusfundamentais sobre a saúde enquadram-se, nos chamados limites materiais implícitos à reforma constitucional<sup>25</sup>, que vedam a supressão (abolição) efetiva e tendencial, portanto também o esvaziamento da identidade da ordem constitucional, que, considerando o perfil traçado pelo Constituinte, não pode ser identificada com uma matriz exclusivamente liberal-burguesa, já que mescla elementos liberais e sociais, bastando, para tanto, uma breve leitura do Título I da nossa Carta Magna.

### **3.2.2 - Dimensão positiva do direito à saúde: o direito à saúde como direito a prestações**

<sup>23</sup> Cf. Joaquim José Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 326 e ss.

<sup>24</sup> Cf. sustenta, entre outros, Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Poder Constituinte Reformador: Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 183 e ss.

<sup>25</sup> Esta a posição de Gustavo Just da Costa e Silva, Os Limites da Reforma Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 130 e ss.

A pergunta que se coloca a todos que analisam a dimensão prestacional (ou positiva) do direito à saúde, em última análise, diz com a possibilidade de o titular deste direito (em princípio qualquer pessoa), com base nas normas constitucionais que lhe asseguram este direito, exigir do poder público (e eventualmente de um particular) alguma prestação material, tal como um tratamento médico determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamento, enfim, qualquer serviço ou benefício ligado à saúde. A resposta, à evidência, é tudo menos singela, assim como também é evidente que não teremos aqui condições de esgotar o problema. Por esta razão, seguem apenas algumas breves considerações a respeito desta faceta do direito à saúde, partindo-se, desde logo, da premissa de que o direito à saúde, para além da dimensão defensiva já declinada, é também (e acima de tudo) um direito a prestações, ao qual igualmente deverá ser outorgada a máxima eficácia e efetividade, inclusive no que diz com a sua exigibilidade – na condição de direito subjetivo – em Juízo.

Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que nossa Constituição não define, a não ser em termos gerais e no que diz com as prioridades e tarefas expressamente estabelecidas nos artigos 196 a 200, em que consiste exatamente o objeto do direito à saúde. Em suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos genéricos da ordem constitucional positiva.

Assumindo-se como correta, ao menos em princípio, a premissa de que é o legislador Federal, Estadual e/ou Municipal, dependendo da competência legislativa prevista na própria Constituição, a quem incumbe a missão de concretizar, em primeira linha, o conteúdo e alcance do direito à saúde, não se poderá, desde logo, olvidar que, mesmo numa sociedade aberta dos intérpretes da Constituição [Häberle] ainda é o Poder Judiciário que, se não com exclusividade, pelo menos com cunho definitivo (no sentido de dispor da “última palavra” quem interpreta e zela pela aplicação e cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais, assumindo assim também um relevante papel na concretização e efetivação das normas de direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais a prestações.

Permanece, todavia a indagação se o Poder Judiciário está autorizado a atender essas demandas e conceder aos particulares, via ação judicial, o direito à saúde como prestação positiva do Estado, compelindo o Estado ao fornecimento de medicamentos, leitos hospitalares, enfim, toda e qualquer prestação na área da saúde. Na medida em que o nosso poder público não tem logrado atender (e aqui não se está adentrando o mérito das razões invocadas) o compromisso básico com o direito à saúde, constata-se a existência de inúmeras ações judiciais tramitando nos Foros e Tribunais brasileiros, dentre as quais destacam-se as demandas movidas por portadores do HIV na busca do fornecimento dos medicamentos para o

tratamento adequado da moléstia e a garantia de uma sobrevida mais longa e com menor sofrimento e, portanto, mais digna.

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.), prende-se ao fato de que se cuida de um direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes.<sup>26</sup> Assim, em se acolhendo de forma irrestrita este entendimento, efetivamente haveríamos de capitular diante daqueles que propugnam o cunho meramente programático das normas constitucionais sobre a saúde, pelo menos no sentido de não gerar um correspondente direito subjetivo do particular.

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) e que, por esta razão, o fator “custo dos direitos” (não exclusivo dos direitos a prestações)<sup>27</sup> implica certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade especialmente dos direitos sociais a prestações, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento de que tais objeções não podem ter o condão de impedir o reconhecimento, pelos órgãos do Poder Judiciário, de direitos subjetivos a prestações, pelo menos não em toda e qualquer hipótese. Com efeito, de modo necessariamente sintético, incompleto e simplificado, reiteramos aqui a nossa posição no sentido de que sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente - em se cuidando da saúde - da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reco-

---

<sup>26</sup> A respeito da diferença entre os direitos de defesa e direitos sociais a prestações, bem como sobre os argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo a prestações materiais, v. o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, op. Cit., pp. 259 e ss. e pp. 279 e ss. Também enfrentando este problema e sustentando posição em parte divergente, vale lembrar a excelente contribuição de Ricardo Lobo Torres, A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, in: Ricardo Lobo Torres (Org), Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, especialmente p. 282 e ss., assim como a obra de Gustavo Amaral, Direito, Escassez & Escolha, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>27</sup> Especialmente sobre o “custo” dos direitos fundamentais sociais, a reserva do possível e seus fundamentos e conseqüências, v., entre nós (ainda que seguindo um entendimento em parte diverso do que aqui estamos a sustentar) as recentes contribuições de Gustavo Amaral, Direito, Escassez & Escolha, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, e Flávio Galdino, O Custo dos Direitos, in: Ricardo Lobo Torres (Org), Legitimação dos Direitos Humanos, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 139-250.

hecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo.<sup>28</sup> Tal argumento cresce em relevância em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar - pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça - que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos - se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de - muitas vezes a despeito de contribuir para o sistema social mediante o pagamento de impostos diretos e indiretos - arcar com o custo do tratamento.<sup>29</sup>

A solução, portanto, está em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma harmonização dos bens em jogo, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade e o respeito ao conteúdo mínimo dos direitos a prestações sociais, no sentido de um conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida digna.<sup>30</sup> Tal concepção, ora sumariamente exposta, foi recentemente acolhida em notável Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da lavra do eminente Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, demonstrando, na esteira de inúmeras

---

<sup>28</sup> Cabe lembrar, neste contexto, que, nesta linha de entendimento, um direito subjetivo a prestações não poderá abranger - em face dos limites já referidos - toda e qualquer prestação possível e imaginável, restringindo-se, onde não houver previsão legal, às prestações elementares e básicas. Neste sentido, cumpre referir paradigmática formulação enunciada pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao lembrar que o particular poderá reclamar do Estado apenas algo que seja razoável. Assim, por exemplo, não parece razoável compelir o Estado a pagar tratamento dentário de cunho não imprescindível, ou mesmo fornecer determinado medicamento, quando existe outro similar em eficácia, mas de custo menor.

<sup>29</sup> Cf., ainda, o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, pp. 298 e ss. Posicionando-se no mesmo sentido, com argumentos adicionais e assumindo uma postura crítica com relação ao entendimento prevalente na Alemanha e especialmente no que diz com a importação direta de teorias e soluções, vale conferir Andreas Joachim Krell, Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. Note-se que mesmo autores que tem feito escola sustentando (não sem fundamento em relevantes argumentos e contribuições doutrinárias) que os direitos sociais não são, em geral, direitos fundamentais, reconhecem a impossibilidade de o Poder Público recusar-se a fornecer as prestações mínimas indispensáveis para uma existência com dignidade, bem como a exigibilidade em Juízo destas prestações. Neste contexto, indispensável é a contribuição de Ricardo Lobo Torres, A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, in: Ricardo Lobo Torres (Org), Teoria dos Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 243-342.

<sup>30</sup> Aqui, para além dos nossos próprios escritos, já referidos, bem como das obras de Andreas Krell, Robert Alexy e Ricardo Lobo Torres (que também reconhece exigibilidade ao mínimo existencial), v. também o recente contributo de Ana Paula de Barcellos, A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247 e ss., sustentando ser o mínimo existencial o núcleo sindicável da própria dignidade da pessoa humana.

outras decisões de Juízes e Tribunais pátrios, a consagração da tese em prol do reconhecimento de um direito subjetivo à saúde como prestação, bem como o comprometimento, pelo menos de larga parcela do Poder Judiciário, com a causa da vida e da dignidade da pessoa humana,<sup>31</sup> entendimento este atualmente sufragado até mesmo pelos inicialmente mais tímidos Tribunais Superiores, especialmente pelo nosso Supremo Tribunal Federal.

Resta consignar, nesta quadra da exposição, que no caso específico do fornecimento de medicamentos, os argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo a prestações diretamente deduzido da Constituição esbarram até mesmo na existência de legislação específica (Lei Federal nº 9.313/96 e, no caso específico do Rio Grande do Sul, da Lei Estadual nº 9.908/93), de tal sorte que já houve, ao menos para este efeito, uma concretização pelo legislador infra-constitucional, inexistindo, igualmente na senda do que já tem sido decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,<sup>32</sup> qualquer óbice à condenação do Estado no fornecimento ou pagamento (se não tiver em estoque os medicamentos) da medicação necessária, o que assume particular importância no caso dos portadores do HIV, apenas para citar a hipótese mais corriqueira.

Por outro lado, não haveria como desconsiderar a grave ameaça que paira sobre todos aqueles que necessitam bater às portas do Judiciário para a obtenção, via judicial, do reconhecimento e proteção de seu direito à saúde. Com efeito, tendo em conta o caráter normalmente emergencial da prestação reclamada, impõe-se, em regra, a concessão de uma medida liminar, que, evitando o comprometimento grave e até mesmo irreversível da saúde do demandante, concede-lhe antecipadamente o direito reclamado em Juízo, no todo ou em parte. Pois bem, considerando a existência de legislação proibitiva da concessão de tutela antecipada contra o poder público e levando em conta, ainda, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter-se pronunciado pela constitucionalidade desta legislação (embora não de forma definitiva), não se poderia mais, a prevalecer este entendimento, obter provisória e antecipadamente, o medicamento, exame laboratorial, atendimento médico, enfim, a prestação saúde constitucionalmente assegurada. Mesmo assim, constata-se que Juízes e Tribunais - a despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a este ponto - continuam, ao menos em sua maior parte, deferindo liminares, cientes de que negar a antecipação da tutela e relegar ao final do processo a concessão do direito reclamado, em muitos casos equivaleria, na linha do que já restou dito, condenar a pessoa à morte ou ao comprometimento grave e, por vezes, definitivo de sua saúde.

De outra parte, verifica-se que a referida ameaça - pelo menos no caso do direito à saúde - tem sido amenizada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, seja pelo fato de em princípio não ter cassado, em sede de Reclamação, as decisões proferidas pelos Juízes e Tribunais ordinários, seja por ter considerado, já em

---

<sup>31</sup> Cf. julgamento nos Embargos Infringentes nº 598526481, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 11.06.99.

<sup>32</sup> Cf. Apelação Cível nº 598018182, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Vasco Della Giustina, julgada em 22.10.98.

mais de um julgamento, que a condenação do Estado no fornecimento de medicamentos, com base em legislação específica, sequer desafia Recurso Extraordinário, já que não se cuida de ofensa direta à Constituição. Acima de tudo, importa consignar que o Supremo Tribunal Federal, recentemente e de modo enfático, afirmou o caráter fundamental e, pelo menos em certa medida, também justiciável, do direito à saúde (na condição de direito subjetivo) no âmbito de nossa ordem jurídico-constitucional.<sup>33</sup>

#### 4 - Considerações finais

À guisa de encerramento e cientes de que aqui logramos apenas tangenciar alguns dos aspectos de tão relevante e complexa problemática, parece-nos oportuno registrar que, quando falamos do direito à saúde e da sua efetivação, não podemos desconsiderar a inequívoca imbricação entre questões que normalmente são tidas como “meramente” políticas, econômicas, sociais ou mesmo culturais, com a ordem jurídica, isto é, com a evidente relevância jurídica destes problemas. Da mesma forma, não há como negligenciar que o jurídico - e isto não apenas no âmbito da saúde - encontra seus limites justamente na realidade social, econômica e cultural de uma determinada sociedade. Com efeito, na esteira da oportuna lição de Dieter Grimm, ilustre publicista e Magistrado aposentado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a efetividade dos direitos fundamentais em geral (e não apenas dos direitos sociais a prestações) não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se resolve no plano exclusivamente jurídico, transformando-se em um problema de uma verdadeira política dos direitos fundamentais.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Com efeito, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 267.612-RS (decisão publicada no DJU de 23.08.2000), o eminente Relator, Ministro Celso de Mello, em hipótese versando justamente sobre o fornecimento de medicamentos para o tratamento da AIDS, consignou que "o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado." (extraído das transcrições efetuadas no Boletim Informativo do STF).

<sup>34</sup> Cf. Dieter Grimm, *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, in: W. Hassemer/W. Hoffmann-Riem/J. Limbach (Org), *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, Baden-Baden: Nomos, 1982, p. 72. No mesmo sentido, entre nós, vale registrar a luminosa afirmação de Clèmerson Merlin Clève, *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)* São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 127, ao enfatizar a necessidade de uma política da dignidade e dos direitos fundamentais.

Assim, a despeito da singeleza da colocação, temos a convicção de que apenas mediante uma convergência de vontades e esforços (do Poder Público e da sociedade), bem como especialmente com a superação do tradicional jogo do "empurra-empurra" que se estabeleceu no nosso País (entre Estado e iniciativa privada, entre União e Estados, entre estes e os Municípios, entre Executivo e Legislativo, entre estes e o Judiciário, etc.) é que se poderá chegar a uma solução satisfatória e que venha a resgatar a dignidade da pessoa humana para todos os brasileiros, notadamente no que diz com a efetiva possibilidade de fruir das condições mínimas para uma existência digna.

Além do mais, cumpre lembrar a circunstância elementar - embora nem por isso devidamente considerada - de que a saúde não é apenas dever do Estado, mas também da família, da sociedade e, acima de tudo, de cada um de nós. Sem solidariedade e responsabilidade por parte de todos, poder público e comunidade, a saúde, cada vez mais, não passará de uma mera promessa insculpida no texto da nossa Constituição, não sendo à toa que cada vez mais assume lugar de destaque a dimensão democrático-participativa no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais, especialmente de caráter positivo, dimensão esta que, notadamente no âmbito da Seguridade Social (e não exclusivamente da no campo da saúde) já foi expressamente prevista pelo Constituinte e que já tem sido objeto de importantes experiências locais e regionais. Por outro lado, cumpre resgatar e reafirmar a "irrenunciável dimensão utópica" dos direitos fundamentais, da qual nos fala Pérez-Luño, sinalando que os direitos fundamentais contém, em que pese a sua faceta jurídico-normativa, um projeto emancipatório real e concreto.<sup>35</sup> Entre nós, reconhecendo igualmente uma perspectiva utópica e promocional dos direitos fundamentais, José Eduardo Faria, partindo da concepção da utopia como "horizonte de sentido", sustenta que a luta pela universalização e efetivação dos direitos fundamentais implica a formulação, implementação e execução de programas emancipatórios, que, por sua vez, pressupõe uma extensão da cidadania do plano meramente político-institucional para os planos econômico, social, cultural e familiar, assegurando-se o direito dos indivíduos de influir nos destinos da coletividade.<sup>36</sup> É evidente que também e particularmente - em face de sua estreita vinculação com a própria garantia da vida e de uma vida com dignidade - para o direito à saúde, a benfazeja utopia constitucional da máxima realização dos direitos

---

<sup>35</sup> Cf. Antonio Enrique Pérez Luño, Derechos Humanos y Constitucionalismo em la Actualidad, in: A E. Pérex Luño (Org), *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 15.

<sup>36</sup> Cf. José Eduardo Faria, Democracia e governabilidade: os Direitos Humanos à luz da Globalização Econômica, in: J.E. Faria (Org), *Direito e Globalização Econômica*, São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 154 e ss.

fundamentais assume feições emergenciais, especialmente em virtude das peculiaridades da ordem jurídica, social e econômica pátria. Se já se afirmou, não sem razão, que no campo dos direitos sociais a prestações, com especial ênfase na seara a saúde, estamos diuturnamente diante de escolhas “trágicas”,<sup>37</sup> ousamos afirmar que mais trágico é não ter escolha. Não sendo este o caso, também no que diz com os direitos fundamentais a busca das escolhas corretas segue sendo o simultaneamente angustiante e positivamente instigante desafio que se coloca para o Estado, o Direito e a Sociedade.

---

<sup>37</sup> Esta a advertência de Gustavo Amaral, Direito, Escassez & Escolha, p. 133 e ss.

## OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A GLOBALIZAÇÃO

*Paulo Bonavides\**

\*Doutor *honoris causa* pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Professor visitante nas Universidades de Colônia (1982), do Tennessee (1984) e de Coimbra (1989); Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, entre outros.

Há na escala evolutiva do Direito Constitucional, legislado ao longo das revoluções e metamorfoses de dois séculos, quatro gerações sucessivas de direitos fundamentais que, passando da esfera subjetiva para as regiões da objetividade, buscam reconciliar e reformar a relação do indivíduo com o poder, da sociedade com o Estado, da legalidade com a legitimidade, do governante com o governado.

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do ocidente.

Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada País constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder.

Essa linha ascensional aponta, por conseguinte, para um espaço sempre aberto a novos avanços. A história comprovadamente tem ajudado mais a enriquecê-lo que a empobrecê-lo: os direitos da primeira geração - direitos civis e políticos - já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter anti-estatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico.

São por igual direitos que valorizam primeiro o homem singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.

Os direitos fundamentais da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século XIX. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados com o princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.

Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

Com efeito, até então em quase todos os sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os direitos da liberdade não eram de aplicabilidade mediata, por via do legislador.

Se na fase da primeira geração os direitos fundamentais consistiam essencialmente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade, a partir da segunda geração tais direitos passaram a compreender, além daquelas garantias, também os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a Lei Maior, projetando-lhe a unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras.

Cresceu, pois, com a introdução dos direitos fundamentais da segunda geração o juízo de que esses direitos representam de certo modo uma ordem de valores, compondo uma unidade de ordenação valorativa que alguns juristas temem possa ressuscitar ou correr o risco de ressuscitar a rejeitada concepção de sistema, à qual, segundo Scheuner, os direitos fundamentais seriam irreduzíveis.<sup>1</sup> Mas Scheuner já foi ultrapassado a esse respeito e dele não nos ocuparemos.

De acordo com a nova teorização dos direitos fundamentais as prescrições desses direitos são também direito objetivo e isso levou, segundo Schmitt, à superação daquela distinção material entre as duas partes básicas da Constituição, em que os direitos fundamentais eram direitos públicos subjetivos ao passo que as disposições organizatórias constituíam unicamente direito objetivo.<sup>2</sup>

A concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez que o princípio da igualdade tanto quanto o da liberdade, tomasse também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir, conforme demonstra a doutrina e a jurisprudência do constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado.

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos.<sup>3</sup>

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste começo de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de uma determinada sociedade. Têm, primeiro, por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

---

<sup>1</sup> Ulrich Scheuner, “Zur Systematik und Auslegung der Grundrechte”, in *Staatstheorie und Staatsrecht-Gesammelte Schriften*, Berlim, 1978, p. 718.

<sup>2</sup> Carl Schmitt, “Grundrechte und Grundpflichten, 1932, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, ob. cit., p. 189.

<sup>3</sup> “Léçon Inaugurale”, sob o título *Pour les Droits de l’Homme de la Troisième Génération: Les Droits de Solidarité*, ministrada em 2 de julho de 1979, no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, por Karel Vasak, Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz, da UNESCO.

A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

A relação de Vasak, em verdade, é apenas indicativa daqueles que se delinearão em contornos mais nítidos contemporaneamente; é possível que haja outros em fase de gestação, podendo o círculo alargar-se à medida que o processo universalista se for desenvolvendo.

O Brasil está sendo impelido para a utopia deste fim de século: a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica. O neoliberalismo cria, porém, mais problemas do que os que intenta resolver. Sua filosofia do poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade.

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. Mas nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do *statu quo* de dominação. Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente.

Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia.

Globalizar direitos fundamentais equívale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir.

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem á derradeira fase de institucionalização do Estado social.

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, tanto quanto possível uma democracia direta e participativa. Materialmente exequível, graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio-ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo.

Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem - sem, todavia, removê-la - a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todas as esferas da sociedade e do ordenamento jurídico.

Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, concretizam-se. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação.

Da globalização econômica e da globalização cultural muito se tem ouvido falar. Da globalização política só nos chegam, porém, o silêncio e o subterfúgio neoliberal da reengenharia do Estado e da Sociedade. Imagens, aliás, anárquicas de um futuro nebuloso onde o Homem e a sua liberdade - a liberdade concreta, entenda-se - parecem haver ficado de todo esquecidos e postergados.

Já, na democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados - direitos, conforme vimos, de quatro dimensões distintas - será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema à propositura da ação de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta.

Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política.

“Eu não nego a lei, mas interpreto-a, dizia o teólogo de Frei Heitor Pinto na “Imagem da Vida Cristã”. Eu também não nego a globalização, como já ficou assinalado, mas a interpreto na sua versão contemporânea, que é aquela inculcada pela ideologia neoliberal. E o faço com o propósito de mostrar que ela é injusta, inimiga dos povos, supressiva das liberdades, indigna da adesão dos homens livres.

Globalização serva de um capitalismo de opressão degrada e corrompe a natureza humana, esmaga a personalidade, conculca as franquias do cidadão, nega a soberania, anula a identidade dos povos.

Globalização da especulação financeira e que criou um falso mundo sem alternativas para a liberdade, porque a liberdade nunca teve alternativa. É neste final de século uma tragédia para os direitos fundamentais.

Quando a crise acomete portanto o capitalismo globalizante do modelo neoliberal - a esta altura impugnado e já açoitado das forças de resistência que lhe arriaram a máscara e lhe patentearam a brutalidade com que oprime - o mundo outra vez se há-de inclinar para o Estado social. Única saída à crise e ao desmoronamento do capitalismo. Em verdade, capitalismo do gênero mais comprometido com a especulação que com a produção. Por isso mesmo de todo estéril e lesivo à economia dos países débeis, vítimas do confisco especulativo e feroz que arruina mercados, câmbios e nações.

Na mesa verde das bolsas, - que é o cassino das finanças - os direitos da terceira geração, como o direito dos povos ao desenvolvimento, são friamente imolados. Hecatombes financeiras desabam sobre os chamados países emergentes por obra de um cálculo dos aventureiros do capital, que vêem o lucro e não o homem, a fazenda privada e não a nação, o interesse e não o trabalho; o egoísmo e não a fraternidade.

É o perfil internacional do desespero e da injustiça que faz escravos ao invés de fazer cidadãos, que suprime a independência dos povos e globaliza a resignação dos fracos.

À fé púnica dos globalizadores neoliberais opõe-se o humanismo do Estado social da democracia participativa e sua filosofia do bem comum e do poder legítimo. Estado social gerado no constitucionalismo de inspiração weimariana e aperfeiçoado nas Constituições subseqüentes à Segunda Grande Guerra Mundial, até ser atropelado ultimamente pela onda de expansionismo da reação capitalista, nem por isso se desfez de seu potencial de luta ou perdeu por inteiro a capacidade de resistência eficaz ao novo “statu quo” do capitalismo.

Tem ele por inimigo mortal na versão brasileira o neoliberalismo e seu modelo de globalização. Mas nem todas as globalizações são idênticas; tampouco se pode reputar por única aquela que os neoliberais estadeiam como novidade absoluta.

Desde a terceira década do século XX, formalmente para as promessas de construção o constitucionalismo brasileiro se tem volvido para a construção de um País atado aos princípios do Estado social, à observância tanto quanto possível rigorosa de sua doutrina e ideologia, no afã de erguer pois uma sociedade mais justa, mais humana, mais fraterna, capaz de seguir a linha jurídica de propósitos fundamentais enunciados, em síntese, no art. 3º e parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal e, ao mesmo passo, corrigir as desigualdades sociais e regionais que lhe minam a estrutura e lhe obstaculizam as vias libertárias do desenvolvimento.

Entre nós, a atenção do jurista despertou de maneira um tanto tardia para o fenômeno transformador de nossas instituições. Transformação esboçada primeiro, e depois introduzida gradualmente no sistema constitucional positivo a partir dos avanços sociais consagrados pela Carta de 1934.

Estes avanços outra coisa não eram senão a continuação da mudança principiada com o movimento de 30, que pôs abaixo a república dos coronéis carcomidos e oligarcas, os quais nos governavam desde a queda do Império.

Mudança lenta mas resoluto em termos de política social, consubstanciada em novas tarefas atribuídas ao Estado. Tal política não foi interrompida pela Carta de 1934 nem pela ditadura do Estado Novo subsequente.

O argumento social prevaleceu, por conseguinte, durante todo o governo de Vargas, que se estendeu de 1930 a 1945, atravessando diferentes fases durante as quais nunca arrefeceu o ânimo de alcançar a paz e a justiça nas relações do capital com o trabalho.

Legislava-se, portanto, tendo em vista a pauta de um constitucionalismo de conciliação, compromisso e harmonia, onde os interesses que moviam as alavancas do progresso, da produção e do desenvolvimento eram tomadas na devida conta.

Os frutos incorporados, portanto, nas leis trabalhistas foram conservados e protegidos por todas as Constituições brasileiras desde 1946. Mas sua negação recente ocorre por obra de um reacionarismo desestruturante do quadro institucional e ostentado pelas correntes neoliberais.

Em nome da fé na globalização propõe-se um capitalismo de última geração e ao mesmo passo se desfere, em silêncio, o que denominamos golpe de Estado institucional. Golpe muito mais devastador e funesto que aquele do modelo clássico e tradicional; sem tanques nas ruas, sem interdição dos veículos de opinião, sem fechamento das Casas do Congresso, mas que se serve justamente desses meios para coagir a Nação, anestésiar a sociedade, paralisar-lhe os movimentos, calar a reação popular e sufocar a consciência do País.

O golpe de Estado institucional, ao contrário do golpe de Estado governamental, não remove governos mas regimes, não entende com pessoas mas com valores, não busca direitos mas privilégios, não invade poderes mas os domina por cooptação de seus titulares; tudo obra em discreto silêncio, na clandestinidade, e não ousa vir a público declarar suas intenções que vão fluindo de medidas provisórias, privatizações, variações de política cambial, arrocho de salários, opressão tributária, favorecimento escandaloso da casta de banqueiros, desemprego, domínio da mídia, desmoralização social da classe média, minada desde as bases, submissão passiva a organismos internacionais, desmantelamento de sindicatos, perseguição de servidores públicos, recessão, seguindo assim à risca receita prescrita pelo neoliberalismo globalizador, até a perda total da identidade nacional e a redução do país ao “status” de colônia, numa marcha sem retorno.

Com o sobredito golpe, liberais e globalizadores se apoderam em definitivo não apenas do governo mas das instituições, regidos por um pensamento que contradiz a conservação das bases sobre as quais repousa a teoria do Estado nacional soberano, refratária, por natureza e essência, aos cânones da globalização.

Donos do regime, das instituições, da Constituição, da soberania, do Estado e do governo, graças ao golpe de Estado institucional, os autores desse golpe se tornam também os senhores absolutos dos destinos do País.

O golpe de Estado institucional é o golpe dos chamados ditadores constitucionais; é também o golpe que Hitler aplicou na Alemanha contra a Constituição de Weimar, depois de galgar o poder pela via da legalidade e editar as leis de exceção de janeiro a março de 1933; é, por igual, o golpe de Estado que o presidente reeleito começou a desferir desde que exarou centenas de medidas provisórias e reeditou cerca de 60, no mais flagrante desrespeito à Constituição e à soberania legislativa do Congresso, e que prosseguiu ao assinar os acordos do FMI, ao fazer a política das privatizações desnacionalizadoras, ao cumprir com extremo servilismo os ditames do Consenso de Washington, ao estimular com seu apoio as cinco propostas de Emenda à Lei Maior que tramitam no Congresso Nacional, as quais, se promulgadas neutralizariam ou anulariam por obsolescência o parágrafo 2º do art.60 da Constituição, onde tem sua sede o princípio tutelar da rigidez constitucional, único com força bastante para impedir venha a nossa Carta a se transformar numa enorme Medida Provisória suscetível de reduzir a cinzas as garantias do art.5º do Estatuto Fundamental.

Procedem os golpistas institucionais como se síndicos fossem de uma massa falida - a nação de Caxias, Osório, Deodoro e Floriano, do lado do uniforme, ou Frei Caneca, Bento Gonçalves, Nabuco, Rui Barbosa, Getúlio Vargas, Tancredo Neves e Juscelino Kubtschek, do lado civil. A nação que eles vinham destroçando com método, sistema, determinação e rigor de cálculo, afinal reagiu. O povo pacífico, não assistirá outra vez, ao último ato de sua tragédia, a qual já não se cifra num golpe de Estado à maneira do de 15 de novembro de 1889, de repercussão mais aparente que real nas bases da sociedade. Aqui se trata de um golpe de Estado, como há pouco dissemos, de novo feitio, sem precedentes na história, sem paralelo na ciência de governo, configurado na lógica dos fatos. Não é um golpe de Estado no governo, mas nas instituições.

Com o golpe de Estado institucional as instituições não mudam de nome, mudam porém de teor, substância e essência. De sorte que uma vez levado a cabo, a consequência fatal no caso específico do Brasil será a conversão do País constitucional em País neocolonial.

É também a perda da soberania, a desnacionalização, a desconstitucionalização, o afrouxamento dos laços de unidade, o excesso de arbítrio concentrado na esfera executiva, a quebra do pacto federativo, a desarmonia e a guerra civil dos Poderes, a decadência e corrupção da autoridade, o desrespeito à Justiça, a impunidade, a violência aos direitos fundamentais, a desagregação da consciência coletiva, os fermentos da insurreição social, o risco da desobediência civil, a legislação das medidas provisórias, a erosão e desprezo dos princípios constitucionais, o alastramento da insegurança, do medo, da incerteza nas garantias da ordem jurídica, a descrença generalizada no papel das forças armadas, postas debaixo da ameaça de se converterem, por obra das pressões externas do neoliberalismo internacional, em gendarmaria de fronteiras ou em milícia policial de repressão ao contrabando de drogas, o embrutecimento das camadas sociais mais baixas pela fome, miséria e desnutrição, o analfabetismo, a falência da saúde pública e a propagação das epidemias como se a nação houvesse retrogradado à Idade Média, a desfiguração da classe média perseguida e esmagada e sem oxigênio para respirar a liberdade e organizar a resistência, o deliberado empenho de agravar as desigualdades regionais e sociais no Brasil da enxada e dos coronéis, enfim, o desfiamento daquela gente que ontem foi povo e hoje está condenado a ser tão somente triste e vegetativa multidão de servos submissos e vassalos genuflexos se o globalizador arrogante e sem escrúpulos nos esmagar com o braço de ferro do seu poder e de sua ideologia.

Tudo nos arrastava, até ontem, irremissivelmente a essa condição néocolonial. Houve um escritor brasileiro, da mais abalizada linhagem literária, que há cerca de setenta anos escreveu uma obra cujo título se não me falha a memória é de enorme atualidade, por definir aquilo a que a globalização nos intenta reduzir em breve: “Brasil, Colônia de Banqueiros”.

É de lastimar que o autor fosse fascista. Chamava-se Gustavo Barroso. Mas o seu livro pelo título era uma profecia. Os banqueiros, que incendiaram os mercados ateando as labaredas da especulação e introduzindo nos muros da economia seu cavalo de Tróia, arruinaram a moeda nacional e trouxeram de volta o fantasma da inflação. São todos eles cúmplices na derrocada do Estado constitucional e na metamorfose que coloca o Brasil sob a iminência de retroceder dois séculos e transformar-se noutra África colonial, em palco das grandes invasões especulativas do capital alienígena, ao qual transfere a Nação suas riquezas numa sangria financeira que não tem fim.

Nunca a dependência do Brasil foi maior. Liga-se por inteiro às crises do capitalismo bem como à natureza e qualidade de seus influxos sobre o modelo da sociedade nacional.

Se o capitalismo industrial desencadeou no ocidente com extrema agudeza a luta de classes e ao mesmo tempo se converteu em atroz inimigo dos direitos sociais, cuja inserção no texto das Constituições não afixou a estes uma proteção jurisdicional do mesmo grau de eficácia daquela conferida aos direitos

civis e políticos, os chamados direitos da primeira geração ou do “status negativus”, o capitalismo financeiro, que lhe sucedeu, tem outro semblante, outra ideologia, outro argumento de poder que se dissimula em teses do neoliberalismo e da globalização, gerando as formas mais refinadas de opressão.

É o capitalismo dos globalizadores que não ocasiona conflitos, mas submissões: a submissão de povos; capitalismo de novo gênero cuja hegemonia se exercita a partir das relações de mercado e das bolsas que regem as finanças internacionais; capitalismo, enfim, que tem por alvo a nação, a soberania, o Estado e não a classe ou um segmento da sociedade como na versão antecedente.

Se a primeira modalidade de capitalismo contradiz a consagração definitiva daqueles direitos que nas esferas sociais mitigaram a luta de classes, a segunda se apresenta mais funesta e devastadora por atentar contra a justiça dos povos, contra os direitos da terceira geração, contra a soberania das nações.

E como se tanto não bastasse na senda da impunidade e do crime do capital, ele atravessa fronteiras e decreta sobre a órbita interna dos ordenamentos jurídicos o fim das franquias do Estado social e de seu estatuto de constitucionalidade. E ao mesmo passo, zombando de tudo e de todos, diviniza o lucro, proclama a realeza do mercado financeiro, e faz o povo perder a memória das suas liberdades e dos seus direitos.

Capitalismo da escola neoliberal, e da globalização, prefacia ele a Idade Média do capital, que sucede na história à Idade Média do altar.

Com este ato de nove associações da magistratura brasileira congregadas neste recinto, vós escreveis uma página constitucional de defesa do regime, das instituições, da legalidade e da legitimidade e sobretudo da universalidade da democracia e dos direitos fundamentais. O 2º Fórum Mundial dos Juízes que aqui se celebrará de 20 a 22 de janeiro de 2003 fará de Porto Alegre a capital das nações que não capitularam ao capitalismo da globalização e do subdesenvolvimento.

A Constituição, como sempre, é a vossa bandeira.

No entanto, a Constituição conculcada, a Constituição espesinhada, a Constituição manchada de Medidas Provisórias que fazem o Estado de Direito soçobrar, esta jamais foi e jamais será a vossa Constituição.

Na guerra civil do regime, que conflagra os Poderes da República, a saber, na colisão do Poder Executivo, que não observava a Constituição, com o Poder Judiciário que buscava cumpri-la, só me cabe, ao termo destas reflexões, dizer-vos: vós sois o País-Nação, o País soberano, o País constitucional, o País que se levantou bravo, digno e silencioso nas urnas vitoriosas de 27 de outubro.

Eles são, ao revés, o País-vassalo, o País desconstitucionalizado, o País desnacionalizado, o País dos corruptos que a Nação execrou..

Em suma, Vós sois a Pátria do Brasil que jamais será mexicanizado, da Inconfidência, das bandeiras de Piratininga, da Revolução Pernambucana de 1817, da Constituinte de 1823 e da Confederação do Equador, da Guerra dos Farraços e da Constituinte de Alegrete.

Vós sois a Pátria de Epi-tácio Pessoa, do nacionalismo de Floriano e Artur Bernardes, de Rui Barbosa, de Joaquim Nabuco e Castro Alves.

Eles, ao contrário, são o Brasil-Colônia da traição de Calabar e Silvério dos Reis, o Brasil-Colônia que fez Tiradentes subir ao cadafalso, o Brasil Imperial que dissolveu uma constituinte e fuzilou Frei Caneca e os mártires constitucionais de 1824, o Brasil da escravidão, o Brasil cujo parque industrial, o maior da América Latina foi desnacionalizado pelos globalizadores da recolonização, o Brasil de doze milhões de desempregados e cinquenta milhões de indigentes.

Mas o Brasil amanhece com a democracia participativa que já desponta na linha do horizonte. Enfim, vós sois o Consenso da Nação, eles são o Consenso de Washington.

Vós sois o Fórum de Porto Alegre. Eles são os vassalos e serventuários da recolonização.

**DOUTRINA**

**(Procuradores do Estado do  
Rio Grande do Sul)**



## LIMITES DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL TRIBUTÁRIA MAIS BENÉFICA

*Marco Antonio Piazza Pfitscher*<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

I - A disposição tributária sobre a retroação.

II - Retroatividade: doutrina e jurisprudência.

III - Relações entre a norma do artigo 116, II, c, do CTN, e outras disposições:

- a) Obrigação tributária e crédito tributário;
  - b) Momento da constituição definitiva do crédito tributário;
  - c) O ato não definitivamente julgado e o crédito tributário definitivamente constituído;
  - d) Efeitos e limites da incidência da lei penal tributária mais branda
- IV - A natureza declaratória ou constitutiva do lançamento como critério de resolução da aplicação retroativa da lei mais benéfica. Importância da distinção;
- V - Previsão expressa e previsão tácita do alcance da norma mais benéfica;

### CONCLUSÕES

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado do RGS, ex-Fiscal de Tributos do Estado do Rio Grande do Sul, Mestrando pela PUC/RS

## INTRODUÇÃO

“La ley es el lenguaje de los organos de gobierno”.  
Hector Villegas<sup>2</sup>

No presente estudo tivemos por escopo, senão o de darmos publicidade às nossas dúvidas sobre o alcance do dispositivo da retroatividade da lei penal tributária mais benéfica a fatos transcorridos, objeto ou não de lançamento tributário, diante das diversas fases em que o crédito pode ser alcançado por uma lei nova, então ao menos o de tentar estabelecer os efetivos limites de jurisdição frente a essa questão da retroatividade.

A norma da alínea *c* do inciso II do artigo 106 do Código Tributário Nacional teve evidente origem na necessidade de solucionar a diferença de tratamento dos contribuintes que, debaixo da mesma infração tributária, e da mesma situação territorial e oportunidade, viam-se apenados de forma diferente.

Tal distorção – penas diferentes para o mesmo fato – decorre de diversas hipóteses que variam segundo a oportunidade de constituição, ou do pagamento, ou da cobrança do crédito.

Exemplifica-se com as seguintes hipóteses:

- a) contribuintes autuados em face de idêntico fato gerador ocorrido em uma única oportunidade, com uma multa de 50%, sendo que um paga imediatamente o crédito, outro não paga e é levado à cobrança judicial, outro passa a discutir o crédito tributário, outro recebe uma redução da multa se começar a pagar sua dívida, esteja esta em cobrança administrativa ou judicial, e assim por diante;
- b) vários créditos tributários constituídos em momentos diferentes mas exigidos em um mesmo momento;
- c) várias obrigações tributárias geradas em um mesmo momento, sendo os créditos constituídos em momentos distintos.

Em todas essas hipóteses, quando sobrevem lei nova que reduz a multa cominada, pode haver reflexos diferentes em relação aos contribuintes, em face do artigo 106, II, *c*, do CTN.

Tal disposição legal, portanto, tem dado com freqüência ensejo a intermináveis discussões nos tribunais pátrios.

---

<sup>2</sup> Revista de Direito Tributário n° 59, pág. 168 e Seg., Ed. Malheiros

A questão poderia ser solucionada acaso tivéssemos suficiente domínio das diversas nuances e interpretações a que terminam se sujeitando os textos legais sancionados, na medida em que se dá sua aplicação material e diante da jurisdição dos tribunais frente à integração da norma sancionada à aplicação das normas gerais de direito tributário no caso concreto.

E se tivesse o legislador o cuidado de inserir expressamente na lei os efeitos da mesma em relação aos atos e fatos pretéritos, a aplicação do artigo 106, II, *c*, do CTN seria pacífica.

Dúvida não existe quanto ao fato gerador de obrigações ocorridas antes da lei nova com penas exasperadas, pois se aplica a lei anterior. As dificuldades surgem quando a lei é mais benéfica.

Resulta desse emaranhado de casos antes exemplificados e, eventualmente, da redação inadequada dos textos legais, a busca incessante da jurisdição a cada nova lei que altera as penalidades tributárias em benefício dos contribuintes.

Alguém poderia dizer que essa matéria já se encontra suficientemente aclarada em nossos tribunais no sentido de que toda lei que reduz pena pode ser aplicada enquanto houver possibilidade de discussão administrativa ou judicial de mérito sobre a hipótese de incidência da lei nova – numa espécie de declaração de que a doutrina de Aliomar Baleeiro seria irretocável.<sup>3</sup>

O tema, contudo, não nos parece tão simplório assim, por isto a razão de ser do presente estudo.

Independentemente dos matizes político ou econômico em face das quais normas que reduzem penalidades são editadas, importa-nos um exame sistemático da disposição em comento, frente às variadas questões com que nos deparamos, para, enfim, propor soluções visando apaziguar as lides que se constituem com tal fundamento.

O estudo de tal tema tem por fundo, ainda, a Lei 10.932/97, editada pelo Estado do Rio Grande do Sul, pela qual foram expressamente reduzidos percentuais de penalidades tributárias a créditos tributários que viessem a ser constituídos, bem assim foram previstas hipóteses de redução percentual da multa aos créditos já constituídos definitivamente ou não, acaso viessem a ser pagos à vista ou parceladamente. Como a lei não fez referência aos créditos em cobrança judicial, o TJRS buscou suprir o que considerou como lacuna da lei, e estendeu aos créditos em discussão a pena menor da nova lei. Bastava, para tanto, que o executado o requeresse em tempestivos embargos de devedor (afastada a hipótese de exceções).

O Superior Tribunal de Justiça a seu turno, tem estendido os novos percentuais de multa a todos créditos em discussão judicial, sob o fundamento de que tais créditos tratam-se de “atos não definitivamente julgados”, malgrado os esforços dos Estados em sustentar a impossibilidade jurídico-legal e constitucional de tal fundamento.

---

<sup>3</sup> *in* Direito Tributário Brasileiro, 11<sup>a</sup> ed., pág. 671 - 1999

O primeiro passo a dar-se é no sentido de observar que a norma se encontra no capítulo do Código Tributário Nacional que dispõe sobre a aplicação da legislação tributária, vale dizer, sobre as hipóteses materiais, espaciais e temporais de incidência da multa punitiva.

Com força nestas pré-condições – hipótese material, espaço e tempo – é que deve o aplicador da norma examinar se a retroação pode incidir ou não sobre o fato pretérito.

É forçoso reconhecer que a hipótese tributária deve enquadrar-se adequadamente na nova norma, para que esta incida sobre o ato ou fato pretérito, porquanto acaso tal fato não se configure, a lei nova não alcançará o fato.

Fora de dúvida que o crédito tributário não deva estar satisfeito, pois, uma vez pago, opera-se sua extinção e consolida-se o direito adquirido do credor como ato jurídico perfeito, não sendo sequer imaginável que a lei nova possa desconstituir tal situação de fato.

Ainda, é indiscutível que a incidência da norma deva perspassar por sua integração a outros dispositivos da lei complementar tributária, da própria *lex mitior* editada pelo ente tributante, e também da Constituição Federal.

Finalmente, é fundamental examinar a extensão das expressões “definitivamente constituído” que adjetiva o crédito tributário, e “ato não definitivamente julgado” que é a condição de aplicabilidade da lei nova, para se poder afirmar a real extensão e limites da retroação da lei mais benéfica.

### **I - A disposição tributária sobre a retroação**

No que ora importa, transcreve-se a integralidade da norma, com destaque ao texto especificamente em estudo:

*“Art. 106 – A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

*...*

*II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:*

*...*

*c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”*

A norma tem, portanto aplicação exclusivamente nas hipóteses – no que aqui importa – em que lei nova estabeleça penalidade menor a ato, tanto ao que não tenha sido lançado, quanto ao que, lançado, não esteja definitivamente julgado, cabendo exame da real extensão desta expressão “ato não definitivamente julgado”.

A lei exclui o fato pretérito do abrandamento da pena introduzido pela lei nova, o que possibilita afirmar que todo o ato que se tenha definitivamente

constituído no mundo do direito como fato jurídico, é indene de ser molestado por essa norma.

***Tal declaração constante da norma geral impõe o exame acurado da expressão “ato não definitivamente julgado”.***

## **II – Retroatividade: doutrina e jurisprudência**

Inicialmente se impõe que alguns princípios atinentes à retroatividade da lei mais benéfica sejam alinhados, de sorte que se possa ter uma visão panorâmica sobre a questão.

Em excelente trabalho publicado pelo Professor Hector Villegas<sup>4</sup> sob o título “*Irretroactividad de la Ley Fiscal*”, anotou o insigne mestre argentino as seguintes lições acerca da lei nova e seus efeitos:

- a) o princípio geral é o de que toda norma que se propõe a modificar condutas só pode referir-se ao futuro;
- b) Há retroatividade genuína quando a lei busca modificar expressamente o fato já ocorrido, e há retroatividade imprópria quando a lei alcança relações jurídicas não encerradas, gravando-as, ou beneficiando-as;
- c) A retroatividade gravosa é ilegítima, em princípio;
- d) Alguns tribunais constitucionais têm aceitado a retroatividade que alcança o período impositivo dentro do qual entra em vigor a lei (Alemanha, EUA, Espanha);
- e) Supõe-se que a última lei deve ser mais justa que a anterior;
- f) A retroatividade não tem nascedouro em uma análise científica, mas valorativa (*apud* Norberto Godoy - La retroactividad de la ley tributaria en el derecho vigente argentino – Revista “La Informacion”. T. LVIII, pág. 435);
- g) O princípio da certeza jurídica é perturbado pela retroatividade; Há um direito adquirido (incorporação do direito ao patrimônio da parte) sobre o qual a lei nova não poderia retroagir;
- h) Fato encerrado, cumprido, sob a vigência da lei anterior não pode ser modificado pela lei posterior;
- i) A lei retroativa é sempre inconstitucional porque viola o princípio da legalidade (Teoria de Jarach);
- j) A segurança jurídica não pode ser alterada sem previsibilidade;

---

<sup>4</sup> obra citada, pág. 170/172.

- k) A retroatividade só se admite quando a situação dela objeto não está suficientemente justificada, havendo lacunas ou equivocidade, em nome da proteção da confiança, conforme Karl Larenz;
- l) Deve haver respeito ao princípio da anterioridade, de acordo com o princípio republicano da tripartição do poder, de acordo com Geraldo Ataliba;
- m) O princípio da capacidade contributiva exige respeito à capacidade contributiva atual, e não às pretéritas.

Tal catálogo de regras objetivava defender a certeza jurídica dos destinatários dos comandos legais, ao mesmo tempo em que permitia certa elasticidade nas relações decorrentes da edição da norma.

No que importa ao presente estudo, o magistério de Hector Villegas revela que a higidez do crédito tributário se dá em nome da segurança jurídica e tem por esteio o princípio da irretroatividade da lei.

Hugo de Brito Machado<sup>5</sup> defende a aplicação dos princípios da anterioridade e da irretroatividade como expressões de valoração ao princípio maior da segurança jurídica que deve permear as relações sociais nos diversos ramos do direito.

José Morschbacher<sup>6</sup> nos traz oportuníssima lição prática a propósito da cindibilidade do fato gerador (em: *Imposto de Renda – Retroatividade – Novos Rumos da Jurisprudência*), no sentido de que a realização do balanço da empresa nada mais representa que a “*formalização ou documentalização do somatório algébrico dos inúmeros fatos aquisitivos de renda, simples e complexos, verificados no dia-a-dia da vida da empresa, todos eles individualmente relevantes e suficientes à incidência do imposto de renda, tanto assim que, cessando ela, por qualquer razão, suas atividades em qualquer dia do ano, obriga-se a pagar o imposto sobre a renda gerada até aquele dia*”.

Tal cindibilidade se revela igualmente nos tributos indiretos, como no ICMS por exemplo, onde o somatório de operações que constituem o contadorrente de créditos e débitos é que revelará, ao fim de determinado período – conforme esta técnica de tributação -, qual o importe devido. Havendo saldo devedor, esta será a obrigação a ser adimplida.

Inobstante possa depois haver a alteração para menos da alíquota, ou redução de base de incidência do tributo, ou mesmo outro efeito tributário que resulte em inexigibilidade do tributo nas operações que foram realizadas, a conclusão substancial é que nenhuma dessas novas normas legais poderá influir no

---

<sup>5</sup> Editora Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas n° 8, pág. 107 e seguintes - 1994

<sup>6</sup> Ed. Rev. dos Tribunais – Caderno de Dir. trib. E Fin. Públ. n° 1 pág. 89 e seg – 1992.

*quantum* já devido, porquanto estará perfectibilizada a obrigação. Óbvia exceção é a do perdão, que não vai aqui examinada.<sup>7</sup>

Oportuníssimo anotar, ainda, este princípio constitucional do direito adquirido cuja melhor definição nos parece a citada por Francisco dos Santos Amaral Neto,<sup>8</sup> de GABBA:

“É adquirido o direito que:

a) *é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo direito, e;*

b) *nos termos da lei sob cujo império se entabulou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”.*

Tal matéria, em sede de direito tributário, está em parte resguardada pela disposição do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal, porquanto proíbe a incidência de novas leis tributárias sobre fatos anteriores à sua vigência.

Inadmissível, portanto, a retroação da lei que reduz tributo ou exonera a operação da obrigação de pagá-lo, pena de ferimento a esses princípios do direito adquirido e da segurança jurídica.

O mesmo ocorre quando se fala em penas tributárias, em se tratando de direito adquirido consolidado, em relação às quais não se aplica a exceção da retroação.

O Código Tributário Nacional, portanto, não inova o conceito de direito adquirido do ente público para estabelecer uma nova relação obrigacional entre ele e seus contribuintes, quando ocorrente uma lei que estabelece uma pena menor, frente à hipótese de “atos não definitivamente julgados”.

O fato pretérito está resguardado.

Oportuno transcrever nessa quadra o magistério de Aliomar Baleeiro, que em sua obra “Direito Tributário Brasileiro”,<sup>9</sup> assim leciona sobre o tema:

*“O inciso II, do art. 106, do C.T.N. estabelece três casos de retroatividade da lei mais benigna aos contribuintes e responsáveis, desde que se trate de ato ainda não definitivamente julgado. A disposição não o diz, mas pela própria natureza dela, há de*

<sup>7</sup> O perdão nada mais é que o cancelamento do direito líquido e certo, que, portanto, não alcança objetivamente um fato passado, mas a obrigação presente.

<sup>8</sup> Enciclopédia Saraiva do Direito, 5º, Saraiva, 1977, v. 46, pág. 240 e seg.

<sup>9</sup> Direito Tributário Brasileiro, Forense, Rio, 2ª edição, 1970, p. 379/380; 11ª ed. Pág. 671

*entender-se como compreensiva do julgamento tanto administrativo quanto judicial.*

...

*Finalmente, no terceiro caso, à semelhança do art. 2º, Parágrafo único do Cód. Penal, a pena menos severa da lei nova substitui a mais grave da lei vigente ao tempo em que foi praticado o ato punível.*

*A interpretação daquele dispositivo do Cód. Penal é aplicável às letras “a” e “c” do art. 106, nº II. (sublinhado nosso).*

A moderna jurisprudência tem firmado posição (de duvidosa razoabilidade) no sentido de que em juízo, ‘a delimitação do que seja “ato não definitivamente julgado” deve partir do contexto da execução fiscal. Nesta, o devedor só pode se opor ao título executivo nos embargos previstos no artigo 16 da Lei nº 6.830, de 1980. Decorrido o prazo para embargos, a execução fiscal prossegue com a só prática dos atos materiais, não mais havendo lugar para incidentes próprios de conhecimento.’<sup>10</sup>

Oportuno referir que à jurisprudência conhecida não tem importado as questões de mérito que adjetivam o lançamento como “ato não definitivamente julgado”. Infelizmente, parece bastar que se conteste o crédito para que se obtenha o benefício, o que, salvo melhor juízo, representa um *non sense* enquanto importa desconsideração a princípios fundamentais de direito, como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a segurança, a confiança e a paz harmoniosa que deve resultar das declarações jurisdicionais.

Ousamos dissentir de tal posição em face das questões que passaremos a examinar a seguir, pretendendo provocar um novo enfoque sobre tema de tal importância no âmbito das relações entre os entes tributantes e seus contribuintes.

Importa concluir que os distintos princípios invocados nas hipóteses enumeradas pela doutrina colacionada não podem ser considerados compartimentadamente; antes disso, devem ser integrados de sorte a formarem um “*arsenal conceptual*” a que se deve ajustar o Estado em seus atos.

### **III – Relações entre a norma do artigo 106, II, c, e outras disposições**

O princípio da retroatividade da pena em face da lei posterior mais benéfica deve ser examinado integralmente aos demais princípios norteadores do direito tributário, para que sejam adequadamente estabelecidos seus efeitos e limites.

#### **a) Obrigação tributária e Crédito Tributário:**

<sup>10</sup> R.Esp. 181.878-RS – Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 27/10/98.

Há de se ter em conta que a obrigação tributária corresponde ao direito do ente público de exigir de um particular determinada prestação, com força na lei, em face da ocorrência de determinado fato (previsto na lei), mediante lançamento.

Pelo lançamento fica constituído o crédito tributário, que nada mais é que a declaração do vínculo de direito público subjetivo do ente tributante frente ao contribuinte.<sup>11</sup>

Entretanto, estando constituído o crédito pelo lançamento, não quer tal manifestação objetiva do direito do ente público significar que a obrigação seja líquida, certa e exigível.

É preciso, ainda, que se declare o crédito como definitivamente constituído, como se verá adiante.

### **b) Momento da constituição definitiva do Crédito Tributário:**

É de suma importância verificar o momento em que o crédito resta definitivamente constituído, porquanto nesse momento a ele será acrescentada a presunção de liquidez e certeza, e nesse momento será direito exigível.

Mas é, também, direito adquirido?

Este o busílis da questão para se poder estabelecer em quais oportunidades a lei mais benéfica retroagirá seus efeitos.

De acordo com o artigo 201 do CTN, a dívida ativa é constituída ao após esgotados um dos seguintes prazos:

- a) o prazo de pagamento do crédito tributário constituído;
- b) o prazo estabelecido em lei, ou;
- c) o trânsito em julgado de decisão proferida em processo regular.

Ora, se o crédito tributário transmuda-se em dívida ativa, já não é, com todo o respeito a outras interpretações, possível admitir a retroatividade da lei mais benéfica para atingir a dívida do contribuinte.

Isto significa dizer, por outro lado, que a norma da alínea *c* do inciso II do artigo 106 do CTN, tem plena eficácia apenas nas hipóteses em que estiver suspensa a exigibilidade do crédito por qualquer dos motivos elencados nos incisos III a V artigo 151 do CTN (reclamações e recursos, e liminares ou tutela antecipada), ou se pendente ação declaratória negativa de débito ou anulatória de crédito fiscal (e não de título executivo – art. 38 da Lei 6.830/80 - LEF).

---

<sup>11</sup> Conforme R. Reis Friede e Outros, “Reflexões sobre o Direito”, Thex Editora, 1994, pág. 78.

Não havendo dúvidas sobre a incidência da norma em relação ao crédito tributário que seja objeto de discussão administrativa ou judicial posta ainda antes de inscrito como dívida ativa (faltando, portanto, o requisito da definitividade), a polêmica vai surgir quanto ao crédito discutido em embargos de devedor.

Em se tratando de hipótese de embargos de devedor, nossos tribunais têm acolhido maciçamente a possibilidade de aplicação da norma de benefício, a nosso ver, cometendo pelo menos quatro pecados:

- a) desconsiderando o fato de ser dívida ativa em execução, e não crédito tributário;
- b) desconsiderando a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade da dívida;
- c) desconsiderando que a norma de benefício só tem razão de ser aplicada quando houver discussão de mérito acerca do lançamento que afaste do título a presuntiva certeza, liquidez e exigibilidade, e capaz de desconstituir o título ou parte dele, e, na mão inversa de sua criação, determinar a revisão do lançamento;
- d) desconsiderando que se o lançamento foi perfeito, se está defronte a um ato jurídico perfeito e a um direito adquirido.

Há que ser objetivamente discutido o mérito do crédito tributário em execução, não bastando pretender apenas a aplicação pura e simples da lei nova editada depois de decorrido o prazo de pagamento do crédito, até o curso de execução.

Em hipóteses em que no curso de embargos o crédito exequendo mostre-se, por impugnado, parcial ou totalmente ilíquido, a lei nova há de ser aplicada apenas se a matéria de mérito for relevante para alterar o valor posto em execução, inclusive se tiver ocorrido erro de fato no lançamento. Ações protelatórias evidentemente que devem ser rejeitadas e desconsideradas enquanto não justificam a aplicação da lei nova mais benéfica. Idêntico destino há que se dar às ações que discutem formalidades no título exequendo, pois a discussão não afasta a liquidez e certeza do crédito tributário.

Enquanto não há julgamento, não se pode afastar, salvo melhor entendimento, a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade da dívida, tanto que é exequível mesmo havendo ação anulatória, uma vez não seguro o juízo. Veja-se que exatamente a segurança do juízo é que vem confirmar a liquidez do título.

É certo que o crédito tributário deve ser considerado como definitivamente constituído quando já não seja possível qualquer recurso administrativo ou judicial. Enquanto possível que sofra impugnação, há que se admitir que o crédito ainda não é exigível, mas conserva as presunções de liquidez e certeza. Tal impugnação, administrativa ou judicial, entretanto, deve estar vinculada ao mérito da exigência tributária, ou seja aos parâmetros ligados ao fato gerador da obrigação tributária lançada.

A razão para tal entendimento encontra fundamento no fato de que só a partir da definitividade da constituição do crédito é que começa a correr o prazo prescricional, e na mesma oportunidade, surge o direito de ação do ente público, mediante sua inscrição como dívida e certificação para possibilitar a execução.

Existindo a prescrição somente onde há direito exercitável, só quem pode abrir mão do direito é seu detentor. Assim, se o direito está perfeitamente delimitado, o crédito tributário definitivamente constituído só pode ser alterado por eventual recurso judicial, que, contudo, não pode ter o condão de revisar inclusive o que era perfeito.

Nesse sentido é paradigmática a decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada no RE 95.365-MG, de 3.12.81, no qual são distinguidas as três fases estabelecidas pelo Código Tributário Nacional sobre decadência e prescrição:

*“TRIBUTÁRIO – CRÉDITO TRIBUTÁRIO – EX-TINÇÃO – DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO.*

*O Código Tributário Nacional estabelece três fases inconfundíveis: a que vai até a notificação do lançamento ao sujeito passivo, em que corre o prazo de decadência (art. 173, incisos I e II); a que se estende da notificação do lançamento até a solução do processo administrativo, em que não correm nem prazo de decadência, nem de prescrição, por estar suspensa a exigibilidade do processo administrativo (artigo 151, inciso III); a que começa na data da solução final do processo administrativo, quando corre prazo de prescrição da ação judicial da Fazenda (artigo 174)”.*

A só suspensão da exigibilidade do título através de embargos de devedor não é justificativa suficiente para sobre ele se fazer incidir a lei mais benéfica, em detrimento da declaração anterior do ato jurídico perfeito e da regular constituição do direito.

Ora, se a execução pressupõe seja o crédito líquido e certo, e se o crédito não for contestado, ter-se-á operado a absoluta liquidez e certeza, confirmando a exigibilidade de tal crédito; tal fato permite afirmar que o crédito estava definitivamente constituído desde o lançamento. E, sendo assim, a lei posterior que reduz a pena tributária, exceto se expressa, não alcançará tal crédito.

Se, por outro lado, o crédito for meritoriamente contestado, e porque é pressuposto constitucional que nenhuma lesão a direito poderá ser subtraída da apreciação do Judiciário, apenas a decisão de mérito capaz de afastar da cártula sua característica presuntiva de liquidez e certeza, provocando os efeitos que vão alcançar o próprio crédito tributário constituído, é que pode fazer incidir a norma de benefício; nessa hipótese, e apenas nela, é admissível que a lei mais benéfica seja aplicada enquanto existente discussão judicial sobre o direito, na medida em que for a sentença quem fixará a nova expressão monetária do crédito.

Fora disso é decidir sem base científica.

**c) o ato não definitivamente julgado e o crédito tributário definitivamente constituído: - limite da jurisdição**

Toda discussão administrativa envolvendo o cabimento da obrigação exigida pelo lançamento suspende a exigência do crédito tributário, e, portanto, adjetiva o lançamento como “ato não definitivamente julgado”. Nessas condições o lançamento poderá ser alterado pela autoridade competente mediante decisão administrativa que conforte as razões do contribuinte ou erros materiais. E a redução da multa em face da lei mais benéfica constituirá mera obrigação administrativa de *accertamento*.

Já no âmbito judicial, o lançamento julgado definitivamente no âmbito administrativo também se constitui em um “ato não definitivamente julgado” nesta outra esfera de Poder, pois o pressuposto constitucional é o de que nenhum ato lesivo de direito poderá ser subtraído de apreciação pelo Judiciário.

Disto é possível concluir que temos um ato administrativo definitivamente constituído, que já goza da presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, mas que, todavia, ainda não está judicialmente declarado como um direito adquirido. A decisão administrativa não faz coisa julgada frente ao Judiciário.

Porém, há um ato jurídico perfeito que permite a inscrição do crédito como dívida ativa e permite sua certificação e cobrança judicial. Tal questão, como se verá, é de suma importância.

Assim, será que se pode afirmar que enquanto o lançamento não for submetido a um julgamento pelo Judiciário, o crédito não estará definitivamente constituído, e, portanto, estará sujeito às conseqüências da jurisdição?

A questão que se põe é de delimitar a finalidade da declaração de que o crédito tributário já certificado guarda as presunções de liquidez, certeza e exigibilidade.

A resposta é simples: - estando o crédito tributário definitivamente constituído no âmbito administrativo, a sua certificação e a execução judicial são possíveis. Tanto assim é que já não existe um direito para ser constituído (sujeito à decadência), mas um direito para ser exigido (prescritível).

Ao receber a execução fiscal, o ato (lançamento) poderá ser revisto em embargos que, improcedentes, não poderão alterar o título mediante redução da multa, pois há a confirmação judicial de um ato jurídico perfeito precedente e de um direito pré-constituído.

Embora a lei não perquiria sobre a competência para constituir o crédito tributário, a verdade é que o Judiciário pode apenas confirmar, alterar ou desconstituir o título. Ora, confirmando o título, incabível alterá-lo; não o confirmando, e determinando alterações, estará concomitantemente chancelando a aplicação da lei nova. Então, o crédito decorrente de lançamento perfeito e regularmente constituído não pode ser alterado por aquele Poder.

Aí está o valor da declaração de liquidez, certeza e exigibilidade do crédito tributário, pois tendo origem em um ato jurídico perfeito, e não tendo a

autoridade judicial competência para lançar tributos, não poderá alterar o título sem invadir competência alheia.

Isto quer dizer que em o Judiciário confirmando o lançamento, a rigor estará sufragando a definitividade já declarada no âmbito administrativo, sendo-lhe defeso determinar a redução da multa decorrente da edição de lei mais benéfica, em respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido; e à independência dos poderes.

Ainda, há que se considerar que a redução de multa com base na mera declaração de “ato não definitivamente julgado” fere o disposto no inciso XXXVI do artigo 5º (se nem a lei pode prejudicar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, muito menos o pode o Judiciário) e o § 6º do artigo 150 (vedação de anistia e remissões sem lei específica), da Carta Magna.

#### **d) efeitos e limites da incidência da lei penal tributária mais branda:**

A incidência da lei deve restringir-se ao tema que está sendo objeto do litígio, sendo fora do razoável alcançar aos fatos não contestáveis em juízo, os benefícios que contém, porque além de se manterem hígidos aqueles fatos (definitivamente constituídos), já deveriam ter sido pagos.

Assim, no caso de um lançamento composto de dois itens, sendo um deles contestado em face de dúvida material ou de direito, a retroação da lei mais benéfica só poderá alcançar o item discutido, posto líquido e certo desde a definitividade do lançamento o outro fato.

Da mesma forma, a controvérsia em torno de questões formais, como a higidez do título executivo, não pode ter o condão de alterar a multa lançada, exatamente porque sua liquidez é incontroversa, estando em discussão apenas sua exigibilidade e certeza .

Nesse sentido a jurisprudência do STF:

*“Execução fiscal. Certidão de inscrição da dívida ativa. Omissão de requisito.*

*1) perfazendo-se o ato na integração de todos os elementos reclamados para a validade da certidão, há que se atentar para a substância e não para os defeitos formais que não comprometem o essencial do documento tributário.*

*2) invocação impertinente do art. 203 do CTN, eis que, a par da completude do título, inexistiu prejuízo para a defesa, que se exercitou plenamente. Agravo regimental denegado.”*

AGRAG-81681 / MG AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO OU DE PETICAO **Relator** Min. RAFAEL MAYER. **Publicação** DJ 27-03-81 PG-02535 **Julgamento** 24.2.1981 - PRIMEIRA TURMA

Da mesma forma, se a discussão envolve o mérito da exigência tributária, em o Judiciário declarando sua inexigibilidade, decreta, por decorrência, a iliquidez do título. Todavia, acaso se trate de discussão relativa a parcelas nitidamente destacáveis, que compõem a exigência, os efeitos declaratórios da inexigibilidade de uma delas não deve alcançar as demais porque estaria havendo decisão *extra-petita*, por isto que em sendo líquidas, certas e exigíveis, não podem ser objeto do alcance da pena tributária mais branda.

Tal conclusão se funda em jurisprudência ainda atual do Supremo Tribunal Federal (agRg 97.409-1 – SP, JSTF 68/41):

*“EXECUÇÃO FISCAL – CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA.*

*Não é nula a certidão de dívida ativa que contenha parcela indevida, se esta é perfeitamente destacável. Aplicação do art. 153 do Código Civil. Agravo de instrumento e agravo regimental desprovidos.”*

A base do voto condutor baseia-se na seguinte transcrição do acórdão agravado:

*“o simples fato de se reconhecer que determinada parcela integrante do débito excutido não é devida, por si só não contamina a liquidez de todo o crédito tributário, prevalentemente quando há possibilidade de destacar as parcelas.”*

A aplicação retroativa de lei mais benéfica, fora dos limites que encerram os casos acima elencados, é absolutamente ilegal e, eventualmente, inconstitucional.

#### **IV - A natureza declaratória ou constitutiva do lançamento como critério de resolução da aplicação retroativa da lei mais benéfica. Importância da distinção**

Sabido que o direito tributário é direito formal por excelência, deflui dessa constatação o fato de que é a norma escrita que determina o efeito a determinado fato.

Nesse diapasão, nasce a obrigação tributária com a ocorrência de um fato previsto em lei como necessário e suficiente para submeter determinada pessoa a satisfazer a obrigação ali prevista.

Obrigação, contudo, que se constitui em um mero dever cuja especialização necessita do “lançamento”, assim entendida a atividade do contribuinte em declarar a obrigação, ou a do Fisco em constituir o crédito. Tanto isto é verdade que pode existir obrigação sem existir lançamento, mas não existe lançamento sem haver a obrigação, o que demonstra o caráter de dependência do lançamento.

Finalmente, não existe o direito efetivamente, sem o lançamento, porque sem a formalização da obrigação através do lançamento não é possível ao ente

público exigir aquele direito. Daí a conclusão de que o lançamento “constitui” o crédito tributário nascido de uma obrigação “declarada” no autolancamento ou no lançamento efetuado pela autoridade administrativa.

Uma vez, portanto, estando-se diante de um crédito constituído, e não, declarado, é possível admitir a aplicação da lei posterior mais benéfica, na medida em que a declaração corresponde a um direito preexistente.

De fato, acaso o lançamento “declarasse” o crédito tributário, é de se ver que a natureza de uma declaração contém em si uma confissão ou uma confirmação de determinado fato, diferentemente do que ocorre ao ser “constituído” o crédito tributário, já que sua característica de ato unilateral guarda a possibilidade de ser contestado.

Tal distinção é relevante quando se considera que não há lógica jurídica de que se altere o direito declarado/confessado, exceto mediante perdão ou remissão expressa de seu detentor, diferentemente do que se dá com o direito “constituído”, pois que este é hábil a ser modificado.

Assim, é possível concluir que toda dívida confessada não pode ser beneficiada pela lei posterior que reduz pena, de vez que está plenamente delimitado o direito da outra parte. Apenas na hipótese de o detentor de direito expressar objetivamente o alcance da redução da pena é que será viável, observado o espírito da norma tributária, efetuar tal redução.

Fora disso, não há dúvida que o ato de redução da multa será ilegal e inconstitucional.

#### **V - Previsão expressa e previsão tácita do alcance da norma mais benéfica**

Se a lei mais benéfica for omissa quanto aos efeitos em que é dada, tal hipótese excepcionalmente, na desobediência do Executivo em atender norma de caráter complementar, autorizará o Poder Judiciário a suprir a regra objetiva mediante aplicação extensiva do Código Tributário Nacional aos casos que se verificarem.

No entanto, se o legislador estabelecer hipóteses de redução da pena em determinados casos e/ou mediante satisfação de determinadas condições, não poderão o Executivo nem o Judiciário estender o benefício a quem não atendeu as condições fixadas.

Há de ter-se que a pena tributária, como norma de interpretação restrita, que não se confunde nem tem natureza de pena criminal, só poderá ser retroativa nos casos admitidos na lei.

Se a lei é expressa no sentido da não-retroação da lei mais benéfica em determinados casos, é inadmissível que o julgador amplie o benefício, pena de inconstitucionalidade da decisão por usurpação de competência e, eventualmente, de outras normas já referidas neste estudo.

## CONCLUSÕES

A lei é a linguagem do ente público e nela devem estar explicitados os seus fins e alcance, em especial observando o fato de que só é admissível a retroação da lei penal tributária a relações jurídicas não encerradas.

A lei não alcança fatos pretéritos definitivamente constituídos mas atos não definitivamente julgados.

São atos não definitivamente julgados todos os que não sejam declaráveis como direito adquirido ou ato jurídico perfeito.

O Poder Judiciário detém o poder de revisão do crédito tributário, que não deve ser confundido com o poder de reduzir multa em face de lei posterior mais benéfica, ante o respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido do ente tributante.

O crédito tributário inscrito como dívida ativa e certificado guarda as presunções de liquidez e certeza, e apenas as parcelas objeto de revisão que venham a ser alteradas é que se submetem ao princípio da retroatividade da lei penal tributária mais benéfica no âmbito do Poder Judiciário.

Convém aditar exceção ponderável às conclusões aqui oferecidas, no sentido de que no especial caso de haver a confirmação judicial do crédito tributário, apenas na hipótese de razoável dúvida de mérito é que se poderia tornar justificável a aplicação da lei penal tributária mais branda. Do contrário, emularia o Judiciário um caldeirão de recursos protelatórios em busca de um benefício injustificável, quer do ponto de vista do direito, quer do ponto de vista da justiça tributária.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Irretroatividade das leis. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 46, p. 240-8.

BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.  
\_\_\_\_\_. *Direito tributário brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FRIEDE R. Reis, et al. *Do lançamento. Ato constitutivo ou declaratório?* - Reflexões sobre o direito. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1994.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios da anterioridade e da irretroatividade das leis tributárias e a publicação da lei*. Ed. Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas n° 8, 1994.

MORSCHBACHER, José. *Imposto de Renda – Retroatividade – Novos Rumos da Jurisprudência*. Ed. Revista dos Tribunais – Caderno de Dir. Tributário e Finanças Públicas n° 1, 1992.

VILLEGAS, Hector B. Irretroactividad de la ley fiscal. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 59, p. 168-73, 1992.

## **A HERMENÊUTICA E A APLICAÇÃO DO DIREITO**

*Edmar Viane Marques Daudt*<sup>1</sup>

Sumário: Introdução. Parte I - Breve introdução. Parte II – Sistemas ou métodos. Escolas Dogmáticas. Escolas Teleológicas. Escolas Sociológicas. Escolas Realistas. Críticas recentes. Parte III - Aplicação do Direito. Conclusão. Referências bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Professor da Universidade de Passo Fundo e Mestrando em Direito do Estado, pela Universidade Federal do Paraná.

## INTRODUÇÃO

Recente celeuma causada pela negativa de reintegração liminar de posse em área invadida por integrantes do Movimento Sem Terra, na comarca de Passo Fundo – RS é ilustrativo das concepções que se tem sobre o que seja a interpretação e a aplicação da lei.. Como a todos é dado o direito de interpretar a lei (aliás, o cidadão somente pode cumprir com seus deveres de forma adequada se for capaz de interpretar as normas...), por muitas vezes se ouviu dizer, com referência à negativa de liminar, que “ao juiz cabe aplicar a lei, e não interpreta-la!”. Mas será possível aplicar – de forma adequada - uma regra sem antes ter percorrido um processo interpretativo?

O estudo da teoria da interpretação é assunto versado na Teoria Geral do Direito.

Por meio da interpretação, o jurista avalia os diversos significados que determinado signo pode expressar, buscando fixar o mais apropriado para o caso concreto. A interpretação antecede a aplicação, posto que cada caso a ser solucionado apresenta-se com distintas peculiaridades, a serem sopesadas pelo aplicador da norma. Não há norma sem ser interpretada.

Hermenêutica, interpretação e aplicação não se confundem. *Hermenêutica* tem origem no verbo grego *hermeneuein* e no substantivo *hermeneia*, vinculados ao deus Hermes, tido como mensageiro dos deuses. Através da hermenêutica, realiza-se o processo exegético na busca do sentido e do alcance de uma determinada norma, tenta-se descobrir o sentido e o alcance da norma, pressupostos para a compreensão e conveniente aplicação do ordenamento jurídico.

Tomando por base a divisão apresentada por Luiz Fernando Coelho, em sua obra *Lógica jurídica e interpretação das leis*, através do presente trabalho pretende-se indicar as diversas escolas hermenêuticas, que, de acordo com a maior ou menor influência das normas jurídicas formais, são classificadas como dogmáticas, finalísticas, sociológicas e realistas. Num segundo momento, são feitas considerações quanto à aplicação da norma na busca da realização do direito, salientando, desde já, que o intérprete deve partir do disposto na Constituição Federal.

A pesquisa, de natureza essencialmente bibliográfica, está maciçamente fundada em diversas manifestações doutrinárias, publicadas em livros e em periódicos e divulgadas através da internet, e, ainda, na apreciação de decisões jurisprudenciais, publicadas nos repertórios de jurisprudência e/ou através de meios virtuais.

Dada sua grande relevância, o assunto objeto do presente trabalho continua sendo comumente abordado por autores de todos os ramos do Direito, o que bem denota sua atualidade. Porém, há muito ainda a ser escrito sobre hermenêutica e aplicação do Direito. Por certo, é cabível a mais ampla análise crítica imaginável, seja em vista da enormidade de aspectos passíveis de questionamento, seja pela infinitude de situações concretas a serem solucionadas. Assim, o tema está longe de ser exaurido e a cada nova situação vivida ressurgem as discussões quanto à forma mais apropriada para a aplicação do direito em busca da justiça.

## PARTE I - BREVE HISTÓRICO

A partir da promulgação do Código Civil francês, em 1804, ganhou destaque o estudo da hermenêutica de forma amíúde. Não que antes o tema não houvesse sido objeto de questionamento, mas ocorre que a questão era apenas eventualmente abordada.

Ao imperador Justiniano não agradava qualquer espécie de crítica ao teor do *Corpus Juris Civilis*, tanto que, no terceiro prefácio ao *Digesto*, vinha disposto: “Assim, quem quer que seja que tenha a ousadia de aditar algum comentário a esta nossa coleção de leis ... seja cientificado de que não só pelas leis seja considerado réu futuro, como também de que o que tenha escrito se apreenda e de todos os modos se destrua.”<sup>2</sup>

De forma casual, como dito, já na Antiguidade escolas jurídicas abordaram questões hermenêuticas, conforme síntese apresentada por Herkenhoff<sup>3</sup>, que embasa as referências a seguir aduzidas, quanto aos povos árabes. Assim, a Escola Hanifita, criada por Abu Hanifa (699-767), na Pérsia, pregava a preponderância da equidade, possibilitando ao julgador o uso da razão ao aplicar a lei.

Em sentido oposto, buscando reduzir o uso da equidade e prestigiar, por ocasião do julgamento, o consenso da comunidade (Medina) a respeito de determinado tema, Malek ben Anas (713-795) criou a Escola Malequita, introduzindo, ainda, o conceito de utilidade pública, que permanece indeterminado até hoje. A propósito, cumpre trazer à memória as quatro fontes do direito muçulmano, conforme ensinamento de René David<sup>4</sup>: “Em primeiro lugar, o Corão, livro sagrado do islã, em segundo, a Suna, ou tradição relativa ao Enviado de Deus. Em terceiro lugar temos o Idjmâ’, ou acordo unânime da comunidade muçulmana; em quarto, o Qiyâs, ou raciocínio por analogia”.

Obteve grande destaque entre os povos árabes a Escola Chafeita, fundada por Abu Abdalah Mohamed ben Idris as Chafei (767-821), segundo a qual deveria ser aplicado, por ocasião do julgamento, o consentimento de toda a comunidade muçulmana, ampliando a idéia dos malequitas, restritos à opinião da Medina. Para esta escola, segundo Herkenhoff, “a indagação mais importante no Direito seria a da causa, ou raiz, da norma jurídica, recurso que permitia resolver questões imprevistas”<sup>5</sup>.

É de referir, ainda, a Escola Hambalita, criada por Ahmed ben Hanbal (780-855), que rejeitou o emprego da equidade, privilegiando a tradição e o texto da lei por ocasião dos julgamentos.

<sup>2</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Hermenêutica jurídica**. p. 22.

<sup>3</sup> HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. p. 33.

<sup>4</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 411.

<sup>5</sup> HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. p. 33.

Além dessas escolas da Antiguidade, também merecem referência outras que – incidentalmente - abordavam questões hermenêuticas, merecendo destaque os Glosadores, os Pós-Glosadores e a Escola da Culta Jurisprudência.

Para Coelho<sup>6</sup>, a Escola dos Glosadores “é a autêntica precursora dos sistemas interpretativos posteriores às codificações”. Criada por Irnério (um dos fundadores da Universidade de Bolonha), na Itália, desenvolveu-se nos séculos XI, XII e XIII e limitava-se à análise gramatical do *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, mediante notas (glosas) apostas nas margens e entre as linhas do texto, de onde se originou o nome. Francesco Accursio (autor de Magna Glosa) e Búlgaro pertenceram a esta escola, dentre outros<sup>7</sup>.

Aos Glosadores seguem-se os Comentadores ou Pós-Glosadores (séculos XIII a XV), que não se limitaram a fazer anotações, consignando suas opiniões, seus comentários aos textos legais, os quais passaram a ser usados nos tribunais. Esta escola, de orientação predominantemente prática, procurou estabelecer o direito comum, harmonizando o direito romano e o direito canônico com o direito local. O seu mais importante comentador foi Bartolo de Sassoferrato, precocemente falecido (1313-1357), que teve Pietro Baldo degli Ubaldi como seu seguidor<sup>8</sup>.

A Escola da Culta Jurisprudência, Escola Culta ou Escola dos Humanistas surgiu como reação à Escola dos Comentadores. Criada pelo italiano Andréa Alciato, desenvolveu-se nos séculos XVI, XVII e XVIII, tendo como principal representante Jacques Cujas (1522-1590). Esta escola criticou o *Corpus Juris Civilis* em vista da falta de sistematização, posto que trata da mesma matéria em várias partes do texto<sup>9</sup>.

Mas foi com a codificação napoleônica que surgiram os “sistemas hermenêuticos modernos”, no dizer de Coelho<sup>10</sup>, que apresenta as classificações mais propagadas, objeto de estudo no próximo capítulo.

## PARTE II - SISTEMAS OU MÉTODOS

Os diversos sistemas ou métodos hermenêuticos podem ser classificados em dois, três, quatro ou mais grupos, de acordo com o aspecto levado em consideração por cada doutrinador. O surgimento dos diversos modelos é explicado por Ferraz Jr.<sup>11</sup> da seguinte forma:

“Em meados do século XIX, ocorre, assim, na França e na Alemanha, uma polêmica. De um lado,

---

<sup>6</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis.** p. 188.

<sup>7</sup> HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito.** p. 34.

<sup>8</sup> HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito.** p. 35.

<sup>9</sup> HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito.** p. 35.

<sup>10</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis.** p. 188.

<sup>11</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** p. 262.

aqueles que defendiam uma doutrina restritiva da interpretação, cuja base seria a vontade do legislador, a partir da qual, com o auxílio de análises lingüísticas e de métodos lógicos de inferência, seria possível construir o sentido da lei ('Jurisprudência dos Conceitos' na Alemanha, e 'Escola da Exegese', na França). De outro lado, foram aparecendo aqueles que sustentavam que o sentido da lei repousava em fatores objetivos, como os interesses em jogo na sociedade ('Jurisprudência dos Interesses', na Alemanha), até que, já no final do século XIX e início do século XX, uma forte oposição ao 'conceptualismo' desembocou na chamada escola da 'libre recherche scientifique' (livre pesquisa científica) e da 'Freirechtsbewegung' (movimento do direito livre) que exigiam que o intérprete buscasse o sentido da lei na vida, nas necessidades e nos interesses práticos".

Na opinião de Limongi França<sup>12</sup>, existem três denominados sistemas interpretativos: a) dogmático, também denominado francês, exegético ou jurídico-tradicional, b) histórico-evolutivo e c) o da livre pesquisa ou da livre formação do direito.

Maximiliano<sup>13</sup>, após afirmar que "incumbe à Hermenêutica precisamente buscar os meios de aplicar à riqueza, à infinita variedade dos casos da vida real, à multiplicidade das relações humanas, a regra abstrata objetiva e rígida", critica os que se limitam à busca da vontade do legislador, asseverando que "a interpretação é antes sociológica do que individual", mas não apresenta uma clara separação dos métodos. Valemo-nos da observação de Kerkenhoff<sup>14</sup>, para quem "Maximiliano toma como referência a vontade do legislador" e apresenta três sistemas: tradicional ("aplicação do Direito hoje de acordo com a vontade do legislador de ontem"), evolutivo (sendo o Direito resultado da consciência da comunidade e não do arbítrio de um) e misto ("busca descobrir não só o que o legislador quis, mas também o que quereria, se vivesse no meio atual").

Para Warat<sup>15</sup>, a classificação dos métodos interpretativos deve ter em conta "a ideologia das distintas escolas que conformam o pensamento jurídico", confundindo-se o próprio nome dos métodos (método exegético, método da escola histórica, método dogmático, método comparativo de Ihering da segunda fase, método da escola francesa, método do positivismo sociológico e da escola de livre direito, método teleológico, método egológico e método tópico-retórico) com o nome das respectivas escolas.

Cumprido destacar a sistematização elaborada com base na teoria de Kelsen, tomando-se o ato interpretativo como uma atividade de inteligência (esco-

<sup>12</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Hermenêutica jurídica**. p. 33-39.

<sup>13</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, p. 26.

<sup>14</sup> HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. p. 36.

<sup>15</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 65.

las intelectualistas) ou uma atividade volitiva (escolas voluntaristas), no dizer de Coelho<sup>16</sup>, que assim se manifesta:

“Para citar somente as escolas de características bem definidas, são intelectualistas a escola da exegese, a jurisprudência analítica, de Austin, a escola histórica, de Savigny e, bem assim, a jurisprudência conceitual dos pandectistas e germanistas. (...) As escolas voluntaristas mais importantes são a escola do direito livre, de Ehrlich e Kantorowicz, a escola do direito justo, de Fuchs e Stammeler, a Teoria Pura do Direito, de Kelsen, a jurisprudência sociológica dos juristas norteamericanos, a escola do realismo jurídico, norteamericana e escandinava, o intuicionismo jurídico de Dualde, o raciovitalismo jurídico de Recaséns Siches, o culturalismo egológico, de Cossio e as demais escolas tridimensionalistas”.

Prossegue o autor, enquadrando como intermediárias as escolas da jurisprudência teleológica, de Ihering, da jurisprudência de interesses, de Heck, e da livre investigação científica, de Géný.

O grupo de escolas ditas intelectualistas limitar-se-ia a tornar claro o direito previsto na lei, ao passo que as escolas voluntaristas teriam por característica a criação de direito novo. A passagem do pensamento intelectualista para o voluntarista ocorreu com a Escola da Livre Pesquisa Científica (“embora não em sentido cronológico”<sup>17</sup>).

De forma relativamente correspondente aos métodos intelectualistas e voluntaristas, Coelho<sup>18</sup> propõe, inicialmente, a classificação das escolas em dois grandes grupos, sob a denominação de dogmáticas e de zetéticas, tendo por base, respectivamente, a idéia de que “o direito encerra certos princípios de validade apriorística a serem preservados” e aplicados às diversas situações que se apresentam ao intérprete ou, por outro lado, a idéia de que através do direito é possível atingir-se determinados fins. Para o autor, “ou o intérprete procura então descobrir os princípios gerais e preservá-los a despeito das mudanças sociais, ou procura adaptá-los e, de certa forma, subordiná-los àqueles dados da experiência histórica”.

É Ferraz Jr.<sup>19</sup> quem, valendo-se da terminologia de Viehweg, explica: “Zetética vem de *zetein*, que significa perquirir, dogmática vem de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar”, sendo aquela “mais aberta” e esta “mais fechada”, posto que não questiona suas premissas, mas, sim, “impõe uma certeza sobre algo que continua duvidoso”. A investigação zetética, por sua vez, parte de uma evidência e suas premissas podem ser substituídas por outras.

<sup>16</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 191.

<sup>17</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 242.

<sup>18</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 192.

<sup>19</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. p. 41 e ss.

Mas Coelho<sup>20</sup> vai além e, para fins didáticos, termina por classificar as escolas hermenêuticas em dogmáticas, finalísticas, sociológicas e realistas, tendo como parâmetro “a maior ou menor importância atribuída às normas jurídicas formais na revelação da normatividade do direito”.

A análise sucinta das principais escolas será orientada pela classificação descrita, percebendo-se que, em contrapartida às escolas monistas, que têm o direito estatal com a “maior expressão da normatividade jurídica”, surgiu o *pluralismo jurídico*, que pressupõe a “coexistência de várias ordenações”<sup>21</sup>.

### *ESCOLAS DOGMÁTICAS*

Para os dogmáticos o direito se resume ao teor da lei, não cabendo ao julgador questionar as condições do caso concreto por ocasião da aplicação da lei. Pode-se afirmar que o método dogmático inibe a atividade interpretativa a ser desempenhada pelo juiz ou até mais do que isso. Brum<sup>22</sup> afirma que alguns juízes “preferem distorcer os fatos para que se adaptem às citações dogmáticas prestigiosas a produzirem suas próprias interpretações”.

Dentre as escolas dogmáticas mais famosas destacam-se a Escola da Exegese, a Escola da Jurisprudência Analítica e a Escola da Jurisprudência Conitual.

Em razão de circunstâncias históricas, sendo de interesse da classe dominante assegurar a estrita observância do disposto na lei, posto que esta a beneficiava, propagou-se a noção de que a lei era completa, não havendo espaço para qualquer manifestação do intérprete. Em vista da certeza de que a lei conteria todo o direito, nada restaria, pois, a ser questionado além do texto legal.

Para os dogmáticos, o direito encontra-se na lei, devendo o intérprete enquadrar o fato no que nela está disposto; a lei é vista como perfeita, portanto, contendo solução para todos os casos da vida real.

É Néri da Silveira<sup>23</sup> quem adverte que na “reflexão em torno da angustiante problemática social, onde há, também expressões de desvalor, de injustiça, não poderão os combatentes do Direito adotar, à evidência, atitude de indiferença, abstendo-se, deliberadamente, de discutir o valor do conteúdo da ordem positiva, na parte que guarda pertinência com esse tema, ao fundamento de que seu dever se restringe, tão-só, à verificação da justiça conforme a lei”.

Para os adeptos da Escola da Exegese, nascida na França, apenas o texto legal é que deveria ser tomado em conta, não se questionando se efetivamente estava em consonância com o justo, uma vez que era dada primazia à letra da lei. Não cabia mais ao magistrado elaborar o direito, mediante a apreciação de cada caso concreto, pois apenas lhe era permitido solucionar a demanda valendo-se do texto legal. Para tanto, o julgador deveria enquadrar os fatos, e a decisão

<sup>20</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 196/97.

<sup>21</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 257.

<sup>22</sup> BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. p. 30.

<sup>23</sup> SILVEIRA, José Néri. A função do juiz.. *Revista da Ajuris*, n. 54, p. 41. 1992.

judicial “não seria mais do que um silogismo, onde a premissa maior, é a lei, e a menor o enunciado do caso concreto”<sup>24</sup>.

O surgimento da escola exegética veio associado à elaboração do Código Civil francês, em 1804<sup>25</sup>. Há que se referir a divisão do direito francês em três fases, sendo que a primeira, denominada *direito antigo* encerra-se com a Revolução Francesa, quando iniciou a chamada fase do *direito intermediário*, até o surgimento do referido código, marco da terceira fase, a do *direito napoleônico*.

No *direito antigo* era expressiva a influência do direito canônico, posto que regulava questões pertinentes ao matrimônio, filiação, testamento, além de ter servido de base para as Ordenações Régias. De outro lado, mesmo após a invasão dos germanos, o direito romano continuou vigorando na parte sul, enquanto vigiam os costumes germânicos ao norte<sup>26</sup>.

Por tudo isso, era empolgante a nova legislação, codificada, posto que, anteriormente, “no *Ancien Régime*, o Direito era ‘fragmentado em sistemas particulares, quer do ponto de vista das classes, quer do ponto de vista material e territorial... Era um sistema jurídico complexo, dominado pelos esquemas gerais das Ordenações Régias, completadas pelos usos e costumes, pelos preceitos do Direito Romano e do Canônico, pela opinião comum dos doutores e os recursos ao Direito Natural’<sup>27</sup>.”

Não bastasse a facilidade introduzida pelo novo código, em vista da unificação das leis civis, sucede, ainda, que havia interesse por parte da classe social dominante em garantir os direitos adquiridos com a Revolução Francesa, consubstanciados no novo Código Civil, razão pela qual era importante justificar a estrita aplicação da lei, sem permitir ao juiz qualquer possibilidade de aplicação que não se conformasse exatamente com o texto legal.

É Bugnet quem expressa de forma primorosa o pensamento da época, ao proclamar, em sua cátedra na Universidade de Paris: “Eu não conheço o Direito Civil, eu não ensino senão o Código de Napoleão”<sup>28</sup>. Azevedo<sup>29</sup> resume o momento histórico que desencadeou o nascimento da exegese nos seguintes termos:

“A burguesia, cristalizando sua visão do mundo, no Código de Napoleão, perde o ímpeto revolucionário. Inverte-se sua posição no processo social, passando a querer preservar suas conquistas sedimentadas na lei positiva. Daí a necessidade de atentar, antes de tudo, à *intenção do legislador*, afirmando-se ser o Estado

<sup>24</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 229.

<sup>25</sup> E, ainda, pelos demais códigos franceses: em 1807, Código de Processo Civil, em 1808, Código de Comércio e Código de Instrução Criminal, e, em 1810, o Código Penal.

<sup>26</sup> RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. p. 103.

<sup>27</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito**. p. 78.

<sup>28</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 226.

<sup>29</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito**. p. 22.

a fonte única e o fundamento único do direito, sendo o método exclusivo o dedutivo, dogmático.”

No dizer de Azevedo<sup>30</sup>, “o positivismo torna-se, por essa forma, um obstáculo, que tolhe e complica a evolução e superação do direito e, em consequência, a evolução e superação dos dados histórico-sociais”, visando, com tal cerceamento ao poder criativo do juiz, manter o sistema vigente em benefício das classes dominantes.

Ainda que ao longo do tempo tenha sido abrandado o excessivo apego ao texto da lei, passando a ser acolhida a interpretação histórica, buscando-se a intenção do legislador ao elaborar o texto e a interpretação sistemática, considerando-se o contexto em que vinha inserida a regra<sup>31</sup>, por certo, o Código de Napoleão influenciou o direito de todos os povos de origem romana.

O entendimento preconizado pelos exegeticos está superado, pois é fácil constatar a impossibilidade de um texto legal apresentar solução para todos os casos levados ao Poder Judiciário em uma época em que “barrigas” são alugadas, a bioética é questão presente e o direito de construir sobre aranha-céu já edificado é também objeto de transação.

A Escola da Jurisprudência Analítica surgiu no mundo da *common law*, vindo a influenciar, posteriormente, o realismo jurídico norte-americano e escandinavo. Para esta escola, o direito tem por objeto o estudo das leis e de sua interpretação, desconsiderando a ética<sup>32</sup>.

Por sua vez, a Escola da Jurisprudência Conceitual desenvolveu-se na Alemanha, pelos pandectistas, e “considera os textos legais como sustentáculo de significações objetivas oriundas do legislador e capazes de ministrar novas soluções segundo as circunstâncias”<sup>33</sup>, já admitindo certa liberdade ao julgador.

Insatisfeitos com a tomada de decisão preconizada pelo formalismo-silogístico, baseada na simples interpretação do texto, de forma literal, e por não atender à maioria das situações fáticas apresentadas na vida real, no início do século XX surgiram as escolas da jurisprudência de interesses e da jurisprudência sociológica<sup>34</sup>.

### *ESCOLAS TELEOLÓGICAS*

Em oposição aos excessos cometidos pelos adeptos da Escola da Exegese e da Escola da Jurisprudência Conceitual, em que predominava “a idéia da causalidade e do rigor lógico-formal”, surgiram as escolas teleológicas, destacando-se as teorias defendidas por Ihering e Heck.

Para a Jurisprudência Teleológica, de Rudolf von Ihering, “tudo no direito existe para um fim, objetivando garantir as condições de existência da sociedade”, cabendo salientar que “a vontade pressupõe um fim” e, assim, “a finali-

<sup>30</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. p. 24.

<sup>31</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 229.

<sup>32</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 236 e 237.

<sup>33</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 235.

<sup>34</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. p. 49.

dade é a chave da formação do direito”. A norma existe para atender a um fim predeterminado, em benefício da sociedade, utilizando-se para tanto de sua força coativa. Quanto a esse aspecto, cumpre registrar a maior contribuição de Ihering para a evolução do direito, ou seja, a idéia de que a norma deve satisfazer o fim social, o que justifica o enquadramento desta teoria sob o aspecto teleológico, além de ter servido de ponto de partida para a Escola da Jurisprudência de Interesses<sup>35</sup>. Para Ihering, o direito tem por finalidade proteger interesses, em especial evitando o sofrimento, devendo a norma ser interpretada em consonância com as circunstâncias de cada caso, razão pela qual “o conteúdo do direito é infinitamente variado porque infinitamente variada é a condição da vida humana”<sup>36</sup>.

Alicerçado em Ihering e no seu pensamento de que o direito existe para proteger interesses, surgem os estudos de Philipp Heck, que - juntamente com Rümeline - se preocupa com o processo de tomada de decisão por parte do juiz, dando origem à Jurisprudência de Interesses, segundo a qual o julgador “deve submeter-se à lei, e não aos seus ideais de justiça, mas, diante de um fato concreto que a lei regula mal, a sua função é construtiva, isto é, a de construir regras, se estas não existem”, levando em conta que deve “prevalecer o ajuste que o legislador faria se tivesse que legislar sobre aquele caso”, buscando sempre proteger os “interesses atuais” em busca da “maior valoração da vida”<sup>37</sup>. A decisão vem baseada em fins sociais, posto que “os mandamentos jurídicos surgem do conflito de interesses observado socialmente e não de conceitos abstratos previamente determinados”<sup>38</sup>.

### *ESCOLAS SOCIOLÓGICAS*

De acordo com a classificação antes referida, proposta por Coelho, para fins didáticos, enquadram-se como sociológicas a Escola da Livre Pesquisa Científica, a Escola do Direito Livre e a Escola da Jurisprudência Sociológica.

Com base nas obras de François Géný, nasceu o que se denominou a teoria da livre investigação científica ou da livre pesquisa científica, que serviria de orientação ao julgador por ocasião da tomada de decisão, quando a solução não se encontrar posta na lei. Para Géný, supletivamente, então, o julgador deve se orientar pelo costume, seguido pela autoridade e tradição e, em terceiro lugar, pelos critérios estabelecidos pela livre investigação científica, quais sejam: autonomia da vontade, ordem e interesse públicos e, finalmente, o justo equilíbrio dos interesses privados em conflito. Destarte, além do direito estatal, para o autor há que se considerar também a existência de “um direito vivo na sociedade”, justificando a criação do direito pelo julgador<sup>39</sup>.

A Escola do Direito Livre surgiu na Alemanha, como decorrência dos estudos de Géný, destacando-se os nomes de Ehrlich e Zitelmann. Também é

<sup>35</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 62.

<sup>36</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 242-45.

<sup>37</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 246.

<sup>38</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. p. 51.

<sup>39</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 248-55.

adepto desta escola o “bom juiz”, Magnaud<sup>40</sup>. Para eles, a norma deve ser rejeitada quando de sua aplicação resultar injustiça. A decisão adequada é aquela que efetivamente leva em consideração a realidade do grupo social. Em nossa vida, constantemente, estamos sujeitos ao direito das diversas organizações a que pertencemos e que independe do direito estatal. Este direito das sociedades surge de forma natural, com alta capacidade de adaptação às exigências do grupo, tornando-o efetivamente eficaz<sup>41</sup>. Para Ehrlich, o direito ditado pelo Estado, por não possuir tais qualidades, não se harmoniza com o grupo social a que se aplica. A contribuição desta escola foi ter criticado, de forma abalizada, a idéia da aplicação da lei sem o devido questionamento.

Kantorowicz, outro adepto do movimento do direito livre, entende que o direito estatal somente tem legitimidade quando corresponde à vontade da coletividade e que o direito livre é o verdadeiro direito, posto que emanado da sociedade<sup>42</sup>.

Conforme Ráo<sup>43</sup>, “a aplicação dessa doutrina causaria, praticamente, os mesmos males da aplicação do princípio da retroatividade das leis, importando, como importa, a formulação da regra de direito após a prática do ato”, pois entende que a possibilidade de o julgador se afastar da lei, fazendo valer sua vontade, implica a falta de segurança jurídica.

Para a Escola da Jurisprudência Sociológica, somente mediante a análise da realidade social vigente podem ser corretamente interpretadas as normas, razão pela qual a decisão mais conveniente é exatamente aquela que considera os aspectos inerentes à realidade que gerou o litígio e leve em conta as prováveis conseqüências advindas da decisão. “O processo interpretativo deve ser flexível o suficiente para se adequar às mudanças sociais... devendo o magistrado buscar na realidade em que determinado conflito ocorreu os subsídios necessários para suprir as deficiências apresentadas pela norma, no momento de sua aplicação”<sup>44</sup>. Nascida nos Estados Unidos, no período compreendido entre as duas guerras mundiais e, filosoficamente, entre a corrente tradicional que entendia que os juizes se limitavam a revelar o direito e a corrente oposta do *Legal Realism*, para a qual direito era somente o declarado pelos juizes, teve como principais nomes Oliver W. Holmes, Roscoe Pound, Benjamin Cardozo e Luis Brandeis.

### *ESCOLAS REALISTAS*

De forma ampla, a expressão zetética realista diz respeito “à pesquisa voltada para o conteúdo das leis, mas enfatizando o aspecto realidade; ou seja, o ponto de partida é o direito tal como se apresenta no universo fenomênico ... le-

---

<sup>40</sup> A respeito de Magnaud, juiz de primeira instância de Château-Thierry, no período de 1889 a 1904, Carlos Maximiliano registra que o mesmo “mostrava-se clemente e atencioso para com os fracos e humildes, enérgico e severo com opulentos e poderosos”, aplicando a lei conforme a pessoa envolvida na demanda. E conclui dizendo que “quando o magistrado se deixa guiar pelo sentimento, a lide degenera em loteria, ninguém sabe como cumprir a lei a coberto de condenações forenses”. (**Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 83).

<sup>41</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 257.

<sup>42</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 258-59.

<sup>43</sup> RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. p. 520.

<sup>44</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. p. 52.

vando em conta apenas a realidade jurídica, isto é, o direito efetivamente existente ou os fatos sociais e históricos que a ele deram origem”. Os movimentos realistas, segundo Coelho, podem ser classificados considerando os aspectos psicológico (realismo jurídico norte-americano), lingüístico (realismo escandinavo, tópica e pragmática do direito) e culturalista (raciovitalismo, egologismo e teoria tridimensional do direito)<sup>45</sup>. Ainda que tenham se espalhado entre os espanhóis, italianos, ingleses e latino-americanos, com certeza os principais movimentos realistas são o americano e o escandinavo.

O realismo jurídico norte-americano é a mais importante manifestação do realismo. Teve como criador John Chipmann Gray, para quem o direito só é tido como tal a partir do momento em que as leis são introduzidas nas decisões judiciais, ou seja, direito é apenas o proferido pelo órgão judicial ao decidir determinado caso<sup>46</sup> e não o ordenamento legislativo propriamente dito.

Por sua vez, na concepção dos juristas da Escola de Upsala, partidários do realismo jurídico escandinavo, o direito “é tão-somente um meio de comunicação entre os seres humanos, sendo que o sentido jurídico-normativo das expressões lingüísticas que o identificam deve ser procurado ... ao nível da sintaxe, da semântica e, principalmente, da pragmática lingüísticas”<sup>47</sup>.

Dentre as correntes realistas que atribuem destaque à linguagem como fator de determinação de conteúdos normativos, é de mencionar, também, a do pensamento tópico de Viehweg, a nova retórica de Perelman, a pragmática de Tércio Sampaio Ferraz Jr. e a semiologia de Luis Warat.

### *CRÍTICAS RECENTES*

Dentre as idéias divulgadas nos últimos tempos, com referência à hermenêutica, cumpre destacar a contribuição de um paranaense e de um gaúcho. Trata-se da Teoria Crítica do Direito, concebida por Luiz Fernando Coelho, e da Nova Crítica do Direito, desenvolvida por Lenio Luiz Streck.

O estudo do Direito envolve o estudo das relações sociais, porque são relações de poder. O poder dissimula a dominação. Dominação implica em opressão. Somente quando é grande o grau de opressão a reação pode levar à libertação. De qualquer forma, existem as formas mais sutis de dominação, sendo possível que organizações sociais de dominados possam estar a serviço dos dominantes<sup>48</sup>. Nesse sistema o Direito serve como instrumento de dominação. A transformação da sociedade se dá pela emancipação da massa de dominados. O modelo tradicional despreza as particularidades, uma vez que as normas gerais abrangeriam todos os casos concretos. Ademais, ao admitir como verdadeiro somente o conhecimento apoiado em dados racionais, passa a recusar a realidade social, em permanente mutação. Tudo isso leva à perda do prestígio do jurista.

Para Coelho, o direito não é o passado que condiciona o presente, mas o presente que constrói o futuro, com base no estudo das relações sociais

<sup>45</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 273.

<sup>46</sup> VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. *Da hermenêutica constitucional*. p. 141.

<sup>47</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 286-87.

<sup>48</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. p. 132-34.

normadas, e na busca da efetiva realização da justiça. O autor tem uma visão prospectiva, compromissada com a realidade onde o direito ocorre. “A teoria crítica procura constituir-se em um instrumento de transformação dos postulados da dogmática e não de sua legitimação”<sup>49</sup>.

Lenio, por sua vez, preocupado com a atual “baixa constitucionalidade” entende que a Constituição é mais do que um mero instrumento, devendo ser vista como algo efetivamente “constituente”, que “constitui a ação”. A Constituição, em suma, estaria sendo pouco utilizada!

Com base em Heidegger e Gadamer, Lenio afirma que sua teoria tem por tarefa “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos”<sup>50</sup>, pois os juristas estão sempre vendo o direito a partir de uma prévia suposição. Para o autor “as condições do agir político estatal” devem ser buscadas diretamente na Lei Fundamental, que é o ápice de todo o ordenamento jurídico. É preciso, ao aplicar a Constituição, estar despido das concepções baseadas no anterior texto constitucional, sob pena de virem a ser os novos fatos enquadrados nas soluções determinadas pelo texto revogado. É incoerente dizer que um texto é legal, embora contrário à Constituição. Em sentido oposto, e também de forma equivocada, não raras vezes uma regra deixa de ser aplicada sob o argumento que é ilegal, desconsiderando-se, porém, que está em conformidade com a Constituição. Isso ocorre quando os preceitos já superados pela nova ordem jurídica permanecem influenciando os intérpretes.

### PARTE III - APLICAÇÃO DO DIREITO

Para a aplicação do direito é necessário, previamente, interpretar o texto legal. Através da interpretação é que se indica com exatidão o conteúdo da norma a ser aplicada ao caso concreto. Portanto, se, para aplicar, é necessário interpretar, com certeza, aplicação é distinta de interpretação.

Inicialmente, cumpre referir que muitos obstáculos na aplicação do direito surgem em vista da dificuldade - cada vez maior - de domínio do próprio vernáculo nacional. Essa deficiência no conhecimento, associada à nem sempre adequada utilização do termo no texto legislativo e, ainda, à diversidade de significados atribuível a cada signo, por certo prejudica a correta aplicação do direito.

Assim, mesmo quando há o domínio da linguagem, pode ocorrer dificuldade, em vista dos múltiplos significados que determinada palavra pode assumir. Nesta situação, há que se considerar o todo para compreensão do particular – e vice-versa, pois não se pode interpretar o direito por pedaços. “Seja uma palavra cujo valor lingüístico geral é conhecido: a parte desse valor lingüístico que se aplica na passagem dada e aquelas que devem ser excluídas, apenas será determi-

<sup>49</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 307, 316-17.

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (*ereignen*) da constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – mestrado e doutorado – 2000*, p. 135-139.

nada através das outras partes da mesma frase e, primeiramente, àquelas com as quais ela tem uma relação orgânica mais próxima, o que significa, portanto, que ela é compreendida como parte do todo, como elemento do conjunto”<sup>51</sup>.

Vem a calhar transcrição feita por Azevedo<sup>52</sup>, extraída da obra de Kelsen, nos seguintes termos: “Há que se ter em conta ‘a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras, em que a norma se exprime’, podendo, também ocorrer discrepância ‘entre a expressão verbal de uma norma e a vontade da autoridade legisladora’. Desses fatores decorrem várias possibilidades à aplicação do Direito, podendo a interpretação conduzir a várias soluções possíveis. (...) Não há nenhum método de interpretação que conduza a um único resultado ‘correto’. Assim, ‘a necessidade de uma interpretação resulta justamente do facto de a norma a aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto...”.

Vencida a questão vernacular, é essencial registrar que o intérprete nunca pode olvidar o disposto na Constituição Federal. Aqui surge outra dificuldade, na opinião de Lenio<sup>53</sup>, decorrente de nossos preconceitos, razão pela qual o autor questiona: “como é possível olhar o novo (texto constitucional de 1988), se nossos pré-juízos (pré-compreensão) estão dominados por uma compreensão inautêntica do Direito, onde, no âmbito do direito constitucional, pouca importância tem sido dada ao estudo da jurisdição constitucional?”.

Até pouco tempo, praticamente não se percebia relação entre a norma e a realidade, ou seja, o ordenamento jurídico não estaria sujeito a qualquer influência do mundo dos fatos, e vice-versa, sendo possível analisar qualquer um dos aspectos, *ordenação* e *realidade*, de forma isolada. O processo exegético deve sempre ter em conta o disposto na Lei Fundamental, em vista do princípio da supremacia da Constituição (posto que é nela que toda ordem jurídica encontra seu fundamento) sem desconsiderar a realidade, razão pela qual, para Hesse<sup>54</sup>, a efetiva força da Constituição está associada a sua vigência, somente possuindo eficácia a regra que esteja em consonância com os diversos valores que regem a sociedade. E, ainda que a Constituição, por si só, não possa “realizar nada, ela pode impor tarefas”.

A partir de 1990 tornou-se freqüente a inserção de dispositivos constitucionais nas peças jurídicas, o que não ocorria sob a vigência da Constituição Federal anterior. Ocorre que a norma constitucional antiga não estava legitimada perante a sociedade. Cada vez mais o novo texto supremo vem sendo interpretado, e aplicado, de forma a propiciar alterações no meio social, na busca de um *dever-ser* que satisfaça as infundáveis necessidades básicas da população. Em contrapartida, também as alterações sociais provocam a evolução da legislação. Esse pro-

<sup>51</sup> SCHLEIRMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica** – arte e técnica da interpretação. p. 47.

<sup>52</sup> AZEVEDO, Paulo Faraco de. Do método jurídico: reflexões sobre o normativismo kelseniano e a criação judicial do direito. **Revista Ajuris**, n. 71, p. 295. 1997.

<sup>53</sup> STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (*ereignen*) da constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – mestrado e doutorado – 2000**. p. 105.

<sup>54</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. p. 18.

cesso de crescimento depende da efetiva aplicação da norma constitucional, e da mudança da mentalidade do jurista (que, por muitas vezes, deixa de aplicar a Constituição por *contrariar* o disposto na legislação infraconstitucional...).

Cabe aos juristas, tendo por base a Lei Fundamental, ir além, consolidando as melhorias já alcançadas pelos diversos segmentos da sociedade. Destaca-se, neste aspecto, a nova crítica do direito, formulada por Lenio<sup>55</sup>, que censura a inefetividade da Constituição. Para o autor, reitera-se, a Lei Fundamental deve ser tida como aquilo que “constitui a ação”, somente sendo possível a devida compreensão quando o intérprete for tomado pela “angústia do estranhamento” para que a Constituição deixe de ser ferramenta e passe a ser “constituente”. Nesse sentido, a Constituição deve ser considerada como patamar e não como teto, possibilitando ao aplicador criar o direito em consonância com a Magna Carta.

A efetividade deve orientar o aplicador da norma constitucional, de sorte que, havendo mais de uma opção, “é de se preferir sempre a exegese conducente à concretização endereçada à plenitude, vendo-se a imperatividade como regra”<sup>56</sup>.

Para Larenz<sup>57</sup>, interpretar é “uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se torna problemático”. Por certo, essa dificuldade pode decorrer da dificuldade de entendimento em vista do desconhecimento por parte do intérprete, como também pelos diversos significados que os vocábulos possuem e com os quais podem ser utilizados ou, ainda, pelo próprio desconhecimento do vernáculo e das regras gramaticais, antes referido. Isso evidencia a fragilidade das escolas dogmáticas, pois não há como aplicar corretamente uma regra quando nem ao menos há convicção quanto ao seu conteúdo morfológico.

A dificuldade de compreensão não ocorre, entretanto, apenas com os textos escritos. Tanto é que Schleiermacher<sup>58</sup> confessa: “Me surpreendo seguidamente no curso de uma conversação [familiar] realizando operações hermenêuticas, quando eu não me satisfaço com o nível ordinário da compreensão” para, então, concluir, quanto à hermenêutica, “que a solução do problema, para o qual nós estamos procurando justamente a teoria, não depende absolutamente de que o discurso esteja fixado para os olhos através da escrita, mas ocorre sempre onde nós temos que apreender pensamentos ou encadeamentos de pensamentos através de palavras.”

Por certo, é necessário refletir sobre a efetiva participação, no processo interpretativo da norma, mesmo que de forma indireta, de todos os membros de uma sociedade. A existência de órgãos que se dediquem exclusivamente a esta

---

<sup>55</sup> STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (*ereignen*) da constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – mestrado e doutorado – 2000**. p. 109, 113 e 135.

<sup>56</sup> FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. **Revista Ajuris**, n. 76, p. 402. 1999.

<sup>57</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 439.

<sup>58</sup> SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica** – arte e técnica da interpretação. p. 33.

tarefa não exclui, portanto, em uma sociedade democrática, a manifestação daqueles submetidos à regulamentação. Amplia-se o número de intérpretes, legitimados para tanto, posto que a realidade, o “mundo da vida”, também influencia a aplicação da norma (que depende, por sua vez, de uma interpretação adequada e em consonância com a realidade).

Häberle<sup>59</sup> se debruça sobre esta intrincada questão, defendendo a ampliação do rol dos intérpretes da Constituição, razão pela qual afirma que “o cidadão é o intérprete da constituição”. Para o autor, deve-se passar de um modelo de interpretação do tipo “sociedade fechada” para o de “sociedade aberta”, mediante a participação de todas as parcelas da coletividade.

Até pouco tempo, praticamente, a interpretação constitucional era elaborada apenas por intérpretes jurídicos e pelos participantes formais do processo constitucional. A proposta de Häberle envolve todas as forças da sociedade no processo e considera a interpretação pluralista não apenas mais um elemento da sociedade aberta – e dela decorrente – como também um dos elementos que constituem tal sociedade. Demonstrado o benefício da participação de um maior número de intérpretes, há que se dizer que a legitimação está embasada no fato destes intérpretes representarem parte da esfera pública e da própria realidade da Constituição.

Com base em Gadamer, Silva<sup>60</sup> assevera que o processo de interpretação tem por objetivo maior “a realização do direito através de sua aplicação a supostos concretos do mundo da vida”, ou seja, através da exegese se busca “concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação”. Para aquele autor, a compreensão exige que nos despojemos das idéias pré-concebidas que nos dominam, sob pena de comprometimento do processo interpretativo.

A interpretação não é exercitada apenas pelos juristas, da mesma forma que a aplicação do direito não é tarefa exclusiva dos juízes. Não há como aplicar a lei sem antes interpretá-la, considerando que o sistema normativo se modifica em consonância com a evolução da sociedade. “A interpretação dos textos legais e dos fatos faz-se em conformidade com a concepção que se tenha do direito, expressa, implícita ou propositadamente oculta. É preciso deixar claro que o processo hermenêutico sofre decisiva influência de uma idéia prévia que o intérprete tenha do direito, da vida e dos interesses em questão”<sup>61</sup>.

Vem a calhar entrevista concedida pelo Sr. Presidente da República<sup>62</sup>, no tocante à decisão referida na introdução deste trabalho, quando afirmou: “Não posso achar bom que alguém interprete subjetivamente o que é o social”. *Data venia*, não há como não interpretar – qualquer norma, ou texto, ou conversação – sem deixar-se influenciar pelos mais (inconstantes) aspectos subjetivos, inerentes

---

<sup>59</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. p. 24 a 37.

<sup>60</sup> SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa**. p. 39.

<sup>61</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito**. p. 30.

<sup>62</sup> CARDOSO, Fernando Henrique. Quem pensa em se sobrepor à lei vira ditador. **Zero hora**, Porto Alegre, 10 dez. 2001. p. 6. Entrevista.

à natureza de cada intérprete. Também não há como, isentos de conotação subjetiva, elaborar qualquer crítica à expressão *social* utilizada pelo constituinte. A propósito do depoimento presidencial, cumpre lembrar o ensinamento de Coelho<sup>63</sup>, ressaltando que o método tradicional serve para garantir a manutenção do *status quo* vigente, em benefício das classes dominantes, e desconsiderando a realidade social.

Não se quer, aqui, defender o livre arbítrio do julgador, mas, sim, deixar claro que a apreciação subjetiva sempre estará presente no processo exegético, fazendo parte de qualquer sentença, tanto que se diz que a norma é o resultado da aplicação da regra ao caso concreto e que não há norma sem interpretação. Oportuno transcrever ensinamento de Scaff<sup>64</sup>, para quem “as normas jurídicas, uma vez criadas, se despregam de seus criadores, passando a ter vida própria, com funções e interpretações diversas daquelas originalmente idealizadas. Da vinculação inicialmente existente com o criador, passam a ter uma relação fundamental com o intérprete”. É o que Scaff denomina de “ditadura dos intérpretes”, em substituição à “ditadura do criador”.

Na atividade cotidiana de aconselhamento, ou consultoria, também o advogado trata da aplicação do direito tanto quanto as autoridades administrativas que cotidianamente aplicam o direito. Não obstante, é a aplicação do direito pelo juiz que mais atrai a atenção dos estudiosos do direito, em vista dos efeitos decorrentes da decisão judicial transitada em julgado. Dentre as diversas soluções para um determinado problema, cabe ao juiz verificar qual é a mais apropriada para o caso concreto.

Nos termos do § 1º do artigo 162 do Código de Processo Civil, “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Não obstante possa ser utilizada a força pública para o cumprimento do *decisum*, o esperado é que as partes se submetam à decisão não por ser esta dotada de coercibilidade, mas, sim, por estarem convencidas de que, dentre as diversas alternativas, o juiz optou pela mais conveniente para o caso em julgamento. Isso porque, no direito, não existe o verdadeiro ou o falso, mas, sim, o “aceitável”, considerando que “o sentido do justo comporta mais de uma solução”<sup>65</sup>.

No dizer de Azevedo<sup>66</sup>, estamos acostumados “a pensar o direito como o conjunto de normas prepostas a diferentes situações consideradas relevantes pela ordem jurídica”, desconsiderando as evoluções da vida em sociedade. O pensamento dogmático, entretanto, não pode preponderar em todos os casos submetidos à apreciação do Judiciário. Ademais, como observa Lênio<sup>67</sup>, é necessário rever os paradigmas, uma vez que “olhamos o novo com os olhos do velho”, ou seja, busca-se interpretar a nova ordem constitucional de tal forma que não em

<sup>63</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. p. 132-34, 164.

<sup>64</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sigilo fiscal e reserva de jurisdição. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n 71, p. 60. 2001.

<sup>65</sup> GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. p. 34 e 24.

<sup>66</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. p. 11.

<sup>67</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. p. 272 e 100.

inove nada, de forma a deixar o texto recente o mais parecido possível com o anterior.

Assim, se nem sempre a regra prevê a solução justa para determinado caso particular, exige-se do juiz, ao apreciar a questão em julgamento, a busca de outras fontes, de forma supletiva ao direito estatal. Para essa necessidade os dogmáticos não encontraram solução... Conforme Grau<sup>68</sup>, o Estado apenas elabora o que conhecemos como direito formal, mas quem efetivamente produz o direito é o povo, pois “apenas o direito produzido pelo povo é comprometido com a justiça”.

Por sua vez, Ráo<sup>69</sup> ensina com precisão:

“Universais podem e devem ser os princípios gerais, éticos e jurídicos; podem e devem, como decorrência imediata destes princípios, os direitos e deveres fundamentais do homem, inerentes à sua personalidade, à sua dignidade, como diretrizes da atividade humana na comunhão social e dos Estados na comunhão universal. Não o são, nem podem ser, as normas positivas, que se caracterizam como regras de alcance particular, variáveis por natureza, porque de fatos variáveis e próprios a cada povo resultam”.

Assim, é da sua correta aplicação que resultará reconhecido o direito perante a coletividade, posto que a norma jurídica será tida como legítima “quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social”. De acordo com Grau<sup>70</sup>, “o critério de legitimidade, pois, são os *padrões de cultura sobre os quais o Direito é elaborado*”, razão pela qual cada povo tem seu próprio direito. O autor considera o direito, quando legítimo, como “instrumento de organização social”, resultado “da adição de autoridade ao poder do qual emane”.

O juiz, efetivamente, atinge de forma plena seu objetivo como julgador quando consegue convencer não apenas as partes, mas também a sociedade quanto ao acerto da decisão tomada. Para tanto, é imprescindível que, da decisão, conste a sua motivação, tanto que a fundamentação é requisito indispensável de qualquer decisão, sob pena de nulidade, na forma prevista na Constituição Federal<sup>71</sup>. Face a “repercussão social”, “o processo decisório dos tribunais não tem como fundamento apenas uma consonância com o direito positivo (...), há uma combinação entre exigências formais e um tipo de adesão da sociedade ao conteú-

<sup>68</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 55.

<sup>69</sup> RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. p. 101.

<sup>70</sup> GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. p. 33, 36, 38, 48 e 51.

<sup>71</sup> Art. 93 – Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: ... IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”

do da sentença”, através da qual se busca legitimar a decisão perante a coletividade<sup>72</sup>.

Sendo a lei também resultante da pressão dos grupos com maior influência, por certo lhes será favorável; portanto, não se pode presumir que lei seja sinônimo de direito e que o julgador deva aplicá-la sem qualquer questionamento quanto às conseqüências de sua decisão. Aqui, novamente, vem a calhar o ensinamento de Coelho, quanto à manutenção do poder pelos grupos dominantes e a impossibilidade de aplicar-se a regra aos casos específicos, com suas particularidades, posto que foram elaboradas genericamente. No mesmo sentido, assevera Azevedo<sup>73</sup>: “Preso a uma camisa-de-força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e de sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz, servo da legalidade e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica”, pois não se pode confundir legalidade com legitimidade.

Para a adequada aplicação do direito, é essencial *pensar* sobre o objeto da discussão, visando buscar - dentre tantas possíveis - a solução mais adequada ao caso em julgamento. Isso porque, na aplicação do direito, não há o *certo* e o *errado* ou, como antes ressaltado, não existe o verdadeiro ou o falso. Apenas o que se pretende é que a decisão seja a mais apropriada para o caso a ser decidido. A decisão deve ser buscada dentro do ordenamento jurídico, ao contrário do que defendiam os adeptos da escola do direito livre.

Com propriedade, Azevedo<sup>74</sup> transcreve lição de Luís Recaséns Siches, aludindo à aplicabilidade ou não de uma determinada regra ao caso concreto, referindo que “o problema só encontra solução ponderando, compreendendo e estimando os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em determinadas situações reais”.

Quanto à neutralidade do juiz, observa Mendonça<sup>75</sup> que “não pode ser confundida com uma insensibilidade, em face das relações de natureza econômica e social, existentes entre as partes envolvidas em um litígio”. Mostra irrefutável da suscetibilidade do julgador ao sentimento da população foi recentemente dada, quando, ao apreciar a questão do racionamento de energia elétrica, crise denominada popularmente de *apagão*, o julgador que concedeu a liminar contra a União, proibindo cortes no fornecimento e multas, referiu - de forma expressa - estar convicto que sua decisão refletia a reação e o sentimento da Nação\*.

Na opinião de Azevedo<sup>76</sup>, “não pode ser bom julgador o insensível ou o psicologicamente embotado, por não poder colocar-se na situação do jurisdicionado, sentindo-a e avaliando-a, revivendo-a, para emitir a decisão”. A neutralida-

---

<sup>72</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. p. 3 e 19.

<sup>73</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. p. 25.

<sup>74</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito**. p. 28.

<sup>75</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. p. 10.

\* Disponível em <http://www.estado.estadao.com.br/editorias/2001/05/26/eco667.html>.

<sup>76</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. p. 90.

de, entretanto, não significa a quebra do dever de imparcialidade, atinente ao objeto do litígio e às pessoas envolvidas na lide, enquanto que a neutralidade diz respeito aos valores, razão pela qual o autor, em outra obra<sup>77</sup>, refere que a pretensão de neutralidade tende a conduzir à alienação:

“A pretendida neutralidade diante dos valores e das circunstâncias em que a lei é elaborada resulta num lavar-de-mãos diante de sua eventual iniquidade e num dizer-amém à legalidade, seja ela qual for. Por essa forma, prepara-se o jurista a assimilar qualquer quadro histórico de onde advenham as leis”.

Tal ponto, entretanto, não significa que o julgador esteja livre para julgar sem qualquer limite, posto que estará sempre subordinado ao direito (mas não necessariamente à lei – ao contrário do que pretendiam os dogmáticos), bem como que deva se deixar influenciar, de forma leviana, com o fito de simplesmente contentar os jurisdicionados ao prolatar decisão que mais lhes agrade.

Curiosa situação vem apresentada por Puggina<sup>78</sup>, no que diz respeito à expectativa quanto ao comportamento que determinados setores da sociedade esperam de um juiz. “Em uma determinada sexta-feira, final de expediente, o magistrado, junto com um grupo de amigos, resolve tomar um aperitivo. Lado a lado, dois bares, sendo que em um a cerveja custa ‘X’ e, no outro, ‘2X’. Modelo comportamental a ser seguido: o juiz, sem dúvida, deveria freqüentar o bar onde a cerveja custava mais caro, porque o ‘preço seleciona o ambiente’ e será neste ambiente selecionado que ‘o Juiz encontrará os seus iguais’”. Embora pitoresco, de forma inegável o exemplo corresponde à realidade hoje vivida, encaixando-se perfeitamente no nosso cotidiano.

Outro exemplo, ainda mais apropriado: “Dir-se-á que é perigoso o Juiz ter convívio, por exemplo, com o sindicato dos trabalhadores rurais que comandou invasão de latifúndio improdutivo. Alegar-se-á que tal Juiz não terá isenção ao despachar sobre a concessão ou não da liminar na ação possessória. Os que assim se preocupam, por certo, não achariam nada estranhável ou fora do comum que o Juiz, no dia anterior, haja sentado ao lado do latifundiário (autor da possessória), em jantar do Rotary. Nada de estranho: lá este estava entre os seus iguais! Mas o que estaria fazendo este Juiz em reunião do sindicato?”. Tais passagens, de forma incisiva, denotam o *envolvimento social* a que se encontra sujeito o juiz e a forma como os setores dominantes entendem deva o mesmo se comportar.

Apreciando a questão da aplicação do direito sob o aspecto da decidibilidade de conflitos sociais, Ferraz Jr.<sup>79</sup> apresenta três modelos, a saber, analítico, hermenêutico e empírico, aos quais relaciona a teoria da norma, a teoria da interpretação e a teoria da decisão jurídica. O modelo analítico “encara a decidibilidade como relação hipotética entre conflito e decisões”, apresentando as decisões possíveis de serem tomadas. Para o modelo hermenêutico, a tomada de decisão é

<sup>77</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. p. 54.

<sup>78</sup> PUGGINA, Márcio Oliveira. Deontologia, magistratura e alienação. **Revista Ajuris**, n. 59, p. 183 e 187. 1993.

<sup>79</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 91.

apreciada sob o aspecto de sua “relevância significativa”, pois se trata de “uma relação entre a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, tendo em vista seu sentido”.

O modelo empírico é derivado da observação da realidade, constituindo-se em um sistema explicativo do comportamento do ser humano enquanto controlado por normas. A resposta ao conflito trará satisfação imediata (subordinação, compromisso e tolerância em relação à decisão) como também satisfação mediata (as mais diversas expectativas, de cunho social, político, econômico ou jurídico).

A decisão, na verdade, é tida como um procedimento por demais complexo (capaz de gerar situações ainda mais difíceis do que a que está sendo decidida), dentro de um processo, componente de uma situação de comunicação, posto que relacionada a outrem. Antes do questionamento entre *pagar ou não pagar*, poder-se-ia perquirir *até que ponto é legítima a lei que exige tal pagamento*. Assim, para Ferraz Jr.<sup>80</sup>, por certo a decisão põe fim ao conflito, mas não significa que tenha eliminado o conflito.

Ao prolatar a decisão, o juiz “não está autorizado, pela ordem constitucional, a desprezar a lei válida e decidir o caso concreto, por critérios pessoais, subjetivos, qual estivesse a criar a norma que lhe pareça mais justa ou mais conveniente (...) por invocação de princípios ideológicos ou de convicções pessoais, deixando à margem a lei válida (isto é, conforme a Constituição) aplicável à espécie”<sup>81</sup>. De qualquer forma, a solução será tanto mais adequada à situação criada quanto melhor for a formação do magistrado. Formação não apenas jurídica, pois, além do conhecimento técnico, é imprescindível a formação geral, uma vez que o juiz, “no desempenho de sua função, não deixa de ser homem e nem pode abandonar sua formação pessoal”<sup>82</sup> e, ainda, porque sempre há, por trás de qualquer litígio, o aspecto humano a ser satisfeito quando da decisão.

Se não mais é aceitável a aplicação da lei na forma defendida pelos dogmáticos, sem qualquer apreciação dos fatos, também não se cogita da liberação do julgador para que decida a seu bel prazer. A incipiente, mas promissora, conscientização dos direitos assegurados à população pela nova ordem constitucional (aí incluída a condizente prestação jurisdicional), bem como a cada vez maior participação da sociedade em todas as questões que lhe dizem respeito, inclusive na condição de intérprete da Constituição e as transformações por que passa o mundo nesta virada de milênio, são fatores que podem vir a determinar o surgimento de um novo modelo hermenêutico.

Por este novo modelo haverá de ser possível aplicar a legislação de forma compatível com a realidade, não mais se satisfazendo o julgador simplesmente em aliviar as tensões sociais, mas buscando – de forma efetiva, concreta – convencer ambas as partes e a toda sociedade de que se fez justiça mediante a aplicação da norma.

<sup>80</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 305 e ss.

<sup>81</sup> SILVEIRA, José Néri da. A função do juiz.. **Revista Ajuris**, n. 54, p. 44. 1992.

<sup>82</sup> AZEVEDO, Paulo Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito**. p. 15.

## CONCLUSÃO

Ao legislador não é dado prever todas as hipóteses possíveis de se apresentarem para apreciação do julgador. Essa insuficiência tanto pode se dar em razão de que a regra foi elaborada em uma época em que nem ao menos se cogitava da possibilidade de litígio tal qual o trazido para julgamento, seja em razão da multiplicidade de casos que se apresentam na vida real. Assim, é necessário um raciocínio jurídico que antecede a aplicação da lei em busca da correta solução do litígio.

Ao longo da história, desenvolveram-se inúmeras teorias quanto à forma mais apropriada para a elaboração desse raciocínio, em busca da correta aplicação do Direito, levando em conta a maior ou menor submissão do julgador ao ordenamento jurídico. Para algumas escolas prepondera a livre vontade do julgador, ao passo que, em outras, viceja a idéia de completa submissão ao disposto no texto legal. Entre os extremos, como sempre, variadas correntes também se desenvolveram.

Em todas as escolas surgidas há a preocupação com a realização do bem comum. Na prática, porém, a questão é de difícil solução. Não basta simplesmente aplicar a lei para que se realize a justiça; faz-se necessário ponderar quanto aos detalhes do caso em apreciação. Também não é suficiente pensar que o julgador é livre para julgar conforme sua vontade ou tão-somente de acordo com os fatos que deram origem à lide, sem qualquer embasamento no ordenamento jurídico.

Somente através de um processo exegético equilibrado será possível obter a decisão judicial mais adequada ao caso concreto, levando-se em conta a realidade do mundo em que estão inseridos os litigantes.

Por certo, há questões singelas que se resolvem mediante a simples leitura da lei. Mesmo neste caso, é necessário verificar se o texto está em harmonia com o disposto na Constituição. Há outras situações que exigem que se pense sobre o direito a ser aplicado no caso concreto. Quando a regra posta é incompatível com os fatos, ou a legislação é lacunosa, o intérprete deve buscar a solução mais adequada, criando a norma para o caso concreto, sempre com os olhos voltados para a concretização dos direitos assegurados pelo ordenamento vigente. A individualização cabe ao julgador, ao apreciar cada evento em consonância com suas características peculiares, adequando o texto legal ao caso concreto.

Vivemos em uma época de indeterminação quanto ao método que efetivamente assegura o justo resultado, mas, com certeza, essa busca tem como ponto de partida o texto constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.
- . **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- . **Método e hermenêutica material no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- . Do método jurídico: reflexões sobre o normativismo Kelseniano e a criação judicial do direito. **Revista Ajuris**. Porto Alegre, n. 71, p. 294-301, nov. 1997.
- BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.
- BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil.
- BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: RT, 1980.
- COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- . **Teoria crítica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. **Revista Ajuris**. Porto Alegre, n. 76, p. 397-408, dez. 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- . **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: RT, 1988.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PUGGINA, Márcio Oliveira. Deontologia, magistratura e alienação. **Revista Ajuris**. Porto Alegre, n. 59, p. 169-198, nov. 1993.
- RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. anot. e atual. São Paulo: RT, 1999.

SCAFF, Fernando Facury. Sigilo fiscal e reserva de jurisdição. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 71, p. 60-71, ago. 2001.

SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. **Hermenêutica** – arte e técnica da interpretação. Petrópolis: Vozes, 1999.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVEIRA, José Néri da. A função do juiz. **Revista Ajuris**. Porto Alegre, n. 54, p. 40-52, mar. 1992.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. 2. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

———. A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. **Anuário do programa de pós-graduação em Direito – mestrado e doutorado - 2000**. São Leopoldo, p. 105-139. 2000.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Fabris, 1994.

## Direitos Humanos, Globalização e Constituição. Vínculos Feitos, Desfeitos e Refeitos.

Jose Luis Bolzan de Moraes\*\*

*...Bebida é água.*

*Comida é pasto.*

*Você tem sede de quê?*

*Você tem fome de quê?*

*A gente não quer só comer,*

*A gente quer comer e quer fazer amor.*

*A gente não quer só comer,*

*A gente quer prazer para aliviar a dor.*

*A gente não quer só dinheiro,*

*A gente quer dinheiro e felicidade.*

*A gente não quer só dinheiro.*

*A gente quer inteiro e não pela metade”*

*(Comida, Arnaldo Antunes, Marcelo Fromer e Sergio Brito)*

### Sumário

I – Considerações Iniciais

II – Direitos Humanos, Estado Democrático de Direito e Globalização

2.1. Direitos Humanos: ponto de vista tradicional

2.2. Estado Democrático de Direito: o caráter novo do Estado

2.3. Globalização: um caminho múltiplo

III – As crises (des)constitutivas do Estado Democrático de Direito

3.1. As crises: uma retomada rápida

3.2. O Estado Nacional como “locus” de realização dos direitos fundamentais

3.3. A desterritorialização dos espaços

IV – Interrogações prospectivas (nada contra M. Weber)

4.1. O deslocamento...

4.2. Uma estratégia globalizada para os direitos humanos

Bibliografia

---

\*\* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul; Mestre e Doutor em Direito do Estado; Professor da UNISINOS/RS e Professor da UNISC/RS. Autor de: *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea, A Idéia de Direito Social, A Subjetividade do Tempo e Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição!, As Crises do Estado e Da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*(Col. Estado e Constituição) e, com Lenio Streck, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, todos pela Livraria do Advogado de Porto Alegre, além de outros trabalhos em livros e revistas especializadas.

## I – Considerações Iniciais

Talvez, como José Saramago, deveríamos iniciar – e o fazemos efetivamente - esta incitação dizendo que o mais grave desafio que temos hoje, todos e globalmente, é o de pormos um prato de comida na frente de todas as pessoas, sem nos preocuparmos, a princípio, se elas irão simplesmente devorá-lo insensivelmente ou, ao contrário, irão saboreá-lo, tirando todos os sabores possíveis do ato de comer. Digo isso porque *comer*, para uma grande parte dos seres humanos, ainda hoje, tem o sentido apenas de manter as forças físicas suficientes para “estar de pé”, não havendo espaço para interrogar-se acerca das artes e prazeres da culinária.

Por outro lado, para aqueles poucos que comem, este ato está se tornando mais uma prática globalizada, homogeneizada e descaracterizada como ato simbólico e apaixonado de vida. A *macdonaldização* do ato de comer levou a uma pasteurização dos sabores e do próprio ato de comer muito adequada aos padrões uniformes pretendidos pelos modelos globais de vida em conformidade com um *padrão único de ser-estar no mundo*. É o *fast food* que “permite” ao homem acompanhar, com o estômago, a lógica de uma sociedade cuja referência é a domesticação selvagem do ser humano. Todavia, em muitos lugares, de novo dentre aqueles poucos que comem, tem-se constituído uma contra-corrente que pretende manter ou recuperar uma relação lúdica com a comida, onde o ato de comer seja não uma aventura incerta e sequer apenas um ato pasteurizado de ingestão de rações diárias de sabor duvidoso. São os movimentos do *slow food*.

Mas, e o que tem isso a ver com a temática dos direitos fundamentais sociais frente à(s) globalização(ões). Tudo, me parece. E é o que pretendo propor-lhes ao longo desta conversa.

Em primeiro lugar por tratarmos de um tema que expressa de maneira fulcral o conteúdo dos chamados direitos fundamentais sociais contido no pressuposto básico da *dignidade da pessoa humana*, princípio fundante do nominado *Estado Democrático de Direito*.

Em segundo lugar porque nos permite o mote para refletirmos esta temática a partir de um pressuposto que pretendemos apresentar a seguir, qual seja o de que não há apenas uma globalização e sequer, de outra banda, há o que alguns pretendem, o fim da história, das ideologias, instaurando-se em definitivo um modelo homogêneo de ser/estar no mundo. Ou seja, ao lado dos aspectos perversos e, eventualmente, hegemônicos de um determinado projeto global, vemos instaurar-se espaços de autonomização que permitem reapropriações de sentidos autônomos e diferentes de vida.

Todavia, continua impaga nossa primeira dívida: dar comida a todos. Talvez esta seja enfim a maior causa global.

É, assim, com esse pano de fundo e com esta ilustração que pretendo propor, nas linhas que seguem, não uma liturgia missionária, mas uma reflexão acadêmica comprometida com uma intenção concretizadora dos direitos humanos – todos eles – como um projeto – ou uma dívida – global/universal que se expressa em todos os lugares ao mesmo tempo.

Portanto, pensar as possibilidades práticas para os direitos humanos, em especial no que se refere aos sociais nos coloca, no contexto de uma sociedade globalizada, questões que se impõem como inafastáveis, bem como implicam em

que as tratemos como inseridas em um rol de possibilidades que vai muito além daquele de pretendemos um apego tradicional às estratégias, fórmulas e instituições com as quais operamos, bem como implica em um certo desapego a uma leitura que se apresenta, tal qual a do projeto econômico-capitalista global, reticente/alheia/xenófoba às potencialidades que se abrem a partir de um contexto de universalização das pretensões e estratégias.

Dentre as tantas questões que se apresentam tencionamos apontar – não mais do que isso – algumas daquelas que cremos ser das mais significativas para os operadores do Direito, sem negar a ocorrência de tantas outras.

Optamos, assim, por refletir, ao longo do texto, alguns tópicos que digam com as condições de torná-los usufruíveis. Não há, por óbvio, como se esquivar da análise de uma tentativa de implementação dos direitos humanos tendo como cenário o espectro da globalização do universo das relações sócio-econômicas e seus corolários, sobretudo quando visamos instrumentalizar para isso as práticas jurídicas.

Adotamos como estratégia operacional a de discorrer topicamente sobre os diversos aspectos que tocam esta temática, sem que isso implique rupturas ao longo do texto mas, apenas, um mecanismo metodológico que viabilize a compreensão das posições adotadas. Em especial vamos tentar sustentar, ao final, uma leitura que dialogue com a idéia de que, tendo como pressuposto o déficit original no que diz com os direitos sociais – e não só com eles -, entenda o atual contexto histórico como uma potencialidade comprometida com a concretização dos direitos fundamentais e que temos uma multiplicidade de lugares onde se mostram práticas que apontam para isso, sem descurarmos também dos limites e restrições que um modelo hegemônico de globalização impõe a esta pretensão.

Ou seja, há um “embate” dialético entre inclusão/exclusão, negação/afirmação, concretização/desconstrução, confirmação/desconfirmação, etc.

Enfim, a partida não está terminada, muito embora nos sintamos, muitas vezes – e com razão -, perdendo já com boa parte do tempo de jogo decorrido. Entretanto, estes são os limites a que nos propomos, refletindo uma leitura possível, ao que nos parece, estruturada em três momentos.

O primeiro que retoma e ordena os conceitos centrais deste debate – direitos humanos, Estado Democrático de Direito e globalização -, pretendendo apenas apontar uma caracterização instrumental para este momento.

O segundo apropria uma discussão que temos feito insistentemente quanto às crises que afetam o Estado enquanto instituição da modernidade e desde o seu (re)desenho contemporâneo.

Por fim, pretendemos sugerir algumas reflexões, fazendo incidir a co-implicação entre o primeiro e segundo momento, apontando para as possibilidades de ruptura e reconstrução dos espaços e práticas humanitárias.

## II – Direitos Humanos, Estado Democrático de Direito e Globalização

### 2.1. Direitos Humanos: ponto de vista tradicional

A preocupação com o tema dos direitos humanos está presente desde há muito tempo nos trabalhos jurídicos daqueles que somos preocupados com a qualificação da vida quotidiana dos indivíduos, dos grupos sociais, da humanidade e de todos os seres que habitam o planeta.

De notar que, na modernidade, pelo menos, a história dos direitos humanos está intrinsecamente conectada com aquela do Estado e de suas apresentações, sobretudo desde a passagem da fórmula absolutista para a liberal clássica, nos idos dos anos 1700/1800<sup>1</sup>.

Como diz José Antonio López García, (...)una buena manera de estudiar los Derechos humanos, al menos desde el siglo XIX hasta nuestros días, consiste en verlos en conexión con la historia del Estado Moderno<sup>2</sup>, e, agregaríamos, hoje, com suas crises.

Dessa forma é que inúmeros juristas, como também sociólogos, políticos, filósofos, etc..., além daqueles que buscamos construir uma visão transdisciplinar da temática que nos move, bem como agentes sociais engajados na luta por sua efetivação, consolidação e ampliação, vêm desenvolvendo pesquisas e projetos, tentando, a todo o momento, constituir um saber e práticas mais apuradas, além de um discurso garantidor da eficácia e efetividade dos conteúdos próprios – tradicionais ou inovadores - aos direitos humanos, ao lado de uma busca incessante por práticas concretizadoras, além da tentativa permanente de tornar o compromisso com os direitos humanos um “**valor universal**”, como pretendemos apontar adiante.

Deve-se ter presente que tais questionamentos devem acompanhar não apenas as transformações que se operam nos conteúdos tidos como próprios dos direitos humanos - e aqui observamos que, como adverte Norberto Bobbio em seu “A Era dos Direitos”, assim como o nosso anfitrião Ingo Sarlet, em seu A Eficácia dos Direitos Fundamentais, os direitos humanos não nascem todos de uma vez, eles são históricos e se formulam quando e como as circunstâncias sócio-histórico-políticas são propícias ou referem a inexorabilidade do reconhecimento de novos conteúdos - como também a necessidade que temos de dar-lhes efetividade prática, podendo-se agregar, ainda, com José Eduardo Faria<sup>3</sup>, a idéia de que

---

<sup>1</sup> Não queremos dizer com isso que a história dos direitos humanos, e a luta por sua concretização, tenha se iniciado neste período. Há um longo caminho percorrido até este momento. Todavia, para fins deste trabalho, esta “pré-história” não afeta a sua formatação e argumentação, apesar da importância central que tem para a compreensão mesma deste tema.

<sup>2</sup> Ver: GARCÍA, José Antonio López. *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. In: GARCÍA, José Antonio López e REAL, J. Alberto del( eds.). *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. P. 26

<sup>3</sup> José Eduardo Faria – *Direitos Humanos e Globalização Econômica. Notas para uma discussão*. Tal postura não pode significar que as demais funções do Estado não tenham nenhum tipo

às diversas gerações pode-se atrelar o **maior compromisso de uma das funções do Estado** – à **cidadania civil e política** (1ª geração) atrelava-se, de regra, a **ação legislativa** pois bastaria o seu reconhecimento legal para a sua concreção por tratarem-se de liberdades negativas cuja intenção privilegia o caráter de não-impedimento das ações por parte do Estado; à **cidadania social e econômica** (2ª geração), a **ação executiva através de prestações públicas**, implicando em necessárias ações políticas promocionais; à **cidadania pós-material** (3ª geração), a **ação jurisdicional** em sentido amplo, garantindo a efetividade de seus conteúdos, através de **uma atitude hermenêutica positiva e concretizante** dos conteúdos constitucionalizados.<sup>4</sup>

Há, ainda, quem os identifique por intermédio do valor privilegiado em seus conteúdos. Assim, teríamos os direitos de **liberdade**, os de **igualdade** e os de **solidariedade/fraternidade**, acompanhando as diversas gerações como acima explicitadas.

Ao final, pode-se dizer que os direitos humanos são **universais** e, cada vez mais se projetam no sentido de seu **alargamento objetivo e subjetivo**, mantendo seu caráter de temporalidade. São **históricos**, não definitivos, exigindo a todo o instante não apenas o reconhecimento de situações novas, como também a moldagem de novos instrumentos de resguardo e efetivação de situações já consolidadas. Preferimos dizer que se **generalizam** – ou difundem – na medida em que sob as gerações atuais observamos, muitas vezes, um aprofundamento subjetivo, a transformação ou a renovação (e.g. função social) dos conteúdos albergados sob o manto dos direitos fundamentais de gerações anteriores, além da especificação de novas dimensões<sup>5</sup>. Ou seja, da 1ª geração com interesses de perfil individual passamos a, na(s) última(s), transcender o indivíduo como sujeito dos interesses reconhecidos, sem desconsiderá-lo, obviamente<sup>6</sup> - coletivos e difusos.

---

de comprometimento na medida em que, e.g., o desrespeito a qualquer deles enseja a utilização de remédios procedimentais construídos para dar conta destas situações, tais como o Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção. Ação Civil Pública, Ação Popular, etc...

<sup>4</sup> É de ver que não há, também neste aspecto, uma uniformidade conceitual, podendo-se referir autores que multiplicam as gerações de direitos humanos, a partir de concepções primárias díspares, bem como da emergência de novas circunstâncias que dizem respeito à existência dos seres no planeta.

<sup>5</sup> No âmbito deste trabalho é suficiente adotarmos uma distinção simplificada para entendermos os direitos fundamentais como sendo o catálogo positivado dos direitos humanos em uma certa ordem jurídica, o que, ao mesmo tempo que os identifica, pode diferenciá-los em razão da extensão quantitativa de uns e de outros. Ver adiante a questão da dialética entre internacionalização dos direitos humanos e constitucionalização do direito internacional.

<sup>6</sup> Assim é que se pode falar, nos dias que passam, de uma multiplicação de gerações em razão de novos conteúdos próprios ao universo dos direitos humanos, tais como aquelas relacionadas com as questões ambientais, a paz, o desenvolvimento e, mais recentemente, aquelas ligadas à pesquisa genética - que dá origem a um novo ramo do direito, reconhecido como o biodireito - e à cibernética, o que só confirma a hipótese bobbiana da historicidade destas matérias, bem como de uma certa independência de umas em relação a outras na medida em que o aparecimento de uma nova geração não implica o desaparecimento de alguma

O que se percebe nesta seara é que muito dos conteúdos básicos em muitos lugares sequer foi implementado ou muitos são sonegados e ao mesmo tempo precisamos dar conta de situações novas cada vez mais complexas, impondo-se ao jurista uma formação qualificada que lhe permita enfrentar competentemente os conflitos surgidos neste meio, sem esquecer o fundamental que são as estratégias próprias ao **Estado de Direito** como **Estado Democrático de Direito**<sup>7</sup> - ver, abaixo, o item 2.2. -, assim como os enfrentamentos a que estamos sujeitos em tempos de globalização neoliberal(capitalista) e seus reflexos de reforma do Estado, flexibilização, etc., como veremos na seqüência deste trabalho.

Pode-se dizer, então, que:

Los Derechos humanos expresan así aquello que es natural, común o universal a todos los individuos. Constituyen una construcción teórica (principalmente teórico-jurídica) basada en un modelo de sujeto (de Derecho) que se abstrae de las particularidades jurídicamente irrelevantes de cada cual para señalar las similitudes relevantes de todos.<sup>8</sup>

Resumidamente poderíamos dizer, então, que os direitos humanos, como **conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-físico-econômica e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-econômico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir e viabilizar que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo.**

Assim como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum.

## 2.2. Estado Democrático de Direito: o caráter novo do Estado

O **Estado Democrático de Direito** tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultra-

das precedentes, embora possa redefiní-la, como já expresse. A este respeito ver nosso *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na ordem contemporânea*.

<sup>7</sup> Ver art. 1º da CFB/88. Sobre o conceito de Estado Democrático de Direito ver: BOLZAN DE MORAIS, *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*, em especial capítulo I. Da mesma forma ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis e STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*.

<sup>8</sup> Ver: GARCÍA, José Antonio López. *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. In: GARCÍA, op. cit., p. 22.

passa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência.

Com efeito, são *princípios* do Estado Democrático de Direito: **A** - *Constitucionalidade*: vinculação do Estado Democrático de Direito à uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; **B** - *Organização Democrática da Sociedade*; **C** - *Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos*, seja como *Estado de distância*, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um *Estado antropologicamente amigo* pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; **D** - *Justiça Social* como mecanismos corretivos das desigualdades; **E** - *Igualdade* não apenas como possibilidade formal mas, também, como articulação de uma sociedade justa; **F** - *Divisão de Poderes ou de Funções*; **G** - *Legalidade* que aparece como *medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência*; **H** - *Segurança e Certeza Jurídicas*.

Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de *ultrapassar* não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito - vinculado ao *welfare state* neocapitalista - impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de *transformação da realidade*.

Dito de outro modo, o Estado Democrático é plus normativo em relação às formulações anteriores. Vê-se que a novidade que apresenta o Estado Democrático de Direito é muito mais em um sentido teleológico de sua normatividade do que nos instrumentos utilizados ou mesmo na maioria de seus conteúdos, os quais vêm sendo construídos de alguma data.

Como sustentamos, o Estado Democrático de Direito carrega em si um caráter transgressor que implica agregar o feito incerto da Democracia ao Direito, impondo um caráter reestruturador à sociedade e, revelando uma contradição fundamental com a juridicidade liberal a partir da reconstrução de seus primados básicos de certeza e segurança jurídicas, para adaptá-los a uma ordenação jurídica voltada para a garantia/implementação do futuro, e não para a conservação do passado. Neste sentido, pode-se dizer que, no Estado Democrático de Direito, há um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário<sup>9</sup>.

Neste sentido, é preciso ter presente que o Estado Democrático de Direito deve romper, e o faz efetivamente, com a tensão entre autonomização e

---

<sup>9</sup> Neste sentido ver nosso, com Lenio Streck, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 2ª ed., p. 98. Também ver: STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*.

amoldamento que caracterizou/za muitas experiências do Estado Social – tomado este conceito, aqui, em sentido amplo, para abranger todas as experiências tidas ao longo, em particular, do século XX -. Ou seja, o Estado Democrático de Direito não pode se fazer à custa do amoldamento da subjetividade individual, através de estruturas compensatórias de promoção clientelística do consumo, por intermédio de um efeito duplo de proteção e normalização de condutas. Ou seja: o Estado Democrático de Direito deve romper com aquilo que poderíamos nominar, com J. Habermas “colonização do mundo da vida”<sup>10</sup>

#### 2.4. Globalização: um caminho múltiplo

Para entendermos o fenômeno da globalização talvez fosse necessário, em primeiro lugar caracterizarmos a sua identidade singular ou plural. De fato temos uma ou várias globalizações ou temos uma globalização que se espalha por diversos (todos) os setores da vida (?).

Nesta esteira poderíamos tentar, em um primeiro aporte, entendê-la como algo que expressa um contexto de maximização das interconexões, as quais se estabelecem não mais no interior de espaços ou temas restritos mas, ao contrário, projetam-se ao infinito.

Todavia, diante da complexidade do tema, podemos adotar aqui uma “idéia” apenas, no sentido de que a *globalização muda, assim, nossa relação com o espaço – que se amplia – e com o tempo – que se acelera*, o que deve conduzir a que evitemos vê-la *sob o ângulo exclusivo de um processo de homogeneização ou reter dela somente fatores de heterogeneidade* ou, ainda, tentar compreendê-la a partir da *dialética da globalização e da fragmentação recorrendo a fórmulas de efeito, fundadas, por exemplo, na oposição McWorld versus Jihad*<sup>11</sup>.

Talvez, e é o que pretendemos apontar, devamos perceber o fenômeno globalização como não restrito às estratégias do capitalismo financeiro mas, desde a perspectiva de que *não é um estado e sim um processo radicalmente incerto e ambivalente* que se projeta por sobre os mais variados aspectos da vida e que ao mesmo tempo em que rompe com os lugares tradicionais da economia, da política, das relações e práticas sociais implica em uma imbricação entre os diversos lugares em que tais ocorrem, multiplicando *de maneira simultânea e superposta fenômenos de homogeneização, localismo, desterritorialização, renacionalização e fragmentação das identidades coletivas, o que as torna multifacetadas, fluidas, ambíguas e em profundo processo de transformação* (Gómes, p. 67)

Assim, neste espectro, *a globalização não deve ser equacionada exclusivamente como um fenômeno econômico ou como um processo único, mas como uma mistura complexa de processos frequentemente contraditórios, produ-*

<sup>10</sup> Ver, sobre o tema o nosso *A Subjetividade do Tempo*, em particular o capítulo terceiro, sem contudo não deixar de considerar a dinâmica sofrida pelos conteúdos ali expressos. De Habermas, ver o seu *Teoría de la Acción Comunicativa*.

<sup>11</sup> Ver: Laïdi, Z. *La Mondialisation ou la Radicalisation de l'Incertitude*, apud Gómes, José María, op. Cit., pp. 55-56

*tores de conflitos e de novas formas de estratificação e poder, que interpela fortemente subjetividades e tradições, exigindo maior reflexividade na ação diante do incremento da complexidade e da incerteza, e que diz respeito não apenas à criação de sistemas em grande escala, mas também às mudanças nos contextos locais e até mesmo pessoais de experiência social. (Gómes p. 59)*

### III – As crises (des)constitutivas do Estado Democrático de Direito<sup>12</sup>

#### 3.1. As crises: uma retomada rápida

Há algum tempo vimos sustentando que o Estado Nacional, com suas características da modernidade, em especial sua sustentabilidade em um poder supremo e incontrastável – como soberania -, sua organização sob a lógica da especialização de funções exclusivas(excludentes), sua conformação sob uma ordem jurídica consolidada constitucionalmente – Estado Constitucional – e sua projeção como o sustentáculo de padrões mínimos de sobrevivência e agente superior de regulação e formatação social, tem perdido, para dizer o menos, sua centralidade como instância de referência.

São, estes aspectos, aquilo que chamamos: crise conceitual, crise funcional, crise institucional(constitucional), crise estrutural, respectivamente, sem pretender desconsiderar os vínculos que as unificam.

Isto reflete o que alguns apontam como *neofeudalismo*, outros sustentam a necessidade de praticar-se uma *reforma* que vise a adequação da instituição Estado a um novo contexto de relações econômico-políticas e outros, ainda, que sugerem a necessidade de se retomar as bases de sustentação da idéia mesma de Estado para produzir-se uma *refundação* que permita recuperar suas referências legitimantes perdidas.

Desde tempos vimos percebendo, pelos mais variados fatores, a corrosão da instituição estatal como tal e vendo surgir algo que poderíamos nominar provisoriamente como um **espaço concorrencial de ação**, onde de variados lugares vemos partir estratégias decisórias que se confrontam na busca de supremacia.

#### 3.2. O Estado Nacional como “locus” de/para realização dos direitos fundamentais

Diante disso é preciso que reflitamos acerca das possibilidades dos direitos humanos dado, como se disse anteriormente, seus vínculos intrínsecos com o Estado.

---

<sup>12</sup> Para um revisão mais ampla deste tema ver o nosso *Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional(constitucional)*, in Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, 2000, p. 69 e ss.

Se retomamos os vínculos, sugeridos por Jose Eduardo Faria, das diversas gerações de direitos humanos com uma das funções do Estado, percebemos o quão é importante, diante do quadro de esfacelamento da autoridade pública, a figura do Estado como instância de referência para a produção, salvaguarda e concretização dos direitos humanos

Assim, sob o prisma da **concretização pelo/através do Estado** é preciso verificar-se o papel do ente público estatal para que se obtenha o máximo de efetividade, assim como o máximo de adequação dos conteúdos que lhe são próprios.

Por evidente que a ação pública estatal deverá incluir não apenas o reconhecimento a **nível legislativo** expresso ou implícito – através de uma *cláusula constitucional aberta* - ( vide art. 5º da CFB/88) - que, como visto tem serventia fundamental no âmbito das *liberdades negativas*, mas é insuficiente já na seara dos direitos sociais, econômicos e culturais, como uma produção legislativa ordinária de caráter implementante da norma superior.

Quando tratamos das *liberdades positivas*, a essa ação do legislador – pela regulação da previsão constitucional – é imprescindível que se agregue uma atuação promotora dos mesmos, a qual se funda em geral na **ação executiva** do Estado colocando em prática conteúdos reconhecidos pelo direito positivo. Este caráter prestacional se vincula inexoravelmente à implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais através da ação política – políticas públicas – estatal.

13

Temos, portanto, um problema ampliado. Um problema de teoria jurídica constitucional que se inicia com a compreensão mesma do perfil das normas que introjetam tais conteúdos e que são apresentados, muitas vezes, apenas como embelezamentos estratégicos e legitimadores da ordem normativa estatal, sem refletirem-se no cotidiano prático do cidadão, impondo-se que reflitamos acerca das ditas *normas programáticas* e de sua *concretização* sustentada na idéia de *ótima concretização da norma*, assentada em princípios tais como o da *unidade constitucional, concordância prática, exatidão funcional, efeito integrador e força normativa da Constituição(máxima efetividade)*, como explicita Konrad Hesse<sup>14</sup>. Portanto, a implementação dos conteúdos de direitos humanos, em particular os *positivos*, implicam na necessária compreensão da *ação jurídica* fundamentada

---

<sup>13</sup> A respeito ver, do autor, *As Crises do Estado Contemporâneo*, in América Latina: cidadania, desenvolvimento e Estado. Portanto, quanto à implementação dos conteúdos desta geração de direitos humanos é inafastável a necessária compreensão dos contornos próprios às crises do Estado Contemporâneo, nos seus aspectos conceituais (em particular o problema da soberania) e estruturais (no que diz com os problemas financeiros, ideológicos e filosóficos do *Welfare state*

<sup>14</sup> Ver o seu *A Força Normativa da Constituição*. Para o trato da questão hermenêutica ver *Hermenêutica Jurídica (em)Crise*, de Lenio Luis Streck.

em uma *prática comprometida e assente em uma teoria engajada*, onde a Constituição não seja percebida exclusivamente como uma *folha de papel*<sup>15</sup>.

De outro lado, é preciso, ainda, que se pense a concretização dos direitos humanos a partir do **prisma da jurisdição**, atribuindo-lhe expressão fundamental quando estejamos frente aos direitos de terceira geração, o que não a afasta da problemática ora enfrentada.<sup>16</sup>

Esta refere, ainda, a necessidade de que, para além da compreensão do tema, façamos uma *utilização dos instrumentos procedimentais* para fazer valer os seus conteúdos, apropriando-nos do que o próprio texto constitucional coloca à disposição do cidadão. Assim, em *situações individuais* temos o *habeas corpus*, o *habeas data* e o *mandado de segurança*; para *situações coletivas* temos o *mandado de segurança coletivo*; para as situações que envolvem *interesses difusos* temos a *ação popular*, a *ação civil pública*, além de devermos considerar as possibilidades postas pelo *mandado de injunção* e *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*.

Por óbvio que não se trata de tarefa fácil, em quaisquer dos aspectos acima expressos, particularmente quando tomamos como pano de fundo o Estado Contemporâneo e sua conformação e o caráter da formação jurídica dos atores envolvidos. Ou seja: o cenário que dispomos nos conduz a circunstâncias complicadoras das já difíceis tarefas que temos.

É preciso que saibamos que a Constituição como documento jurídico-político está imersa neste jogo de tensões e de poderes, mas é indispensável que tenhamos presente, os que militamos no direito constitucional e nos direitos humanos, também, que a Constituição não é programa de governo, ao contrário são os programas de governo que precisam se constitucionalizar<sup>17</sup>.

Mas como nos restringirmos ao debate acerca da concretização dos direitos humanos, em particular os sociais, através do Estado se aceitarmos a refe-

---

<sup>15</sup> Ver Ferdinand Lassale, *Que é uma Constituição*, passim.

<sup>16</sup> Se pensarmos, nos limites deste trabalho, a função da jurisdição em uma perspectiva ampliada, que inclua não apenas a ação do agente público encarregado das atribuições afetas à função pública estatal, mas incorporando algo que poderíamos denominar como uma *prática jurídica comprometida* que congregue todos os operadores jurídicos, poderíamos refletir, aqui, acerca da necessidade de, com o alargamento e aprofundamento dos catálogos de direitos humanos, enfrentarmos o problema de *como tornar tais conteúdos usufruíveis pelos cidadãos*.

<sup>17</sup> Tal debate envolveria, ainda, um discurso competente acerca da *mutação constitucional* e do *controle de constitucionalidade*, os quais afetam indelevelmente o problema da concretização dos direitos humanos. Ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Constituição ou Barbárie. Perspectivas constitucionais*. IN SARLET, Ingo. **A Constituição Concretizada**.

rência anterior quando refere o papel apenas contingente do Estado nos dias atuais.

É preciso, assim, que reflitamos acerca deste processo, o que podemos tentar sistematizar como um processo de *desterritorialização dos espaços*.

### 3.3. A desterritorialização dos espaços

Para avançarmos, portanto, é necessário que tentemos atribuir um sentido ao conteúdo contido por esta locução *desterritorialização*.

O que pretendemos sugerir aqui é que de alguma forma a modernidade político-institucional se sustentou, ao longo de sua história, sobre uma base geográfica territorial que permitiu, ao mesmo tempo, estabelecer identidades locais e diferenças. Ou seja, o território serviu para, através de seus limites, constituir características, direitos e acessibilidades ao mesmo tempo em que, conjugado com a idéia de soberania, impermeabilizava o interno diante do externo (estrangeiro).

Todavia, esta noção parece indicada ao desaparecimento ou a uma necessária reconstrução, em especial se considerarmos o impacto estrondoso da(s) globalização(ões) que desestabiliza (...) *as fundações políticas da ordem de Vestfália* e mina (...) *a correspondência histórica e analítica entre a democracia política e o Estado-nação soberano*, como diz José María Gómez<sup>18</sup>.

O que se tem aqui é que *as questões e categorias centrais da teoria e prática da democracia contemporânea resultam indissociáveis da figura do Estado-nação: o consenso e a legitimidade do poder político; a base político-territorial do processo político; a responsabilidade das decisões políticas; a forma e o alcance da participação política; e até o próprio papel do Estado-nação como garante institucional dos direitos e deveres dos cidadãos e os processos em curso de globalização estão desafiando as fundações e princípios políticos do Estado-nação e da ordem de Vestfália e, por extensão, da própria democracia e cidadania*<sup>19</sup>

Diante disso, como é possível enfrentar o desafio de “dar conta” dos direitos humanos?

## IV – Interrogações prospectivas (nada contra Max Weber)

Assim, a importância do debate acerca dos Direitos Humanos, parece-nos deve ser percebida, no âmbito do *Direito*, pelo necessário reconhecimento e

<sup>18</sup> Ver, do autor, *Política e Democracia em tempos de globalização*, pp. 62-63.

<sup>19</sup> Id. *Ibid.*, pp. 52-53

proteção através de garantias suficientes e eficientes; no *âmbito da Política*, pelo seu acatamento, respeito e promoção; e, no *âmbito da Sociedade Civil*, pelo apego aos seus conteúdos já consolidados e pela busca de salvaguardas aos novos desafios, além da moldagem de estratégias sociais de proteção e promoção independentes daquelas postas à disposição pelo Direito Positivo.

Tal se apresenta não apenas em razão de sua constante ampliação, com também, do freqüente desrespeito de que são objeto.

Portanto, de que adianta retomar o tema dos Direitos Humanos e sua implementação, a partir de uma estratégia constitucional e de hermenêutica de suas disposições, para consolidarmos e ampliarmos o seu catálogo, os mecanismos procedimentais e as instâncias de proteção dos mesmos se, diante do atual quadro de *crise das instituições públicas* – crise do espaço público, da democracia, do Estado enquanto tal, etc... – as instâncias de regulação social – como é o caso do Direito – estão se enfraquecendo ou, pior, desaparecendo, como espaços públicos de apelo, em especial frente a estruturas e estratégias pára-estatais e mercadológicas?

Não basta, neste espectro, que nos restrinjamos ao debate jurídico-positivo acerca do tema enfrentado, se não tivermos presente que o seu “sucesso” – efetividade – não depende unicamente de seu reforço por mecanismos jurídicos, posto que estes, muitas vezes, se esfacelam perante o estabelecimento de um espaço “público” privatizado ou paralelo.

Deve-se, por outro lado, observar uma inevitável correspondência entre os Direitos Humanos e a Democracia, posto que se esta se enfraquece são aqueles os primeiros e principais prejudicados, onde, em muitas situações, se explicita a incapacidade de as instituições democráticas enfrentarem a força não repercute unicamente no âmbito dos Direitos Humanos civis e políticos, mas a todas as suas gerações, fazendo supor, como aponta Renato Janine Ribeiro, de que *somente é legítimo, na política, o regime democrático...* <sup>20</sup>

Neste momento é, ainda, relevante que tenhamos presente a inevitável e incontronável **co-implicação** que têm os direitos humanos em suas diversas gerações, o que impõe a percepção de que a dualidade “liberdades positivas/liberdades negativas” tem apenas um valor didático, posto que não podemos percebê-las como instâncias independentes.

#### 4.1. O deslocamento...

De outra banda seria preciso pensar a questão da **concretização dos direitos humanos a partir de uma perspectiva social**, para o quê apenas faremos menção.

---

<sup>20</sup> Ver do autor: *Primazias da Democracia*, in Folha de São Paulo, Caderno Mais, p. 5-13, 13.07.97. Para ele: *Este valor ético da democracia faz com que os direitos que a constituem tenham primazia sobre todos os outros direitos possíveis do homem. Aliás, nosso tempo mostra que tais direitos somente são assegurados quando há o núcleo duro dos direitos democráticos.*

Ou seja: de que estratégias deveriam lançar mão, além daquelas já apontadas, os atores sociais para verem materializadas as *políticas humanitárias* erigidas ou não – uma vez que poderiam agir com o objetivo de verem satisfeitas pretensões novas emergentes de novos contextos e conflitos – como direitos fundamentais.

Por óbvio que as possibilidades de verem satisfeitas tais pretensões pode, nos dias de hoje, ser pensada a partir de uma *dupla via*.

Na primeira, através de pretensões dirigidas à autoridade pública estatal, buscando fazê-los valer desde alguma estratégia positivo/prestacional ou negativa – na dependência do conteúdo da pretensão – por parte do Estado, de suas funções, de suas agências ou agentes.

Na segunda, poder-se-ia supor um processo de *autonomização social* – o que não significa adoção de uma matriz (neo)liberal/capitalista – que conduziu a uma apropriação coletiva das *incumbências* necessárias à efetivação de tais conteúdos. Tal efetivação dar-se-ia, então, a partir de um comprometimento coletivo pelo bem-estar comum, desde a assunção de tarefas sociais no próprio âmbito da sociedade e pelos atores sociais os mais diversos, independizando-se de amarras, muitas vezes, intransponíveis, próprias às características estruturais do Estado Contemporâneo, como Estado do Bem-Estar Social em suas diversas experimentações práticas.

Aqui e dessa forma poder-se-ia incluir diversas experiências que vão desde uma *“flexibilização” participativa* da democracia representativa até a implementação mesma de *políticas públicas autônomas* que “rompem” ideologicamente com o caráter transferencial adrede ao modelo representativo.

#### 4.2. Uma estratégia globalizada para os direitos humanos

Ao final, e estrategicamente, é preciso que saibamos, mesmo imersos neste contexto crítico, tirar o proveito possível dos conteúdos e procedimentos constitucionais positivados.

Neste quadro de idéias, não podemos nos furtar ao enfrentamento deste tema se quisermos dar vazão, com um certo grau de eficácia, à necessária constitucionalização do cotidiano, tendo como pressuposto que, como diz Paulo Bonavides, *fora da Constituição não há instrumento nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições.*<sup>21</sup>

Partindo deste pressuposto quisemos sugerir uma leitura que projete um ponto de vista que parte da contradição entre dois projetos distintos para aquilo que pretendemos nominar – em outro momento - de um **projeto mundial com exequibilidade local**. Assim, desde logo poderíamos adiantar que se fosse-

---

<sup>21</sup> Ver: BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*, p. 13

mos titulares de uma resposta à interrogação suscitada pelo tema enfrentado, seríamos tentados a dizer que a **globalização em seu sentido estrito, como projeto econômico hegemônico, unilateral** e, por conseqüência, **uniformisante**, aparece como uma **perversa farsa que impõe um padrão único e totalizante** - para sermos eufemísticos - **de condutas**.

Por outro lado, se pensarmos a globalização – em uma perspectiva de **universalização diferenciada** - não enquanto tal, mas como um **projeto civilizatório**<sup>22</sup> que conjuga uma perspectiva universal que se constrói em **escala mundial e se concretiza no plano local** a partir de **padrões compartilhados do justo** seríamos conduzidos a dizer que estaríamos, então, diante de uma **inevitabilidade** se quisermos construir uma sociedade justa e solidária, sob a paz perpétua kantiana necessária à medida em que se apresenta o que Habermas nomina de *globalização dos riscos*<sup>23</sup>.

Quem sabe poder-se-ia falar, a partir da lógica humanitária, em um **pensamento universal democrático** que *ne tend pas à la diffusion d'un modèle unique, à partir d'un point unique, mais plutôt à l'émergence en divers points d'une même volonté de reconnaître des droits communs à tous les êtres humains*<sup>24</sup>, harmonizando e não unificando posições, permitindo-se uma certa perenidade da experiência constitucional como projeto de cultura comprometido com o presente e o futuro.<sup>25</sup>

Ou seja, é necessário que percebamos que o **espaço da democracia**, em razão de um processo conjunto de **desterritorialização e reterritorialização** consecutório da complexidade das relações contemporâneas, se multiplica, **não ficando mais restrito aos limites geográficos do Estado Nação, mas incluindo o espaço internacional, comunitário, além das experiências locais** – como, e.g., no caso dos projetos de democracia participativa.

Isto faz com que a própria noção de **cidadania** seja revisitada, não apenas em seus conteúdos – mas, e particularmente, em seus espaços de expressão, embora hoje prevaleça, ainda, *uma noção de cidadania identificada com um elenco conhecido de liberdades civis e políticas, assim como de instituições e comportamentos políticos altamente padronizados, que possibilitam a participa-*

---

<sup>22</sup> Ver: HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta. 1998.

<sup>23</sup> Ver: HABERMAS, Jürgen. *La Paix Perpétuelle, le bicentenaire d'une Idée Kantienne*, p. 74

<sup>24</sup> Ver: DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit., p. 25.

<sup>25</sup> *No es la Constitución sólo un texto jurídico o un entramado de reglas normativas sino también expresión de una situación cultural dinámica, medio de la autrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas*. In: HÄBERLE, Peter, *Libertad, Igualdad, Fraternidad*, p. 46.

*ção formal dos membros de uma comunidade política nacional, especialmente na escolha de autoridades que ocupam os mais elevados cargos e funções de governo*<sup>26</sup>, estando, também ela, indissociável da idéia moderna de **território**.

Tais premissas demonstram a incompatibilidade das noções clássicas de democracia e de cidadania com a **desterritorialização provocada pela globalização**, o que coloca a necessidade de repensarmos o conteúdo e a extensão de tais noções e práticas.

Quanto ao **conteúdo**, é necessário que tenhamos presente que a questão da democracia e da cidadania há muito ultrapassaram o seu viés **político** e ingressaram em outros setores, tais como o **social** – na perspectiva do Estado do Bem-Estar Social – o **gênero**, o **trabalho**, a **escola**, o **consumo**, os **afetos**, as **relações jurídicas e jurisdicionais** – muito embora neste último talvez seja aquele em que ocorra a maior defasagem.

Poderíamos, também, falar de uma cidadania atrelada às gerações de direitos humanos, onde teríamos uma **cidadania da liberdade**, vinculada às liberdades negativas, uma **cidadania da igualdade**, atrelada às liberdades positivas e às prestações públicas e uma **cidadania da fraternidade/solidariedade**, adrede aos novos conteúdos humanitários ambientais, de desenvolvimento sustentável, de paz, etc...

Quanto à **extensão**, é preciso saber conjugar e materializar as práticas e conteúdos da cidadania e da democracia no tradicional **espaço nacional** da modernidade e do Estado Nação, com o **espaço regional/comunitário**, produto das aproximações integracionistas/comunitárias, além de expandi-las para o **espaço supranacional**, seja identificando-o com espaço das relações privadas, seja com o espaço das relações inter-estatais, bem como compartilhar do esforço de forjar um **espaço local/participativo**, onde haja uma transformação radical nas fórmulas das práticas cidadãs e democráticas aproximando e autonomizando autor e sujeito das decisões.

Observa-se, assim, o estabelecimento de uma democracia e de uma cidadania **multifacetadas e multipolarizadas**.

Para além disso, diante deste contexto de complexidade e de busca de concretização para os direitos humanos parece-nos, acompanhando o pensamento de José Maria Gómez, importante pensarmos uma **cidadania cosmopolita** que vá além da simples extensão do conjunto de direitos civis, políticos e sociais e suas respectivas garantias para a seara internacional, **mas** que se constitua em deveres

---

<sup>26</sup> Como diz: GÓMEZ, Jose Maria. *Política e Democracia em Tempos de Globalização*. p. 90.

éticos para com os outros para além das fronteiras geográficas, ideológicas, raciais, culturais, etc...<sup>27</sup>

Em suma, para tanto é preciso

(...)promover **novas formas de comunidade política e novas concepções de cidadania** que vinculem autoridades e lealdades subestatais, estatais e transnacionais, em um ordenamento mundial alternativo àquele hoje existente. Isto é: de articular um duplo processo de democratização, de fortalecimento mútuo, capaz de aprofundar a democracia no plano doméstico (abrangendo o Estado e a sociedade civil, política e econômica) e, ao mesmo tempo, de impulsionar a ampliação radical de formas e processos democráticos nos âmbitos regional e global (grifos nossos).<sup>28</sup>

Como diz Gómez:

É preciso construir um **projeto de democracia cosmopolita**, sustentado tanto nas garantias institucionais e normativas que assegurem representação e participação de caráter regional e global, quanto em ações deliberativas e em rede que expandam e adensem uma esfera pública sobre as mais variadas questões relevantes (direitos humanos, paz, justiça distributiva, gênero, biosfera, saúde, etc...)<sup>29</sup>

Ou seja: não basta mais sermos cidadãos da própria comunidade política. Há **cidadanias múltiplas e diversas** que se exercem em locais, sob formas e conteúdos variados.<sup>30</sup>

Como se vê, pôr um prato de comida nas mãos de cada um não parece ser tarefa fácil, embora inevitável e imediata, sem que enfrentemos a tensão permanente e intransponível entre uma estratégia econômica excludente e as tarefas incluídas de uma política democrática, alicerçada nos direitos humanos e expressa em um pacto estruturante da sociedade – nacional, regional, local, mundial(?).

---

<sup>27</sup> Id. Ibid., p. 71.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 135.

<sup>29</sup> Gómez, op. cit., p. 138.

<sup>30</sup> Id. Ibid., p. 134.

## BIBLIOGRAFIA – presentes e silentes

- ABENDROTH, Wolfgang. *El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político*. In VV.AA. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1986
- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva. 1976
- ALVARENGA, Lucia B. F. *Direitos Humanos, Dignidade e Erradicação da Pobreza*. Brasília: Brasília Jurídica. 1998
- BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Atlântida Ed. 1977
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social*. Revista de Direito Público, n. 57/58, pp. 233-256, jan/jun 1991
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus. 1992
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Pólis. 1987
- \_\_\_\_\_. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1996
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Pólis. 1987
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1996
- \_\_\_\_\_. *A Subjetividade do Tempo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998.
- \_\_\_\_\_. *As Crises do Estado Contemporâneo*. In América Latina: cidadania, desenvolvimento e Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1996
- \_\_\_\_\_. *Constituição ou Barbárie*. In SARLET, Ingo W.(Org.). *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. Pp. 11-24
- \_\_\_\_\_. *Soberania, Direitos Humanos e Ingerência. Problemas Fundamentais da Ordem Contemporânea*. In O MERCOSUL em Movimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1995. Pp130-150
- \_\_\_\_\_. *Direitos Humanos “globais (universais)!” De todos, em todos os lugares*. In PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*. São Paulo: Malheiros. 2002

BOLZAN DE MORAIS, JL e MORAIS, Eliane Pinheiro de. *Direitos Humanos e Saúde*. Revista O Mundo da Saúde. V. 22, n. 2. Centro Universitário São Camilo. 1998, pp. 81-85

BOLZAN DE MORAIS, JL e STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 1995

\_\_\_\_\_. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. São Paulo: Malheiros. 1999.

BURDEAU, Georges. HAMON, Francis. TROPER, Michel. *Droit Constitutionnel*. 23ª ed. Paris: LGDJ. 1993

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva. 1991

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina. 1996

\_\_\_\_\_. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Ed. 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil*. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 5, pp. 128-159, 1977

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000.

DALLARI, Dalmo de A *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva. 1982

DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar. 1996

DELMAS-MARTY. Mireille. *Trois Défis pour un Droit Mondial*. Paris: Seuil. 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva. 1989

FARIA, Jose Eduardo C. O. *Direitos Humanos e Globalização Econômica*. In Revista O Mundo da Saúde, v.22, n. 2, Centro Universitário São Camilo, 1998, pp. 73-80.

\_\_\_\_\_. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros. 1999

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Raggione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza. 1989

\_\_\_\_\_. *O Direito como Sistema de Garantias*. In O Novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997

- FLORES, Joaquín Herrera e PRIETO, Rafael. *Hacia la Nueva Ciudadanía: consecuencias del uso de una metodología relacional en la reflexión sobre la democracia*. In *Revista Critica Jurídica*, n. 17. 2000. Pp. 301-328
- GARCÍA, José Antonio López e REAL, J. Alberto del. *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. Madrid: Dykinson. 2000
- GARCIA-PELAYO, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 3<sup>a</sup> ed. Madrid: Alianza. 1982
- GOMES, Luiz Flavio. *A Questão da Obrigatoriedade dos Tratados e Convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. *Revista dos Tribunais*, n. 710, pp. 21-31, dez. 1994
- GÓMEZ, Jose Maria. *Política e Democracia em Tempos de Globalização*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP. 2000.
- GORDILLO, Jose Luis. *Crítica do “Estado homogêneo universal*. In *Revista Crítica Jurídica*, n. 17. 2000. Pp. 115-126
- HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta. 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *La Paix Perpétuelle, le bicentenaire d’une idée kantienne*. Paris: Ed. Du Cerf. 1996.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE. 1991
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1985
- LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição*. Porto Alegre: Vila Martha Ltda. 1980
- LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Derecho Constitucional Latinoamericano*. México: UNAM. 1991
- LEAL, Rogério Gesta. *Os Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Estado, cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta. 1998
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos Humanos provenientes de Tratados: exegese dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988*. **Revista Jurídica**. N. 278, dez/2000. Pp. 39-61

- MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. *O Poder de Celebrar Tratados*. Porto Alegre: SAFE. 1995
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar. 1994
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed. 1996
- OLIVEIRA JR., Jose Alcebíades de (Org.). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997
- PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad. 1996
- REMOND-GOUILLOUD, Martine, *Du Droit de Détruire: essai sur le droit de l'environnement*. Paris: PUF, 1989.
- RIBEIRO, Renato Janine. *Primazias da Democracia*. Folha de São Paulo, Mais, 13.07.97
- \_\_\_\_\_. *Um Adeus à Democracia*. Folha de São Paulo, Mais, p. 5-3, 15/10/95.
- ROIG, Rafael de Asis. *Deberes y Obligaciones en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991
- ROSANVALON, *La Crise de l'Etat Providence*. Paris: Seuil. 1981
- \_\_\_\_\_. *La Nouvelle Question Sociale*. Paris: Seuil. 1995
- SANCHEZ, Jose Acosta. *Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX*. **Revista de Estudios Políticos(Nueva Época)**. n. 100, abril-junho-1988. Pp. 57-100
- SANTOS, Boaventura Sousa. *A Crítica da Razão Indolente. Contra o desperdício da experiência*. 2ª ed. São Paulo: Cortez. 2000
- SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998
- SARLET, Ingo W.(Org.). *O Direito Público em Tempos de Crise. Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999
- SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional. Como mudam as constituições*. Brasília: UnB. 1996.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de Teoría Política*. Col. Ensayos. Madrid: Alianza. 1999.
- SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 1999
- SINGER, André. *O Contra-Império Ataca*. **Folha de São Paulo, Caderno Mais**. 24.09.2000. p. 11.
- STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m)Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002

SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad.1999.

TSU, Victor Aiello. *A Nova Soberania*. **Folha de São Paulo, Caderno Mais**, 24.09.2000, p. 6.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. 2ª ed. Madrid: Dykinson. 1998

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: SAFE Editor. 1995

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 3ª ed. Madrid: Trotta. 1999

**TRABALHOS FORENSES**



**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: LIMITAÇÕES COM DESPESAS DE PESSOAL**

**Paulo Peretti Torrelly e  
Ricardo Antônio Lucas Camargo**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, juntamente com o Procurador-Geral do Estado e os Procuradores do Estado que esta subscrevem, vem à presença de V. Exa., com fundamento no art. 102, par. 1º da Constituição Federal e na Lei nº 9.882/99, propor a presente ARGUMENTO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL para evitar lesão a preceitos fundamentais em razão da aplicação das Leis Estaduais nºs 11.522, 11.523 e 11.524, de 29 de agosto de 2000, pelos seguintes fatos e fundamentos de direito:

I – Dos fatos:

Foi aposto veto ao Projeto de Lei 117/2000, de origem do Poder Judiciário, pelos seguintes motivos, que se incorporam à presente exordial:

*OF.GG/SJL – 231 Porto Alegre, 07 de julho de 2000.*

*VETO TOTAL AO PROJETO DE LEI Nº 117/2000*

Senhor Presidente

Dirijo-me a Vossa Excelência para comunicar-lhe que, no uso da prerrogativa que me é conferida pelo artigo 66, §§ 1º e 2º, combinado com o artigo 82, inciso VI, da Constituição Estadual, decidi apor meu veto total ao Projeto de Lei nº 117/2000, da iniciativa do Poder Judiciário, aprovado na sessão plenária de 13 de junho próximo passado, decisão que ora levo ao seu conhecimento com as razões que lhe deram suporte.

O objetivo do projeto em referência é reajustar os vencimentos dos servidores daquele Poder nos percentuais de 7,86%, a partir de 1º de novembro de 1999, de 17,86%, a partir de 1º de julho de 2000, e de 27,86%, a partir de 1º de dezembro de 2000, todos incidentes sobre os valores correspondentes ao mês de outubro de 1999.

Preliminarmente, esclareço que não está sendo questionada a iniciativa do Poder Judiciário para dispor da matéria e nem a sua autonomia administrativa e funcional, assegurada pelas normas constitucionais.

No entanto, ainda que sejam devidamente consideradas a autonomia daquele Poder para tratar das questões internas e a constitucionalidade da iniciativa, o projeto não deve ser sancionado por afigurar-se inconstitucional, ilegal e contrário à conveniência administrativa, em face do aumento de despesa que trará ao erário estadual, com conseqüências lesivas ao interesse público.

Com efeito, a análise do Departamento de Despesa da Secretaria da Fazenda do Estado sobre a repercussão financeira da medida, referente ao período

de novembro/1999 a dezembro/2000, aponta um incremento da despesa com pessoal no valor aproximado de R\$ 46.067.530,00 (quarenta e seis milhões, sessenta e sete mil e quinhentos e trinta reais), incluindo a contribuição de 3,5% ao IPERGS, a fração de 1/3 de férias e o 13º vencimento/salário. Já a repercussão financeira a partir de 2001 é estimada em, aproximadamente, R\$78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) ao ano.

Cabe esclarecer que a projeção da despesa com pessoal para este exercício, desconsiderando o acréscimo que o projeto encerra, já é maior do que a dotação orçamentária para pagamento de pessoal daquele Poder no ano em curso.

Saliento que o projeto se insere em um contexto de dificuldades financeiras em que a concessão de vantagens, a criação de cargos e o reajuste de vencimentos têm sido severamente contingenciados, com vista ao equilíbrio financeiro do Estado.

Ademais, é fato notório que o Estado tem extrapolado os limites de gastos com pessoal imposto pela Constituição Federal e que a sanção de projetos que aumentam tais despesas tendem a agravar ainda mais esta situação.

O artigo 169, "caput", da Constituição Federal dispõe sobre a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, restringindo-a aos limites estabelecidos em lei complementar.

A Lei Complementar nº 82, de 27 de março de 1995, disciplinou o referido dispositivo constitucional e, aos Estados, impôs o limite de 60% (sessenta por cento) da respectiva receita corrente líquida em cada exercício financeiro para despesas totais com pessoal.

O mesmo percentual da receita foi fixado pela Lei Complementar nº 96, de 31 de maio de 1999, que ao revogar a Lei Complementar nº 82/95, igualmente permitiu aos Estados o dispêndio fração de sua receita corrente líquida.

Por seu turno, a recente Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal para fins de atendimento ao disposto no "caput" do artigo 169 da Constituição Federal, revogando expressamente a Lei Complementar nº 96, de 31 de maio de 1999, em seu artigo 19 novamente limita os Estados ao mesmo percentual de 60% da receita líquida corrente para despesa total com pessoal, em cada período de apuração.

O índice de que tratam os diplomas legais ainda não pôde ser aplicado e a despesa com pessoal no Estado continua extrapolando o percentual ali determinado. A permanecer tal situação, o Governo do Estado estará sujeito às sanções federais previstas para casos de descumprimento daquelas disposições.

Em vista disso, a administração estadual tem procurado adaptar os gastos com pessoal aos limites legais, atuando no sentido de dar cumprimento à legislação federal e de não incidir nas penalidades previstas, dentre as quais refiro, pela evidente gravidade, a da suspensão dos repasses de verbas federais ou estaduais.

Todavia, este Governo vem buscando alcançar a adequação aos parâmetros fixados pela lei através da recuperação financeira do Estado e dos crescimento da receita pública, garantindo o pagamento da folha de pessoal e prescindindo da adoção de programas de demissão voluntária de servidores públicos.

Assim, mesmo que o Poder Judiciário possa apresentar a proposição e que o Poder Legislativo aprove a medida, o princípio da unicidade orçamentária e da fonte comum das receitas impõem ao Chefe do Poder Executivo o presente veto, pois há exigências que se sobrepõem às próprias de cada poder instituído, tais como as relacionadas à gestão da dívida pública e aos gastos com pessoal, cujos limites foram estabelecidos na Constituição Federal para o Estado como um todo.

Diante do exposto, como forma de garantir as condições financeiras necessárias à continuidade das políticas sociais que estão sendo implementadas em nosso Estado e em atendimento às normas federais, aponho meu veto total ao Projeto de Lei nº 117/2000, por inconstitucionalidade, ilegalidade, inconveniência e contrariedade ao interesse público, devolvendo a matéria à reapreciação desse Poder na certeza de que os nobres parlamentares, ao conhecerem das razões que me levaram à negativa de sanção, reformularão seu posicionamento.

Sirvo-me do ensejo para expressar-lhe minha elevada estima.

Na Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia Legislativa, opinou-se pela rejeição do veto, nos seguintes termos:

#### COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA

Proposição: Veto Total ao PL 117/2000

Origem: PODER EXECUTIVO

Ementa: Encaminha Veto Total ao Projeto de Lei de origem do Poder Judiciário que reajusta os vencimentos dos servidores do Poder judiciário e dá outras providências.

Relator: Deputado VALDIR ANDRES

Parecer: **Contrário**

Ao exame e parecer desta Comissão de constituição e Justiça, vem o veto total ao Projeto de Lei nº 117/2000, originário do Poder Judiciário, acima ementado, que reajusta os vencimentos dos servidores do Poder Judiciário e dá outras providências.

O Exmo. Senhor Governador do Estado, no uso de suas prerrogativas constitucionais, vetou totalmente o Projeto de Lei nº 117/2000, de iniciativa do Poder Judiciário, aprovado na sessão plenária de 13 de junho do corrente, que objetivava reajustar os vencimentos de seus servidores.

Além do argumento relativo a repercussão financeira do projeto, justifica o veto a necessária observância na Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2.000, que limita aos Estados, inclusive o poder Judiciário, o percentual de 60% da receita líquida corrente para despesa total com pessoal.

Inicialmente, convém salientar que a Lei de Responsabilidade Fiscal é inovadora, avançada, porém inaplicável imediatamente, como exige o art. 74.

Evidente que o ponto mais polêmico é o referente aos limites de gastos de pessoal, exigência da Lei Complementar nº 96/99 (Lei Camata) que submetia apenas o Poder Executivo, mas que pela atual legislação vincula todos os Poderes, Tribunal de Contas e Ministério Público.

Este dispositivo que estipula os limites máximos para gastos com pessoal, está gerando grande contestação, sendo inclusive objeto de cinco ADINs em tramitação no Supremo Tribunal Federal, pois em sua essência fere independência dos Poderes, no caso, arts. 2º, 18, 25 e 99.

Na mensagem de veto, não há como desconhecer o art. 169 da Carta Magna, mas, o mesmo deve ser interpretado em harmonia com as demais regras constitucionais.

O Poder Judiciário, bem como o Poder legislativo e o Ministério Público são, na essência, prestadores de serviços, sendo o limite imposto impossível de ser observado ou cumprido, sem prejuízo na prestação jurisdicional. No caso do Poder Judiciário, em média, o gasto é de 9% a 10% da receita líquida tributária disponível com pessoal, pois paga também inativos (magistrados e funcionários) e parte do que cabe às pensionistas.

A limitação imposta implicará em risco na manutenção da qualidade e presteza no serviço judiciário do Rio Grande do Sul, que carrega a fama de melhor e mais qualificada Justiça do Brasil.

Outro fator fundamental na análise da presente mensagem de veto do Exmo. Governador do Estado é a incoerência da argumentação apresentada, pois o Poder Executivo não deixou de conceder reajuste salarial aos seus servidores e professores, como não deixou de nomear novos, concursados ou não, embora, como é de conhecimento público, está há muitos anos extrapolando nos gastos de pessoal.

A legislação concede um prazo de 02 (dois) anos para o enquadramento nos limites com gastos, com eliminação de 50% ao ano. Pergunta-se qual foi a efetiva medida do Poder Executivo para cumprir a legislação em vigor?

Por todos os ângulos de análise chega-se à conclusão inequívoca de que é impossível o cumprimento da Lei por qualquer dos Poderes, seja no âmbito Federal, Estadual ou Municipal.

As razões de ordem financeira invocadas na mensagem de veto, também não procedem, pois o próprio Poder Executivo já está trabalhando com um aumento de arrecadação do ICMS na ordem de 10% ou até mais, o que por si só seria suficiente, se repassada a participação do orçamento para o Poder Judiciário do pagamento do reajuste concedido.

De outra parte, não há como negar a defasagem salarial dos servidores de todos os Poderes, que no caso do Poder Judiciário não tem reajuste há mais de três anos e acumularam perdas referentes a inflação do período.

Em suma, outro ponto que parece-nos equivocado na mensagem de veto do Exmo. Governador é a argumentação de inconveniência administrativa do Executivo.

Ora, o próprio Chefe do Executivo esclarece que não questiona a autonomia administrativa e funcional do Poder Judiciário e assim sendo, não pode, jamais ter o julgamento de conveniência administrativa da proposta cujo interesse é específico da esfera do Poder Judiciário, dentro dos princípios basilares da auto-

nomia e separação dos Poderes do Estado. A conveniência administrativa deve ser julgada pelo Chefe do Poder Judiciário, jamais pelo Poder Executivo.

De outra parte, não vislumbra em toda a análise do veto total, qualquer vício de inconstitucionalidade e ilegalidade no projeto aprovado, até pelo simples fato de que o Poder Executivo, também propôs e concedeu reajuste a seus servidores e ao magistério.

Assim sendo, pelas razões expostas, opinamos pelo parecer contrário ao veto total ao PL 117/2000.

Razões similares foram empregadas pelo requerente para o veto aos Projetos de Lei 118/2000 e 142/2000, respectivamente concernentes aos servidores do Ministério Público e do Poder Legislativo. Os Pareceres da Comissão de Constituição e Justiça reproduziram as mesmas razões empregadas em relação ao Judiciário.

Os diplomas objurgados são os seguintes:

*“LEI Nº 11.524, DE 29 DE AGOSTO DE 2000.*

*Dispõe sobre reajuste de vencimentos dos servidores da Assembléia legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências.*

*Deputado Otomar Vivian, Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul*

*Faço saber, em cumprimento ao disposto no parágrafo 7º do artigo 66 da Constituição do Estado, que a Assembléia Legislativa manteve e eu promulgo a seguinte lei.*

*Art. 1º - Os vencimentos dos servidores efetivos da Assembléia legislativa do Estado do Rio Grande do Sul são reajustados em 14,9% (quatorze vírgula nove por cento), a partir de 1º de junho de 2000.*

*Art. 2º - As disposições desta lei são extensivas aos procuradores, aos detentores de cargos em comissão e funções gratificadas, e aos servidores contratados, estáveis, inativos e pensionistas da Assembléia legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.*

*Art. 3º - As despesas decorrentes desta lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias.*

*Art. 4º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 1º de junho de 2000.*

*Art. 5º - Revogam-se as disposições em contrário.*

*Assembléia legislativa do Estado, em Porto Alegre, 29 de agosto de 2000.”*

*LEI Nº 11.522, DE 29 DE AGOSTO DE 2000.*

*Reajusta os vencimentos dos servidores do Poder Judiciário e dá outras providências.*

*Deputado Otomar Vivian, Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.*

*Faço saber, em cumprimento ao disposto no parágrafo 7º do artigo 66 da Constituição do Estado, que a Assembléia Legislativa manteve e eu promulgo a seguinte lei.*

*Art. 1º - Os vencimentos dos cargos de efetivos dos Serviços Auxiliares da Justiça de 1º e 2º Graus, os vencimentos dos cargos em comissão e das funções gratificadas dos diversos Quadros do Poder Judiciário e os salários das funções do Quadro de Emprego Público, ficam reajustados na forma a seguir disposta:*

*I – Sete vírgula oitenta e seis por cento (7,86%), a partir de 1º de julho de 2000, sobre o valor correspondente ao mês de outubro de 1999:*

*II - Dezessete vírgula oitenta e seis por cento (17,86%), a partir de 1º de julho de 2000, sobre o valor correspondente ao mês de outubro de 1999.*

*III – Vinte e sete vírgula oitenta e seis por cento (27,86%), a partir de 1º de dezembro de 2000, sobre o valor correspondente ao mês de outubro de 1999.*

*Art. 2º - As disposições desta lei são extensivas aos aposentados, aos pensionistas e aos demais servidores não abrangidos pelas disposições do artigo 1º.*

*Art. 3º - As despesas decorrentes da execução da presente lei correrão á conta de dotações orçamentárias próprias.*

*Art. 4º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a 1º de novembro de 1999.*

*Assembléia Legislativa do Estado, em Porto Alegre, 29 de agosto de 2000.”*

**LEI Nº 11.523, DE 29 DE AGOSTO DE 2000.**

*Reajusta os vencimentos dos servidores do Ministério Público e dá outras providências.*

*Deputado Otomar Vivian, Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.*

*Faço saber, em cumprimento ao disposto no parágrafo 7º do artigo 66 da Constituição do Estado, que a Assembléia Legislativa manteve e eu promulgo a seguinte lei.*

*Art. 1º - Os vencimentos dos cargos de provimentos efetivo, os vencimentos dos cargos em comissão e das funções gratificadas dos Quadros da Procuradoria-Geral de Justiça ficam reajustados na forma a seguir disposta:*

*I – Sete vírgula oitenta e seis por cento (7,86%), a partir de 1º de julho de 2000, sobre o valor correspondente ao mês de outubro de 1999:*

*II - Dezessete vírgula oitenta e seis por cento (17,86%), a partir de 1º de julho de 2000, sobre o valor correspondente ao mês de outubro de 1999.*

*III – Vinte e sete vírgula oitenta e seis por cento (27,86%), a partir de 1º de dezembro de 2000, sobre o valor correspondente ao mês de outubro de 1999.*

*Art. 2º - As disposições desta lei são extensivas aos servidores contratados, aos aposentados e aos pensionistas.*

*Art. 3º - As despesas decorrentes desta lei correrão à conta das dotações orçamentárias próprias.*

*Art. 4º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a 1º de novembro de 1999.*

Assembléia Legislativa do Estado, em Porto Alegre, 29 de agosto de 2000.”

De se observar que já se encontra perante o Tribunal de Justiça ação mandamental impetrada pelo sindicato dos servidores da Assembléia Legislativa com o objetivo de obter o pronto pagamento do reajuste previsto na Lei 11.524, ora atacada. A liminar ali concedida foi objeto de suspensão na via própria – suspensão de segurança 865, decidida pelo Excelentíssimo Senhor Presidente do Superior Tribunal de Justiça - . Contudo, a possibilidade de vir a ser proferida decisão no Tribunal de Justiça em sentido contrário ao que se estabelecer nesta via justifica que se lance mão dela para que se suspenda aquele feito até o final julgamento. Houve, ainda, a impetração de outra ação mandamental, por parte da associação dos servidores do Tribunal de Contas do Estado, que também está sendo objeto de pedido de suspensão.

## II – Do cabimento da presente Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental:

A Lei nº 9.882/99 veio a disciplinar o instituto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista desde 1988 no art. 102, par. 1º da Lei Maior. Esta ação, tal como previsto no art. 1º, tem por objeto evitar ou reparar lesão a direito fundamental resultante de ato do poder público, sendo admitida apenas se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º).

Na espécie, como descrito no item anterior, tem-se aumento concedido a servidores do Poder Judiciário, Assembléia Legislativa e Ministério Público, em frontal violação às normas contidas no art. 169, *caput*, par. 1º e I da Lei Maior. E tendo havido a concessão de aumento sem dotação orçamentária suficiente e com aumento do percentual de comprometimento da receita do Estado, que já ultrapassa em muito o que é previsto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, tem-se como afetado o próprio Estado Democrático Direito e os arts. 1º e 3º da Constituição Federal. Havendo aumentos que não se compatibilizam com a atual( e difícil) situação financeira do Estado este, por absoluta ausência de recursos suficientes, terá que deixar de cumprir sua função social. Afinal, se os recursos são poucos e determinada categoria é favorecida, o restante da população terá menos educação, menos saúde, menos estradas... etc. Assim sendo, o Estado deixará de cumprir sua função social não mais se constituindo no Estado Democrático de Direito, mas em um Estado em que é possível *garantir privilégio*, a despeito das normas constitucionais.

Com efeito. As normas que prevêm necessidade de dotação orçamentária suficiente e, ainda, a observância de determinados limites objetivam, justamente, evitar, desequilíbrio nas finanças públicas que possa inviabilizar a administração estatal. Forçoso é concluir-se, pois, que na espécie existe séria e grave violação a preceito fundamental resultante de ato do poder público, qual seja, a edição de Lei Estadual que contraria disposições constitucionais e legais.

Resta, pois, demonstrar que inexistem outros meios hábeis a sanar a lesividade antes apontada. Na lição de Gilmar Ferreira Mendes, “à primeira vista poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. (...) De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo, deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade, inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesão, contido no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, há que ser compreendido no contexto constitucional global” (in “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-Demonstração de Inexistência de Outro Meio Eficaz- texto extraído do *site Jus Navigandi*).

Conforme se verifica, a arguição de descumprimento de preceito fundamental terá cabimento sempre que não se mostrar adequado à espécie o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Assim, o ilustre professor já mencionado:

“Ainda assim, o ajuizamento da ação e sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo e não para a proteção judicial efetiva de uma situação singular. Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral e imediata, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento. Também é possível que se apresente arguição de descumprimento com pretensão de ver declarada a inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada nas instâncias inferiores (...) Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da arguição de descumprimento nas controvérsias relacionadas com o princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez que, assim como assente na jurisprudência, tal hipótese não pode ser veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade” (ob. cit. p. 3).

Na espécie, como será demonstrado, a promulgação das Leis ora objugadas afrontou o disposto no art. 169, *caput* e par. único, inciso I, eis que, como já mencionado, as despesas com pessoal de há muito ultrapassaram o disposto na Lei Complementar e, ainda, não há prévia dotação orçamentária suficiente. Mas

esta Egrégia Corte não tem conhecido de Ações Diretas de Inconstitucionalidade com alegação de descumprimento a tais preceitos, seja porque se trata de incompatibilidade entre duas leis, seja porque se trata de matéria de fato, seja porque a ausência de dotação orçamentária suficiente apenas suspenderia a execução da lei e não importaria na sua nulidade. Veja-se, a este respeito, as seguintes decisões:

“A controvérsia constitucional ora suscitada assume indiscutível relevo jurídico. Entendo, no entanto, que a análise do tema concernente à alegada transgressão do art. 169 da Carta Política, impõe, até mesmo para que os elementos informativos não se apresentem afetados pela nota da iliquidez, a prévia audiência do órgão estatal de que emanou o ato normativo ora impugnado. É que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem enfatizado que se revela inviável, em princípio, a verificação, em sede de controle normativo abstrato, de ocorrência de ofensa ao art. 169 da Constituição, pois tal exame requer e supõe, em regra, a efetivação de uma análise casuística, incompatível com a natureza da mesma que qualifica o processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade:

‘Impossibilidade de confronto da norma em apreço com *caput* do art. 169 da Constituição, sem apreciação da matéria de fato, circunstância bastante para inviabilizar, neste ponto, a ação direta de inconstitucionalidade. De outra parte, a ausência de autorização específica, na lei de diretrizes orçamentárias, de despesa alusiva a nova vantagem funcional, não acarreta a inconstitucionalidade da lei que a instituiu, face à norma do art. 169, parágrafo único, inciso II, da CF, impedindo tão-somente a sua aplicação (ADIn 1.292-MT, Rel. Min. Ilmar Galvão).(...)

**‘Eventual irregularidade formal da lei impugnada só pode ser examinada diante dos textos da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei do Orçamento Anual catarinenses: não se está, pois, diante de matéria constitucional que possa ser questionada pela ação direta. Interpretação dos incisos I e II do par. único do art. 169 da Constituição atenuando seu rigor literal: é a execução da lei que cria cargos que está condicionada às restrições previstas, e não seu processo legislativo.**

Ao final, V. Exa. solicitou informações, das quais dei conta resumida no Tribunal. Delas realmente, torna-se evidente um desencontro de números entre o Governador e a Câmara Legislativa, a propósito da insuficiência ou não da respectiva dotação orçamentária para suportar as despesas decorrentes da resolução questionada, assim como da existência, ou não, da superação aos limites da “Lei Camata”. Ora, em si mesma, a superação dos limites da despesa com pessoal fixados na lei complementar já configuraria questão de inconstitucionalidade reflexa ou mediata, por violação de norma infraconstitucional interposta, a cuja solução não se presta a ação direta, com mais razão supera o âmbito do controle abstrato o deslinde da controvérsia de fato sobre a ocorrência, ou não, em concreto, da alegada superação, que a Câmara Legislativa contesta com raciocínio que não se pode, de logo, tachar de desprezível.

(...)

Por isso, o meu voto, preliminarmente, não conhece da ação direta e julga prejudicado o pedido de cautelar (...) (ADIn 1585-DF – Relator: Min. Sepúlveda Pertence)

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI CATARINENSE Nº 9901, DE 31.07.95; CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO DE FISCAIS DE TRIBUTOS ESTADUAIS E DE AUDITORES INTERNOS. ALEGAÇÃO DE QUE A EDIÇÃO DA LEI NÃO FOI PRECEDIDA DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA NEM DE AUTORIZAÇÃO ESPECÍFICA NA LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS(ART. 169, PAR. ÚNICO, INCISOS I E II DA CONSTITUIÇÃO).

1. Eventual irregularidade formal da lei impugnada só pode ser examinada diante dos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias(LDO), e da Lei do Orçamento Anual Catarinense: não se está, pois, diante de da matéria constitucional que possa ser questionada em ação direta.

2. Interpretação dos incisos I e II do par. único do art. 169 da Constituição, atenuando o seu rigor literal: é a execução da lei que cria cargos que está condicionada às restrições previstas, e não o seu processo legislativo. A falta de autorização nas leis orçamentárias torna inexecutível o cumprimento da lei no mesmo exercício em que editada, mas não no mês subsequente.

Precedentes: Medidas Liminares nas ADIS nºs 484-PR(RTJ 137/1067) e 1.243-MT(DJU de 27.01.95)

3. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida, ficando prejudicado o pedido de medida cautelar” (ADIn nº 1428-SC, Rel. o Min. Maurício Correa, DJU de 10.05.96)

(...)Senhor Presidente: Eventual defeito da lei impugnada só pode ser avaliado diante do que dispõem as leis orçamentárias em vigor no Estado de Santa Catarina, e não diante da Constituição Federal: com efeito, somente diante do texto da Lei de Diretrizes Orçamentárias(LDO) pode ser verificado se há, ou não, autorização para a criação de cargos públicos, e somente diante do texto da Lei do Orçamento Anual catarinense pode ser verificado se há, ou não, prévia dotação orçamentária. A meu ver, não estamos diante de matéria constitucional que possa ser questionada em ação direta.

Além disto, há precedentes desta Corte, em situações semelhantes, que interpretam as disposições dos incisos I e II do par. único do art. 169 da Constituição, atenuando o seu rigor literal, ao entenderem que é, tão-somente, a aplicação da lei que está condicionada às restrições constitucionais nele previstas, e não o processo legislativo”.

Quanto ao descabimento da ação direta para o exame da inconstitucionalidade diante do que dispõe o art. 37, XII, da Constituição Federal, esta Corte, em julgamento datado de 29 de setembro de 1988, entendeu que não se prestava à discussão em sede de representação a violação ao dispositivo congênere, que era o art. 98, *caput*, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969:

Representação. Discussão em torno do princípio da paridade de cargos públicos. Confronto entre cargos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Não se conhece da representação, se nela se discutem os conteúdos ocupacionais dos cargos em confronto, diante da iliquidez dos fatos, não só referentes as atribuições dos cargos, mas, também, em razão de sua complexidade. Representação não conhecida. (Representação 986/SP. Relator: Min. Néri da Silveira. *DJU* 18 nov 1991).

Ainda, não há outra via adequada para o deslinde da controvérsia, tendo em vista que o sujeito passivo da demanda que seria aforada seria indeterminado, difuso. E não existe via ordinária no direito brasileiro para se dirigir contra sujeito passivo difuso, salvo a ação declaratória de constitucionalidade, que não se presta à discussão de diplomas estaduais e tampouco visa ao pronunciamento de descumprimento de preceitos constitucionais em face de casos concretos, dirigindo-se, antes, à discussão em tese – na Questão de Ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, relatada pelo Min. Moreira Alves, foi qualificado tal remédio como uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com sinal trocado. Como disse o relator do precedente que ora se invoca, “a natureza do processo relativo a essa ação é a mesma da ação direta de inconstitucionalidade, (...) exceto no seu fim imediato, que é oposto – a ação direta de inconstitucionalidade visa diretamente à declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, ao passo que a ação declaratória de constitucionalidade visa diretamente à declaração de constitucionalidade do ato normativo” (*RDA* 201/136). Portanto, não são cabíveis nem a ação direta de inconstitucionalidade, nem a ação declaratória de constitucionalidade.

Não cabe o mandado de segurança, porquanto não é ele o instrumento adequado para a proteção de interesse que não se coadune com o conceito de direito individual líquido e certo, porquanto não se trata de proteger a direito individual do Governador contra a Assembléia Legislativa, dado que a preservação do patrimônio público, a preservação do erário público é direito afeto a toda a coletividade, transcendendo, portanto, as relações entre as pessoas físicas que integrem o Executivo e o Legislativo, embora se esteja diante de questão concernente ao equilíbrio institucional entre os Poderes do Estado. Arredado, portanto, o cabimento do mandado de segurança neste caso, na esteira do que decidiu esta Corte:

“Descabe o mandado de segurança quando o impetrante não tem em vista a defesa de direito subjetivo, mas a de mero interesse reflexo de normas objetivas” (Recurso extraordinário 103.299 – Relator: Min. Francisco Rezek. *RTJ* 120/328).

Do amplamente fundamentado voto do relator, para que não reste dúvida que o requerente não está a defender direito subjetivo próprio, tutelado pelo mandado de segurança, destaca-se:

“Como ensinou com segurança Francisco Campos, o direito subjetivo ‘só se funda quando o interesse individual é, em si mesmo, ou de maneira predominante, o escopo da garantia ou da proteção legal’” (*RTJ* 120/335).

Não caberia, lado outro, o ajuizamento de ação civil pública, porquanto tal via pressuporia, pelo menos, a individuação do sujeito passivo, que,

como dito anteriormente, é, no caso, difuso, indeterminado. Não é o caso de réus em litisconsórcio passivo multitudinário, em que a própria demora do feito tende a tornar incerta a composição do pólo passivo. É, sim, o caso em que não é possível imputar a quem quer que seja a conduta que seria corrigível mediante ação civil pública.

De outra parte, a suspensão de medida liminar tem objeto restrito e não constitui instrumento apto a propiciar a suspensão do andamento do próprio processo dos mandados de segurança em trâmite perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ao passo que a presente via possibilita a suspensão dos processos que estejam em andamento nas instâncias inferiores justamente para que se evitem soluções contraditórias com o que vier a ser decidido por esta Corte. E é de se salientar que isto não constitui inovação deste requerente, quer porque previsto na própria Lei 9.882/99, quer porque já se lançou mão da ADPF com este objetivo, sendo de se destacar a ADPF nº 2, em que é requerente o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Mato Grosso e o requerido é o Tribunal de Justiça daquele Estado, distribuída ao Exmo. Sr. Min. Sepúlveda Pertence, e a ADPF nº 6, em que é requerente o Excelentíssimo Senhor Presidente da República e requerido o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, distribuída ao Exmo. Sr. Min. Celso de Mello.

Considerando a jurisprudência desta Corte e, bem assim, o disposto no art. 23, inciso I da Lei Maior, segundo o qual é competência de todos os entes da federação dar cumprimento à mesma Lei, é de ponderar-se que, na espécie, o veículo adequado para resguardar-se as normas constitucionais é a arguição de descumprimento fundamental, sem a necessidade de serem examinados milhares de recursos extraordinários contra decisões proferidas em eventuais demandas subjetivas individuais a serem propostas pelo Estado questionando a aplicação da lei em questão (contra cada servidor, inativos e pensionistas). Uma vez mais, é de recorrer-se ao magistério de Gilmar Ferreira Mendes:

“Nessas hipóteses, ante a inexistência de processos de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem capazes, a mais das vezes, de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pleora de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se ameaça ao livre funcionamento do E. Supremo Tribunal Federal e das próprias Cortes ordinárias.

“A propósito, assinalou o Ministro Sepúlveda Pertence, na ADC nº 1, que a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado “não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criarem mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

“A possibilidade de incogruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos dos múltiplos órgãos pode congifu-

rar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de prestação jurisdicional efetiva.

“Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula que tem a missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em uma ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em uma autêntica lesão a preceito fundamental. Assim, tendo em vista o perfil objetivo da arguição de descumprimento, com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no uso do recurso extraordinário.”

Na mesma linha do entendimento acima transcrito, é a lição de Celso Ribeiro Bastos, segundo a qual “o novo instituto tem o papel de fazer uma ligação entre o sistema de controle difuso e concentrado, pois possibilita que uma relação tratada na via de defesa seja levada a um processo de decisão *erga omnes*. Tal finalidade em nada se confunde com aquela avocatória” (excerto do texto publicado na Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 30, p. 69/77).

Demonstrado, pois, o cabimento da presente arguição pela situação fático-jurídica explicitada.

### **Da preservação da ordem e harmonia institucional**

E, por outro lado, para a preservação da ordem e da harmonia institucional, é sempre prudente ter em vista a advertência de PAULO BONAVIDES, escrita ainda na vigência da Constituição de 1967, emendada em 1969: “antes da via de ação, o duvidoso remédio do Executivo para as leis que, em nosso sistema, se lhe afiguravam inconstitucionais, era simplesmente o recusar-lhe aplicação, num procedimento controverso e suspeito, cujo corretivo só se encontraria após uma demanda pela chamada via de exceção” (*Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 258). A matéria constitucional deve poder ser trazida ao crivo da Augusta Corte no mais breve lapso temporal possível, a fim de evitar que a controvérsia só venha a ser resolvida, afinal, mediante a interposição de milhares de recursos extraordinários discutindo a mesma questão jurídica, contribuindo para se estiolar o Supremo Tribunal Federal, em descrédito do Poder Judiciário como um todo. Bem observou o Ministro Francisco Rezek, ao acompanhar o relator na Questão de Ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, rejeitando, no particular, a tese da inconstitucionalidade da alteração produzida na letra *a* do art. 102, I, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 3: “o país inteiro tinha a memória recente de acontecimentos, no plano judiciário, extremamente deploráveis. A colocação, ante um número elevado de juízes de primeiro grau, de uma mesmíssima questão jurídica – às vezes bem simples, e de interesse de milhares de pessoas, de norte a sul do Brasil –, e o deslinde desencontrado dessa mesma

questão jurídica, por juízos de primeiro e segundo grau, com o Supremo aparentemente inabilitado para dar pronta solução à controvérsia” (*RDA* 201/140). O que neste julgamento disse o Min. Moreira Alves a respeito do papel do Supremo Tribunal Federal na ação declaratória de constitucionalidade vale perfeitamente para a arguição de descumprimento fundamental, ou seja, “é o efeito vinculante da decisão de mérito (...) que lhe permite, prontamente, defender a segurança jurídica com o respeito da ordem constitucional” (*RDA* 201/134). O Min. Sepúlveda Pertence observa, a demonstrar as vantagens inequívocas que emergem da ampliação desta modalidade de controle, que inclusive arreda a possibilidade de rescisória dos julgados: “na multiplicidade dos processos que, inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária” (*RDA* 201/138). Tal como a ação declaratória de constitucionalidade, com a presente via, para se utilizarem as palavras do Min. Carlos Mário da Silva Velloso, “homenageia-se (...) o princípio da economia processual” (*RDA* 201/148).

### Dos preceitos fundamentais em tela

Caso não fosse suficiente a demonstração posta nos itens anteriores, quanto a se estar diante de preceitos fundamentais, tem-se de considerar que a controvérsia constitucional posta se mostra da mais alta relevância, porquanto versa precisamente sobre uma das funções mais tradicionais do Parlamento, qual seja, a da autorização para a realização dos gastos públicos. Como lembra MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “de fato às Câmaras, ditas legislativas, por tradição que data do medievo, compete autorizar a cobrança de tributos, *consentir nos gastos públicos*, tomar contas dos que usam do patrimônio geral” (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 138 – grifou-se). Se o Parlamento pode autorizar e mesmo determinar a realização de gastos para além da proposta original de quem tem a prerrogativa de deflagrar o processo legislativo em se tratando da lei de diretrizes orçamentárias ou não pode: tal é a questão que se coloca, merecendo pacificação, a fim de que, em circunstâncias futuras, não venham a se instaurar desinteligências sobre o que pode e o que não pode ser feito por qualquer um dos participantes do processo de formação das leis financeiras. A função tradicionalmente posta para o Parlamento se estabelece justamente para evitar que o gestor da coisa pública, o responsável pelos gastos se mostre perdulário. Tal a clássica lição de JOÃO BARBALHO para a Constituição de 1891, aplicável, entretanto, aos tempos hodiernos:

“Não menos importa à bolsa do cidadão fixar-se o limite às despesas da administração e a restrita distribuição delas pelos diversos serviços públicos, e por isso devem ser reguladas e prefixadas por lei. Mas sendo, dos Poderes Públicos, o executivo ou o governo quem tem o maneio da administração geral, dirigindo-a nos seus diversos ramos, *fazendo-lhe os gastos* e até o de alguns serviços que não se acham sob sua gestão (parlamento, justiça) – é ele incontestavelmente o mais próprio para calcular quanto se tem de despende (...).

Sendo o imposto um sacrifício, cumpre seja moderado e que seu produto seja aplicado somente ao que for inadiavelmente necessário ao serviço público, poupando-se com prudência e discernimento as forças produtivas da nação.(...)

Bem pouco valeria ser orçada a receita e fixada a despesa se da cobrança do imposto não fossem prestadas contas ao parlamento. O governo não teria peias no gastar e abusos em matéria que tão grandemente interessa aos cidadãos fraudariam facilmente as leis orçamentárias. Seria isso o malogro do regime representativo, sob mera aparência de sua realidade” (*Constituição federal brasileira – comentários*. Rio de Janeiro: Tipografia da Companhia Lito-Tipografia em Sapopemba, 1902, p. 104-105).

O art. 167, § 1º, da Constituição qualifica o desprezo ao plano plurianual como configurador de crime de responsabilidade apto a acarretar a destituição do gestor da *res publica*, solução que, no dizer de CELSO RIBEIRO BASTOS, é voltada “a coisas grandes, à defesa da Pátria, à preservação da coisa pública, à preservação da própria Constituição” (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4, t. 1, p. 159). Se sancionar leis que impliquem despesas em desacordo com o plano plurianual implicaria desatender à prescrição do § 3º do art. 166 da Constituição, com tão graves conseqüências, bem se vê que a controvérsia constitucional se mostra de extrema relevância, a autorizar o manuseio da presente via, até para que não se multipliquem demandas discutindo esta questão, especialmente no que diz respeito à ação popular.

E MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, outrossim, mostra-se de singular acuidade quando refere as conseqüências, outrossim, de se desacatar o comando do art. 169 da Constituição Federal:

“A violação dessas regras enseja ação popular (v. supra, art. 5º, LXXIII) e, em tese, configura crime de responsabilidade (v. supra, art. 85, VI)” (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 3, p. 159).

#### **Da relevância do tema no contexto do não-comprometimento do êxito da política da União Federal no combate à inflação**

A relevância da questão constitucional, ainda, se coloca tendo em vista que o balizamento das finanças públicas está voltado, também, a evitar que se tornem nulos os esforços governamentais para a contenção da inflação. Como ensina PINTO FERREIRA, “todos alcançam o aumento do meio circulante, onde se busca a origem da inflação, como o grande público pensa e na generalidade dos casos não se engana, porque a origem dela, como regra, é o aumento do meio circulante, quando os Estados fazem constantes emissões com o objetivo de atender às dificuldades financeiras. A incapacidade de obter recursos suficientes, dada a impossibilidade do Estado ampliar os seus tributos já exagerados (sic), torna inviável o empréstimo interno e leva o governo a fazer tal empréstimo no Banco Central. Esse dinheiro é lançado na circulação mediante pagamentos efetivos, ampliando o saldo de outros bancos, sempre com novos empréstimos e novos negócios, engendrando o espírito de especulação” (*Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 6, p. 30-31).

Que o desacato às normas limitadoras da despesa pública se acha imbricado com a própria inflação é atestado por GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL:

“A inflação assegura dividendos políticos injustos ao governo que simpaticamente não exige tributos e esbanja nos gastos e financiamentos a moeda de emissão inflacionária, à custa do empresário que recebe a execração popular pelo compulsório reajuste de seus preços” (*Teoria geral do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 185).

É que, mediante normas como estas que estão sendo impugnadas, que implicam, inclusive, a adoção de fatores absolutamente alheios ao controle das contas públicas para a despesa, o que se teria seria a realimentação do processo inflacionário, de tal sorte que a própria lisura da gestão financeira seria arranhada, comprometer-se-iam os esforços federais na luta contra a inflação e a própria autonomia financeira dos Estados-Membros se veria comprometida, como é atestado por WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA:

“Vamos encontrar as idas e vindas dos elementos que passam a compor as ‘teorias jurídicas do dinheiro’, todas elas aplicadas diretamente à técnica da determinação do valor da moeda, e, portanto, condicionadas ao funcionamento desta de modo a garantir maior eficácia aos contratos.

Compromisso permanente do pensamento jurídico nesse sentido, é de se registrar que de certo modo todas as hipóteses a respeito foram abordadas pelos mais antigos escritores de Direito, sobretudo ao tomarem a moeda em sua finalidade pública. O desafio que mais preocupa, na atualidade, entretanto, embora não alheio às manifestações anteriores, é o da moeda como instrumento de política econômica, que amplia, modo decisivo, o primeiro. Este aspecto afeta o contrato de maneira especial, pois transfere grande parte (e, por vezes, até mesmo a *totalidade*) da área de decisão do campo do particular para o da autoridade que lhe determina o valor” (*A correção monetária e o contrato*. In: PLURES. *A correção monetária no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 247).

A lição do jurista mineiro é aplicável ao Estado-Membro no que tange à política monetária, porquanto seu comando compete à União Federal. Ela é invocada para demonstrar por que os dispositivos impugnados, a sobreviverem, implicariam necessariamente uma frustração da política anti-inflacionária do Governo Federal – por determinarem um gasto superior à arrecadação – e um arranhão sensível na autonomia estadual – porque perderia o controle dos gastos dos recursos provenientes dos contribuintes -. Como disse o saudoso GERALDO ATALIBA a respeito dos agentes responsáveis pelo gasto público:

“A duas ordens de interesses indisponíveis devem servir concomitantemente: ao interesse patrimonial da pessoa pública de que são órgãos e aos interesses da sanidade econômico-financeira do País” (*Empréstimos públicos e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 47).

Para deixar de pugnar pela efetividade dos limites postos nos arts. 37, XII, 166, § 3º, I, e 169 da Constituição Federal, seria o ora requerente lançado na contingência de sofrer as sanções postas na Lei Federal 10.028, de 19 de outubro de 2000, e, para arredá-las, teria de entrar em confronto judicial com a União,

atulhando esta Corte em virtude da competência originária posta no art. 102, I, f, da Constituição Federal.

#### IV - A prova da violação

A prova da violação será feita da seguinte forma: 1) pela demonstração da agressão aos textos constitucionais invocados pelas disposições impugnadas; 2) pela juntada do processo legislativo respectivo, das leis a que se referem os dispositivos impugnados; 3) por documentos emitidos pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, no exercício das atribuições que lhe confere o art. 74 da Constituição Federal; 4) Ofício 441/2000 firmado pelo Presidente do Tribunal de Justiça, solicitando suplementação de verbas para satisfazer aos reajustes concedidos aos servidores do Poder Judiciário; 5) por documentos aptos à comparação entre os vencimentos dos servidores assemelhados de cada um dos Poderes e do Ministério Público; 6) por meio de perícia, em relação à repercussão financeira.

O art. 3º, III, refere-se tanto à prova no sentido lógico – argumentação – como à prova no sentido jurídico, ou seja, os meios aptos a reconstituírem os fatos. Se a prova documental há de ser produzida juntamente com a exordial, os outros meios de prova hão de ser apresentados após as informações.

Antes que se venha, porventura, a esgrimir a tese segundo a qual descaberia a dilação probatória em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental, cumpre lembrar que o art. 6, § 1º, da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999 é expresso em admiti-la. E é princípio assente, consoante CARLOS MAXIMILIANO, que “as expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis” (*Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 250). E, dentre as provas que se admitem após as informações, avulta a prova técnica, referida expressamente no aludido § 1º do art. 6º da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Lembrando CLÈMERSON MERLIN CLÈVE:

“Em certos casos, as provas técnicas são de vital importância. Deve, portanto, o Legislador ou o Supremo, na ausência de norma expressa, admitir a realização de prova pericial ‘nas situações excepcionais em que a Corte Constitucional, por seu perfil e suas específicas atribuições, não possa atingir a verdade real’. Ora, as leis vão assumindo, na sociedade técnica e de massas e no Estado Administrativo, uma configuração cada vez mais tecnológica, daí a verificação de sua compatibilidade com a Constituição poder depender de procedimentos situados em lugar fora do alcance dos Ministros, homens notadamente competentes na área jurídica, mas, inevitavelmente, despidos de formação técnica em áreas como finanças, economia. Estude-se o exemplo de uma lei que institua novo indexador para cálculo de montante devido a título de incidência de tributo (imposto de renda, por exemplo). Entendendo a Suprema Corte que qualquer aumento de tributo exige o cumprimento do princípio da anterioridade, é necessário saber se a nova lei impõe, efetivamente, aumento tributário ou não. Nesse caso, a prova técnica parece ser inevitável” (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 233).

Assim, demonstrado que é possível a apresentação de prova tanto com a exordial – hipótese do art. 3º, III – como após as informações – hipótese do art. 6º, § 1º -, vamos à primeira das provas, que é a prova no sentido lógico, qual seja, a demonstração do real contraste entre os dispositivos atacados e os preceitos fundamentais invocados.

### III – Dos preceitos fundamentais violados:

**“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”**

(...)

“Art. 37, parte sublinhada – “A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: (...)XII – os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo”

(...)

“Art. 166 , § 3º. – “As **emendas** ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: I – sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias”.

(...)

“Art. 169 A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

“§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e os acréscimos dela decorrentes”.

### **Do caráter fundamental dos preceitos que se entendem violados**

O condicionamento das leis que aumentem as despesas públicas à compatibilidade com o Plano Plurianual, posto no art. 166, § 3º, I, da Constituição Federal, reveste-se do caráter de preceito fundamental, tendo em vista que estabelecem condicionamentos à atividade do legislativo e do executivo no processo de formação das leis. Isto é: tal condicionamento diz, efetivamente, com os limites ao exercício das prerrogativas inerentes ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, conduzindo, assim, à conclusão de que o dispositivo ora invocado toca diretamente aos lindes da atuação de cada um dos Poderes. Portanto, o seu caráter fundamental está relacionado com o detalhamento do princípio da separação dos poderes, imunizado contra, inclusive, o poder de emenda.

A limitação das despesas com pessoal, referentemente à sua abrangência, diz com a separação dos Poderes, na medida em que se trata de verificar se o art. 169, *caput*, da Constituição Federal, estaria se dirigindo somente às despesas do Executivo ou se também às despesas realizadas pelos Poderes Legislativo e Judiciário. Mais se reforça isto quando se tem em vista o que dispõem os artigos 96, I, *e*, e II, *b*, e 127, § 2º, da Constituição Federal, que mandam que os Tribunais e o Ministério Público observem os limites do art. 169 explicitamente.

As normas constitucionais concernentes à limitação das despesas públicas dizem respeito ao princípio da separação dos Poderes, porquanto balizam uma das principais atividades do Legislativo que é a fiscalização da atividade administrativa da realização da despesa pública.

E, como a existência de dotação orçamentária suficiente exigida pelo art. 169, § 1º, I, da Constituição Federal não dispensa a verificação da compatibilidade com o plano plurianual, que condiciona a validade não só da lei de diretrizes orçamentárias como da própria lei orçamentária, é evidente que também aqui se está diante de preceito fundamental que foi violado. Somente pode haver dotação orçamentária quando a destinação para tanto não inviabilize as metas, diretrizes e objetivos postos no plano plurianual. E, de outra parte, é de se lembrar que existem verbas constitucionalmente vinculadas, em relação às quais não se pode pretender qualquer possibilidade de o Executivo ou o Legislativo subtrair quaisquer recursos, como é o caso dos precatórios – art. 100 da Constituição Federal -, do percentual constitucionalmente destinado à educação – art. 212 da Constituição Federal -, à saúde – art. 199 da Constituição Federal -, à ciência e tecnologia – art. 218 da Constituição Federal – e, mesmo, à satisfação da dívida pública e seus encargos – art. 167, § 4º, da Constituição Federal -. Destarte, a margem de liberdade, seja do Executivo na elaboração da proposta orçamentária, seja do Legislativo na sua discussão, tem seus limites precisamente nestes dispositivos.

O art. 37, XII, da Constituição Federal, por sua vez, diz respeito ao relacionamento entre os Três Poderes, na medida em que estabelece um teto para a autonomia do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público para a fixação dos vencimentos dos seus servidores. Como se trata da disciplina do exercício de prerrogativas inerentes a cada um dos Chefes de Poder e do Ministério Público, tem-se que o dispositivo em questão traduz detalhamento da cláusula mais geral do princípio da separação de poderes, sendo, pois, preceito fundamental.

### **Do condicionamento das leis que aumentem as despesas à compatibilidade com o plano plurianual**

O plano plurianual tem dentre suas metas a redução das despesas por sua racionalização. Ora, para que o reajuste, por ocasião da discussão da proposta orçamentária, se pudesse fazer factível, mister haveria o aumento de despesas, sem o correspondente aumento de receitas – até porque têm sido aprovados projetos de lei autorizando renúncias de receita, tendo já um deles mantida a eficácia pelo indeferimento da liminar rogada pelo ora requerente -. Assim sendo, o atendimento aos reajustes concedidos às categorias beneficiadas pelas leis ora fustigadas tem por efeito, inequivocamente, o aumento das despesas, contrariando objetivo que vincula a toda a Administração Estadual, porquanto a realização das despesas, no desenho constitucional brasileiro, é a consecução das metas, diretrizes e objetivos que se encontram descritos no plano plurianual. E, assim, a necessidade de obser-

vância deste, que se coloca até mesmo como uma cláusula de barreira ao exercício da atividade parlamentar de apresentação de emendas à proposta orçamentária, emergente do art. 166, § 3º, I, da Constituição Federal, impõe que se deneguem efeitos às leis que simplesmente passem ao largo dele.

Com efeito, a redução de despesas pela sua racionalização pode ser encontrada na Lei do Plano Plurianual – Lei Estadual 11.365, de 5 de agosto de 1999 – como meta do programa 8 – Planejamento Governamental: “reduzir a despesa corrente através da sua racionalização”. E a despesa corrente, como se sabe, é o gênero do qual é espécie a despesa com pessoal. E como a meta fixada tem caráter normativo, por força do art. 2º, IV, da Lei 11.365, já citada, os diplomas impugnados simplesmente desprezaram-na, por procederem ao aumento da despesa com pessoal. E, ao desprezá-la, simplesmente denegaram o caráter cogente que tem o plano plurianual ante quaisquer diplomas que se mostrem aptos ao aumento da despesa pública, com o que se tem afrontado o art. 166, § 3º, I, da Constituição Federal.

**Da necessidade de se evitar o agravamento de uma situação que há anos perdura, isto é, de servidores do Legislativo e do Judiciário percebendo mais que seus assemelhados no Executivo, em franca desarmonia com o comando constitucional pertinente**

É de se observar a necessidade de que o texto do art. 37, XII, da Constituição Federal não se torne um *flatus vocis*. Com efeito, materialmente, o que se verificaria diante da sobrevivência dos diplomas ora impugnados seria justamente a possibilidade de os servidores do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público ganharem mais do que os servidores assemelhados do Poder Executivo. E isto porque os servidores *assemelhados* deste último não receberam qualquer aumento similar a este que agraciou – em virtude da rejeição do veto aposto – os servidores dos demais Poderes e do Ministério Público, justamente para que se observassem rigorosamente os limites com as despesas de pessoal prescritos constitucionalmente. E tal proibição se coloca justamente porque o Executivo, dentre os Três Poderes, é o mais cobrado, em sede de prestação de serviços públicos. Com efeito, é por meio dos servidores que se atendem às necessidades coletivas da população. E a maior parte das necessidades coletivas é atendida por prestações concretas do Poder Executivo. E, para que o Executivo atenda eficientemente às prestações que lhe são cobradas pela população – a segurança para os bens e a integridade física das pessoas, no caso da polícia, a educação, a saúde – é mister que os seus agentes não se situem dentre os pior remunerados, sob pena de haver uma natural evasão daquele de quem se cobra mais atuação para aqueles de quem se cobra atuação, também, mas em menor intensidade. O próprio rol do art. 23 da Constituição Federal é suficiente para demonstrar que é do Executivo que se cobra maior atuação do que dos demais Poderes e do Ministério Público. Efetivamente, diz tal dispositivo, elencando as competências administrativas, que não são levadas a cabo senão por providências concretas que não se comportam no âmbito das atribuições do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público: “É competência **comum** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens

*naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII – preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII – fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI – registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII – estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.”* Como se sabe, muitos dos atos que se praticam no exercício destas competências têm caráter coercitivo e não é ao pessoal administrativo do Legislativo que caberia, validamente, praticar tais atos. E o pessoal do Judiciário também não teria tal competência, até porque se destina a tornar possível a prestação jurisdicional, que nunca é dada de ofício, mas sempre por provocação das partes. Quanto ao Ministério Público, muitas das competências ali elencadas são-lhe absolutamente estranhas, salvo quando existe deficiência no seu desempenho. E, ainda assim, o pessoal administrativo do Ministério Público não agirá como substituto daquele a quem incumbiria em primeiro lugar praticar os atos para o desempenho daquelas competências, mas sim possibilitará aos integrantes do Ministério Público que procedam à cobrança às autoridades competentes para o desempenho daquelas tarefas pelas vias legalmente previstas. Isto é: não desempenharão diretamente nenhuma das competências descritas no art. 23 da Constituição Federal, salvo, evidentemente, a posta na primeira parte do inciso I. Incumbe praticar os atos de ofício ao pessoal integrante da estrutura do Executivo. E isto é axioma consagrado por Miguel Seabra Fagundes, sempre repetido pelos melhores doutrinadores, com o que se está aqui a esgrimir argumento tradicionalmente aceito. Portanto, tem-se demonstrado que é do Executivo que mais se cobra em termos de prestação de serviços públicos. E é por isto que os doutrinadores se pronunciam, sem discrepância: “em todos os casos, os vencimentos dos cargos do Poder Executivo são limites para os dos demais Poderes” (DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO - *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 209). “O sistema de paridade foi consagrado em termos amplos, porquanto o art. 39, § 1º, da Constituição refere-se a vencimentos, que compreendem o valor da remuneração (vencimento) com as vantagens auferidas pelo funcionário, a título de adicionais ou gratificação. Daí resulta que o Legislativo e o Judiciário estão sujeitos, quantitativa e qualitativamente, às vantagens pecuniárias estabelecidas pelo Executivo. Pelas mesmas razões, se a lei retira dos servidores do Executivo determinada vantagem, a sua correspondente na área do Legislativo ou do Judiciário estará automaticamente cancelada, se acarretar disparidade de vencimentos, em face do caráter cogente do art. 37, XII, que é norma de eficácia plena” (HELY LOPES MEIRELLES - *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 374). “O preceito sob comento elimina, pois, a possibilidade de um servidor do Legislativo ou do Judiciário perceber no exercício de idênticas funções mais do que perceberia no Executivo” (CELSO RIBEIRO BASTOS - *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, t. 3, p. 112). O prestigioso MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO leciona:

Chocante é o fato de que, no Brasil, freqüentemente os servidores de um dos poderes percebem vencimentos superiores aos de outro ou outros. Para

corrigir esta distorção que é antiga e persistente, o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, adotou o princípio da paridade (art. 25). Não o repetiram a Constituição de 1967 nem a Emenda n. 1/69, que preferiram estabelecer a regra do teto, **posta como paradigma a retribuição dos servidores do Poder Executivo, norma esta que persiste no direito em vigor (v. art. 37, XII).**

Agora, volta com toda a força o princípio da paridade, quer dizer, a lei deverá, sob pena de contrariar a Constituição e conseqüentemente incidir em inconstitucionalidade, estabelecer igualdade de vencimentos (iguais vencimentos-padrão e iguais vantagens ex facto officii) para os servidores dos três poderes e a fortiori no âmbito do mesmo poder” (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 265)

TOSHIO MUKAI, mesmo comentando o art. 39, § 1º, da Constituição Federal em sua redação originária, demonstra como a alegada isonomia entre os cargos de atribuições iguais e assemelhadas haveria de ter por parâmetro os vencimentos pagos pelo Executivo, exatamente dentro do espírito do inciso XII do art. 37 da Constituição Federal: “a Constituição anterior trazia regra semelhante, limitando-se a dispor que os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderiam ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas (...). É o que dispunha o seu art. 98” (*Administração pública na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 63).

À luz do art. 98, *caput*, da Emenda Constitucional 1/69, cuja redação era a mesma do art. 37, XII, da Constituição de 1988, que ora se invoca, disse a Excelsa Corte:

“É ILEGÍTIMA, NOS TERMOS DO ART. 98 DA C.F., A PERCEPÇÃO DE VENCIMENTOS DOS CARGOS DO PODER LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO SUPERIORES AOS PAGOS PELO EXECUTIVO, PARA CARGOS DE ATRIBUIÇÕES IGUAIS OU ASSEMELHADOS. AO LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO É QUE CABEM FIXAR O TETO DE VENCIMENTOS NÃO SUPERIORES AO EXECUTIVO, E NÃO, O CONTRÁRIO” (AGRAG-120393 / SP. Relator: Min. Djaci Falcão. *DJU* 6 nov 1987).

“PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PARIDADE.- A VINGAR A TESE DOS AGRAVANTES, TER-SE-IA QUE O TEXTO CONSTITUCIONAL, AO INVÉS DE SER - COMO É - LIMITATIVO PARA OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO, LHES TERIA OUTORGADO A FACULDADE DE, INDIRETAMENTE, ALTERAR OS VENCIMENTOS DOS CARGOS DO PODER EXECUTIVO: BASTARIA QUE OS OUTROS DOIS PODERES ATRIBUISSEM A SEUS FUNCIONARIOS VENCIMENTOS MAIS ELEVADOS QUE OS OUTORGADOS AOS DO PODER EXECUTIVO PARA QUE ESTES TIVESSEM OS SEUS ELEVADOS AO NÍVEL DAQUELES. EM OUTRAS PALAVRAS: O LIMITE, AO INVÉS DE RESTRINGIR, SERIA MALEÁVEL TODA VEZ EM QUE FOSSE DESRESPEITADO, AJUSTANDO-SE NA EXATA PROPORÇÃO DO DESRESPEITO, O QUE É IMPOSSÍVEL COM A ESSÊNCIA MESMO DA IDÉIA DE LIMITE.- ASSIM, DECIDIU CORRETAMENTE O ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, SE OS VENCIMENTOS DOS ORA AGRAVANTES CONSTITUEM O TETO PARA OS DOS SERVIDORES DE

IGUAL CATEGORIA DOS OUTROS PODERES, E SE OS VENCIMENTOS DESTES LHE SÃO SUPERIORES, ESTES É QUE SÃO INCONSTITUCIONAIS, NÃO TENDO SENTIDO EQUIPARAR O CERTO AO ERRADO, COM BASE NO PRINCÍPIO DA ISONOMIA, E CONTRA O ENUNCIADO DA SÚMULA 339. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (AGRAG-120432 / SP. Relator: Min. Moreira Alves. *DJU* 11 dez 1987)

E que a agressão ao art. 37, XII, da Constituição é perpetrada pelo diploma atacado temos a prova pelo cotejo do conteúdo das atribuições e pela comparação das remunerações, como se verificará pelas tabelas acostadas à presente exordial e que se consideram parte dela integrante. Por exemplo, um motorista da Assembléia Legislativa tem as mesmas atribuições que um motorista no Poder Executivo embora, mercê de distorções que duraram anos a fio, receba muito mais que o seu congênere.

**A alegada incoerência das razões de veto, que, além de não existir, não arreda a necessidade de observância não só da Constituição como da própria Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000**

Quanto ao especioso argumento da concessão de reajustes aos servidores do Executivo a que se reporta o Parecer pela rejeição do veto, as leis estaduais 11.465, 11.466 e 11.467/2000 – todas anteriores à Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000 - não concederam qualquer reajuste, como se infere de seu texto. Concederam, apenas, realinhamento salarial para as categorias que percebem a mais baixa remuneração no serviço público estadual. Sendo o padrão remuneratório de várias destas categorias em mais de cem vezes inferior ao percebido por magistrados, membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas e por servidores vinculados aos demais Poderes e ao Ministério Público, a base de cálculo sobre a qual incidiriam os percentuais referidos nas leis trazidas aos autos seria apta a arredar a tese pelo parecer de Comissão e Justiça da Assembléia Legislativa erguida, no sentido de que seriam mais gravosos tais realinhamentos do que o aumento nominal da vantagem por eles perseguida. E que os realinhamentos não se podem confundir com reajustes de caráter geral, ao contrário do pretendido no Parecer exarado pela Comissão competente da Assembléia Legislativa, é asseverado pelo Plenário desta Corte:

“Situação fática, consubstanciada na reavaliação remuneratória de duas categorias funcionais (magistério e polícia), sem caráter de reajustamento geral, não estando abrangida, por isso, no comando da decisão tida por desacatada.”(Reclamação 503. Relator: Min. Ilmar Galvão. *DJU* 20 out 1995).

Aqui, aliás, traz-se mais um fundamento a justificar o deferimento da perícia postulada nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/99, ou seja, a demonstração da real repercussão do aumento nominal da vantagem perseguida pelos réus nas finanças do Estado. Além do mais, a própria concessão destes realinhamentos somente se possibilitou em virtude do acordo celebrado com a União, que pôs termo à lide que motivara as ACOs 545, 548 e 552, acordo, este, que é contemporâneo ao envio dos projetos referentes às leis referidas pela Assembléia Legislativa,

e que está materializado no Contrato 452/TN, que ora se anexa. Portanto, repete-se o que se disse para fundamentar o pedido de perícia na ação cível originária 617:

“De mais a mais, os réus não disseram em nenhum momento que tenha havido algum incremento nas receitas tributárias, nas contribuições patrimoniais, industriais, agropecuárias e de serviços e de outras receitas correntes que tornasse possível a conclusão a respeito da inexistência do comprometimento nos percentuais legalmente permitidos. Entretanto, para que não restem dúvidas, é mister verificar se houve algum incremento em qualquer uma destas parcelas, pois, e, ainda, se o incremento que porventura tenha havido em qualquer uma delas não seria compensado por uma diminuição em alguma outra. E mais do que isto: não é qualquer incremento, mas sim um incremento que possibilite chegar à conclusão de que, efetivamente, não haverá o comprometimento no percentual legalmente estabelecido como limite. E, para verificar isto, só mesmo a perícia contábil (...).

Como a capacidade de o caixa estadual fazer face ao gasto que implicaria o aumento objurgado é matéria controvertida, somente com a reconstituição perante um terceiro que esteja sobranceiro às partes, assegurado a elas o direito de apresentar os dados aptos à reconstituição dos fatos é que se poderá verificar da procedência ou improcedência das razões postas pelo autor, afora o fato de que não estaria o aumento da verba de representação autorizado nem na Lei de Diretrizes Orçamentárias para 1999, nem na Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano de 2000. Enquanto não for feita a necessária perícia, o que se terá são as disputas de versões, cabendo ao Judiciário presidir a verificação de qual, dentre elas, corresponderia, efetivamente, à realidade. Por isto que Egas Dirceu Moniz de Aragão, invocando aresto desta Corte, ao comentar o parágrafo único do art. 420 do Código de Processo Civil, diz que a autoridade nele prevista deve “ser exercida com o máximo cuidado, pois nada do que vise a esclarecer a verdade pode ser considerado inútil ou protelatório a priori.” (**Exegese do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Aide, 1984, v. 4, t. 2, p. 147). Se o próprio Tribunal de Contas, ao aprovar a prestação de contas feita pelo ex-Governador Antônio Britto relativa ao exercício imediatamente anterior fez consignar a não demonstração clara do Balanço Geral do Estado, consoante apontado anteriormente, é evidente que somente com o auxílio de profissional habilitado tais obscuridades poderão ser sanadas. É de se lembrar, com Celso Agrícola Barbi, que “no comum dos casos, os conhecimentos técnicos e científicos do juiz são em matéria jurídica, de forma que, quando os fatos escapam desse campo, o exame pericial é necessário” (**Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 1, p. 366). Devemos sempre lembrar, com Moacyr Amaral Santos, “que se trata de um meio de prova. Por esse meio se examinam e se verificam fatos da causa, isto é, colhem-se percepções e fazem-se apreciações, não só para a direta demonstração ou constatação dos fatos que interessam à lide, das causas e conseqüências desses fatos, como também para o esclarecimento dos mesmos. O verbo verificar abrange as funções do perito: verificar é provar a verdade de alguma coisa; é examinar a verdade da coisa; é investigar a verdade; é averiguar; é achar o que é exato” (**Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 4, p. 335). Calha à fiveleta memorar, neste toar, o que disse o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“A perícia judicial somente pode ser dispensada, com base no art. 427 do CPC, se não comprometer o contraditório, vale dizer, quando ambas as partes apresentam desde logo elementos de natureza técnica prestadios a que o juiz forme

a sua convicção. É a exegese que se impõe, pois, fora daí, sequer haveria igualdade no tratamento das partes, que a lei processual manda observar” (REsp 56.963-0. Relator: Min. Costa Leite. **RSTJ** 73/384).

Ainda mais tendo em vista que os réus contestam a veracidade dos balancetes juntados à exordial – isto é, põem em dúvida, até mesmo, o que teria, em princípio, presunção de veracidade e legitimidade, nos termos da doutrina unânime no Direito Administrativo – a perícia se faz de rigor, pois o Estado não teme demonstrar perante este juízo que são verdadeiras as razões em que fundamenta a inexigibilidade do aumento da verba de representação e, ainda, que as causas para tal situação efetivamente existem -. Poderão eles, caso não concordem com os resultados a que chegar o perito, desenvolver amplíssimo contraditório em torno do laudo e apresentar a impugnação que bem entenderem, nos prazos legais. Portanto, não se entende por que a repulsa dos réus à única forma de reconstituir os fatos para que esta Corte aplique o direito à espécie.

A repulsa dos réus à perícia contábil apenas demonstra temerem a reconstituição de um dado fático precioso, isto é: a inexigibilidade de outra conduta, por parte do Chefe do Executivo, senão o veto ao aumento e a discussão da inexigibilidade da obrigação. Com efeito, se o autor afirma que não há como satisfazer o aumento deferido pelo diploma em debate sem desatenção à Lei de Diretrizes Orçamentárias, apontando, ainda, para a possibilidade de se fazerem presentes as hipóteses de incidência para a aplicação das sanções previstas na Lei Complementar 101/2000. Qui pavet vanos metus – escreve o preceptor de Nero, o estóico Lucius Æneus Seneca – veros meretur. Tal verso, posto na boca de CREONTE no **Édipo** cabe como uma luva para caracterizar a postura no processo adotada pelos réus.”

*“O veto, cujos efeitos passaram a prevalecer pela concessão da liminar na ação originária 586 lastreou-se em razões de fato, que foram incorporadas na exordial. O autor, ainda, afirma que não há como satisfazer o aumento deferido pelo diploma em debate sem desatenção à Lei de Diretrizes Orçamentárias, apontando, ainda, para a possibilidade de se fazerem presentes as hipóteses de incidência para a aplicação das sanções previstas na Lei Complementar 101/2000, que entrou em vigor no curso do processo e que deve ser tomada em consideração por força do art. 462 do Código de Processo Civil. Como a capacidade de o caixa estadual fazer face ao gasto que implicaria o aumento objurgado é matéria controvertida, somente com a reconstituição perante um terceiro que esteja sobranceiro às partes, assegurado a elas o direito de apresentar os dados aptos à reconstituição dos fatos é que se poderá verificar da procedência ou improcedência das razões postas pelo autor, afora o fato de que não estaria o aumento da verba de representação autorizado nem na Lei de Diretrizes Orçamentárias para 1999, nem na Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano de 2000. Enquanto não for feita a necessária perícia, o que se terá são as disputas de versões, cabendo ao Judiciário presidir a verificação de qual, dentre elas, corresponderia, efetivamente, à realidade. Se o próprio Tribunal de Contas, ao aprovar a prestação de contas feita pelo ex-Governador Antônio Britto relativa ao exercício imediatamente anterior fez consignar a não demonstração clara do Balanço Geral do Estado, consoante apontado anteriormente, é evidente que somente com o auxílio de profissional habilitado tais obscuridades poderão ser sanadas. Ainda mais tendo em vista que os réus contestam a veracidade dos balancetes juntados à exordial – isto é, põem em dúvida, até mesmo, o que teria, em princípio, presunção de veracidade e legitimidade, nos termos da doutrina unânime no Direito Administrativo – a perícia se faz de rigor, pois o Estado não*

*teme demonstrar perante este juízo que são verdadeiras as razões em que fundamenta a inexigibilidade do aumento da verba de representação e, ainda, que as causas para tal situação efetivamente existem -. Neste caso, reitera-se o pedido de perícia contábil no caixa estadual feito na primeira e na segunda réplicas, sem prejuízo de novas provas que a leitura do laudo ensejar.*

Ainda, tendo em vista que os réus sustentam nas respectivas contestações que o impasse poderia ser superado pela redução dos quadros do Executivo, ao argumento de que este poderia perfeitamente prescindir de todos os seus servidores, requer a realização de perícia econômica, a fim de que se demonstre a imprescindibilidade dos recursos humanos disponíveis no Executivo, sobretudo pela dificuldade adicional criada pela adoção dos Programas de Incentivo ao Desligamento Voluntário.”

De mais a mais, eventual aumento no desempenho da arrecadação pode perfeitamente ser nulificado por renúncias de receitas, e, efetivamente, o Poder Legislativo tem sido bem pródigo em propor e aprovar leis com este intuito. Malgrado todas as iniciativas do Executivo em estancar o desperdício dos recursos provenientes dos contribuintes, através dos vetos, o Legislativo, ao rejeitá-los, tem-no obrigado a procurar o Supremo Tribunal Federal. Estas renúncias, conforme se verifica da informação anexa, implicam um prejuízo mensal, ainda nesta data, enquanto outras não vierem, de R\$ 60.000.000,00. Tanto é verdade que eventual aumento no desempenho da arrecadação pode ser nulificado pela renúncia de receitas que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal, no seu art. 14, prescreve a obrigação de estabelecer mecanismos de compensação a fim de que não se tenha o desfalque do patrimônio público. E nem se diga que esta questão seria impertinente ao presente feito, porquanto, como se sabe, é voz corrente que o Poder Público não pode gastar além da sua receita, e que, havendo perda de receita, a primeira providência é a redução das despesas. É de se lembrar que, havendo renúncia de receitas tributárias, sendo proibida pelo art. 167, X, da Constituição Federal a assunção de dívida contratual para os fins de atender a despesas de pessoal, o atendimento aos aumentos aprovados e ora impugnados se mostraria absolutamente impossível. E nem se diga que bastaria que o Executivo enviasse projeto de lei autorizando suplementação de verba, porquanto, mesmo para esta suplementação, os recursos deveriam sair de algum lugar. E, para compensar isto, com as renúncias de receita seguidamente aprovadas pela Assembléia Legislativa, sem qualquer consideração com a necessidade de se recompor o caixa estadual, de se combater seriamente o déficit público, de acordo com as próprias metas do Governo Federal, não haveria nenhum meio, já que a própria Constituição veda o endividamento estadual para estes fins. Assim se responde ao argumento erguido pelo Legislativo ao propor a rejeição do veto aposto.

Quanto à realização de concurso para preenchimento de vagas no serviço público, também isto não acarreta a procedência do argumento de incoerência com o *animus* de preservação do erário, porquanto sendo o efetivo em termos de pessoal inferior ao exigido para que o serviço possa ser prestado eficientemente à coletividade, a solução adequada é, realmente, o preenchimento das vagas mediante concurso público. E, antes que se diga que tal argumento seria especioso, tendo em vista a possibilidade de contratações emergenciais, que não onerariam o erário por não gerarem vínculos permanentes, é de se salientar que o Supremo Tribunal Federal, ao deferir a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 2.229, relatada pelo Min. Marco Aurélio, disse com todas as letras que, verificada

situação em que o efetivo se mostre insuficiente para atender às demandas da população, a solução não é a contratação emergencial, mas sim a abertura de concurso público. Tese, aliás, esposada por esta Excelsa Corte também neste precedente:

“As modificações introduzidas no artigo 37 da Constituição Federal pela EC 19/98 mantiveram inalterada a redação do inciso **IX**, que cuida de contratação de pessoal por tempo determinado na Administração Pública. (...)”

A regulamentação, contudo, não pode autorizar contratação por tempo determinado, de forma genérica e abrangente de servidores, sem o devido concurso público (CF, artigo 37, II), para cargos típicos de carreira, tais como aqueles relativos à área jurídica.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.125. Relator: Min. Maurício Corrêa. **DJU** 29 set 2000).

Também, sob este ângulo, não procede a alegação posta no Parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia Legislativa para refutar a inconstitucionalidade demonstrada no veto apostado aos projetos de lei em questão.

E antes que se diga que bastaria terceirizar os serviços, para que se atendesse à necessidade de aumentar a eficiência do atendimento às carências coletivas sem que se precisasse aumentar o número de servidores em atividade, basta lembrar que, de acordo com o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade 1.717, relatada pelo Min. Sydney Sanches, nem todas as atividades estatais podem ser terceirizadas, sendo, antes, muitas delas indelegáveis, como é o caso das concernentes à fiscalização sanitária – que têm sido amplamente requisitadas nos últimos tempos, como é sabido -:

“Não parece possível, a um primeiro exame, em face do ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5o, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da C.F., a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais” (ADIMC-1717 . Relator: Min. Sydney Sanches. **DJU** 25 fev 2000).

Assim, também sob este prisma, não se vislumbra, aqui, a incoerência da argumentação deduzida, porque nem todas as atividades estatais podem ser desempenhadas – de acordo com esta Corte, no precedente cuja ementa se transcreveu acima – pela iniciativa privada.

Quanto a nomeações sem concurso, a que também se refere o Parecer da Comissão de Constituição e Justiça, cumpre ressaltar que se trata da nomeação para cargos *existentes*, que têm precisamente as características de cargo de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração pelo Poder Executivo, tal como se lê na parte final do art. 37, II, da Constituição Federal. E a própria razão de ser da existência dos cargos de provimento em comissão é apontada pela abalizada doutrina de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

“Constituem cargos em comissão todos aqueles cujo preenchimento deve depender da confiança do nomeante para o bom andamento da administração.

São, por isso, ditos também cargos de confiança. Tais cargos são aqueles pelos quais se transmitem as diretrizes políticas, para a execução administrativa. Cumpre a seus titulares levar adiante essas linhas de ação, precisá-las em instruções se for o caso e fiscalizar a sua fiel execução. Conforme é de bom senso, essas funções não serão bem exercidas por quem não estiver convencido do seu acerto, não partilhar da mesma visão política. É, pois, essencial para a democracia, na qual a linha política deve em última análise contar com o beneplácito do povo, que certos postos-chave na administração sejam ocupados por servidores devotados ao programa posto em prática pelas autoridades eleitas. Por isso, todo cargo em comissão é de livre nomeação e exoneração, prescindindo, obviamente, de concurso para o seu preenchimento” (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 247).

Quer dizer: a nomeação para cargos em comissão diz respeito apenas e tão-somente à finalidade maior, de interesse transcendente às pessoas físicas que integram o Governo, de não deixar acéfalo o funcionamento da máquina administrativa. Quanto às empresas estatais e fundações de direito privado – que estão excluídas expressamente das limitações do § 1º do art. 169 da Constituição – oportuno transcrever o Parecer da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul 12.540 – Márcia Regina Lusa Cadore Weber, que se lastreia, inclusive, em posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul:

#### PARECER Nº 12540

Empregos de Confiança em Fundações de Direito Privado, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas. Criação mediante ato das respectivas Diretorias. Possibilidade. Revisão dos Pareceres nºs 12.243, 12.283, 12.362 e 12.379.

1. O Exmo. Sr. Secretário de Estado da Ciência e Tecnologia encaminha a esta Procuradoria-Geral do Estado consulta acerca do provimento das funções de confiança na Fundação de Ciência e Tecnologia-CIENTEC, consulta esta que pode ser objetivada em dois quesitos: (a) Faz-se necessária a existência de lei para criação de funções de confiança em fundações de direito privado ou prevalece o disposto na Ordem de Serviço nº 04/1999-2002(D.O.E. de 25.02.99), segundo a qual tal criação pode ocorrer por resolução da diretoria das respectivas entidades?(b) Em sendo aplicável a Ordem de Serviço nº 04/99, qual a correta interpretação da expressão contida no art. 1º, que prevê a criação de duas funções de confiança por Diretoria..

2. É cediço que os fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da sociedade. Daí porque toda a atividade do administrador público deve ser orientada para tal finalidade, valendo lembrar a lição de Ruy Cirne Lima no sentido de que "O fim - e não a vontade-domina todas as formas de administração.(in *Princípios do Direito Administrativo*, 5ª edição, pág. 22). Na busca do bem comum constitui-se atividade primordial da Administração Pública a prestação de serviços públicos à coletividade administrada. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público, portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no

sistema normativo."(in Celso Antônio Bandeira de Melo, 7ª edição, revista, atualizada e ampliada, pág. 400). Na mesma esteira, Hely Lopes Meirelles ao afirmar que serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado(in Direito Administrativo Brasileiro, 17ª edição, pág. 294).

Destas definições se pode inferir que depende da vontade soberana do Estado, motivado pelas exigências de cada povo e de cada época, a qualificação de determinado serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação de forma direta ou indireta, pois há serviços que somente podem ser prestados pelo Poder Público e outros que são comuns ao Estado e aos particulares.(v.g. saúde e educação).

Considerando a essencialidade, a adequação, a finalidade e os destinatários dos serviços públicos, Hely Lopes Meirelles(ob. cit. pág. 295) classifica-os em serviços próprios e impróprios do Estado. Os primeiros são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público(segurança, polícia, higiene e saúdes públicas, etc.) e, portanto, somente podem ser prestados por órgãos ou entidades públicas. Os segundos, por não afetarem substancialmente as necessidades de seus membros, mas objetivarem, apenas, a facilitação da vida da comunidade de forma a proporcionar-lhe maior conforto e bem-estar, podem ser prestados tanto por órgãos estatais, quanto por entidades privadas como, por exemplo, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas. Neste caso, estará presente o denominado serviço descentralizado, vale dizer, aquele que tem sua titularidade ou execução transferida a entidades distintas do próprio Estado. É evidente que tal descentralização deve atender a critérios jurídicos, técnicos e econômicos, que respondem pela legitimidade, eficiência e economicidade na sua prestação, sendo oportuno lembrar, uma vez mais, os ensinamentos de Ruy Cirne Lima(ob. cit. pág. 146), no sentido de que " a descentralização governamental, ou administrativa, é, a seu turno, fundamentalmente, uma forma de divisão do trabalho. Informa-as um princípio econômico".

3. Nesse contexto e considerando os limites da consulta, cumpre examinar o tratamento constitucional conferido às entidades privadas às quais é dado ao Estado transferir a titularidade dos serviços públicos, em especial aquele conferido às fundações de direito privado, como é o caso da CIENTEC.

A figura da fundação tem origem no direito civil, para o qual é necessário haver um instituidor que, por escritura pública ou por testamento, destine um conjunto de bens livres a um determinado fim(art. 24 do Código Civil). Surgiram, no entanto, as fundações criadas pelo Poder Público, com recursos total ou parcialmente públicos, fundações estas que, nos termos do Decreto-Lei nº 200/67, integram a administração indireta. Não obstante a polêmica existente acerca da personalidade jurídica de tais entidades, geradas inclusive pelo tratamento que a elas destinou a Constituição Federal de 1988, parece certo afirmar que o ordenamento jurídico pode atribuir às fundações criadas pelo Poder Público tanto a personalidade jurídica de direito público, quanto a personalidade jurídica de direito privado. Mesmo tendo personalidade jurídica de direito privado, a fundação instituída pelo Poder Público norteia-se, em razão de determinação constitucional, por grande carga de normas de direito público.

Com efeito: sua instituição vem prevista no artigo 37, inciso XIX da Constituição Federal de 1988, segundo o qual somente por lei específica poderá ser autorizada a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e

fundação; submete-se à fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial e contábil dos Tribunais de Contas( arts. 70, 71 e 75 da CF/88) e está jungida a limitações orçamentárias também previstas na Lei Maior(art. 169).

Também no que diz com o seu quadro de pessoal estão as fundações submetidas os princípios e normas insertos no art. 37 da Constituição Federal, dentre os quais destaca-se o ingresso no quadro de pessoal mediante prévia aprovação em concurso público e a dispensa do certame quando se tratar do exercício de cargo ou função de confiança .

Embora submetidas ao princípio do certame público para admissão de seu pessoal permanente, o regime deste nas fundações de direito privado( assim como nas sociedades de economia mista e nas empresas públicas) sempre foi o regime trabalhista. Em tais entidades não existem cargos(próprios do regime estatutário), mas sim empregos públicos, expressamente elencados, aliás, no art. 37, inciso II da CF/88. Nesse sentido, aliás, o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello na obra antes citada, pág. 153/154:

"Desde logo, é claro que o regime dos servidores de sociedades de economia mista, de empresas públicas e de fundações de direito privado acaso instituídas pelo Poder Público será necessariamente o regime trabalhista, jamais o estatutário. Por serem pessoas de direito privado nelas não há cargos públicos, mas apenas empregos. O regime estatutário somente se aplica a ocupantes de cargos públicos. Além disto, no que concerne às referidas entidades estatais que sejam exploradoras de atividades econômicas, existe expressa disposição constitucional estabelecendo regime trabalhista para seus servidores(art. 173 , § 1º)."

4. Se aplicável o inciso II do art. 37 da Constituição Federal às entidades de direito privado integrantes da administração indireta no que diz com o princípio do concurso público, ainda que o pessoal das mesmas esteja sujeito ao regime trabalhista, forçoso é concluir-se que se lhes aplica, também, a segunda parte da mesma norma, referida aos "cargos de confiança". Como visto, em se tratando de entidades privadas, não há que se cogitar de cargos, mas sim de empregos. Assim, tem-se, de rigor, "empregos de confiança", denominação, aliás, expressamente utilizada no § 2º do art. 19 do ADCT/88.

Esta interpretação coaduna-se com o papel que exercem na Administração Pública as empresas públicas, as fundações de direito privado e as sociedades de economia mista. A par de serem entes distintos do Estado e sujeitos a regimentos próprios do direito privado, prestam serviços de utilidade pública e de interesse da coletividade, isto é, realizam atividades de interesse público, estabelecendo, juntamente com o ente estatal, políticas públicas nas áreas em que atuam. Indispensável, pois, que em tais entidades existam empregos em confiança, destinados à transmissão das diretrizes políticas(direção e chefia) e ao assessoramento. Nesse passo, torna-se oportuna a lição de Márcio Cammarosano( in Direito Administrativo na Constituição de 1988, SP, RT, 1991, pág. 169/198) :

"Cargos, funções ou empregos de confiança ou em comissão são apenas aqueles, que dada a natureza das atribuições a serem exercidas por seus ocupantes , justificam exigir deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais ou administrativas a que servem , comum a todos os servidores, mas também comprometimento político, disposição de fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos."

A própria Consolidação das Leis do Trabalho prevê em seu art. 499 os cargos de diretoria, gerência e outros de confiança, para o fins de excepcioná-los da estabilidade no emprego existente quando de sua edição(1943).

A figura do emprego em confiança, aliás, já foi reiteradas vezes reconhecida pelo E. Supremo Tribunal Federal, como exemplifica o precedente abaixo mencionado:

"EMENTA - Assessor Técnico do Senado Federal, emprego de confiança, que, transformado em cargo em comissão(Lei nº 8.112/90, art. 243, § 2º), portanto, de livre exonerabilidade ad nutum, ilide as pretensões de efetividade e estabilidade e o pedido de reintegração de seu antigo ocupante.

1. O contrato de trabalho por prazo indeterminado era o instrumento adequado para o provimento de empregos públicos de confiança, pois o caráter temporário da investidura do seu ocupante não equivale à temporariedade da função.

2. A identificação do predicado 'de confiança' do cargo ou emprego público independe de que como tal seja expressamente denominado, mas resulta, ao contrário, do regime normativo aplicável ao provimento e desprovimento dele.

3. Era de confiança o emprego de Assessor Técnico do Senado Federal, contratado por indicação do Senador a cujo Gabinete se destinasse, para o exercício de funções de assessoramento direto e pessoal e cuja dispensa se daria, ao final do mandato do titular proponente ou, a qualquer tempo, por vontade deste; conseqüentemente, ainda que transformado em cargo em comissão, por força do art. 243, § 2º, Lei 8.112;90, não invalida a a dispensa do antigo ocupante" (Mandado de Segurança nº 21.680-8-Distrito Federal, Sessão Plenária de 10.08.94, decisão publicada no Diário da Justiça de 23.09.94, pág. 25.327).

No mesmo sentido são os precedentes daquela Corte exarados nos Mandados de Segurança nºs 21.101 e 20.933, ambos do Distrito Federal.

Também o E. TRT da 4ª Região, em recente decisão de sua 5ª Turma reconheceu a existência do "emprego em confiança", apreciando demanda contra Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor-FEBEM, que também possui personalidade jurídica de direito privado:

"EMENTA. Artigo 19 do ADCT. Cargo em Comissão. A estabilidade assegurada aos servidores da Administração Direta, Indireta e Fundacional, que ingressaram sem concurso público e contavam com pelo menos cinco anos de exercício continuado não foi estendida aos ocupantes de cargos, funções ou empregos de confiança ou em comissão, por força de disposição expressa no parágrafo 2º do art. 19 do ADCT. Exercente a reclamante de emprego em comissão, durante todo o período anterior à promulgação da Carta Magna, não está ao abrigo da norma do caput." (Acórdão 96.034523-0 REORO-5ª Turma-TRT 4ª Região)

Visto que as fundações de direito privado e empresas estatais podem contar em seus quadros com ocupantes de empregos em confiança, isto é, servidores contratados pelo regime celetista destinados à transmissão das diretrizes políticas(direção e chefia) e ao assessoramento, necessário, para o atendimento da consulta, estabelecer a forma de sua criação, se suficiente ato interno(resolução da diretoria como previsto na OS 4/1999-2002) ou se é preciso lei para fazê-lo, como preconizado no Parecer nº 12.243 desta Procuradoria-Geral do Estado. Esclareça-se que a referida Ordem de Serviço faz referência a "função de confiança" que,

sendo exercida por servidor estranho ao quadro permanente da entidade, pode ser também denominada "emprego em confiança".

Examinando-se, sistematicamente, a legislação que autoriza a criação pelo Poder Público das fundações de direito privado, a finalidade de sua criação e, ainda, a incidência de regras de direito privado nas relações de tais entidades com seus servidores, conclui-se ser desnecessária a existência de lei específica criando os empregos de confiança nas mesmas.

A lei autorizadora da instituição de Fundação de Direito Privado, comumente, estabelece suas finalidades, a competência de sua diretoria, o regime de seu quadro de pessoal, sua organização e funcionamento. É o que ocorre no caso da CIENTEC, cuja instituição foi autorizada pela Lei Estadual nº 6.370/72. Este diploma previa o regime trabalhista para o quadro de pessoal( art. 7º), remetendo ao Estatuto a competência e as atribuições do presidente, bem como a disciplina da organização e funcionamento dos órgãos de administração. Assim, havendo previsão na lei de diretrizes orçamentárias e dotação orçamentária para atender eventual acréscimo de despesas(art. 169, §1º) da CF/88) e desde que observadas as normas estatutárias pertinentes internas, tem a Fundação de Ciência e Tecnologia competência para, via resolução de seus dirigentes, criar funções ou empregos de confiança, tal como autorizado pela OS 04/1999-2000.

Não há que se cogitar aqui de violação ao princípio da legalidade porque a criação via resolução de diretoria, desde que observada as normas estatutárias internas que decorrem da própria lei que autorizou a instituição da Fundação atende, sem dúvida, a dito princípio.

Mais. Não se pode olvidar que criação de entidades de direito privado foi motivada por razões de economicidade para o Poder Público. Ou a entidade detém certo grau de autonomia para fins de gerenciamento interno sempre, é óbvio, sob os controles previstos em lei, ou teria sido desnecessária sua criação. Desta forma, e rogando vênias ao que entendem de forma diversa, não seria lógico e nem razoável que Poder Legislativo tivesse que apreciar leis aprovando quadro empregos de confiança em entidades cuja criação já havia autorizado e cujos dirigentes possuem poderes de gestão que decorrem destas mesmas leis.

**A legalidade dos empregos em confiança já foi inclusive objeto de exame pelo Tribunal de Contas deste Estado, cujo posicionamento se pode inferir da leitura de excerto do Parecer nº 207/92: " O Senhor Diretor Presidente da Fundação de Atendimento ao Deficiente e ao Superdotado no Rio Grande do Sul formula consulta a esta Corte a respeito do procedimento a ser adotado para a contratação de empregados para o exercício de funções de confiança(...)O Quadro geral de Pessoal da FADERS foi aprovado por ato do Sr. Governador em 24.08.90-Proc.nº 17111-24.00/90-1. Como se verifica, e com o permissivo consolidado, a entidade adotou a criação de funções de confiança em seu quadro ainda que sob regime de emprego, mediante dois critérios(a) as funções de confiança exercidas por empregados já integrantes do quadro, mediante prévio processo de recrutamento e seleção, e ainda, ocupantes de cargos em comissão de servidores e funcionários cedidos (b) as funções de confiança também podem ser exercidas por não empregados, aos quais corresponde função específica. Estes últimos não integrantes do quadro, são os denominados gerentes ou prepostos, os quais, embora contratados, não integram o quadro permanente, são admitidos livremente e da mesma forma demitidos. A confiança para estes ocupantes de funções especiais decorre da relação com a autoridade que lhe outorga esta característica, resolvendo-se dis-**

**criconariamente ou quando extinto ou concluído o mandato diretivo da autoridade.** Não há inconstitucionalidade nessas admissões, afirmando-se, contudo, que são empregados regidos pela C.L.T., cuja demissão é previsível desde a sua admissão. Os precedentes desta Corte firmaram orientação em consultas idênticas, das quais se destaca o processo nº 00985/91-5-Metroplan-decidido pelo Egrégio Pleno em sessão de 3-4-91."

5. O mesmo raciocínio pode ser aplicado na criação do quadro de empregos permanentes, isto é, empregos públicos cujo ingresso deva ocorrer mediante concurso público(art.37, II da CF/88). Observada a lei que criou a fundação e demais normas aplicáveis, pode tal entidade criar seu quadro permanente que, de resto, vem previsto na própria Consolidação das Leis do Trabalho(art. 461, § 2º) diploma que, com os temperamentos advindos da própria Lei Maior, rege as relações entre as fundações privadas e seus servidores que, no caso, denominam-se empregados. É de salientar-se que a Justiça do Trabalho tem, reiteradas vezes, em demandas nas quais se controverte acerca de equiparação salarial, considerado válidos os quadros de empregos permanentes criados por atos internos das respectivas entidades integrantes da Administração Pública, dispensando, inclusive, a homologação pelo Ministério do Trabalho.

E nem poderia ser diferente, considerando a capacidade de auto-administração que detém as entidades integrantes da administração indireta, capacidade esta, enfatize-se, que foi outorgada pelas próprias leis que autorizaram a criação das mesmas.

No caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista, vislumbra-se com clareza ainda a possibilidade de criação, por resolução interna, do quadro de empregos permanentes e empregos de confiança. Isso porque própria Constituição Federal, no art. 173, determina a sujeição ao regime de direito privado no pertinente às obrigações trabalhistas, civis, comerciais e tributárias das sociedades de economia mista e das empresas públicas que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços. Se é o regime privado que deve vigorar no âmbito de tais entidades quanto às obrigações trabalhistas, só se pode cogitar de emprego público, como inclusive mencionado no item 3 supra E emprego público é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, não se exigindo lei para sua criação, exigência prevista apenas para o cargo público. Oportuno referir, a propósito, a lição de Diógenes Gasparini: "cargo público é o menor centro de competência da organização central da administração pública, criado por lei, com denominação própria, número certo e remunerado pelos cofres públicos(...) Não se confunde, pois, com função pública. Esta é, apenas, a atribuição cometida a determinado agente público. Tampouco se confunde com emprego público. Este é o regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.(in Direito Administrativo, Saraiva, 1989, pág. 131), e de Celso Antônio Bandeira de Mello quando afirma que "cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo(...) com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de direito público e criadas por lei(...) Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista. Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra algumas inevitáveis influências advindas da natureza governamental da contratante, basicamente, é a que se aplica aos contratos trabalhistas em geral; portanto a prevista na Consolidação das Leis do Trabalho."(ob. cit. pág. 139/140).

A exigência de lei específica para a criação do quadro de empregos permanentes e de confiança nas entidades de direito privado integrantes da admi-

nistração indireta, constituir-se-ia em indevida ingerência do Poder Legislativo na administração das mesmas, ingerência esta que não encontra qualquer amparo nas normas constitucionais em vigor. E em se tratando de entes integrantes da Administração Pública, que são dotados de personalidade jurídica e patrimônio próprios, a tutela de seus atos "não se presume; ela se constitui de uma soma de competências particulares atribuídas explicitamente por lei, que não podem ser acrescidas nem por analogia." (in Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, Ed. Atlas, 1994, pág. 345).

É evidente - e seria até desnecessário referir - que a criação de empregos de confiança, além de submeter-se às normas estatutárias de cada entidade, deve ser informada pelo princípio da moralidade, de forma não constituir-se burla ao concurso público e ter por finalidade o atendimento das funções de assessoramento, direção e chefia. Oportuno lembrar, aqui, as recomendações feitas pela ilustre Procuradora do Estado Marisa Soares Grassi no Parecer nº 9440: "Por outro lado, o preenchimento de funções comissionadas na Administração Indireta dispensa a aprovação em concurso público se estiverem previamente previstos no Plano de Cargos e Salários aprovados segundo as normas estatutárias e demais regras em vigor, como já assinalados criados em número, atribuições, remuneração e regime de trabalho certos. Importante ressaltar que a aprovação deverá ser antecedida de estudos de ordem técnica e jurídica propriamente dita, não sendo suficiente a aprovação formal do Plano. Assim, o aumento ou mesmo a fixação do número de funções comissionadas deverão representar as reais necessidades da entidade, não podendo, por exemplo, seu quantum ser fixado desproporcionalmente ao de empregos permanentes."

Na espécie, existem claras limitações à criação dos empregos de confiança, limitações estas que serão a seguir explicitadas e que estão contidas na OS 04/1999-2002, expedida pelo Exmo. Sr. Governador no exercício da direção superior da administração estadual (art. 82, inciso II da Carta Provincial), limitações estas que, obviamente, devem ser necessariamente observadas pelas entidades já mencionadas.

6. Sendo possível a criação de empregos de confiança na forma antes exposta e aplicável, assim, a OS 04/1999-2002, cumpre enfrentar o segundo quesito proposto, alusivo à interpretação do referido ato normativo.

O art. 1º da aludida Ordem de Serviço autoriza os Dirigentes das Fundações de Direito Privado e Sociedades de Economia Mista a criarem, mediante resolução, até duas funções de confiança por Diretoria. Já o parágrafo único dispõe que o provimento das funções de confiança referidas no artigo 1º deve observar o máximo de 80% (oitenta por cento) dos cargos disponíveis.

Ora, a compatibilização do caput com o art. 1º parágrafo único somente é possível se entendermos ser viável às diferentes diretorias de cada entidade possuírem dois empregos de confiança. Caso contrário, o limitador contido no parágrafo único seria absolutamente desnecessário, bastando afirmar-se a possibilidade de criar-se apenas um emprego de confiança por empresa ou fundação. Já no parágrafo único do art. 3º a expressão Diretoria está referida ao colegiado de órgãos diretivos de cada entidade, tendo sentido diverso, pois, da acepção utilizada no art. 1º. Esta interpretação, cumpre enfatizar, é a única possível para que nenhum dispositivo da OS 04/1999-2002 seja considerado inútil. Tal, é importante mencionar, revogou de forma expressa a OS 34/95-98, pelo que a autorização nela contida não pode ser considerada como um acréscimo aos empregos já criados com base nesta.

A dúvida da consulente diz com sua estruturação interna, na medida em que, segundo afirma, possui duas superintendências que, de fato, funcionam como diretoria e, ainda, uma diretoria executiva. Da leitura da OS 04/1999-2002 se depreende que somente podem ter empregos de confiança diretorias, isto é, órgãos com função de estabelecer diretrizes, com atribuições de direção. É para auxiliar nestas tarefas, inclusive, que se autoriza a contratação de empregados de confiança. Assim, ainda que o órgão diretivo de determinada entidade não se denomine diretoria, mas, por exemplo, superintendência, é possível a criação de empregos de confiança. Mas, enfatize-se, deve tal superintendência, de acordo com as normas que criaram e regem entidade, ter efetiva função diretiva

Em conclusão e sintetizando o quanto acima aduzido:

a) é desnecessária a existência de lei específica criando empregos de confiança em fundações privadas e sociedades de economia mista, sendo possível sua criação por ato interno das mesmas, desde que sejam fixados em tal ato o número, as atribuições, a remuneração e o regime de trabalho e que se observem as normas constitucionais, legais, estatutárias e, ainda, a OS 4/1999-2002;

b) é possível a contratação de empregos de confiança para órgãos diretivos da empresa ainda que não se denominem diretoria, mas exerçam, efetivamente e segundo as normas pertinentes, funções de direção;

É o parecer.

À consideração superior

Porto Alegre, 07 de junho de 1999

Márcia Regina Lusa Cadore Weber

Procuradora do Estado

Processo nº 000332-25.52/99.5

Acolho as conclusões do PARECER nº 12540, do Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado, de autoria da Procuradora do Estado Doutora MÁRCIA REGINA LUSA CADORE WEBER.

Encaminhe-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Ciência e Tecnologia.

Em 18 de junho de 1999.

Paulo Peretti Torelly,

Procurador-Geral do Estado.

Vê-se, mesmo em relação às empresas estatais e fundações de direito privado, portanto, que houve, inclusive, *redução* e não ampliação do número de cargos, empregos e funções de confiança, e isto muito antes de entrar em vigor a Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, consoante as palavras grifadas pelos signatários. Também sob este viés se mostra absolutamente improcedente a argumentação desenvolvida para a rejeição do veto.

Também não se pretenda que, em primeiro lugar, deveria o Executivo proceder à redução do quadro de pessoal. As providências dos §§ 3º e 4º do artigo 169, no dizer de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, hão de se adotar “sucessivamente e na medida em que bastem” (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 230). As medidas dos §§ 3º e 4º somente devem ser

adotadas no caso de fracassar a não-concessão de aumentos e reajustes aos servidores. E, quanto aos serviços que são cobrados do Executivo – muitos arrolados no art. 23 da Constituição, transcrito nesta peça – é oportuno lembrar o que diz JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, para os efeitos de se aquilatar da necessidade ou desnecessidade de pessoal neste âmbito: “o serviço público não é automático. É ligado à iniciativa pessoal, que o põe em movimento” (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v. 7, p. 2.359).

E, de outra parte, o impacto sobre as finanças públicas não seria menor pelo simples fato de se cobrar coerência do ora proponente. Mesmo que fosse de se confundir o realinhamento concernente aos setores pior remunerados do Estado com reajustes de caráter geral – confusão que esta Corte, consoante visto, não admite –, a repercussão é um fato *matemático*, que não seria arredado pelo fato de se concederem “por coerência” reajustes aos servidores do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público. Cabe ressaltar que o Estado, como um todo, em 1999 despendeu 79, 1% da Receita Corrente Líquida com pessoal, como se pode ver da informação anexa. Considerando o fato da aprovação de projetos de iniciativa parlamentar determinando renúncias de receita, o percentual de comprometimento tenderia a aumentar, por uma razão de aritmética elementar. Com efeito, a despesa de pessoal constitui uma parcela que se subtrai da receita global. Quando esta não é aumentada e a despesa de pessoal o é, o percentual de comprometimento, necessariamente, aumenta. Quando se mantém o valor da despesa fixo, mas a receita é diminuída, também aumenta o percentual de comprometimento. Quando o valor da despesa aumenta e o valor da receita diminui, é óbvio que aumenta o percentual de comprometimento. Deixando em termos mais claros:

Para R = Receita, D = Despesa com Pessoal, S = Saldo, temos a seguinte fórmula:

$$R - D = S$$

Como o saldo constitui o que resta para a satisfação das demais despesas, é evidente que se deve considerar que sobre ele incidem as verbas constitucionalmente vinculadas.

Tomando-se um número natural diferente de zero, que se designará por “a”, figuremos a situação em que a receita não aumente (isto é, em que não haja nenhuma fonte de aumento da receita) e em que a receita aumente e a despesa aumente:

$$R - (D + a) = S - a$$

Tomando-se este mesmo número natural, figuremos a situação em que a despesa não aumente, mas a receita diminua, em razão das renúncias aprovadas pelo Parlamento:

$$(R - a) - D = S - a$$

Figure-se, agora, a situação em que a receita diminua e a despesa aumente, na mesma proporção:

$$(R - a) - (D + a) = S - 2a$$

É evidente que  $S - 2a$  constitui uma quantia menor do que  $S - a$  e que  $S - a$  constitui uma quantia menor que  $S$ .

Tomemos, agora, um outro modelo. Suponhamos, aqui, um número natural “b”, também diferente de zero e diferente de “a”. E coloquemos a fórmula seguinte:

$$(R - b) - (D + a) = S - (b + a)$$

Ora, é indubitável que  $S - (b + a)$  constitui uma quantia menor do que  $S - a$ , pela própria regra segundo a qual aumentando-se a parcela subtraída, diminui o que resta. E, por sua vez,  $S - a$ , consoante demonstrado anteriormente, constitui uma quantia menor do que  $S$ .

Agora, figuremos outra situação. Suponhamos a diminuição da despesa sem aumento nem diminuição de receita. Teremos, aí, a seguinte equação:

$$R - (D - a) = S + a$$

$S + a$  constitui, evidentemente, um valor maior do que  $S$ . Suponhamos, ainda, a hipótese em que haja aumento de receita sem que haja aumento ou diminuição da receita. Teremos:

$$(R + a) - D = S + a$$

Vamos, agora, a outra hipótese: aumento de receita e diminuição de receita na mesma proporção. Teremos:

$$(R + a) - (D - a) = S + 2a$$

$S + 2a$  constitui um valor maior do que  $S + a$ , que, por sua vez, constitui um valor maior do que  $S$ . Trabalhemos agora com outra hipótese: a da diminuição da receita na mesma proporção que a diminuição da despesa:

$$(R - a) - (D - a) = S$$

Como se pode ver, nesta hipótese, chega-se a situação semelhante à que ocorreria se não houvesse nem aumento nem perda de receita e nem aumento nem diminuição da despesa. Mas, vamos trabalhar, agora, com outra hipótese: a da diminuição da receita em proporção diversa da diminuição da despesa. Teremos:

$$(R - a) - (D - b) = S + (b - a)$$

Para que  $S + (b - a)$  seja maior que  $S$ , é necessário que  $b$  seja maior do que  $a$ , pois se  $a$  for maior que  $b$ , o que se terá será um valor inferior a  $S$ . ou seja:

$$S + (b - a) > S \Rightarrow b - a > 0 \Rightarrow b > a$$

Vamos, agora, trabalhar com outra hipótese. A do aumento da receita em proporção diversa em relação ao aumento da despesa:

$$(R + b) - (D + a) = S + (b - a)$$

Nesta hipótese, também será necessário que  $b$  seja maior do que  $a$  para o resultado seja maior do que  $S$ .

Destarte, fica demonstrado que, num contexto em que se aprovam medidas de que decorra renúncia de receitas, o combate ao déficit público impõe que se estancem as despesas, sob pena de o Estado não poder atender ao que dele é exigido por força, até mesmo, de disposições constitucionais, como as do art. 23 transcrito anteriormente. E fica demonstrado, também, que o aumento de receitas deve ser proporcionalmente maior do que o aumento de despesas para. E que isto nada tem que ver com “coerência”, “posicionamentos políticos” e quejandos, mas sim com um dado de fato, comprovado pela própria matemática, que é a mesma qualquer que seja o lugar em que a ela se recorra.

Se supusermos, outrossim, que  $S$  seja exatamente o percentual que sobra quando observados os limites do art. 169 da Constituição Federal, veremos que os valores que lhe forem inferiores serão infringentes a seus limites, enquanto os que lhe forem superiores serão indicativo de que as finanças do Estado estariam próximas do saneamento. Mas isto, ainda, não é suficiente, dado que existem os percentuais constitucionalmente vinculados, aos quais se designará por  $V$ . O que sobrar, após a subtração de  $V$ , é o que financiará o restante da atividade administrativa do Estado ( $S - V$ ). Portanto,  $S$ , necessariamente, tem de ser maior do que  $V$ . Ou, matematicamente:

$$S - V = S1$$

$$S1 > 0 \Rightarrow S - V > 0 \Rightarrow S > V$$

E nem se pretenda que o Estado poderia obter financiamento para atender a tais aumentos, tendo em vista que o art. 167, X, da Constituição Federal se apresenta como obstáculo intransponível a operações desta natureza. Como ensina MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES, “a preocupação com economia de recursos públicos e adequação urgente de todos os entes da federação, inclusive os Municípios, à nova sistemática de retribuição pecuniária foi tanta que determinou a inclusão de uma nova vedação na disciplina orçamentária. Consiste esta na proibição de se proceder à transferência voluntária de recursos, inclusive por antecipação de receita, pelos governos federal e estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (*Comentários à reforma administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 162). CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a propósito, diz o seguinte: “nos termos do art. 167, X, estão vedadas a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, mesmo que por antecipação de receitas, pelos Governos federal, estaduais e suas instituições financeiras para pagamento de despesas com pessoal” (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 233).

Outrossim, não existe dotação orçamentária suficiente para o atendimento dos reajustes. E tanto não existe que, assim que rejeitados os vetos, houve pedido de suplementação de verba formulado pelo Presidente do Tribunal de Justiça, no Ofício 441/2000, de acordo com o que se lê abaixo:

*“Ao cumprimentar Vossa Excelência, tenho a honra de solicitar-lhe, dentro das prerrogativas constitucionais vigentes, a indispensável abertura de crédito suplementar para atender gastos com folha de pessoal, em decorrência dos efeitos da Lei nº 11.522/00, hoje publicada no Diário Oficial nº 166, à fl. 03, que reajustou os vencimentos dos servidores do Poder Judiciário e deu outras providências. O montante necessário a ser suplementado é de R\$ 47.972.943,00, sendo R\$ 43.018.551,00 de competência do presente exercício e R\$ 4.954.392,00 referentes aos meses de novembro, dezembro e 13º salário do ano de 1999.*

*“Para suporte ao crédito tomamos a liberdade de indicar recursos provenientes da atividade 2899 da unidade orçamentária 3401 –Reserva de Contingência, para tal fim, e os decorrentes do excesso de arrecadação do ICMS previsto para o corrente exercício. Indispensável referir que ingressaram nos cofres do erário estadual receitas de capital extras, superiores a 200 milhões de reais, decorrentes da negociação da carteira imobiliária da ex- Caixa Econômica Estadual, o que vem a permitir uma maior flexibilização das receitas correntes, ao liberar verbas existentes para outras prioridades.” (cópia em anexo).*

E a realização de despesa sem dotação orçamentária suficiente é considerada vedada pelo art. 167, I, da Constituição Federal. E, não bastasse esta regra genérica, cujo desatendimento implica a configuração, inclusive, de crime de responsabilidade, há a regra específica do art. 169, parágrafo 1º, I, da Constituição. Ou a dotação orçamentária se há de mostrar suficiente, mostrando-se desnecessário aumentar a carga sobre os contribuintes, isto é, ou a dotação orçamentária se há de ser passível de suportar a despesa decorrente, ou não haverá como se realizar tal despesa. A ofensa ao art. 169, § 1º, I, da Constituição Federal se mostra gritante,

neste sentido, porque a suficiência da dotação orçamentária pressupõe o seguinte: em primeiro lugar, que o numerário disponível, correspondente àquela dotação, não seja ultrapassado pela despesa gerada pelo aumento. Em segundo lugar, que não se comprometam as outras despesas que o Estado deve, efetivamente, fazer para atender às verbas constitucionalmente vinculadas. Em terceiro lugar, que não se comprometam as despesas voltadas à satisfação de necessidades coletivas efetivamente diagnosticadas. O que asserido por JOSÉ AFONSO DA SILVA em obra clássica escrita à luz da Constituição de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda nº 1/69 mostra-se plenamente aplicável: “o princípio da legalidade da despesa impõe que esta se realize segundo um procedimento documentado, para que se saiba a qualquer momento que despesa foi realizada em cada dotação orçamentária, ou de crédito adicional, qual o saldo da dotação e, conseqüentemente, qual a disponibilidade existente” (*Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 334). JOSÉ CRETILLA JÚNIOR assim escande o conceito de suficiência da dotação orçamentária contida no inciso I do § 1º do art. 169 da Constituição Federal, apontado como violado: “(a) somente se admitirá a dotação, verba afetada à despesa de pessoal, se houver, nos cofres públicos, em contrapartida, o dinheiro correspondente do qual se possa tirar a quantia mencionada; (b) somente se permitirá a dotação se houver estrita relação entre os meios existentes e a despesa do total, porque, caso contrário, ocorrerá o déficit; c) dotação é cômputo orçamentário, como parcela distinta da despesa total” (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v. 7, p. 3.833). IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, por seu turno, ao precisar o caráter da suficiente previsão orçamentária, ensina que “a suficiência se vincula a dois aspectos de particular importância. O primeiro refere-se, como já disse, a que a dotação não pode ser genérica e sem especificações de meios, mas deve ser pormenorizada com os meios discriminados para atender a elevação do nível de gastos. O segundo elemento de suficiência deve ser examinado à luz dos recursos disponíveis para outras atividades, com as prioridades pertinentes” (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1991, v. 6, t. 2, p. 398). Portanto, vê-se que os conceitos que estão a informar o entendimento do requerente integram o senso comum do que se entenda por critérios realistas quanto à despesa de pessoal, critérios, estes, que são esposados pelo inciso I do § 1º do art. 169 da Constituição Federal, violado pelos diplomas fustigados.

#### DO PERICULUM IN MORA

O abalo na receita estadual, a se manter a eficácia das leis que concederam os reajustes, é evidente sobremaneira, diante de leis de iniciativa estranha ao Executivo que têm sido aprovadas pelo Parlamento gaúcho, determinando renúncias de receita, que tornarão praticamente impossível a satisfação, a cada mês, das obrigações delas decorrentes. Mesmo com a possibilidade de se recorrer à apresentação ao Parlamento de projetos de lei autorizativa da transposição de verbas, subtraindo, assim, quantias destinadas a outras rubricas, o fato é que, ao final, chegar-se-á ao exaurimento das possibilidades do Erário – e isto se mostra gravíssimo, considerando a necessidade de se priorizarem as verbas constitucionalmente vinculadas.

Esta demanda há de ser compreendida dentro do esforço para atender às prescrições constitucionais e legais para o saneamento das finanças públicas. A Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, se foi editada pelo Poder Central,

no exercício de competência posta nos arts. 163, I, 165, § 9º, I e II, e 169, teve o objetivo de estabelecer as normas gerais para que não se visse a política fiscal nacional derruída pela imprevidência nos gastos do dinheiro dos contribuintes. Se o Executivo estadual, simplesmente, deixasse de vir a esta Excelsa Corte, e sancionasse os projetos que acabaram resultando nos diplomas ora objurgados, e determinasse a realização dos pagamentos, estaria sujeito às sanções da Lei Complementar em questão. E, para demonstrar se as sanções seriam ou não seriam arrazoadas, seria obrigado a demandar a União Federal, com o que se estaria diante de uma perturbação ao equilíbrio que deve reinar nas relações entre as unidades federadas.

Se o Poder Legislativo, desacatando diploma por ele próprio aprovado – porquanto a Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano de 2001 é clara, no seu artigo 2º quanto à necessidade de rigorosa observância da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e tal dispositivo não foi questionado pelo ora requerente, nem tampouco pela Mesa da Assembléia Legislativa – pretender aprovar emenda à proposta orçamentária em desarmonia com o disposto no art. 166, § 3º, I, da Constituição Federal para o fim de possibilitar o atendimento a tais reajustes, haverá o risco de aplicação das sanções previstas no art. 23 da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000 caso o requerente venha a ter de sancionar o produto de tais emendas. E isto ele terá de fazer, caso não seja concedida a suspensão liminar dos diplomas ora impugnados. E havendo a aplicação das sanções, para demonstrar a razoabilidade do seu proceder, seria obrigado a demandar a União Federal. Quer dizer: qualquer que fosse a atitude que tomasse, teria de vir ao Supremo Tribunal Federal. E entre discutir os pontos de uma relação equilibrada em nível de Federação e discutir os pontos de equilíbrio no âmbito dos Poderes locais, o mal menor é, efetivamente, o segundo.

Assim, o *periculum in mora* se configura pela ultrapassagem das possibilidades orçamentárias em decorrência do aumento em questão e pela total impossibilidade que os dispositivos ora impugnados terminam por lançar o ora requerente no que se refere ao atendimento das prescrições da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

Em face do exposto, requer:

- a) a suspensão liminar da eficácia das leis atacadas, bem como a comunicação ao Tribunal de Justiça para que suspenda o andamento dos mandados de segurança nº 70001653385 e, até que esta Corte se pronuncie sobre o mérito da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental;
- b) a notificação do Excelentíssimo Senhor Presidente da Assembléia Legislativa, do Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça e do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para prestarem as informações que entenderem cabíveis, no prazo legal;
- c) seja procedida à realização do exame pericial, tal como o permite o § 1º do art. 6º da Lei 9.882/99, para o fim de se demonstrar não apenas a presença da ultrapassagem dos limites postos pelo art. 169 da Constituição como também a percepção, por parte dos servidores agraciados, de valores

superiores aos de seus assemelhados no Poder Executivo, que não receberam qualquer reajuste ou aumento;

d) seja julgado procedente o pedido para (1) pronunciar a inconstitucionalidade dos reajustes instituídos pelas Leis Estaduais 11.522, 11.523 e 11.524, de 2000, expungindo do mundo jurídico os diplomas referidos ou, sucessivamente (2) pronunciar-lhes a ineficácia enquanto não se chegar ao percentual máximo permitido para o comprometimento das despesas com pessoal;

e) seja intimado o Representante do Ministério Público Federal;

f) de qualquer sorte, seja dada ciência da decisão que nesta se proferir ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de que dê aos feitos referidos na letra “a” do presente pedido solução compatível com a que estabelecer esta Corte.

Dá à presente o valor de R\$ 1000,00.

**Olívio Dutra**

*Governador do Estado do Rio Grande do Sul*

**Paulo Peretti Torelly**

Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul

OAB/RS 26.208 Mat. 1264.0760

**Ricardo Antônio Lucas Camargo**

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

OAB/RS 32.364-A Mat. 1305.8622





