RUY SAMUEL ESPÍNDOLA

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DEMOCRACIA

Prefácio: Néviton Guedes

HABITUS
EDITORA

Copyright© *2019 by Ruy Samuel Espíndola*

Produção Editorial: Habitus Editora
Editor Responsável: Israel Vilela
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

As ideias e opiniões expressas neste livro são de exclusiva responsabilidade dos Autores, não refletindo, necessariamente, a opinião desta Editora.

CONSELHO EDITORIAL:

Alceu de Oliveira Pinto Junior / UNIVALI
Cláudio Macedo de Souza / UFSC
Edmundo José de Bastos Júnior/ UFSC- ESMESC
Flaviano Vetter Tauscheck / CESUSC-ESA-OAB/SC
Geyson Gonçalves / CESUSC - ESA OAB/SC
Jorge Luis Villada / UCASAL - (Argentina)
Juliano Keller do Valle / UNIVALI
Marcelo Bauer Pertille / UNIVALI
Marcelo Buzaglo Dantas / UNIVALI
Antonio Carlos Brasil Pinto / UFSC
Dirajaia Esse Pruner / Univali - AMATRA XII
Fernando Luz da Gama Lobo D'Eça / IES - FASC
Francisco Bissoli Filho / UFSC
Gilsilene Passon P. Francischetto / UC (Portugal) - FDV/ES
Juan Carlos Vezzulla / IMAP (Portugal)
Lauro Ballock / UNISUL
Marcelo Gomes Silva / UFSC
Nazareno Marcineiro /UFSC - Academia da PMSC

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

E77p

Espíndola, Ruy Samuel.
Princípios Constitucionais e Democracia / Ruy Samuel Espíndola
1ª ed. – Florianópolis: Habitus, 2019.
260 p.; 15,5x22,5 cm
ISBN 978-85-88283-93-0
1. Direito Constitucional 2. Democracia - Brasil I. Título
CDU 341.2

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.
A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e seus §§ 1º, 2º e 3º, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n° 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à ***Habitus Editora***
www.habituseditora.com.br – habituseditora@gmail.com

HABITUS

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

RUY SAMUEL ESPÍNDOLA

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DEMOCRACIA

HABITUS

Florianópolis
2019

Homenageio *dois Mestres dos Mestres que muito influenciaram minha formação jurídica, filosófica e política, não obstante as distâncias temporais e espaciais, vencidas no estudo de suas obras e biografias: Ruy Barbosa e Norberto Bobbio.*

Exalto *a riqueza de ensinamentos e do convívio acadêmico de excelência obtida em duas Universidades que me fizeram Bacharel e Mestre em Direito, às quais agradeço, nas pessoas de seus Magníficos Reitores em mandato quando da publicação desta obra: Profa. Dra. Márcia Cristina Sardá Espíndola, Reitora da FURB, minha cunhada, esposa de meu irmão Glauco Anderson Espíndola; e ao Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar, Reitor da UFSC, meu amigo e confrade de Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ).*

Agradeço *ao Constitucionalista Néviton Guedes, Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra e Desembargador Federal do TRF1, uma vez mais, pelo estímulo à organização e publicação desta obra, e por tantos outros tesouros do espírito que a fraterna amizade que nos uniu, há mais de cinco lustros, tem me propiciado.*

Dedico *aos meus queridos amigos e leais companheiros de caminhada na Espíndola e Valgas, Advogados Associados: Rodrigo Valgas dos Santos, Paulo Afonso Malheiros Cabral e Alexandre Francisco Cavallazzi Mendonça (e ao Xande, mais uma vez, agradeço a correção dos originais).*

Sumário

PREFÁCIO 9

NOTA DO AUTOR 14

TEXTO I

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ATIVIDADE JURÍDICO-ADMINISTRATIVA: ***ANOTAÇÕES EM TORNO DE QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS.*** 20

TEXTO II

SEPARAÇÃO DE PODERES, LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E ANUÊNCIA LEGISLATIVA PARA AQUISIÇÃO DE IMÓVEL POR DOAÇÃO *(PARECER JURÍDICO)* 58

TEXTO III

PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO JUDICIAL E AÇÃO DE IMPROBIDADE: *A VALIDADE DA DECISÃO QUE ACOLHE OU REJEITA A INICIAL E OS MEIOS DE SUA IMPUGNAÇÃO* 96

TEXTO IV

LEI FICHA LIMPA ESTADUAL E LIMITES CONSTITUCIONAIS DE SUA PRODUÇÃO LEGISLATIVA: *ANÁLISE DA "INACESSIBILIDADE A CARGOS EM COMISSÃO" POR CONDENADOS POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SEM TRÂNSITO EM JULGADO – O CASO CATARINENSE* . . 106

TEXTO V

PRINCÍPIOS E RETORNO DO PÊNDULO: *CRÍTICA AO NEOCONSTITUCIONALISMO* 130

TEXTO VI

A CONSTITUIÇÃO COMO GARANTIA DA DEMOCRACIA: *O PAPEL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS* 134

TEXTO VII

OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: ***O QUE DEVEMOS COMEMORAR E O QUE PRECISAMOS SUPERAR?*** 152

TEXTO VIII

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: *AUTOCONVOCAÇÃO DE REFERENDOS E PLEBISCITOS PELA POPULAÇÃO* 171

TEXTO IX

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E DIREITO À LIBERDADE: *UM APORTE REFLEXIVO A PARTIR DO FILME "A VIDA DOS OUTROS"* 190

TEXTO X

ÉTICA DO ESTADO DE DIREITO *VERSUS* ÉTICA DO ESTADO DE POLÍCIA: *DIMENSÕES CRÍTICAS DE NOSSO TEMPO.* 202

TEXTO XI

A POSSE DA MINISTRA E O MORALISMO (IN)JURÍDICO *OU DE COMO A CONSTITUIÇÃO ESTÁ COM SÉRIO DÉFICIT DE COMPREENSÃO E CONCRETIZAÇÃO* 211

TEXTO XII

DISCURSO DE POSSE DE RUY SAMUEL ESPÍNDOLA NA ACADEMIA CATARINENSE DE LETRAS JURÍDICAS – *CADEIRA DE N. 14 – PATRONO ACÁCIO BERNARDES* 222

POSFÁCIO DO AUTOR 232

"Brasileiros, neste momento, alto na História, orgulhamo-nos de pertencer a um povo que não se abate, que sabe afastar o medo e não aceita acolher o ódio. A nação inteira comunga deste ato de esperança. Reencontramos, depois de ilusões perdidas e pesados sacrifícios, o bom e velho caminho democrático. (...). Não há Pátria onde falta democracia. (...). A Pátria é escolha, feita na razão e na liberdade. (...). Assim sendo, a Pátria não é o passado, mas o futuro que construímos com o presente."

Tancredo Neves (Trecho de seu discurso de 15.01.1985).

"Os habitantes dos países democráticos, embora frequentemente se mostrem insatisfeitos com sua condição, vivem num mundo mais justo do que aquele dos habitantes dos outros países. Eles são protegidos pelas leis; gozam da solidariedade entre membros da sociedade que beneficia os idosos, os doentes, os desempregados, os miseráveis; podem invocar os princípios da igualdade e de liberdade, e até um espírito de fraternidade."

Tzvetan Todorov ("Os inimigos íntimos da democracia").

"Se e quando os cidadãos deixam de entender que a democracia exige certos direitos fundamentais ou não apoiam as instituições políticas, jurídicas e administrativas que protegem esses direitos, sua democracia corre algum risco."

Robert Dahl ("Sobre a Democracia")

"Quando um direito constitucional desaparece, nenhum dos outros se deve presumir seguro."

Rui Barbosa ("Migalhas de Rui Barbosa, vol. I")

"Ensinar Direito Constitucional é ato de profundo humanismo."

Gomes Canotilho ("Direito Constitucional e Teoria da Constituição")

"Dos princípios constitucionais, em termos jurídico-positivos, podemos extrair os grandes sentidos da Democracia Constitucional Contemporânea."

"Para valorizarmos a democracia, necessário termos em conta os riscos e malefícios de uma ditadura."

"Não basta a regra da maioria e regras procedimentais para conceituar democracia. É preciso a ação de valores, de princípios postos como fins a serem perseguidos pelos agentes da democracia, pelos governantes e pelos governados."

"Estou convencido de que grande parte da cultura política e democrática de um povo só verdadeiramente se sustenta se houver, de base e de norte, uma forte cultura jurídica democrática, liberal e emancipadora. A falta ou a fraqueza desta cultura fragiliza a reflexão séria da opinião pública e coloca as principais decisões nacionais ao sabor de paixões e circunstâncias momentâneas, ao sabor dos modismos e invencionices de agrado popular, sem respaldo no direito, mormente o constitucional."

"Os advogados assumem papel de extrema relevância para combater o arbítrio no interior das democracias – sim o arbítrio, o abuso, venha de onde vier, seja dos poderes públicos ou dos poderes sociais. No regime democrático não poderemos jamais descuidar dos direitos e liberdades dos cidadãos, nem mesmo diante dos mais altaneiros interesses públicos, que nunca serão maiores que o dever de respeito à Constituição e ao seu sistema de direitos fundamentais."

"Na esperança de que reine, acima das paixões, a segurança jurídica, sem a qual a democracia se desmancha e a estabilidade das instituições republicanas se desfaz."

Ruy Samuel Espíndola

PREFÁCIO

O livro agora apresentado ao público, "Princípios Constitucionais e Democracia", é, em grande medida, a obra de um homem de fé, de paixão e de sucesso. De fato, expressa a fé do Autor na razão, sua paixão pelo Direito Constitucional e o seu sucesso na Advocacia. Certamente, não é pouco.

Conheci o jurista Ruy Samuel Espíndola no início da década de 90 do século passado, quando cursávamos o mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Desde o primeiro momento ressaltavam nele as qualidades do estudioso sério e absolutamente comprometido com o Direito Constitucional. Na verdade, quando considero o meu já longo convívio com a academia e a ciência jurídica, desde que comecei a frequentar, no início dos 80, a Faculdade de Direito da UnB, posso afirmar, sem qualquer dúvida, que jamais encontrei alguém que tivesse pelo Direito, especialmente pelo Direito Constitucional, a paixão que lhe devotava o nosso Ruy. Leitor voraz, dificilmente haverá autor não conhecido por ele. E não falo apenas dos gigantes do Direito, pois, na missão que se impôs de estudar o Direito Constitucional, brilha no Autor, sobretudo, o conhecimento abrangente, frequentemente surpreendendo os interlocutores com a indicação de um novo, mas sempre importante escrito, de autor ainda desconhecido.

A propósito, o livro de Ruy Samuel Espíndola é publicado em boa hora: completamos 30 anos da Constituição Brasileira. A ocasião, logicamente, exige um balanço consideravelmente difícil.

A Constituição veio ao mundo como podia, isto é, *paradoxalmente compromissória*. Precisava veicular valores que representassem os mais variados grupos de interesses existentes em nossa socieda-

de, pois, do contrário, se identificada exclusivamente com a visão de mundo, os valores e os interesses de algum dos grupos de poder, certamente atrairia a má-vontade dos demais grupos, o que, mais certo ainda, comprometeria a sua força normativa. Contudo, passados 30 anos, e nisso está o paradoxo, a vocação compromissória de nossa Constituição não deixou de revelar alguns efeitos deletérios, consistindo o principal deles no fato de que, sendo a Constituição de "todo mundo" muitas vezes é a Constituição "de ninguém". Dizendo de outra forma, em sua virtude residiria um de seus mais difíceis e complexos problemas: precisamente por buscar abarcar o maior número de interesses sociais, a Constituição não pode revelar identidade mais forte com nenhum dos grupos de interesses que a conformaram, estando muitas vezes relegada à própria sorte.

Suspeito, pois, que, por instituir em seus dispositivos interesses e valores tão conflitantes, próprios de uma Constituição compromissória, o Texto Constitucional de 1988 conferiu a seus adversários uma péssima escusa de comportamento, autorizando que, de forma injusta, quase toda espécie de dificuldade ou mazela social seja atribuída ao seu conteúdo normativo. Assim, converteu-se numa espécie de catarse coletiva atribuir à abstração das normas constitucionais aquilo que, obviamente, é muito mais o resultado da realidade sociológica de práticas políticas e sociais nada recomendáveis.

De fato, como já escrevi em outro lugar, no momento em que completa os seus 30 anos, a Constituição de 1988 vê-se obrigada a confrontar, com incômoda persistência, ameaças de diversos quadrantes. Tanto à esquerda como à direita, não são poucos aqueles que começam a advogar a tese de que a atual Constituição brasileira, tão plena de virtudes, teria perdido, nos últimos anos, e de forma acentuada, a capacidade de atender às mais importantes tarefas de qualquer Constituição democrática, consistentes em propiciar, de modo adequado, a *formação e a manutenção da unidade política* do Estado, bem como *a existência de uma ordem jurídica duradoura*.[1]

Como se sabe, para cumprir essas tarefas fundamentais, "a Cons-

1 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20ª Ed., Heidelberg: Müller, 1995, p. 5 e seguintes.

tituição se converte não só na ordem jurídica fundamental do Estado, mas também na da vida não estatal dentro do território de um Estado, isto é, na ordem jurídica fundamental da comunidade".[2] Entretanto, a formação da unidade política que o Estado representa e a manutenção da ordem jurídica que o governa não são realidades indefectivelmente predispostas à ação dos indivíduos, ou, para dizer com Konrad Hesse, não correspondem a "algo que venha dado sem outros motivos".[3]

Na verdade, o Estado Democrático e a sua Constituição são sempre cultivados em meio a expressivas dificuldades e, por isso mesmo, dependem de específicas e nem sempre simples condições de realização.

Basicamente, Konrad Hesse acentua, como se sabe, os seguintes pressupostos essenciais para o sucesso da Constituição democrática: *vontade de Constituição*, em lugar de vontade de poder; *identidade constitucional*, isto é, um mínimo de identidade do texto constitucional com a realidade, a cultura e os valores predominantes na sociedade a que se dirige; e, por fim, o aspecto que mais depende da qualidade dos juristas: uma *adequada interpretação do texto constitucional*.

De fato, de todos esses condicionamentos, considerados essenciais ao sucesso e à força normativa da Constituição, nomeadamente, a *interpretação constitucional* consiste naquele aspecto que, não só, mas precipuamente, depende em maior medida da força moral e intelectual dos juristas encarregados pela comunidade nacional, seja nas academias, ou nos Tribunais, de conferir o sentido mais constitucionalmente adequado às normas constitucionais. É o caso da presente obra.

Obviamente, quando se cuida de conferir ou extrair o significado mais adequado para as normas constitucionais, num sentido positivo, toda interpretação do texto constitucional deve estar submetida ao *princípio da máxima concretização da norma*.[4]

---

2 HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, SP: Saraiva, 2013, p. 7.

3 HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, SP: Saraiva, 2013, p. 4.

4 HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, 2013, p. 136.

Evidentemente, ninguém recusa, tanto a Constituição (em seu texto) como sua interpretação não se desenvolvem alheias às mudanças históricas das relações fáticas, mas, em contrapartida, não se pode esquecer que "o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não podem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação".[5]

Nós brasileiros deveríamos também aprender com Konrad Hesse que a Constituição jurídica, é verdade, não pode ser desconectada da realidade, estando por ela condicionada. Em suas próprias palavras, a Constituição "não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo", sendo que a sua eficácia não pode ser concretizada "sem levar em conta essa realidade". Mas, com o mesmo vigor, insiste o autor que a Constituição não é e não pode ser apenas "a expressão de uma dada realidade". Em razão de seu *elemento normativo*, "ela ordena e conforma a realidade política e social", de tal modo que "as possibilidades, bem como os limites da força normativa da Constituição, resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*)"[6].

Portanto, se quisermos contribuir para a força vital da normatividade e eficácia da Constituição de 1988, teremos, os operadores do Direito (também os magistrados), que nos espelhar no exemplo de Ruy Espíndola, *naquilo que bem refletem os 12 textos que compõem o presente volume*, ou seja, devemos fazer atuar uma mudança profunda em nossa prática constitucional e, revestindo nossos afazeres com maior humildade institucional, aceitar que nem sempre a solução que, do ponto de vista político ou do momento histórico, se afigura a mais conveniente será também, do ponto de vista jurídico, a resposta constitucionalmente mais adequada. Cuida-se em síntese de abrir mão de uma parcela de nossa *vontade de poder*, por mais nobres e justos que sejam os fins então perseguidos, em favor dos desígnios e valores permanentemente assegurados e visados pela Constituição.

---

5 HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, 2013, p. 136.

6 HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, 2013, p. 136/7.

As sociedades que lograram esse grande feito, refreando a sua *vontade de Poder* em favor de um pouco mais de *vontade de Constituição*, têm sido, como testemunha o próprio Konrad Hesse, recompensadas com incalculáveis benefícios históricos, tanto a médio como a longo prazo. De fato, consoante nos comprova a experiência do direito comparado, em tais circunstâncias, a Constituição jurídica consegue modificar a realidade em que se encontra inserida, conseguindo "despertar a força que reside na natureza das coisas" e convertendo-se "em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)".[7]

No caso presente, inserindo-se numa longa tradição de constitucionalistas, onde despontam, em nossa língua, as expressões maiores de Ruy Barbosa, Paulo Bonavides e Gomes Canotilho, como verão todos aqueles que tiverem a sorte de ler quaisquer dos textos que compõem o presente livro, também a escrita de Ruy Espíndola converte-se numa profissão de fé na força normativa e na racionalidade da Constituição. É, certamente, muito do que precisamos.

Recomendo, pois, vivamente, a obra deste grande jurista catarinense e brasileiro.

Brasília, DF, 02 de abril de 2019.

Néviton Guedes

Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra

Professor de Direito Constitucional do UNICEUB

Desembargador Federal do TRF1

7 HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, 2013, p. 137.

NOTA DO AUTOR

Este livro reúne 12 trabalhos de minha autoria imbricados no Direito Constitucional e no universo de suas indagações teóricas, dogmáticas e normativas. Sobressai o tema dos Princípios Constitucionais. Ressoam concepções sobre Democracia, perspectivadas no Direito Público.

A maioria já foi publicada em revistas ou obras coletivas entre 1999 a 2018. Alterei no corpo do texto ou em notas de rodapé o que exigia atualização legislativa, jurisprudencial ou doutrinária. Alguns referem fatos relativos à época em que foram escritos, sem, com isso, atrapalhar suas transcendências. Guardam atualidade, indistintamente. Cada um pode ser lido sem respeitar a ordem do índice, pois não se trata de obra monográfica, mas de "coletivo de textos" de um mesmo autor.

Os problemas que iluminaram suas formulações continuam a demandar reflexão e debates. São frutos de estudos acadêmicos e advocatícios. Três deles foram preparados, especialmente, para subsidiar exposições nas Conferências Nacionais da Ordem dos Advogados do Brasil: o oitavo, XX, Natal, 2008; o nono, XXI, Curitiba, 2011; o décimo, XXIII, São Paulo, 2017. O sétimo constitui texto base para conferência no III Encontro da Advocacia Sul Catarinense, evento comemorativo dos 30 anos da Constituição da República, ocorrido em 2018, na encantadora cidade de Nova Veneza.

O primeiro estudo[1] se ocupa dos princípios constitucionais da ad-

---

1 Já publicado na Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, AMC, ano 08, v. 14, 2002, p. 37-66; Revista Interesse Público. Porto Alegre: Nota Dez, n. 21, ano 2003, p. 57-80; Resenha Eleitoral. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Nova Série. Florianópolis, jan./jun. 2003, v. 10, n. 1, p. 13-45; Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 02, jul./dez. 2003, p. 393-426; Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos

ministração pública, dos princípios constitucionais estruturantes, gerais e específicos incidíveis sobre a Administração Pública, seus agentes, atos e procedimentos. Reflete teoricamente sobre a interação entre esses princípios e discorre sobre seus conteúdos e aplicabilidades no seio da atividade jusadministrativa.

O segundo[2] trata de parecer jurídico que se ocupou dos Princípios da Separação de Poderes e da Legalidade Administrativa e da Regra de Anuência Legislativa para Aquisição de Imóvel por Doação pelo Município de Florianópolis. Além da atualidade e interesse que o tema desperta, há um ponto a merecer destaque especial neste trabalho: o manejo dos métodos tradicionais de interpretação com os específicos métodos de interpretação constitucional. Questão rara de se ver em acórdãos ou trabalhos forenses, que, muita vez, apenas repetem doutrinas e arestos sem uso da argumentação jurídica fundada em bases interpretativas exaurientes.

O terceiro[3] se ocupa do princípio constitucional da motivação judicial e seus reflexos no devido processo legal de improbidade, especialmente no ato de julgamento da defesa preliminar, para o rechaço ou recebimento da inicial acusatória.

---

de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 12, abr./jun. 2004, n. 47; Revista do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Florianópolis, nº 103, 2004, p. 243/279; Revista Fórum Administrativo – FA, ano, junho/2006, n. 64, Rio de Janeiro, Fórum, p. 7371/7388; Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina. Julho/2004, Florianópolis, p. 83/112; e nas obras coletivas LEITE, George Salomão (org.) Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. 429 p. p. 254-293; Derecho & Sociedad – Asociación Civil, Pontificia Universidad Católica del Peru, ano XIX, n. 31-2008, p. 251/265; "CARLIN, Volnei Ivo (org.) Grandes Temas de Direito Administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi. Florianópolis: Conceito, 2009. 914 p. p. 795-825.

2 Publicado anteriormente: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, Habitus-AMC-ESMESC, v. 12, n. 18, jan./dez. 2005 e Revista Interesse Público. Porto Alegre: Nota Dez, n.34, ano 2005, p. 235-265.

3 Publicações anteriores: Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19523>. Acesso em: 10 jul. 2011. (também publicado em http://www.conjur.com.br/2011-jul-11/decisao-recebe-inicial-improbidade-nao-dispensa-motivacao?pagina=3) e Governet – a revista do administrador público, Curitiba, ano 7, n. 78, outubro de 2011, p. 602/608.

O quarto[4] revela análise de constitucionalidade da lei ficha limpa estadual, vigorante sobre a administração pública catarinense, tendo em conta a Lei barriga-verde n. 15.381, de 17.12.10. Discorremos criticamente sobre a 15.381, que reproduziu, letra por letra, a lei ficha limpa eleitoral (LC 135/10) nas suas hipóteses legais de incidência, todavia, criando "inacessibilidades" aos cargos de provimento em comissão, para os poderes constituídos do Estado de SC. Demostramos os limites para tal produção legislativa e a inconstitucionalidade da lei estadual, especialmente quanto a "inacessibilidade" aos condenados por improbidade administrativa.

O quinto texto[5] critica o chamado neoconstitucionalismo no que toca a hiperinflação moralista ocasionado pelo mau uso da Teoria dos Princípios no Direito. Chama atenção para a necessidade de "retorno do pêndulo" (Daniel Sarmento), ou seja, voltarmos a atentar para o papel e aplicabilidade das regras, menoscabado pelo uso irrestrito e ametódico dos princípios jurídicos.

O sexto[6] discute, amplamente, a interação entre Constituição, Democracia e Princípios Constitucionais. Demonstra, estrutural e fun-

---

4 Publicado: Revista Brasileira de Direito Eleitoral. RBDE. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 5, jul./dez, 2011; Revista da Esmesc, Florianópolis, AMC, v. 18, n. 24, 2011, p.111/151; Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3051, 8 nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20385>. Acesso em: 8 nov. 2011.

5 Já publicado na *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, n. 87, ano 16, set./out. 2014, p. 63-67.

6 Publicado anteriormente nos seguintes periódicos e obras coletivas: Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nº 87, 1999, p. 15-30; Novos Estudos Jurídicos. Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação stricto sensu em Ciência Jurídica da Univali. Itajaí, Univali, ano VI, n. 11, out. 2000, p. 51-69; Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, AMC, ano 07, v. 11, 2001, p. 25-34; ABREU, Pedro Manoel, OLIVEIRA, Pedro Miranda (coord.) Direito e Processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito, 2007. 873 p. p. 401-411; In: Häberle, Peter; Belaunde, Domingo Garcia (coordd.) El Control Del Poder: homenaje a Diego Valades. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. 837, tomo I, p. 719-734; Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 11, abr./jun. 2003, n. 44, p 75/86; Revista Brasileira de Direito Eleitoral. RBDE. Belo Horizonte: Fórum, ano 5, n. 9, jul/dez, 2013; Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 04, jul./dez. 2004, p. 485-499; Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev. 2012. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/21059>. Acesso em: 11 fev. 2012.

cionalmente, como se corporifica e deve operar o conceito de Democracia Constitucional.

O sétimo – inédito enquanto publicação escrita – constitui texto base para conferências ministradas em SC[7] no ano de 2018, enfocando os "30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988". Faz a defesa do valor da Lei Fundamental brasileira e da Democracia; refle sobre o que deveríamos comemorar e o que precisaríamos superar no Texto Constitucional e no *contexto* (in)constitucional brasileiro da atualidade.

O oitavo[8] faz reflexão crítica sobre os limites e possibilidades da Democracia Participativa entre nós. Ocupa-se dos conceitos de democracia representativa e democracia direta, expõe sobre a importância desta última e sugere alterações constitucionais e legais na ordem vigente, quanto à democracia participativa (referendum, plebiscito, iniciativa popular das leis, etc).

O nono[9] é a base de nossa exposição, como palestrante, na XXI Conferência Nacional dos Advogados, ocorrida em novembro de 2011, na cidade de Curitiba/PR. Sua composição tem a estrutura de um discurso para a plateia, e se ocupou da Democracia e da Liberdade, tendo em conta o vencedor do Oscar de melhor filme estrangeiro em 2006: "A Vida dos Outros". A estória fílmica foi o mote para enfrentarmos o tema das liberdades e dos direitos fundamentais em uma Democracia Constitucional, tendo como parâmetro o exemplo de regimes autoritários.

---

7 No III Congresso da Advocacia Sul Catarinense, promovido pela OABSC, Subseção de Criciúma, na cidade de Nova Veneza (SC), 14.07.18; Faculdade de Direito, Univali, Campus Biguaçu (SC), 05.09.18; Faculdade CNEC de Joinville, Curso de Direito, Semana Jurídica, 22.10.18; Semana Jurídica, Faculdade de Direito Anhanguera, São José, SC, 26.10.18; OABSC, Subseção de Rio do Sul, 14.12.18.

8 Publicado anteriormente: nos Anais da XX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, ocorrida em Natal, em novembro de 2008; Estudos Eleitorais, Brasília, TSE, v. 5, n. 2, mai/ago 2010, p. 65/87; Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 19, abr./jun. 2011, n. 75, p. 335/355; In: – Clève, Clèmerson Merlin (Coord.). Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais, V. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.151.

9 Publicado nos Anais da XXI Conferência Nacional dos Advogados, Curitiba/PR, 20 a 24.11.11, Volume 1, p. 249-258 e no site Jus Navigandi, Teresina, acesso em 16.09.13.

O décimo[10] procura refletir sobre o que estamos vivendo no Brasil, atualmente, diante dos excessos praticados por órgãos de persecução penal – nem sempre indistintos entre o delegado, o promotor e o juiz – , já que a "justiça penal do espetáculo" exige reflexão sobre o triste embate entre a "Ética do Estado de Direito" e a "Ética do Estado de Polícia". Objetiva demonstrar que a primeira prioriza os direitos fundamentais e a separação de poderes, o regime de liberdades, fundando-se numa razão constitucionalista, nas regras e princípios constitucionais que compõem o *corpus* constitucional. Intenta provar que a segunda prioriza o braço forte do estado em sua ação punitiva, com flexibilização, descuido ou desprezo aos direitos fundamentais e as garantias legais, elegendo os seus inimigos e se baseando em razões moralistas contra *constitutione*.

O décimo primeiro[11] constitui reflexão sobre o mal do moralismo (in)jurídico contra *constitutione* no âmbito da interpretação e aplicação da Constituição. Toma de empréstimo, para análise *in concreto* do fenômeno, a decisão judicial liminar, que em ação popular, em janeiro de 2018, impediu o então Presidente Michel Temer de dar posse no cargo de Ministro do Trabalho à Deputada Federal Cristiane Brasil. Esmiúça as regras e princípios constitucionais que deveriam ter sido levados em conta à solução da controvérsia, bem como os princípios

---

10 Publicado nos Anais da XXIII Conferência Nacional dos Advogados, São Paulo/SP, 27 a 30.11.17, Volume 3, p. 385-390. Também publicado com os seguintes títulos: "As Sirenes do Estado de Direito estão soando: o alerta do Reitor Cancellier, com sua trágica morte". In: - ANDRADE, Lédio Rosa e GRAZIANO, Sergio. Em Nome da Inocência: Justiça. Florianópolis: Insular, 2017. 256 p. p. 103-115; "Caso do Reitor Cancellier faz soar as sirenes do Estado de Direito", Site Conjur, 02.11.17, https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/ruy-espindola-cancellier-faz-soar-sirenes-estado-direito, acesso em 05.11.17, 13:31h."; As sirenes do Estado de Direito estão soando: o alerta do Reitor Cancellier, com sua trágica morte. http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/artigo_ruy_vers%C3%A3o_reduzida_as_sirenes_est%C3%A3o_soando_estado_de_direito_zap.pdf, acesso em 24.03.19, 15:27h.

11 Esse ensaio é resultado, inicialmente, de uma postagem de 09.01.2018, em meu perfil no facebook, que recebeu aderência de grandes publicistas brasileiros, como Marcio Cammarosano, Alberto Toron, Edilsom Farias, Juarez Tavares, Guilherme Merolli, José Sergio Cristóvam, Gustavo Ferreira Santos, Walber Agra e Alexandre Morais da Rosa, entre os mais afamados. Depois o transformei em artigo de opinião, publicado no site Conjur, que lhe deu o seguinte título: "Constituição está com sério déficit de compreensão e concretização" *https://www.conjur.com.br/2018-jan-09/ruy-espindola-constituicao-serio-deficit-compreensao?* Na presente publicação acrescentamos referências bibliográficas e notas de rodapé.

de interpretação constitucional com atratividade ao problema, mostrando como a dogmática dos direitos fundamentais, a teoria das normas constitucionais, a noção de separação de poderes e o texto da Constituição foram suplantados pelos critérios morais do julgador, que, em decisão moralista *ad hoc,* se substituiu ao legislador constituinte, *corrigindo*, a seu modo, o direito positivo constitucional brasileiro, de forma inconstitucional e antidemocrática.

O décimo segundo[12] é nosso discurso de posse na Academia Catarinense de Letras Jurídicas, cadeira 14, Patrono Advogado Acácio Bernardes, ocorrida em 28.11.14, no Plenário da Câmara Municipal de Vereadores de Blumenau. Disserto, brevemente, sobre minha história acadêmica e profissional, e, sobretudo, a história de vida de meu patrono, o Criminalista e Professor de Direito Penal da FURB, Acácio Bernardes. Discorro sobre minha crença no regime constitucional da Democracia, assim como na imprescindibilidade da Advocacia para protegê-lo e fazê-lo operar em prol das liberdades e dos direitos fundamentais – liberdades e direitos mediados pelas regras e princípios constitucionais, expressos e implícitos, deduzíveis do *corpus* da Constituição.

Enfim, são 12 textos cujos sentidos, teóricos e práticos, gravitam em torno dos Princípios Constitucionais e da Democracia, segundo ideário e normativas positivadas na Constituição da República.

A valia, bondade ou utilidade desses escritos, dependerá da análise do leitor, que dirá, sob seu olhar, onde alcançamos nossos objetivos e onde deveremos rever a empreitada teórica e cívica. E para que o leitor não cale sua voz crítica, o autor informa seu e-mail ruysamuel@hotmail.com, seu telefone 055 48 3224-6739 e seus perfis no https://www.facebook.com/ruysamuel e https://www.instagram.com/ruysamuelespindola.

Ilha de Santa Catarina, 05 de abril de 2019.

Ruy Samuel Espíndola

12 O texto até a presente edição era inédito como publicação escrita, embora tenha sido apresentado em 28.11.14, com transmissão ao vivo pela TV Câmara Municipal de Blumenau.

Texto I

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ATIVIDADE JURÍDICO-ADMINISTRATIVA*: ANOTAÇÕES EM TORNO DE QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS.*

01. Considerações iniciais.

Os princípios constitucionais constituem o tema de maior importância em nosso País, na atualidade. Nunca tantos estudos monográficos, artigos, coletâneas, teses, dissertações, seminários e cursos foram endereçados à sua dissecação doutrinária, normativa e jurisprudencial. Nenhum setor do Direito escapa à sua força conformadora, às necessidades de aprofundamentos para a sua exata compreensão e aplicação diante das instigantes situações apresentadas, especialmente, pelo Direito Constitucional e pelo Direito Administrativo.

Há no Brasil um rico movimento cultural e científico em prol e na direção dos princípios. Podemos dizer que a partir dos anos 90 esse movimento passou a ser sentido, fortemente, no cenário acadêmico nacional. O presente estudo se baseia e procura retroalimentar aspectos deste movimento: se baseia na hodierna doutrina nacional, precipuamente, e retroalimenta aspectos tendentes a elucidar o papel dos princípios constitucionais no âmbito do Direito Administrativo, no centro das chamadas *atividades jurídico-administrativas*.

Este estudo procura conciliar a formação do professor de Direito Constitucional, do Pesquisador, com a experiência do Advogado militante na seara do Direito Público que, em processos judiciais, administrativos e legislativos, tem debatido, postulado, refletido, explicado, criticado e enaltecido o papel dos princípios constitucionais; procura fornecer elementos à melhor compreensão da relação entre princípios constitucionais que, unidos, regem as atividades jurídico-administra-

tivas, as atividades da administração pública e as funções que lhe são correlatas em um Estado Democrático de Direito. Objetiva elucidar quão rica é a trama principiológica que enreda as atividades jusadministrativas em nossa Constituição da República, apresentando algumas questões contemporâneas que reclamam a atenção dos operadores do Direito em geral. Apresenta reflexões teóricas e exemplos práticos e tematiza vários princípios constitucionais positivos, explicando-lhes o conteúdo e valor, com remissão à abalizada doutrina.

02. Campo de atuação dos princípios constitucionais e dos princípios jurídico-administrativos.

Os princípios constitucionais são multifuncionais, cumprem diversos papéis na ordem jurídica. Vinculam a prática de vários atos jurídico-públicos: leis, sentenças e atos administrativos. Vinculam as ações dos poderes públicos (executivo, legislativo e judiciário, federais, estaduais e municipais) e dos poderes privados. Se concretizam através do processo legislativo, do processo administrativo e do processo judicial, além, é claro, do processo de interpretação e aplicação privada pelos particulares. Multifuncionais porque ganham eficácia, realizabilidade, tendo em conta três pontos distintos e convergentes:

a) são paramétricos, servem para aferir o grau de correspondência (validade/invalidade) das leis, sentenças e atos administrativos e privados aos seus comandos normativos, assim podem emprestar fundamento jurídico a pedidos nas ações judiciais operantes do controle direto e do controle indireto de constitucionalidade, ações judiciais anulatórias de atos jurídicos em geral, ações populares, mandados de segurança, ações civis públicas, controle interno da administração pública, etc;

b) são vetores de sentido interpretativo predominantes para normas e fatos, para normas constitucionais e demais normas e atos infra-constitucionais, ou seja, impõem que o intérprete, ao lidar com problemas jurídicos concretos, empreste à solução o sentido mais concordante com o mandamento principiológico – nas sentenças, ocupam o capítulo da fundamentação; nas petições iniciais, o arrazoado que explicita a causa de pedir;

c) são supridores de lacunas normativas, ou melhor, diante de lacunas da ordem jurídica podem emprestar seus comandos ou suas razões para o encontramento do melhor critério à solução de problema carecedor de norma jurídica. E o são de maneira mais impositiva do que os velhos métodos de integração enumerados pela legislação: costumes, analo-

gia, jurisprudência e princípios gerais do direito (artigos 5° da Lei de Introdução ao Código Civil e 126 do Código de Processo Civil/73).

Nenhuma autoridade constitucional ou legal, poder, órgão ou agente públicos ou pessoas privadas escapam à sua força normativa vinculante. Todos devem se submeter aos seus ditames, de acordo com o grau de densidade de cada norma constitucional continente de princípio jurídico. Como já dito, sentenças, leis e atos administrativos e privados devem-lhe obediência, sob pena de invalidade.

Uma Constituição, seja ela federal ou estadual (ou municipal, para quem entende, como nós, que as Leis Orgânicas municipais são constituições[1]), contém complexa trama de princípios que são próprios ao campo do Direito Constitucional e muitos outros que se espraiam por outros ramos da Ciência Jurídica. Aí pululam o que poderemos chamar de princípios constitucionais gerais e de princípios constitucionais específicos a certas especializações do Direito.

No caminho dos princípios constitucionais específicos (ou setoriais) encontraremos princípios de índole penal, processual civil e penal, previdenciária, tributária, financeira, civil, administratriva, etc. Para efeitos deste trabalho interessa, especialmente, princípios de índole jusadministrativa[2].

Os princípios jurídico-administrativos regulam a atividade administrativa, a atividade de produção de atos e processos administrativos, a atividade realizada pelo estado e sua burocracia na perseguição de fins públicos regrados pelo Direito Administrativo, pelo Direito Constitucional, em feliz convergência[3].

---

1 Cf. ilações a partir de Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7 ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p.311-326.

2 Precursora obra sobre princípios constitucionais referentes à administração pública é a da jurista mineira Carmem Lúcia Antunes Rocha (Ministra do STF), *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte Del Rey, 1994, 308 p. O livro de Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2002, 296 p., reúne, com precisão e profundidade, elementos para uma descrição e reflexão sobre princípios de direito administrativo existentes na ordem jurídica brasileira.

3 Para verificar o papel dos princípios constitucionais no controle dos atos administrativos, ver a obra de Juarez Freitas, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 2 ed., São Paulo, Malheiros, 1999, 213 p.

Certos princípios jurídico-administrativos foram incorporados expressa ou implicitamente pela vigente Constituição da República, Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais, operando níveis de vinculação e regulação.

Para termos uma incipiente idéia da importância dos princípios constitucionais (tantos os gerais, quanto os específicos de natureza jurídico-administrativa) em relação a atividade administrativa estatal, lembramos que, por exemplo, os procedimentos e atos praticados pela Ordem dos Advogados do Brasil (e demais conselhos e corporações profissionais) a eles se submetem, igualmente os procedimentos desenvolvidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e de Processo Ético-Parlamentar, a atividade Ético-Partidária dos Partidos Políticos, os julgamentos de contas desenvolvidos pelos Tribunais de Contas e Casas Legislativas, e, é claro, todas as atividades que giram em torno do papel desempenhado pela Administração Pública direta e indireta, autárquica e fundacional, e seus agentes, sejam esses por investidura ou por colaboração, nestas compreendidas todas as atividades de Administração Pública desenvolvidas pelo Poder Judiciário ou Poder Legislativo. Nessa trama de instituições, é preciso lembrar que quase todas elas se reproduzem em três diferentes níveis federativos: federal, estadual e municipal.

03. Questões teóricas em torno dos princípios constitucionais e dos princípios jurídico-administrativos.

Na teoria jurídica contemporânea os princípios são considerados normas jurídicas de impositividade e vinculação[4]. Tem-se que a norma é gênero que deriva as espécies regra e princípio, que se distinguem entre si pelo grau de densidade normativa.

Quando adentram às Constituições, esses princípios ganham pa-

4 Como expressão dessa teoria indicamos: Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de Princípios Constitucionais*, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, 288 p., Walter Claudis Rhotemburg, *Princípios Constitucionais*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1999, 88 p., Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, 326 p., Fábio Corrêa Souza de Oliveira, *Por Uma Teoria dos Princípios: o Princípio Constitucional da Razoabilidade,* Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, 347 p.

tamar constitucional, o que os torna fundamento do sistema jurídico.

A doutrina especializada reconhece a existência de princípios implícitos[5] e princípios expressos no texto constitucional, princípios constitucionais expressamente referidos e princípios constitucionais inferidos dos enunciados normativo-constitucionais. Ambos teriam igual dignidade jurídica, vinculando de igual maneira as pessoas e entes já referidos.

Tendo em conta os princípios constitucionais incidentes sobre a atividade jurídico-administrativa, poderemos também distinguir regras e princípios constitucionais de índole jusadministrativa. Encontraremos princípios constitucionais administrativos expressos e implícitos.

Quanto aos princípios implícitos, calha ressaltar que às vezes, um princípio, em nível constitucional federal tem forma implícita, e em nível constitucional estadual ou municipal assume forma expressa[6]. Além disso, até mesmo a legislação infra-constitucional pode densificar, pode "alongar" o braço normativo do princípio constitucional, adensando seu conteúdo jurídico através da lei. Isso tem ocorrido com expressiva significação no campo do Direito Administrativo[7].

Aliás, os princípios jurídico-administrativos, ou melhor, o núcleo de princípios que informa e adstringe a prática administrativo-pública, tem níveis constitucional, legal e infra-legal, numa verdadeira relação lógica de complementação, desenvolvimento, densifi-

---

5 Ver sobre princípios constitucionais implícitos o artigo de Raquel Fernandes Perrini, *Os Princípios Constitucionais Implícitos*, Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17, out./dez. de 1996, p. 113-69.

6 A Constituição catarinense em vigor, artigo 16, § 5º, prescreve: "No processo administrativo, qualquer que seja o objeto ou o procedimento, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, o contraditório, a defesa ampla e o despacho ou decisão motivados." No plano estadual foi tornado princípio constitucional explícito o que no federal entende-se como princípio constitucional implícito: o princípio da motivação dos atos e decisões administrativas. No sentido da motivação como princípio implícito no plano da Constituição Federal, ver Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 5 ed., São Paulo, Malheiros, 1994, 526 p., p. 57/58.

7 Ver, por exemplo, a Lei federal 9.784/99, que institui o código de processo administrativo em nível federal. Em vários dispositivos ela densificou princípios constitucionais federais. Cite-se o contraditório e a ampla defesa (arts. 2°, *caput*, X, 26, 38 41, 46, 56,) e o princípio da razoabilidade (art. 2°, inciso VI).

cação e concretização[8].

04. Atividade Administrativa, Estado Democrático de Direito e Princípios Jurídicos.

Os princípios constitucionais condensam, em uma ordem jurídica dada, os principiais valores políticos, sociais e econômicos encampados pelo Direito em sua função ordenadora do Estado e da Sociedade. Todavia, realizam tais tarefas de forma jurídica *normativamente predominante*[9].

Depois de serem incorporados pela ordem jurídico-constitucional, as aspirações políticas, as utopias, os sonhos, as concepções filosóficas ou éticas assentes no teor prescritivo dos princípios assumem fundamental e determinante função normativa na ordem jurídica de um Estado-Nação.

O Estado contemporâneo é um estado onde a atividade administrativa é essencial para realização de seus fins, especialmente seus fins sociais e políticos. Para conseguir alcançá-los, a Administração Pública e sua burocracia, vai regulada por um amplo leque de regras e princípios constitucionais, legais e infra-legais. Fala-se, por isso, entre outras razões, do protagonismo da administração na realização da Constituição, especialmente no campo dos Direitos Fundamentais Sociais[10].

Em uma ordem que veio pactuada pela cláusula estruturante "Estado Democrático de Direito"[11], que para dar concretude a este

---

8 Sobre a idéia de densidade e concretização dos princípios constitucionais, ver nosso livro, antes citado, p. 233-243.

9 Cf. nosso livro, p. 80.

10 Nesse sentido ver Andreas J. Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*, Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2002, 119 p., e Giancarlo Rolla, *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional,* México, Universidade Autónoma de México, 2002, 180 p. Ainda sobre a relação entre princípios constitucionais e democracia indicamos nosso artigo *A Constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais,* Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nº 87, 1999, p. 15-30.

11 Ver, para aprofundamentos: Inocêncio Mártires Coelho, *Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo: O Estado Democrático de Direito,* Revista de Informação Legislativa, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, a. 30, n. 118, 1993, p.

princípio fundamental desdobra-se em tantos outros princípios gerais e especiais, especialmente aqueles pertinentes ao capítulo do Direito Constitucional Administrativo[12], os princípios constitucionais assumem especial tarefa de consecuções no plano legislativo, administrativo e judicial.

O Juiz, o Administrador, o Legislador e os particulares não só podem quanto devem atender aos imperativos dos princípios, que constituem máximas de otimização de valores constitucionais.

Assim, o Juiz, ao lidar com causas jurídico-públicas, que envolvem a Administração Pública e seus corolários lógico-jurídicos, o Legislador ao regular as matérias de pertinência jurídico-administrativa, o Administrador, ao realizar atos administrativos, e o particular ao se relacionar com a Administração ou qualquer de suas ramificações burocráticas, devem se ocupar, respeitar e fazer concretizados os princípios constitucionais que se estendem sobre a atividade administrativa estatal.

O sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito, especialmente o subsistema jurídico-administrativo nele inserido, estrutura-se com a necessária abertura[13] para questões novas, cambiantes, imprevistas nas regras legais e constitucionais que exigem, para sua boa, jurídica e razoável inteligência, a interpretação/aplicação dos princípios constitucionais: quantas situações pareceriam insolúveis ou extremamente injustas fôssemos apenas olhá-las ou tentar resolvê-las unicamente com a visão presa às regras constitucionais e legais, quanto déficit de legitimidade e justiça, quantas situações esdrúxulas e incontornáveis nos apareceriam não fossem os comandos de otimização dos princípios constitucionais, que ordenam que o Direito e os direitos se realizem na melhor forma possível dentro de limites jurídicos e fá-

---

05-18, e Katsutoshi Matsmoto, *O Estado Democrático de Direito,* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 8, nº 33, out/dez, 2000, p. 262/283.

12 Ver neste sentido o texto de Gerfran Carneiro Moreira, *Os Princípios Constitucionais da Administração e sua Interpretação: reflexões sobre a função administrativa no Estado Democrático de Direito*, in: Lúcia Valle Figueiredo (Coord.), *Devido Processo Legal na Administração Pública,* São Paulo, Max Limonad, 2001, 226 p., p. 81-142.

13 Sobre a idéia de sistema jurídico aberto, formado por regras e princípios, ver nosso livro, p. 186-193.

ticos do ordenamento normativo.

No Estado Democrático de Direito, o segredo na atividade administrativa, a *arcana imperii*, é repelida pelo princípio da publicidade dos atos administrativos[14]; a discriminação injusta ou privilegiamento abusivo vão condenados à incidência do princípio da impessoalidade; a segurança, a certeza, a calculabilidade das expectativas dos individuais vão asseguradas pelo princípio da legalidade; a honestidade, a lealdade administrativa, a retidão no agir administrativos vão impostos pelo princípio da moralidade administrativa; a agilidade, o atendimento hígido e eficaz dos serviços públicos, as demandas de seus cidadãos consumidores, a continuidade e regularidade de sua presteza se refletem nos imperativos otimizatórios do princípio da eficiência. Todos esses princípios, refletidos expressamente no texto constitucional federal, densificam a cláusula do Estado Democrático de Direito em nível jurídico-constitucional-administrativo.

Esses princípios, entre outros, endereçam-se ao objetivo precípuo do constitucionalismo: o controle do poder político, o controle do atuar administrativo em face dos Direitos da Pessoa Humana, dos grupos sociais organizados e suas demandas por saúde, educação, justiça, lazer, moradia, segurança e demais elementos que compõem o feixe de valores circundantes da esfera mínima de dignidade exigível de cada pessoa, especialmente as desprovidas de posses e recursos materiais suficientes à sua subsistência e de sua família.

Controlar o poder para impedi-lo de cometer injustiças ou compeli-lo a realizar o justo é a aspiração do Direito Constitucional (e Administrativo) da atualidade, revelando-se pelos princípios que condensam direitos fundamentais de defesa ou direitos fundamentais a prestações[15].

Aí também o papel dos princípios constitucionais, especialmente

---

14 Ver as observações de Noberto Bobbio, *Estado, Governo, Sociedade – para uma teoria geral da política*, 4 ed., São Paulo, Paz e Terra, p. 27/31, sobre "público", "secreto", "publicidade" e "poder invisível".

15 Para aprofundar a idéia de direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais a prestações, ver Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais,* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, 386 p., 248-321.

o papel dos princípios constitucionais jusadministrativos. Esses princípios promovem ou contêm a ação administrativa pelas suas otimizações principiológicas, potencializam o atuar das regras, através de interpretações que lhe são conformes e realizadoras.

Para dar transparência, confiabilidade, eficiência, segurança e legitimidade nas relações entre o estado e a pessoa humana, entre a autoridade e a liberdade, entre as normas de competência-estatal e as normas de direitos fundamentais, faz-se imprescindível, o conhecimento, a atenção, o uso e o respeito ao núcleo de princípios constitucionais pertinentes à atividade administrativa, sob pena de se frustarem os objetivos e as promessas do Estado Democrático de Direito.

O núcleo dos princípios jusadministrativos pode ser exposto em três níveis: o dos princípios constitucionais fundamentais, o dos princípios constitucionais gerais e o dos princípios constitucionais setoriais que incidem sobre o campo do Direito Administrativo, ou mais propriamente, sobre as atividades jurídico-administrativas estatais.

05. Princípios constitucionais fundamentais, gerais e setoriais que incidem sobre o campo das atividades jurídico-administrativas.

Luis Roberto Barroso, em texto rico à classificação dos princípios constitucionais[16], distinguiu o que chamou de princípios constitucionais fundamentais, princípios constitucionais gerais e princípios constitucionais setoriais.

Para Barroso, os princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado, configuram a sumarização de todas as demais normas constitucionais, e para os quais elas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas, ou desdobradas como deduções analíticas das normas matrizes – princípios fundamentais. Na opinião do autor, os princípios fundamentais correspondem aos princípios constitucionais de organização. "Neles se substancia a opção política entre Estado unitário e federação, república ou monarquia, pre-

16 Cf. seu *Princípios Constitucionais Brasileiros*, Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, nº 01, 1993, p. 168-85.

sidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático, etc."[17] Como exemplo, destaca os seguintes princípios: princípio republicano (art. 1º, caput, da CR); princípio federativo (art. 1º, caput); princípio do Estado democrático de direito (art. 1º, caput); princípio da separação de poderes (art. 2º); princípio presidencialista (art. 76); princípio da livre-iniciativa (art. 1º, IV).

Por sua vez, princípios constitucionais gerais, para o jurista carioca, "... embora não integrem o núcleo de decisão política formadora do Estado, são, normalmente, importantes especificações dos princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração e ensejam, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam. São princípios que se irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramentos dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que identificamos como princípios definidores de direitos. São exemplos o princípio da legalidade, da isonomia, do juiz natural."[18] Dá os seguintes exemplos: princípio da legalidade (art. 5º, II); princípio da isonomia (art. 5º, caput, I); princípio da autonomia estadual e municipal (art. 18); princípio do acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV); princípio da irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI); princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV).

Para o autor, os princípios constitucionais setoriais, "... são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas em seu âmbito de atuação são supremos. Por vezes são mero detalhamento dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da legalidade penal. Outras vezes são autônomos, como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou o do concurso público em matéria de administração pública."[19] Exemplifica desta forma: princípio da legalidade administrativa (art. 37, *caput*); princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*); princípio da moralidade (art. 37, *caput*); princípio da publicidade (art. 37, *caput*); princípio do

17 Idem, p. 173-4.

18 Idem, p. 174.

19 Idem, p. 174.

concurso público (art. 37, II); princípio da prestação de contas (art. 70, § único, 34, VII, d, e 35, III), dizendo-os todos respeitantes à Administração Pública, como segmento normativo específico da Constituição, entre outros exemplos.

Essa classificação é muito importante para especificação dos princípios constitucionais que incidem sobre o campo das atividades jurídico-administrativas. Vamos fazê-la tendo em conta apenas alguns princípios, sem querer esgotar o núcleo principiológico pertinente ao centro das atividades jurídico-administrativas.

a) Princípios constitucionais fundamentais.

Dentre os princípios constitucionais fundamentais acima enumerados, sem dúvida alguma, os mais importantes para o plexo de princípios pertinentes as atividades jusadministrativas são o "princípio republicano"[20] e o "princípio do estado democrático de direito"[21].

O Princípio Republicano (art. 1º, *caput*, CR) impõe que se entenda a administração pública como instituição que tem por fim atender as aspirações do povo, que elegeu representantes (o Chefe do Executivo, Chefe da administração pública, em nosso sistema presidencialista) para este fim; implica na periodicidade dos mandatos, na realização de eleições gerais para escolha dos governantes, no exercício do sufrágio universal, direto e secreto; implica na responsabilidade penal, civil, administrativa e política dos gestores públicos de todas as qualidades, sejam agentes políticos ou agentes administrativos; implica em que a administração, no parlamento, no judiciário ou no executivo, atue guiada pelo interesse público como aspiração de todos, e para

20 O princípio republicano recebeu profundo estudo na obra de Geraldo Ataliba, *República e Constituição*, 2 ed., atualização Rosolea Folgosi, São Paulo, Malheiros, 1999.

21 Para efeito de aprofundamentos em literatura contemporânea, ver as obras sobre "Estado de Direito" e sua dimensão atual, "Estado Democrático de Direito", "Estado Constitucional": Sérgio Cademartori, *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, 188 p., Diego Valadés, *Problemas Constitucionales del Estado de Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, 131 p., José Joaquim Gomes Canotilho, *Estado de Direito*, Lisboa, Cadernos Democráticos, 1999, 82 p., Peter Haberle, *El Estado Constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, introd. Diego Valades, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, 339 p., Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Estado de Direito e Constituição*, 2 ed, São Paulo, Saraiva, 1999, 153 p.

todos, de forma legítima, sem privilégios ou discriminações arbitrárias de qualquer espécie; reclama a prestação de contas, a transparência administrativa e a eleição de fins públicos verdadeiros e legitimados pelo interesse comum do povo; implica, especialmente, o respeito às liberdades públicas, ou melhor, ao conjunto de direitos fundamentais pertinentes ao homem.

Este princípio, por sua larga abertura e baixa densidade, é melhor compreendido em consonância com princípios constitucionais gerais (legalidade, igualdade, responsabilidade dos agentes públicos por seus atos, etc) e setorias jusadministrativos (legalidade administrativa, impessoalidade, moralidade, etc) que lhe densificam o núcleo normativo, que lhe desdobram o conteúdo principiológico em outros princípios de maior densidade.

O Princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CR) exige que se otimizem, em todos os níveis (legislativo, executivo e judicial), os instrumentos de controle sobre a administração pública, sobre o poder público e se maximizem os direitos fundamentais da pessoa humana, direitos que devem constituir padrões de conduta material para os gestores e para as instituições administrativo-públicas. Este princípio exige que a administração prossiga seus fins públicos orientados por um dos princípios capitais, que constitui decorrência normativa e axiológica do Estado Democrático de Direito: o princípio da dignidade da pessoa humana. A personalização do Direito Administrativo e a refundamentação do conceito de interesse público em bases jusfundamentais, exige o olhar atento do jurista e dos aplicadores do Direito[22].

O princípio do Estado Democrático de Direito proscreve, como já dito, o segredo, o oculto na administração pública, condena a *arcana imperii*; exige uma atuação imparcial dos gestores públicos; exige transparência, publicidade, respeito ao devido processo legal, tanto em sua dimensão substantiva quanto adjetiva; exige o respeito aos padrões de juridicidade dimanados das Constituições (federal, estadual e municipal), das leis e dos contratos, e demais atos normativos reco-

22 Cf. reflexões apresentadas em artigo de Marçal Justen Filho, *Conceito de Interesse Público e a "Personalização" do Direito Administrativo*, Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, nº 26, 1999, p. 115-136.

nhecidos pela ordem jurídica como válidos e vinculantes. Acima de tudo, este princípio fundamental, este princípio estruturante[23] impõe a inteligência dos princípios administrativos como princípios que devem orientar a ação da administração na perseguição de fins públicos matizados por elevados valores constitucionais democráticos: dignidade da pessoa humana, pluralismo ético, político, étnico, cultural, filosófico, tolerância, não discriminação, publicidade, igualdade de oportunidades, isonomia, etc.

Além disso, esse princípio quer garantir a segurança de expectativas das pessoas; exige segurança, a segurança das integridades física e moral dos cidadãos, mas também a segurança de suas posições jurídicas, de seus direitos e interesses no âmbito de uma ordem democrática; exige que todas as instituições, sejam as verticais (federal, estadual e municipais), sejam as horizontais (executivo, legislativo e judiciário), se contenham na ordem do Direito.

Assim, Princípio Republicano e Princípio do Estado Democrático de Direito são "peças fundamentais" à compreensão do núcleo de princípios pertinentes às atividades jusadministrativas. Sem esses princípios fundamentais, seus corolários, os princípios constitucionais gerais e os princípios constitucionais setoriais, não teriam a coesão de sentido, completude e clareza, não permitiriam um condicionamento recíproco de comandos normativos. Todos os princípios gerais e princípios setoriais constitucionais devem, ao serem interpretados e aplicados, atender aos conteúdos, aos comandos, às *otimizações* (*maximizações*)[24] dimanadas destes dois princípios fun-

23 Para aprofundar a idéia de princípio estruturante, ver nosso livro, p. 183-193.

24 A categoria *otimização* associada a princípio deve ser compreendida no contexto da obra de Robert Alexy, que a utiliza, entre outras razões, para especificar a diferença entre regras e princípios: "El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenam que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que está caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las *reglas*, son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien

damentais e seus consectários.

b) Princípios constitucionais gerais.

Os princípios constitucionais gerais se espraiam por todo o continente do Direito, consagram valores aplicáveis em todos os ramos da Ciência Jurídica, e em cada esgalho do jurídico assumem forma, conteúdo e efeitos peculiares, dependendo dos fatos e atos que o jurista tiver diante dos olhos para interpretar e resolver. Muitos princípios constitucionais gerais convergem para explicar suas pertinências temático-normativas com o núcleo principiológico jusadministrativo. É muito grande a gama desses princípios gerais e aqui não pretendemos tematizá-la de modo exaustivo, apenas na medida necessária à elucidação de suas consequências no âmbito do Direito Administrativo.

Entre esses princípios constitucionais gerais podemos destacar os princípios constitucionais da legalidade/liberdade[25], princípio da razoabilidade[26], princípio da segurança jurídica[27], princípio da igualdade[28], princípio do devido processo legal, princípios do contraditório e da ampla defesa, princípios do juiz e do promotor naturais[29].

O Princípio da Legalidade/Liberdade (art. 5°, inciso II, da CR) impõe que toda intervenção na esfera de direitos, na esfera de liberdades

---

una regla o un principio."Cf. Seu *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 606 p., p. 86/87. Sobre a idéia de *maximização*, ver p.91, nota 37, da mesma obra.

25 Para melhores aprofundamentos sobre o princípio da legalidade ver José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17 ed, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 421-431, para reflexões críticas a seu respeito ver Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 21-37, Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 122-139.

26 Sobre o princípio da razoabilidade, ver Mateus Bertoncini, obra citada, p. 171-173.

27 Sobre o princípio da segurança jurídica, idem, p. 178-180.

28 Sobre o princípio da igualdade ver o clássico texto de Celso Antonio Bandeira de Mello, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade,* 3 ed., São Paulo, Malheiros, 1993, 48 p.

29 Sobre o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, juiz e promotor naturais, no plano de uma teoria geral do processo (de índole judicial), ver Ada Pellegrini Grinover et alli, *Teoria Geral do Processo*, 7 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. e no plano do Direito Administrativo, sobre processo administrativo, ver Romeu Felipe Bacellar Filho, *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*, São Paulo, Max Limonad, 1998, 358 p., e Odete Medauar, *A Processualidade no Direito Administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

da pessoa se opere através da lei, ato jurídico-político votado pelo povo, através de seus representantes (desdobramento do Princípio Republicano), aqui especialmente os representantes do legislativo e do executivo em atuações conjugadas; a criação de direitos, de obrigações, de proibições e sanções, para ter racionalidade, calculabilidade, regulação das expectativas dos indivíduos, deve-se dar por intermédio da lei (desdobramento do Princípio do Estado Democrático de Direito).

E a legalidade, a lei, sua juridicidade, deve-se dar no plano da Constituição, da constitucionalidade, pois não é qualquer lei que pode restringir ou ampliar direitos, mas somente aquela que atendeu aos seus pressupostos materiais e formais constitucionais de validade. É o princípio da legalidade lido e aplicado em conjunto, em casamento com o princípio da constitucionalidade ("Direitos fundamentais não mais na medida das leis, mas leis apenas na medida dos direitos fundamentais" – Ernst-Wolfgang Böckenförde).

A lei define as competências da administração pública, o tempo de mandato de seus agentes, as condições de validade do exercício do poder administrativo, seus controles, as faculdades e poderes dos cidadãos sobre os quais incidem os poderes da administração. Enfim, a relação entre a liberdade e a autoridade, entre o indivíduo e a administração, entre a autonomia do cidadão e o círculo de atividades administrativo-públicas deve ser regulada pela lei e a ela deve se submeter, sob pena de aplicação das sanções correspondentes encontráveis na ordem jurídica.[30]

O Princípio da Razoabilidade[31]**,** implícito no art. 5°, LIV, da CR, também princípio legal constante da Lei federal 9.784, de 29.1.1999 (art. 2°, parágrafo único, inciso VI), expressa, na boa síntese empreendida pela lei federal citada, a imposição de "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento

30 Ana Paula de Barcellos, obra citada, p. 59-76 e 80-83, traça interessante e promissora classificação a respeito da eficácia dos princípios constitucionais, principalmente diante da violação de seus comandos.

31 Alguns tratam esse princípio como equivalente ou sinônimo do princípio da proporcionalidade, outros o diferenciam desse. Nasceu no âmbito do Direito Administrativo e hoje graça no altiplano do Direito Constitucional.

do interesse público."

Isso quer dizer que todas as atuações dos poderes públicos, a lei, a sentença, os atos administrativos, e mesmos os atos dos particulares, não podem ocasionar um mal maior do que o mal que objetivam combater com dada medida legislativa, judicial ou administrativa (ou particular). Isto é uma exigência decorrente do Estado Democrático de Direito. Razoabilidade rima com democraticidade, com democracia, com ponderação, com equilíbrio entre fins político-sociais e meios jurídicos válidos e legítimos para o seu alcance.[32]

Atos jurídico-públicos irrazoáveis são atos inconstitucionais, ilegais, inválidos, atos suscetíveis de desconstituição por imposição dos efeitos de nulidade[33].

---

32 Vejamos colocações de Marçal Justen Filho, na apresentação da obra de Paulo Armínio Tavares Buechele, *Princípio da Proporcionalidade e Interpretação Constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, 194 p.: "(...). A democratização amplia a relevância da função da proporcionalidade. Por mais complexa que possa ser a definição da proporcionalidade, qualquer formulação passa pela consideração objetiva à pluralidade dos interesses e valores inter-relacionados na vida social, nas relações intersubjetivas. Um regime totalitário, por princípio, abomina o princípio da proporcionalidade. Há antagonismo insuperável entre *totalitarismo* e *proporcionalidade*. Aquele significa a prevalência absoluta e ilimitada de certos valores; esta se traduz na impossibilidade de realizar com exclusividade um único interesse. Por se totalitário, o regime exclui a aplicação do princípio da proporcionalidade. Quanto mais democrática uma sociedade, tanto maior é a relevância reconhecida aos diferentes pólos de interesse, aos variados grupos sociais, à pluralidade, à diversidade. A convivência democrática significa ceder passo à proporcionalidade." p. II.

33 Ver, nesse sentido, o artigo de Weida Zancaner, *Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988*, Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, nº 02, 1993, p. 205-10. Do escrito da autora se extrai lição merecedora de transcrição literal: "Em suma: um ato não é razoável quando não existiram os fatos em que se embasou; quando os fatos, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada; quando mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outra; quando se assentou em argumentos ou em premissas, explícitas ou implícitas, que não autorizam, do ponto de vista lógico, a conclusão dele extraída; ou, como quer Gordillo: 'no de los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan, o b) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios; o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o c) no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación com lo que se quiere lograr (...). Podemos dizer que o princípio da razoabilidade determina a coerência do sistema e que a falta de coerência, de racionalidade, em qualquer ato administrativo gera vício de legalidade, pois o Direito é feito por seres e para seres racionais, para ser aplicado em determinado espaço e em uma determinada época. A averiguação, pelo julgador, da razoabilidade ou não do ato editado pelo administrador não implica invasão do mérito do ato administrativo e nem na substituição do juízo de oportunidade ao administrador conferido, mas apenas envolve exame da legalidade do ato, pois um ato desarrazoado é um ato ilegal (...)."

O Princípio do Devido Processo Legal (expresso no art. 5°, LIV, da CR), como matizado em sua origem norte-americana[34], tem uma dimensão substantiva e outra, adjetiva, ou seja, uma dimensão material e outra processual[35]. Entre nós, de certa forma, a dimensão substantiva vem mediada por reflexões que se ocupam do princípio da razoabilidade e do princípio da proporcionalidade[36]. No Brasil a sua dimensão adjetiva granjeou maior aceitação, e é desta dimensão que agora trataremos. Nessa dimensão o *due process of law* se ocupa da garantia da legalidade do procedimento, do justo processo, do iter mediador do conflito entre a liberdade e autoridade no jogo de poder desenvolvido pela atividades estatais, maiormente as atividades jurídico-administrativas e judiciais.

Esse princípio consagra a garantia de posições processuais no exercício de poderes e competências pelas autoridades, nos processos perante elas provocados ou por elas deflagrados, ele exige que a imposição de qualquer ônus, encargo, sanção, ou conferimento de direito, asseguramento de posições, se dê pela mediação do processo, judicial ou administrativo (ou mesmo o parlamentar). Os caminhos do exercício do poder sobre as esferas de liberdades do indivíduo estão limitados pelas exigências do devido processo legal. Sem observação dos ritos processuais não se pode conceber atuação válida dos poderes públicos, numa perspectiva garantística ao indivíduo.

O Juiz, o Administrador e o Legislador estão vinculados aos processos que a ordem constitucional e a infraconstitucional traçaram para o exercício de suas atribuições e competências[37], como garantia

---

34 Ver Vera Scarpinella Bueno, *Devido Processo Legal e Administração Pública no Direito Administrativo Norte-Americano*, in: – Lúcia Valle Figueiredo (Coord.), *Devido Processo Legal na Administração Pública*, São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 13-79.

35 Ver, nesse sentido, os comentários de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, sobre a Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), no livro *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, 6° ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 1439.

36 Sobre o princípio da proporcionalidade e sua relação com o princípio da razoabilidade, ver Suzana de Toledo Barros, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais,* Brasília, Brasília Jurídica, 1996, 221 p.

37 Para uma leitura adequada das relações entre "poder e processo" no âmbito do Direito Público, interessantes são as observações de Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, 1999.

fundamental dos indivíduos. A lei (sob pena de inconstitucionalidade formal), a sentença (invalidade por *error in procedendo*), o ato administrativo (por violação as regras e princípios atinentes ao processo administrativo), se desencarilhados das trilhas processuais pré-ordenadas pelo Direito, sujeitam-se à invalidação.

O princípio do devido processo legal, no plano do Direito Administrativo, pode ser situado perante o legislador e o administrador, com imposições diferentes, mas convergentes.

Perante o administrador, ele deve assegurar o *status processualis*[38], a garantia de posições jurídicas em cada processo em que haja em um polo o administrado e, em outro, a administração ou particular. Mais: qualquer imposição de ônus, de supressão de bens ou direitos, com os administrados ou com os servidores e agentes políticos vinculados ao poder hierárquico ou ético-disciplinar, deverá ser mediada pelo processo, pelo processo e seu rito garantido na lei pela Constituição, já que a atividade processual não pode ser arbitrária, nem desnecessariamente formalista, nem interpretada de modo a suprimir ou enfraquecer posições jurídicas das pessoas. Temos aqui os efeitos análogos do Direito Penal: *nulla poena sine processo*, especialmente sem processo válido, regular, justo e adequado às exigências de cada rito e pretensões que estes fazem operar.

Perante o legislador, podemos dizer que o cidadão, caso falte-lhe procedimentos administrativos para o exercício de determinados direitos (*e. g.,* falta de processo que regule o devido rito para indenizações de sinistro perante atos ou omissões de responsabilidade da administração pública na via administrativa estadual ou municipal), impõe-se um verdadeiro direito ao procedimento legal (Robert Alexy), no sentido que o legislador tem uma obrigação de legislar, de criar as estruturas legislativas que regulem os processos administrativos aptos a concretizarem, no plano legal, o que a Constituição garantiu no constitucional. Teríamos aqui um verdadeiro direito à emanação de normas sobre o procedimento administrativo, imponí-

38 Para aprofundamentos sobre a categoria *status processualis*, ver a obra de Robert Alexy, *Teoria de Los Derechos Fundamentales* [*Theorie der Grundrechte*], trad. Ernesto Garzon Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 454-482.

vel frente a cada legislador omisso em seu dever de legislar, em sua obrigação concreta de legislar para perfazer o processo legal faltante na ordem do direito. Esta falta da emanação legislativa sobre o procedimento administrativo, em tese, pode ser encarada como omissão inconstitucional, como inconstitucionalidade por omissão[39], o que, noutra face, firmaria o direito à emanação de normas jurídicas concretizadoras do devido processo legal[40].

Com isto queremos sublinhar que pelo caráter fragmentário e aberto da Constituição não basta – muitas vezes – que se assegure uma garantia e lhe garanta a auto-aplicabilidade. Muitas vezes, mesmo diante de norma auto-aplicável, para dar-se maior clareza, aplicação, segurança e conhecimento a uma garantia, faz-se necessário o seu desenvolvimento infraconstitucional mediante lei. Pensemos o que seria da cláusula do *due process*, no plano do Direito Processual Civil, se não fosse o Código de Processo Civil.

E a garantia do *due process* administrativo encontra uma peculiaridade não compartida pelo processo civil, trabalhista ou penal: para elaborá-lo muitas autoridades federais, estaduais ou municipais, assembléias parlamentares, tribunais de contas e judiciais, têm competência normativa, o que fazem mediante regimentos ou leis. Assim, a estrutura mínima sempre será dada pela Constituição, mas o desenvolvimento, o asseguramento potente e eficaz deverá ser desenvolvido pelo Legislador ou ente constitucional com competência normativa.

O Princípio da Segurança Jurídica (art. 5°, *caput* e seu inciso XXXVI, da CR) impõe que as relações jurídicas, as posições de direi-

---

39 Nossa proposição de que o *princípio constitucional do devido processo legal* imporia tal dever, a cada esfera da federação, pode soar algo destoante, diante da ideia de que o dever concreto de legislar deve ser firmado por *norma constitucional* individualizada (*regra constitucional*), para poder gerar inconstitucionalidade por omissão (cf. Clémerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro,* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 220). Todavia, devemos lembrar que os princípios podem assumir a posição de regras (Robert Alexy), e, por outro lado, a hermenêutica constitucional demanda interação entre norma e realidade (Friderich Müller).

40 Para aprofundar a ideia de "direito à emanação de normas jurídicas", ver o texto de José Joaquim Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra Omissões Normativas* in: – Sávio de Figueiredo Teixeira (Coord.), *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 351-367.

to delas decorrentes, se já validamente consolidadas, se fruto de coisa julgada, ato jurídico perfeito ou direito adquirido não sejam tocadas, bulidas no sentido de revogá-las ou lhes modificar os efeitos já consolidados. Reclama também que sejam bem respeitados os institutos da decadência e da prescrição, especialmente no que toca ao direito de punir, de investigar, de aplicar sanções por parte das autoridades.

O Princípio da Igualdade (art. 5°, *caput* e seu inciso I, da CR) impõe que os poderes públicos, na edição de leis gerais e abstratas, na edição de sentenças ou atos administrativos, trate a todos com igualdade, na medida de suas forças econômicas, culturais e sociais. Proíbe privilégios, afasta discriminações irrazoáveis, e impõe tratamento isonômico para (tentar, tender) igualar os desiguais, especialmente em políticas públicas de caráter social (saúde, educação, lazer, moradia, etc). Esse princípio reclama, para sua compreensão, a idéia de que existem equiparações requeridas pela ordem jurídica, discriminações autorizadas e discriminações vedadas[41].

Os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa (art. 5°, inciso LV, da CR) têm, cada um, o seu conteúdo jurídico[42]. Como princípios que consagram garantias processuais, posições processuais, poderiam ser lidos conjuntamente com o princípio do devido processo legal. Todavia, a atual Constituição, disciplinou-os em dispositivos separados, e separados eles têm sido tratados pelos nossos doutrinadores, com o que concordamos.

Aqui apenas sublinharemos alguns aspectos da ampla defesa no campo do Direito Administrativo[43]. A defesa consiste em adução de argumentos e produção de provas, bem como o acompanhamento das

---

41 Para o aprofundamento dessas ideias, nada melhor que o texto de Celso Antonio Bandeira de Mello, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, obra citada.

42 Para se ter uma ideia mais precisa a respeito desse distintos conteúdos, ver os textos de Ada Pelegrini Grinover, intitulados *Defesa, Contraditório, Igualdade e Par Condicio na Ótica do Processo de Estrutura Cooperatória* (p. 01-16) *e O Conteúdo da Garantia do Contraditório* (p. 17-44), editados em seu livro *Novas Tendências do Direito Processual,* Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.

43 Ver o texto Agustin A. Gordillo, *La Garantia de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimento Administrativo*, Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais, n° 10, out./dez. 1969, ano II, p. 16-24; também Romeu Felipe Bacelar, obra citada, p. 263-286.

produzidas (e o conhecimento prévio delas) pela parte contrária ou pela Administração Pública. Pode ser escrita ou oral, pode ser pelo próprio interessado, ou pelo representante legal regularmente constituído. Deve ser prévia a qualquer ato de decisão, deve ser hábil e forte a ponto de poder influir à uma decisão favorável do postulante ou do defendente.

Especialmente em processos administrativos disciplinares, não poucas vezes, servidores são processados sem a presença de advogados, ao argumento de que o processo administrativo deve ser informal, não se precisando impor tal exigência ao servidor. Esquecem-se ou não sabem aqueles que defendem essa posição, principalmente naqueles processos onde se cogita da penal capital (a demissão do serviço público), que muitas vezes, tanto a comissão processante quanto o processado carecem de conhecimentos técnicos, e o processo, por ignorância ou má-fé, acaba, não raro, tendo suas garantias solapadas, chegando a resultados ilegais e irrazoáveis, por que faltou técnico jurídico no procedimento, em atuação de defesa para a parte processada.

Para que pudéssemos evitar as consequências nefastas desta indiferente posição (in)jurídica, seria de bom alvitre que as leis de processo administrativo impusessem à administração pública o dever de garantir ao administrado razoável defesa técnica. Seria de bom tom também que os Tribunais e Juízos monocráticos que conhecerem insurgências contra processos administrativos reconheçam a delicadeza de uma demissão, de uma pena capital, aplicada em processos onde não se ensejou ao processado defesa técnica atuante e eficaz. A Administração Pública ganharia com isso, o administrado sem dúvida, o Judiciário e toda a sociedade. O emprego público legitimamente conquistado não pode ser defenestrado sem que uma defesa eficaz se realize antes de qualquer decisão da autoridade[44].

---

44 Neste sentido ver a lição de Lúcia Valle Figueiredo: "Se a parte 'acusada' da prática de infração administrativa ou disciplinar não se defender por advogado, deverá lhe ser nomeado defensor. Ainda, se defesa não houver, quer por revelia, quer porque entenda a parte de não se defender, a nomeação de defensor dativo é absolutamente necessária, do mesmo modo que no processo penal (art. 261 do Código de Processo Penal), sob pena de nulidade. Mesmo que se trate de sindicância, e não de inquérito administrativo, é imprescindível a nomeação de defensor, se dela resultar diretamente sanção (...)." cf. seu *Procedimento e Processo Administrativo*, in: – Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 395. Infelizmente o STF estabeleceu súmula vinculante (a de n. 05) em sentido contrário: "A

O contraditório, o princípio constitucional do contraditório[45], impõe que as acusações sejam pormenorizadas, que o tempo para defesa seja razoável e integral, exige comunicações prévias à pratica dos atos processuais, reclama o debate franco e oportuno sobre todos os pontos da causa, determina que a decisão final do processo atente para todas as provas e argumentos apresentadas pelas partes, o que se revelará em uma motivação honesta, integral, imparcial, eficiente, técnica e razoável.

O contraditório postula o tratamento igualitário no processo, *a par condicio*, neste caso, prioriza que a presidência do processo atente para eventual hipossuficiência de defesa de algumas das partes. Isto ocorrendo, exige-se intervenção processual tendencialmente igualizadora. Mais: exige comunicação pessoal e presencial dos atos intimatórios aos interessados, não bastando, principalmente em processo de índole sancionatória, a mera publicação editalícia da comunicação (aqui vai o seu vínculo com o princípio da publicidade, a publicidade para a parte, não aquela direcionada a todos indistinta e indiferentemente[46]).

Esse detalhe pode parecer pouco relevante, se desatendermos a algumas questões práticas: resultados de concursos públicos e chamamento para a posse publicadas uma única vez, em jornais de pouca circulação, ou de grande circulação mas em parte do periódico de pouca atenção do público interessado, ou em tamanho editorial que não chame a devida atenção, para o fim de frustrar a ordem de preferência dos classificados, ou mesmo fazer com que percam o direito de assumir o cargo, no intuito de ajudar algum "afilhado" do poder; processos administrativos de julgamento de contas, nos quais os atos decisórios são publicados no diário oficial apenas com o número dos autos e o nome do interessado, sem remissão a eventual advogado, ou comunicação processual pessoal somente ao interessado e não aos

---

falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição." (Dje 11.06.05).

45 Ver sobre o princípio do contraditório no processo disciplinar, as aprofundadas lições de Romeu Felipe Bacellar, obra citada, p. 199-261.

46 Ver as observações de Carlos Ari Sundfeld em seu *Princípio da Publicidade Administrativa – Direito de Certidão, Vista e Intimação*, Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais, n° 82, abr./jun 1987, ano XX, p. 52-64, especificamente p. 60-63.

seus representantes.

Os Princípios do Juiz e do Promotor Naturais (ambos com sede no art. 5°, LIII, da CR) antes admitidos apenas no processo penal, hoje são aceitos no processo civil e devem ser bem aceitos no processo administrativo.

O princípio do juiz natural exige que *juízo prévio, anterior ao fato, criado e competenciado por lei*, processe o caso e julgue-o, de acordo com critérios racionais estabelecidos pela ordem do direito. Dele se exige imparcialidade, equidistância dos interesses em controvérsia. Esse princípio proscreve a nomeação de juízos *ex post factum*, ou melhor, a nomeação de juízes, órgãos ou instâncias *especialmente para julgar determinado caso*, no intuito de impedir privilégios abusivos ou perseguições arbitrárias.[47]

Nos quadrantes do Direito Administrativo isso deve significar que somente as autoridades constituídas segundo a lei (e muitas vezes – e melhor -, pela própria lei), poderão conhecer de questões jurídico-administrativas e solvê-las. Os administrados têm o direito de conhecer, previamente aos fatos, caso algum dia incorram em faltas ou demandem proteção a direitos, quem, em tese, irá julgar suas demandas administrativas. Não se exige o conhecimento da pessoa física ou de seu nome, mas do cargo, da atribuição, da competência, do tipo de agente que terá a incumbência de conhecer e julgar a questão jusadministrativa.

E esta autoridade "prévia" estará definida em lei, regimento, estatuto, contrato, ou outra fonte normativa hábil, evitando manobras arbitrárias para a seleção "do melhor" juiz para o caso. Além disso, deverá a administração, através da publicidade, fornecer prova pública da investidura prévia do agente (ou agentes – pessoas físicas, nomes concretos) em sua função julgadora. Depois, deverá haver a garantia mínima de que os juízes administrativos possam ter imparcialidade, ainda que em tese: exigência de estabilidade dos servidores para integrar a comissão processante ou inamovibilidade quebrável apenas por decisão colegiada de elevado *quorum*.

---

47 Sobre o princípio do juiz natural no processo administrativo disciplinar, ver Romeu Felipe Bacellar, obra citada, p. 287-342.

Numa metáfora talvez imperfeita, podemos dizer que a outra face do juiz natural é a garantia, o princípio constitucional do promotor natural, do acusador natural, do deflagrador processual prévio e conhecido de antemão, especialmente em processos administrativos nos quais se exige a ação, a atitude de determinadas autoridades administrativas (e não de outras, ou de outros que não estejam investidos de autoridade legal). Tanto quanto um julgamento imparcial, se exige uma acusação imparcial, uma movimentação acusatória comprometida com interesse legítimos, próprios ao Estado Democrático de Direito. Exigir julgamento imparcial, e deixar a acusação ao Deus dará, sem respeito à formas jurídicas é acreditar que a irracionalidade ganhará racionalidade, que a ilegalidade terminará bem, dentro da legalidade, pela idéia singela que a simples existência de juiz imparcial será o suficiente para banir o arbitrário e brecar as injustiças.

Pensamentos com esse matiz são claudicantes e avessos aos postulados da República e do Estado Democrático de Direito. O processo não será apenas doloroso e injusto, oneroso e causticante se lhe sobrevier decisão injusta e parcial; ele também será ruim se for processado por perseguição arbitrária, sem fundamento, com desgastes emocionais e morais para as partes, com gastos econômicos para as partes e financeiros para administração, que poderia ter usado servidores para outra função que não a de processar feito sem valia jurídica, já que sua deflagração se deu por acusador parcial, perseguidor e arbitrário.

Não poucas vezes, no plano da administração ou do judiciário, se impugna que o processo foi iniciado por pessoa incompetente ou arbitrária, todavia, pela imprópria sobreposição do princípio do informalismo processual, da instrumentalidade das formas, e do aproveitamento dos atos jurídicos, se afasta a tese, sob o argumento que prejuízo não houve, já que a decisão final foi justa e resolveu o caso de modo favorável ou razoável. Isso é muito ruim, pois de um lado desobriga os acusadores de agir de modo responsável e legal, e, de outro, coloca as partes como reféns de caprichos que apenas serão contidos se o juiz for de "índole" diferente da do acusador. Por outro lado, quem persegue não apenas "oferece" acusação, faz de tudo para vê-la provada até mesmo contra a lei e os princípios mais co-

mezinhos (a vontade de poder por vezes, se incompatibiliza com a vontade de constituição – [Konrad Hesse]).

Além disso, em matéria de Administração Pública, que é matéria a maioria das vezes imersa no universo político, na cena política, o processo em andamento é mais perverso, é mais importante, é mais "eficaz" e assombroso que decisão final, que, muitas vezes, previamente, sabe-se, que após apurados os fatos, não terá outro caminho senão o de não onerar ou de absolver o acusado.

Esses princípios constitucionais gerais, entre outros, são exemplos de como a complexa trama de princípios constitucionais age no núcleo de convergência principiológica jusadministrativa. Eles guardam *origem*, desdobramento dos princípios republicano e do estado democrático de direito. Vejamos agora alguns princípios setoriais, para os quais esses princípios gerais dão *alguma origem* e desenvolvimento.

c) Princípios constitucionais setoriais

A doutrina brasileira tem apontado como princípios constitucionais setoriais da administração pública, especialmente aqueles assentados no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República (legalidade[48], impessoalidade, moralidade, publicidade[49], eficiência[50]). Além desses, os estudiosos enumeram, entre outros, o princípio da motivação dos atos administrativos[51] (princípio implícito), e os princípios da legitimi-

48 Sobre o princípio da legalidade ver o texto de Celso Antônio Bandeira Mello, *Regulamento e Princípio da Legalidade,* Revista de Direito Público*,* São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 96, out./dez. 1990, ano 24, p. 42-50.

49 Sobre os princípios constitucionais da legalidade (juridicidade), moralidade, publicidade e impessoalidade, ver o já citado livro de Carmem Lúcia Antunes Rocha, p. 69-249.

50 Sobre o princípio da eficiência ver o texto de Joel de Menezes Niebhur, *Princípio da Eficiência: Dimensão Jurídico-Administrativa.* Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, UNIVALI, ano VI, nº 11, out/2000, p. 89-99.

51 Sobre o princípio da motivação ver Fábio Medina Osório, *O Princípio Constitucional da Motivação dos Atos Administrativos: exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção e remoção de membros do Ministério Público e Magistratura por Merecimento nas respectivas carreiras*, Revista dos Tribunais*,* ano 89, v. 774, abr. 2000, p. 11-63 e Ney José de Freitas, *Dispensa de Empregado Público e Princípio da Motivação*, Curitiba, Juruá, 2002, 177p.

dade da despesa pública[52] e da economicidade[53], que também podem integrar o rol de princípios constitucionais setoriais da administração pública brasileira, embora a posição topográfica os situe "longe" do capítulo da "Administração Pública", colocando-os no capítulo da "Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária".

Esses princípios se endereçam para todos os ramos da administração pública federal, estadual e municipal, servindo de parâmetro de validade para atos administrativos, suprimento de lacunas para decisões administrativas e padrão hermenêutico para solução de problemas jusadministrativos. Assim, tanto na via dos procedimentos de controle internos à administração, como nas vias de controle externo, especialmente a judicial, eles devem ser levados obrigatoriamente em conta.

O que não podemos esquecer é que além dessas autoridades, os legisladores administrativos federal, estadual e municipal também estão vinculados à força normativa desses princípios. Se houver lei ou qualquer outro ato normativo geral e abstrato que contrarie as diretivas desses princípios (regimentos parlamentares ou tribunalícios, etc), eles sucumbirão em face da juridicidade principiológica jusadministrativa.

O Princípio da Legalidade Administrativa vai densificado não só pelo artigo 37, *caput,* mas também pelos artigos 5°, II e 84, IV da Constituição Federal. É consabido que no plano administrativo ele significa: todo ato do poder público que contraste com a lei é inválido[54]; todo ato do poder público que tenha sido praticado sem autorização da lei é inválido[55]; se uma lei conceder poder administrativo sem limitá-lo, consubstanciando verdadeira cláusula de conteúdo abdicatório ou demissório do poder de legislar, ou seja, se, por via transversa, oportuniza delegação indevida ao administrador, fazendo com que este defina por ato administrativo o que só legislador poderia fazê-lo por ato legislativo, a lei será inconstitucional[56].

---

52 Sobre o princípio da legitimidade ver Bertoncini, ob. cit., p. 250.

53 Sobre o princípio da economicidade, idem, p. 249-250.

54 Cf. Mateus Bertoncini, ob. cit., p. 91.

55 Ibidem.

56 Cf. Gilmar Ferreira Mendes, em seu texto *Questões Fundamentais de Técnica Legislativa*, Revista Trimestral de Direito Público, nº 01, 1993, p. 262-263. Suas observações

O Princípio da Impessoalidade (art. 37, *caput*, da CR), desdobra, no plano administrativo, o princípio constitucional geral da igualdade. Por ele se proscreve, se proíbe, como dito e redito, privilégios, perseguições, atuações pessoais para privilegiar ou discriminar ilegalmente.

Nas palavras de Mateus Bertoncini, este princípio evidencia que:

> "A Administração Pública, independentemente do agente público que desempenha determinada função, deve dispensar aos administrados tratamento imparcial, devendo o servidor despir-se de humores e sentimentos que possam interferir no bom desempenho da atividade funcional, pois na relação jurídica que se firma entre a entidade pública e o administrado-cidadão não deve interferir o eventual interesse político ou pessoal do agente público em beneficiar ou prejudicar determinado administrado. O mesmo deve conduzir-se profissionalmente, cumprindo as normas que informam a atividade administrativa, dispensando tratamento imparcial aos cidadãos-administrados. Ele – agente público – é a Administração Pública, que não tem seu rosto e seus sentimentos. A ela – Administração – cabe agir com isonomia relativamente aos administrados."[57]

---

merecem transcrição: "Os postulados do Estado de Direito, da Democracia (art. 1º) e o princípio da reserva legal (Cf. art. 5º, II) impõem que as decisões normativas fundamentais sejam tomadas pelo legislador. Assinale-se, a propósito, que a utilização de fórmulas legais exageradamente genéricas e a outorga de competência para sua concretização a órgãos administrativos, mediante expedição de atos regulamentares (regulamentos, instruções, portarias), podem configurar ofensa ao princípio estrito da legalidade, caracterizando, ademais, ilegítima delegação legislativa. A doutrina assinala, majoritariamente, que há delegação indevida quando se permite ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica, atribuindo-se-lhe a definição de requisitos necessários ao surgimento de direito, dever, obrigação ou restrição. (...). É verdade que a identificação de uma delegação legislativa indevida, em virtude da adoção de cláusula de conteúdo abdicatório ou demissório, há de ser feita em cada caso. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fornece, todavia, elementos para que se estabeleça uma orientação mais ou menos segura sobre o assunto. Embora considerasse nulas as autorizações legislativas incondicionadas ou de caráter demissório, a doutrina dominante sempre entendeu legítimas as autorizações fundadas no enunciado da lei formal, desde que do ato legislativo constassem os standards, isto é, 'os princípios jurídicos inerentes à espécie legislativa.' Esforçando-se por sistematizar esse entendimento, afirma Carlos Maximiliano que seriam inconstitucionais as leis cujo conteúdo se cingisse ao seguinte enunciado: 'O Poder Executivo é autorizado a reorganizar o Tribunal de Contas." Aceitam-se, porém, como legítimas fórmulas que enunciem, v. G.: 'Fica o Poder Executivo autorizado a reorganizar o Ensino Superior, sobre as seguintes bases: 1) só obtêm matrícula os bacharéis em letras diplomados por ginásios oficiais; 2) (...)'. Na elaboração da lei devem ser evitados as autorizações legislativas puras ou incondicionadas, de nítido e inconfundível caráter renunciativo. Elas representam inequívoca deserção da obrigação de deliberar politicamente e podem caracterizar afronta ao princípio da reserva legal."

57 Cf. obra citada, p. 103.

O Princípio da Moralidade Administrativa (art. 37, *caput*, da CR) consagra a adoção de critérios substanciais, materiais, para análise do comportamento ético (e institucional) dos agentes públicos e dos atos administrativos que esses praticaram dizendo atender interesses da administração pública.

Para termos ideia mais aproximada desse princípio, atentemos para a lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha:

> "A moralidade administrativa é o princípio segundo o qual o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins. Esta moral institucional, consoante aos parâmetros sociais, submetem o administrador público.
>
> Considerando que o princípio da moralidade administrativa aperfeiçoa, assim, a virtude do comportamento da Administração Pública e, ainda, que esta virtuosidade é apreciada em sua adequação aos fins postos e cujo atingimento se busca pela pessoa pública, verifica-se que ele não seria plenamente observado se os meios de que se devem valer os agentes competentes não fossem objeto de exame e avaliação em sua consonância com as necessidades para realização daqueles objetivos.
>
> O acatamento do princípio da moralidade pública dá-se pela qualidade ética do comportamento virtuoso do agente que encarna, em determinada situação, o Estado Administrador, entendendo-se tal virtuosidade como a conduta conforme à natureza do cargo por ele desenvolvida, dos fins buscados e consentâneos ao Direito, e dos meios utilizados para o atingimento destes fins.
>
> Por isso (...) a moralidade administrativa não se restringe à verificação da obtenção de utilidade para a garantia de um determinado interesse público tido como meta da ação do agente. Mais que isto, a moralidade administrativa que se pretende ver acatada adentra ao reino da finalidade de garantia da realização dos valores expressos na idéia de Bem e da Honestidade, que se pretendem ver realizados segundo o Direito legítimo.
>
> E é exatamente nesta perspectiva mais alargada e aprofundada da moralidade administrativa, como princípio jurídico dotado de substância de Justiça e não apenas de forma de Direito, que importa, para saber-se de sua observância e respeito, a virtude dos meios praticados sob o argumento ou sob o fundamento de que por eles se chegará a determinado fim público. É que desde a tomada de decisões administrativas e, inclusive, para esta tomada de decisões,

> a virtude do bem e garantia da honestidade devem transparecer. Na Administração Pública não pode prosperar a idéia (...) e a prática de que todos os meios são bons e juridicamente aceitáveis quando seu emprego sobrevier a concretização de determinada finalidade ou a obtenção de determinada utilidade para o público. (...)."[58]

O Princípio da Publicidade Administrativa (art. 37, *caput*, da CR) é essencial à configuração e estabilidade do Estado Democrático de Direito. Inclusive é instrumental à realização de outros princípios constitucionais, como os da moralidade, impessoalidade, legalidade e eficiência. Sem a ocorrência e respeito à publicidade, esses princípios não servirão adequadamente como parâmetros de valia jurídica para os atos e negócios da Administração Pública.[59]

O princípio da publicidade, como já dito e redito, combate o segredo, a mentira, o escuso, o reservado, aquilo que se faz para o não conhecimento do público de cidadãos, já que se está a atender interesses que não os públicos ou mesmo a agredi-los. A publicidade visa combater a ausência de transparência nos negócios públicos, estimular a abertura dos registros e dados administrativos à fiscalização pela cidadania. Ela é condição de eficácia dos atos administrativos: ato administrativo não publicado, não pode gerar efeitos.

Se nos for lícita a conclusão, podemos dizer que a publicidade tem uma dimensão coletiva e outra individual: coletiva quando impõe que sejam publicados os dados administrativos em veículos oficiais, ou que sejam franqueadas as informações pertinentes a qualquer do povo; individual quando impõe que no transcurso de processos administrativos onde figurem interessados, na qualidade de postulantes ou acusados, sejam esses intimados pessoalmente das decisões neles tomadas, para que realizem o que de direito. Nesta última perspectiva, a publicidade ladeia a ampla defesa e o contraditório. Sem a comunicação pessoal, sem a publicidade individualizada, não pode haver defesa nem contraditório eficaz.[60]

---

58 Cf. obra citada, p. 192-193.

59 Cf. Mateus Bertoncini, ob. cit., p. 112.

60 Cf. Carlos Ari Sundfeld em seu *Princípio da Publicidade Administrativa...*, obra citada, p. 60-63.

O Princípio da Eficiência (art. 37, *caput*, da CR), elevado recentemente ao patamar constitucional (Emenda Constitucional n° 19, 04.07.98), é definido por José Eduardo Martins Cardozo "... como sendo aquele que determina aos órgãos e pessoas da Administração direta e indireta que, na busca das finalidades estabelecidas pela ordem jurídica, tenham uma ação instrumental adequada, constituída pelo aproveitamento maximizado e racional dos recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros disponíveis, de modo que possa alcançar o melhor resultado quantitativo e qualitativo possível, em face das necessidades públicas existentes."[61]

Nele está positivado o anseio da sociedade por eficiência, presteza, agilidade, segurança e bom atendimento de nossos serviços públicos.

Como foi alçado em patamar constitucional, é parâmetro não só para atos administrativos mas também para as leis e atos normativos correlatos. Assim, leis que criem entraves à eficiência, que burocratizem desmedidamente o serviço público, desatendendo a racionalidade necessária à boa consecução do serviço, poderão ser invalidadas nas vias de controle de constitucionalidade, por inconstitucionalidade material, por malferimento ao princípio constitucional da eficiência. Desta forma, não somente os atos administrativos deverão ser moldados segundo a ideia de "eficiência administrativa", também a lei deverá homenageá-la.

O Princípio da Motivação (deduzível da cláusula do Estado de Direito c/c o princípio da legalidade administrativa), é princípio constitucional implícito na ordem constitucional federal. Ele impõe que a administração demonstre suas razões ao decidir processos administrativos, ao perfazer atos administrativos. Ele é meio pelo qual também se fiscaliza a legalidade dos atos administrativos, já que as razões, a fundamentação que exterioriza a motivação deve explicitar os motivos de fato e de direito que embasaram a prática do ato, que fundaram a decisão administrativa.

Por ele se operacionaliza a adequada fiscalização interna e externa da administração pública. O administrado pode aquilatar se seu pleito ou sua sanção foram decididos de modo racional e legal; as pessoas

61 *Apud*, Mateus Bertoncini, obra citada, p. 124-125.

conhecem as razões que presidiram a atuação dos governantes e da administração da qual esperam eficiência, moralidade, legitimidade, economicidade, etc; o Judiciário, ou os órgãos superiores da administração, informados das razões, dos motivos legais e fáticos dos atos administrativos, poderão avaliar se foram tomados nos limites da lei e do Direito.

O princípio da motivação constitui uma das maiores exigências de racionalidade, de contenção do arbítrio, de fiscalização da administração e garantia da legalidade dos atos administrativos no Estado Democrático de Direito. Vários princípios gerais nele se realizam como, por exemplo, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Na motivação do ato, que atentará para as razões dos interessados, é que se verificará se o contraditório foi respeitado e se a defesa foi homenageada, ou se apenas foram momentos *pro forma* para a pseudo-valia do arbítrio e do descaso de autoridades.

Clélio Chiesa resume o valor deste princípio, tratando-o como exigência de fundamentação:

> "A função da fundamentação é a de justificar a edição do ato administrativo fundamentado.
>
> (...).
>
> A fundamentação reduz o risco da prática de arbitrariedades, pois facilita o controle interno, realizado pela própria Administração, bem como o controle externo feito pelo Poder Judiciário" (p. 16)
>
> "Na lição de Juan Carlos Cassagne, a fundamentação consiste na exteriorização das razões que justificam e fundamentam a emissão do ato, que versam tanto sobre as circunstâncias de fato e de direito como no interesse público que se persegue com a edição do ato (finalidade).
>
> Assim, podemos dizer que a fundamentação deve conter a enunciação do motivo do ato, o motivo legal, a correlação lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado, além de indicar sua finalidade. Em outras palavras, é preciso que a autoridade administrativa enuncie as razões fáticas, lógicas e jurídicas pelas quais praticou o ato, mais o objetivo que pretendia alcançar com o ato. É necessário que a Administração exponha por que praticou o ato." (p. 18)[62]

62 Cf. seu *O Princípio Implícito da Obrigatoriedade da Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*, Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ci-

O Princípio da Legitimidade está previsto no artigo 70, *caput*, da Constituição Federal. Por ele nosso Direito positivou, de forma mais peremptória, um olhar mais substancialista, material, não meramente formal por sobre os atos administrativos e sua fiscalização[63]. Nele se fundamenta a necessidade de o Administrador consultar a aspiração geral, a vontade dos cidadãos, auscultar suas carências e desejos vertidos em interesse público. Atos, despesas e receitas legítimas são aquelas que atendem aos anseios populares, anseios estes, em uma federação, medido em cada unidade federativa, em cada povo nela existente.

Entendemos que embora esse princípio pareça estar mais endereçado à práxis de fiscalização dos Tribunais de Contas e dos Parlamentos, ele pode e deve orientar o atuar do Judiciário quando este estiver desenvolvendo sua missão judicial de controle externo da administração pública. Assim, ações populares, ações civis públicas, demais ações coletivas e até mesmo, quando possível, ações individuais poderão fundar suas pretensões com base nesse princípio.

Embora situado em meio as atividades de fiscalização financeira, orçamentária e contábil tão próprias ao Tribunal de Contas e aos Parlamentos, e aos controles internos da administração pública em geral, se aperfeiçoando por meio dos processos administrativos fiscalizatórios, nada obsta, insista-se, que esse princípio seja paramétrico, ou com função interpretativa e/ou supletora de lacunas no âmbito de processos judiciais de controle.

Assim, não só a legitimidade das despesas e receitas públicas poderá ser questionada nas vias do processo administrativo e do processo judicial, todo e qualquer ato administrativo, ainda que não relacionado diretamente à despesa e receita, desde que imponha encargos a Administração e seus administrados, com consequências sobre direitos coletivos e individuais, e desde que enseje-se a hipótese, poderá ser discutido tendo como viés o princípio da legitimidade. Também esse

---

ência Política, São Paulo, RT, a. 2, nº 8, jul./set. 1994, p. 11-27, p. 16 e 18. No mesmo sentido Carlos Ari Sundfeld, *Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados*, Revista de Direito Público, São Paulo, RT, a. XVIII, nº 75, jul./set. 1985, p. 118-27.

63 Cf. Juares Freitas, *apud* Mateus Bertoncini, ob. cit., p. 250.

princípio é paramétrico no controle de constitucionalidade, servindo de invalidação às leis que lhe contrariem o significado.

O Princípio da Economicidade também logra sede expressa no artigo 70, *caput,* da CR. Por ele se exige que o administrador público haja de modo a otimizar a ação estatal no sentido de "... encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública. A violação manifesta do princípio dar-se-á quando constatado vício de escolha assaz imperfeita dos meios ou parâmetros voltados para obtenção de determinados fins administrativos."[64]

Este princípio possui um conteúdo econômico no sentido "que os parcos recursos do Estado devem ser empregados visando aos melhores resultados econômicos 'do ponto de vista qualitativo e quantitativo' (...)."[65]

Esse rol de princípios constitucionais setoriais administrativos não é exaustivo. Os tratadistas do Direito Administrativo enumeram outros aqui não tematizados. O elaboramos para que o leitor tenha, ainda que sem grandes aprofundamentos, uma dimensão da complexa trama de princípios constitucionais que dizem respeito à matéria jusadministrativa.

06. Considerações finais

Muitas outras anotações poderiam ser feitas a propósito do tema, todavia, os limites que cercaram esse trabalho não nos permitiram alargar a empreitada.

Devemos ainda considerar que os princípios constitucionais podem colidir entre si, demandando do intérprete ponderação, concordância prática, para que, em cada caso, possa prevalecer o princípio de maior importância, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas apresentadas em cada situação a ser solvida pelo intérprete[66].

---

64 Cf. Juares Freitas, *apud* Mateus Bertoncini, ob. cit., p. 249.

65 Cf. Mateus Bertoncini, com base em Juarez Freitas, ob. cit., p. 249/250.

66 Ver, para tanto, nosso livro, p. 243-247. Verificar instigante situação prática solvida em parecer por Eros Roberto Grau, *Despesa Pública – Conflito de Princípios e Eficácia das Regras Jurídicas – O Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública,* Revista Trimestral de Direito

Outra questão digna de consideração é que o manejo dos princípios constitucionais (e dos princípios em geral) exige não apenas conhecimento do conteúdo, da significação de um princípio em si considerado, exige método, manejo de técnica, da metódica tendente a compreender a relação de um princípio com as demais normas constitucionais de maior densidade (regras) e com os princípios de maior ou menor abertura. Comumente vários princípios concorrem à solução de um único caso. Adotar unilateralmente a posição de apenas um princípio é desconhecer os fins de um sistema normativo aberto, composto por regras e princípios, destinado a realizar as tarefas e as missões do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, muitas vezes o preconceito, a ignorância ou mesmo a má-fé de alguns operadores desavisados, faz com que um único princípio seja absolutizado, derrogando a força de outros de maior importância em face do caso, e mesmo frustrando a aplicação de regras constitucionais ou legais. Tomamos como exemplo certos excessos que se tem tomado em torno do princípio da moralidade administrativa, em ações aforadas com base na Lei 8.429/92 (Lei de combate a improbidade administrativa). Algumas vezes, juízes, promotores e mesmo advogados de autor e réu, têm supervalorizado somente esse princípio, fazendo com que o princípio da segurança jurídica, do devido processo legal, da tipicidade, da motivação, sejam declinados em prol de uma visão unilateral que vê como maior valor a "moralidade administrativa", mesmo diante dos imperativos do Estado Democrático de Direito e do sistema de direitos fundamentais que o fundamenta, dá-lhe vida e legitimidade.

Para evitarmos equívocos desta natureza, faz-se necessário o conhecimento, a crítica e a prática das conquistas da teoria contemporânea dos princípios. Lidar com o arcabouço das atividades administrativas estatais e seu núcleo principiológico exige esse dever de ciência, esse compromisso ético-profissional que cinge a todos os operadores do direito: conhecer a ordem jurídica, especialmente sua dimensão principiológica, notadamente a dimensão principial constitucional.

Os princípios constitucionais, seu conhecimento e sua prática são

---

Público, São Paulo, Malheiros, n. 02, 1993, p. 130-48.

condições sem as quais uma honesta, hígida, eficiente e legítima atividade administrativa não se realizará na República e no Estado Democrático de Direito que estamos a construir, dia-a-dia, neste País.

07. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales* [*Theorie der Grundrechte*]. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 606 p.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2 ed., atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998. 191 p.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar.* São Paulo: Max Limonad, 1998, 358 p.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 326 p.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. 221 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Princípios Constitucionais Brasileiros*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, 1/1993, p. 168-85.

BERTTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2002. 296 p.

BOBBIO, Noberto. *Estado, Governo, Sociedade – para uma teoria geral da política.* 4 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

BOECHELE, Paulo Armínio Tavares. *Princípio da Proporcionalidade e Interpretação Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 194 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 755 p.

BUENO, Vera Scarpinella. *Devido Processo Legal e Administração Pública no Direito Administrativo Norte-Americano – uma "breve" comparação com o caso brasileiro.* in: – Lúcia Valle Figueiredo (Coord.). *Devido Processo Legal na Administração Pública.* São Paulo: Max Limonad, 2001. 226 p., p. 13-79.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito.* Lisboa: Cadernos Democráticos, 1999. 82 p.

—-. *Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra Omissões Normativas* in: – Sávio de Figueiredo Teixeira (Coord.) *As Garantias do Cidadão na Justiça.* São Paulo:

Saraiva, 1993, p. 351-367.

CHIESA, Clélio. *O Princípio Implícito da Obrigatoriedade da Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos.* Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, RT, a. 2, nº 8, jul./set. 1994, p. 11-27.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 297 p.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo: O Estado Democrático de Direito*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, a. 30, n. 118, 1993, p. 05-18

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 288 p.

—-. *A Constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais*. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nº 87, 1999, p. 15-30.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 153 p.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Procedimento e Processo Administrativo.* in: —-. Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2a ed., São Paulo: Malheiros, 1999, 213 p.

FREITAS, Ney José de. *Dispensa de Empregado Público e Princípio da Motivação.* Curitiba: Juruá, 2002. 177p.

GORDILLO, Agustín A. *La garantia de defensa como principio de eficacia en el procedimento administrativo*, Revista de Direito Público*,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 10, out./dez., 1969, pp. 16-24.

GRAU, Eros Roberto. *Despesa Pública – Conflito de Princípios e Eficácia das Regras Jurídicas – O Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 02, 1993, ps. 130-48.

—-. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto.* São Paulo: Malheiros, 1996. 209 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli. Teoria Geral do Processo*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 320 p.

—-. *Defesa, Contraditório, Igualdade e Par Condicio na Ótica do Processo de Estrutura Cooperatória* in: – —-. *Novas Tendências do Direito Processual.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 01-16

—-. O Conteúdo da Garantia do Contraditório, in: —-. *Novas Tendências do Direito Processual.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 17-44.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de Interesse Público e a "Personalização" do*

Direito Administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, nº 26, 1999, p. 115-136.

HABERLE, Peter. *El Estado Constitucional.* Trad. Héctor Fix-Fierro, Est. Introd. Diego Valades. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. 339 p.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado".* Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002. 119 p.

MATSMOTO, Katsutoshi. *O Estado Democrático de Direito.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 8, nº 33, out/dez, 2000, p. 262/283.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.* 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 48 p.

—-. *Curso de Direito Administrativo.* 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 526 p.

—-. *Regulamento e Princípio da Legalidade.* Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 96, out./dez. 1990, ano 24, p. 42-50.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Questões Fundamentais de Técnica Legislativa.* Revista Trimestral de Direito Público, nº 01, 1993, p. 262-263.

MOREIRA, Gerfran Carneiro. *Os Princípios Constitucionais da Administração e sua Interpretação: reflexões sobre a função administrativa no Estado Democrático de Direito.* in: – Lúcia Valle Figueiredo (Coord.). *Devido Processo Legal na Administração Pública.* São Paulo: Max Limonad, 2001. 226 p.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor.* 6 ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2002, 1927 p.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Princípio da Eficiência: Dimensão Jurídico-Administrativa.* Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, UNIVALI, ano VI, nº 11, out/2000, p. 89-99.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por Uma Teoria dos Princípios: o Princípio Constitucional da Razoabilidade.* Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003. 347 p.

OSÓRIO, Fábio Medina. *O Princípio Constitucional da Motivação dos Atos Administrativos: exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção e remoção de membros do Ministério Público e Magistratura por Merecimento nas respectivas carreiras*. Revista dos Tribunais, ano 89, v. 774, abr. 2000, p. 11-63.

PERRINI, Raquel Fernandes. *Os Princípios Constitucionais Implícitos*. Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17, out./dez. de 1996, p. 113-69.

RHOTEMBURG, Walter Claudis. *Princípios Constitucionais.* Porto Alegre: Sérgio

Fabris Editor, 1999. 88 p.

ROCHA, Carmem Lúcia. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. 308 p.

ROLLA, Giancarlo. *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constirucional.* México: Universidade Autónoma de México, 2002. 180 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 871 p.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 183 p.

—-. *Princípio da Publicidade Administrativa – Direito de Certidão, Vista e Intimação,* Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais, n° 82, abr./jun. 1987, ano XX, p. 52-64.

—-. *Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados.* Revista de Direito Público, São Paulo, RT, a. XVIII, nº 75, jul./set. 1985, p. 118-27.

VALADÉS, Diego. *Problemas Constitucionales del Estado de Derecho.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. 131 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil – ley, derechos, justicia.* [*Il Diritto mitte – legge, diritti, giustizia*]. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999. 156 p.

ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, nº 02, 1993, p. 205-10.

Texto II

SEPARAÇÃO DE PODERES, LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E ANUÊNCIA LEGISLATIVA PARA AQUISIÇÃO DE IMÓVEL POR DOAÇÃO *(PARECER JURÍDICO)*

Ementa: Doação pura e simples de bem imóvel a município por empresa privada. Aceitação pelo Prefeito da liberalidade sem anuência prévia da Câmara Municipal. Alegada nulidade do negócio por ausência da formalidade. Desnecessidade do controle prévio parlamentar. Direito Positivo municipal. Princípios constitucionais da Separação de Poderes e da Juridicidade Administrativa. Regime jurídico de aquisição de bens imóveis pelo ente local. Métodos de interpretação jurídica. Princípios de hermenêutica constitucional. Validade do contrato. Ato jurídico perfeito.

I – Da Consulta

Honrou-me o eminente Advogado Doutor Tullo Cavallazzi Filho, com a seguinte consulta:

> "Prezado Dr. Ruy Espíndola,
>
> Com o intuito de (...) elaboração de parecer jurídico acerca de caso sob os nossos cuidados, tomo a liberdade de apresentar-lhe resumidamente os fatos em discussão.
>
> Trata-se de doação (sem ônus e sem encargo) realizada por um particular ao Município de Florianópolis.
>
> Após a consulta ao órgão de planejamento (IPUF) e à Procuradoria do Município (PGM) o Prefeito Municipal recebeu resposta positiva para o recebimento da doação e, após a lavratura da competente escritura pública de doação assinada pelo proprietário e pelo Prefeito

Municipal, procedeu-se ao registro imobiliário.

Ocorre que passados 3 (três) meses da doação e perfectibilizado o ato jurídico, a Câmara Municipal de Florianópolis, por sua Procuradoria, opôs-se ao Projeto de Lei que daria nome à Rua projetada sobre o imóvel, argumentando, em síntese, que a referida doação ocorreu de maneira irregular, uma vez que ausente a autorização/anuência da Câmara Municipal para a ocorrência do ato.

Referida doação teria ocorrido, segundo a Câmara de Vereadores, com afronta ao artigo 39 da Lei Orgânica do Município que diz:

"Art. 39. Cabe à Câmara Municipal, com sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de competência do Município, e especialmente sobre:

(...)

VIII – aquisição de bens imóveis, quando se tratar de doação;"

Ao fim, pergunta-me:

a) "A doação do imóvel de propriedade do particular para o Município, à luz da legislação federal e municipal, pode ocorrer com a simples concordância do chefe do Executivo Municipal?"

b) "É obrigatória a anuência, concordância ou autorização expressa da Câmara de Vereadores para o ato?"

c) "Foi regular a doação realizada neste caso?"

II – Documentos *sub examen*:

Junto aos termos da consulta, foram apresentados os seguintes documentos:

a) cópia integral dos autos de processo legislativo pertinente ao projeto de lei 11.449/2005, apresentado pelo Vereador Juarez da Silveira, que tinha por fim dar nome de "Alameda Santa Mônica" ao imóvel objeto de doação;

b) escritura pública de doação em que é doadora a Empresa Pronta Empreendimentos e Participações S/A, através de seus sócios, Engenheiro Paulo Cezar Maciel da Silva e Economista Mauricio Haberli, e donatário o Município de Florianópolis, representado pelo Prefeito Municipal Dário Berger, realizada no Cartório Maria Alice, 4º Subdistrito da Comarca de Florianópolis;

c) Parecer jurídico subscrito pelo Procurador da Câmara Municipal de

Florianópolis, Doutor Roberto Polli;

d) Parecer legislativo subscrito pelos integrantes da Comissão de Viação e Obras Pública da Edilidade de Florianópolis, Vereadores João Itamar da Silveira, Jaime Tonello e Deglaber Goulart.

e) Ofício do Presidente da Edilidade, Vereador Marcílio Ávila, endereçado ao Juiz Roberto Lucas Pacheco, questionando a escritura de doação ratificada e assinada pela Tabeliã Maria Alice Costa da Silva, bem como a resposta que essa ofertou ao Juiz, manifestando-se sobre os termos do referido ofício.

f) Documentos e informes verbais que noticiam a ocorrência de demandas populares questionando a ausência de autorização legislativa para realização da doação sob exame.

III – Do Enfrentamento das Questões

Para o adequado enfrentamento das questões que a indagação suscita, se faz necessária ponderação prévia, em caráter teórico geral, de conceitos e ideias pré-compreensivas sobre *separação de poderes* e *princípio da juridicidade administrativa, contrato de doação e seu uso para aquisição de bens imóveis pela administração pública*. Depois será feita análise do Direito Positivo nacional e municipal, bem como da doutrina, para enquadramento jurídico dos fatos sob análise e precisa resposta aos quesitos da consulta.

a) Separação de Poderes e Princípio da Juridicidade Administrativa

I

Separação de Poderes ou *Separação de Funções*, como atualmente é chamada, em sua origem tinha uma finalidade específica: proteger a liberdade política dos cidadãos (Montesquieu, *Espírito das Leis*, Livro XI). Entendia-se que era preciso dividir as funções de poder, para limitá-lo. Não deveria um mesmo órgão ou homem ou grupo de homens, concentrar em si mesmo, o poder de fazer as leis, o poder de decidir segundo as leis e o poder de executá-las. Deveriam permanecer distintas, inconcentradas em único órgão ou agentes, a *função legislativa, a função judicial e a função administrativa*[1].

1 Sobre essas funções, ver o clássico de **Miguel Seabra Fagundes,** *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ed., atualizada por Gustavo Binenbojm, Rio de

Era preciso dividir o poder para poder refreá-lo, contê-lo. Era preciso que o poder soberano do Estado, embora uno segundo as teses de Jehan Bodin (Os *Seis livros da República)*, fosse dividido em braços, em segmentos, em órgãos que exercitariam funções que lhe seriam específicas, preponderantes, todavia não exclusivas. Por isso a tripartição clássica "Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo".

Foi no Direito Constitucional norte-americano que essa ideia foi enriquecida com a teoria dos "freios e contrapesos" (Thomas Colley, *Princípios Gerais de Direito Constitucional Norte-Americano*, São Paulo, Revista dos Tribunais). Para essa teoria os poderes do estado não são estanques, têm conecções, vasos comunicantes. Um poder atua sobre o outro segundo regras e princípios pré-estabelecidos na Constituição. *A Constituição estrutura e organiza a ação limitante de um órgão de poder sobre o outro. A Constituição estabelece o círculo constitucional de competências de cada poder, e autoriza, em certos casos, a ação controladora, fiscalizadora, anulatória, julgadora, impugnadora, referendatária, legitimante de um poder sobre outro.* Assim a separação de poderes não seria apenas um princípio garantia de direitos individuais, mas também de *garantias institucionais*[2], de garantia do exercício livre, coordenado, harmônico dos poderes constitucionais entre si – garantia entre os poderes e garantia intra-poder.

Essas construções teóricas encontram origem ideológica em importante concepção do constitucionalismo liberal: *todo estado em que não houver constituição escrita onde se tenha positivado a separação de poderes e estabelecidos os direitos fundamentais, não tem constituição, não é estado de direito, nem estado constitucional* (Nelson Saldanha, *Estado Moderno e Separação de Poderes*, São Paulo, Saraiva). Essa concepção está presente na teoria constitucional contemporânea, no constitucionalismo hodierno, e, principalmente, nas constituições atuais, como a brasileira de 1988 (artigo 2º). Nela, *a separação de*

Janeiro, Forense, 2005, p. 01/19.

2 Sobre a idéia de garantia institucional e sua distinção da garantia de direitos individuais, ver Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7 ed, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 481/513, capítulo sobre "As garantias Constitucionais e as Garantias Institucionais na Constituição de 1988", com especial destaque para o princípio da separação de poderes, p. 508/513.

poderes é objeto de reserva de Constituição, ou seja, o que cabe na matéria atinente ao princípio da separação deve estar tratado diretamente, expressa e/ou implicitamente, no texto constitucional.

Essa *reserva de constituição* se justificaria, entre tantas razões, por exigência de regulação firme, segura e estável das relações e controles recíprocos entre os órgãos de poder, especialmente entre o Legislativo e o Governo, aqui entendido como Executivo, sem descurar-se do Judiciário. Essa exigência político-jurídica revela-se no ideário que afirma que é na Constituição que as linhas mestras e toda a matéria pertinente ao tema *separação de poderes* se exaure, especialmente no que toca às competências/atribuições dos órgãos de poder, não só em relação às suas tarefas e missões constitucionais relativamente à sociedade, mas, especialmente, nas suas relações entre si e nas suas relações intra-poderes, ou melhor: *no que toca ao relacionamento entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, tudo deve estar positivado através de regras jurídicas contidas e exauridas no texto constitucional.*

Segundo Hans Kelsen a matéria referente à separação de poderes, suas funções, seus agentes, suas prerrogativas, seus procedimentos mínimos de atuação, deve ser objeto de reserva de constituição, pois tratá-la em legislação ordinária é permitir que as relações entre poderes, que devem ser regradas estavelmente, possam ser alteradas por maiorias parlamentares circunstanciais, o que implicaria grande instabilidade nas relações institucionais entre os Poderes do Estado (*Teoria Geral do Direito e do Estado,* São Paulo, Martins Fontes). Assim não fosse o jogo do poder não teria regras claras, precisas, garantidoras de calculabilidade e segurança jurídicas (Norberto Bobbio**,** "Governo dos Homens ou Governo das Leis*",O Futuro da Democracia – uma defesa das regras do jogo,* 4 ed, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989, p. 151/171).

Nesse viés, o que estivesse seguro hoje, através regra positiva, facilmente seria alterado amanhã, quando forças políticas circunstantes pudessem mudar, *ordinariamente,* o cenário estabelecido pelo Direito. É próprio da *teoria das constituições rígidas*, que a matéria de separação de poderes seja *dura*, clausulada com petrialidade (artigo 60, § 4º, III, CR), como limite material ao poder constituinte de segundo grau, ao poder de reforma da Constituição. Desta forma a matéria não

estaria resguardada somente diante da ação do legislador ordinário, mas também do legislador de reforma constitucional (Oswaldo Bandeira de Mello, *Teoria das Constituições Rígidas,* 2 ed, São Paulo, José Bushatsky, 1980, 248 p.)

As medidas de ordem político-jurídica que justificam a limitação das hipóteses de relacionamento e controle recíprocos entre os órgãos constitucionais de poder, *especialmente entre o Legislativo e o Executivo*, seriam as seguintes, segundo Diego Valadés:

> **"**a. *Responsabilidade*: os órgãos de poder devem atuar dentro da esfera de sua competência, sem excesso nem defeito. Ir mais além de suas faculdades, ou deixar de cumprir com suas responsabilidades, afeta os direitos dos governados e, por isso, vulnera o Estado de Direito.
>
> b. *Efetividade*: os instrumentos de controle devem aplicar-se para que cada órgão de poder atue estritamente no âmbito de suas atribuições, não para evitar, obstaculizar ou condicionar essa atuação.
>
> c. *Publicidade*: os controles não podem ser utilizados para troca de favores políticos. Os entendimentos subrepetícios que concernem a forma de exercer ou de não por em prática os controles, com o propósito de alcançar consensos políticos, atenuam, neutralizam e inclusive cancelam os efeitos jurídicos e políticos dos controles. Os consensos para a modificação ou atuação das instituições não devem adotar-se em prejuízo do exercício dos controles.
>
> d. *Estabilidade*: os controles devem ser exercidos de maneira responsável e não para dirimir problemas de antagonismos pessoais ou de luta pelo poder. Não devem se confundir as expressões "a luta pelo poder", que se regula pelas normas eleitorais, "as lutas no poder", que se limitam a acomodar interesses, tendências, correntes ou pessoas, "as lutas contra o poder", que às vezes se praticam em nome das liberdades públicas. Os controles não são instrumentos de combate, senão de integração e se aplicam para dar estabilidade às instituições.
>
> e. *Regularidade*: os controles devem ser exercidos de maneira pré-ordenada e sistemática."[3]

Neste sentido tudo o que autoriza um poder do Estado de Direito

3 Tradução livre do espanhol de seu livro *Constitución y Democracia*, México, Universidad Nacional Autônoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 65/66, capítulo intitulado "Relación y controle recíprocos entre órganos del poder", p. 65/83.

a interferir em outro, deve estar expressamente regrado no texto constitucional, indene de dúvidas, vertido em forma clara, a ser interpretado sempre de forma estrita, segundo o "princípio da interpretação liberal" – *competências se interpretam de forma estrita, garantias e direitos fundamentais de forma ampla*.

Somente com apoio nesse entendimento é que é possível ao Judiciário invalidar as leis produzidas pelo Legislativo, por força dos dispositivos constitucionais que tratam da matéria e da processualística do controle de constitucionalidade (*e. g.,* artigos 97, 102, I, *a*, CF). É possível ao Presidente indicar membros da Suprema Corte, que passarão por sabatina e aprovação do Senado, porque a Constituição da República expressamente dispõe a respeito (art. 101, parágrafo único, CF). É exigível do Presidente da República, pelo Congresso Nacional, autorização para declarar a guerra, celebrar a paz e permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente (art. 49, II, CF).

Também é a Constituição Federal, regra do artigo 49, XVII, que legitima e autoriza a interferência legislativa no Executivo Federal, mediante exigência de *autorização prévia*, *para aprovar a alienação* ou a concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

Esses exemplos nos dão real idéia do princípio da separação de poderes estabelecido e concretizado em nossa Constituição da República, através regras constitucionais de competência, normas de atribuições aos poderes constituídos. Para compreendermos a importância, extensão e profundidade desse princípio estruturante (art. 2º, CF) se faz necessário o conhecimento integral do Texto Magno, para se aquilatar do bloco de normas constitucionais, princípios e regras, que lhe conformam a função, estrutura e realidade normativa na Constituição Federal de 1988[4].

---

4 Para ver sobre a extensão e profundidade do princípio da separação de poderes na atual Constituição brasileira consultar Marilene Talarico Martins Rodrigues, "Tripartição de Poderes na Constituição de 1988", *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 11, ano 3, abr./jun. 1995, p. 16-30. Para compreendermos melhor a ideia de densificação e concretização constitucionais, princípios estruturantes, estrutura e função das Constituições, indicamos a leitura de nosso *Conceito de*

Em nosso sistema constitucional vários são os controles exercidos sobre a Administração Pública, atividade praticada em todos os poderes constituídos: controles *administrativos, legislativos e jurisdicionais*. São muito importantes, para os fins deste parecer, os controles exercíveis pelo Legislativo sobre a atividade de administração pública desempenhada pelo Executivo. Basta ver lições de Diogenes Gasparini*, Direito Administrativo*, 9 ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 790/823.

Gasparini trata dos *meios de controle legislativo sobre a Administração Pública*, e entre esses mecanismos destaca a *comissão parlamentar de inquérito*, *pedido de informação*, *convocação de autoridades, função jurisdicional, fiscalização contábil, financeira e orçamentária, e também o que chama participação na função administrativa*.[5]

Esse último mecanismo, típico meio de controle do Legislativo sobre o Executivo, autorizado, expressamente, pela Constituição, revela um dos pontos jurídicos nodais do presente parecer. Vejamos seu conceito com Diogenes Gasparini:

> "Em mais de uma passagem a Constituição da República outorga ao legislativo competência para participar da função administrativa realizada, precipuamente, pelo Executivo. A contribuição dos órgãos legiferantes para a validade da atuação da Administração Pública acaba redundando em controle, já que lhe cabe *aprovar* ou *autorizar* essa atuação. Essas atribuições foram, pela Lei Maior, concedidas ao Congresso Nacional ou a uma de suas Casas. Nos Estados-Membros e Municípios iguais atribuições são autorizadas às Assembleias Legislativas e às Câmaras dos Vereadores, guardadas, evidentemente, as respectivas competências e o que dispuserem as Constituições e as Leis Orgânicas dos Municípios."[6]

Nesta linha, fácil concluir que o princípio da separação de poderes se amplifica em importância nos Estados de forma federal, como o Brasil, pois além da Constituição central, da Constituição federal, existem as Constituições locais, as Estaduais e Municipais. Nossa Constituição da República consagrou federalismo tripartite, sendo três espécies de entidades federadas para as quais nosso Direito reconhece

---

Princípios Constitucionais, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

5 Obra citada, p. 806.

6 Obra citada, p. 808.

Constituição: a Federal, a Estadual e a Municipal[7].

Embora a única Constituição fruto de Poder Constituinte Originário seja a federal, e as outras, estaduais e municipais, sejam fruto de Poder Constituinte Decorrente, todas são Constituições, pois, entre outras funções, estabelecem regras para a separação de poderes em cada nível de governo federativo, obedecendo, é claro, os princípios constitucionais estabelecidos, os princípios constitucionais sensíveis e as normas centrais estatuídas na Constituição Federal, além de terem de respeitar o sistema de garantias e direitos fundamentais estatuídos na Lei fundamental central.[8]

Além dessas normas que devem ser respeitadas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem reiterando o que devem as entidades federadas, em matéria de separação de poderes, respeitar como simetria ao texto constitucional federal:

> "Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os 'freios e contrapesos' admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes. Conseqüente plausibilidade da alegação de ofensa do princípio fundamental por dispositivos da Lei estadual 11.075/98-RS (inc. IX do art. 2º e arts. 33 e 34), que confiam a organismos burocráticos de segundo e terceiro graus do Poder Executivo a função de ditar parâmetros e avaliações do funcionamento da Justiça (...)." (ADI 1.905-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05/11/04)
>
> "A fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Execu-

7 Ver considerações em nosso artigo *Jurisdição Constitucional Estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação brasileira* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 12, out./dez. 2004, n. 49, p. 55/56.

8 Sobre princípios constitucionais estabelecidos e princípios constitucionais sensíveis, ver José Afonso da Silva*, Curso de Direito Constitucional Positivo,* 17 ed., São Paulo, Malheiros, 2000. Sobre teoria do poder constituinte e as categorias utilizadas nesse parecer, ver Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte,* São Paulo, Saraiva. Sobre "normas centrais" ver Raul Machado Horta**,** *Curso de Direito Constitucional*, 3 ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2002, capítulo 7, "Normas Centrais na Constituição Federal", p. 283/288.

> tivo é um dos contrapesos da Constituição Federal à separação e independência dos Poderes: cuida-se, porém, de interferência que só a Constituição da República pode legitimar. Do relevo primacial dos 'pesos e contrapesos' no paradigma de divisão dos poderes, segue-se que à norma infraconstitucional — aí incluída, em relação à Federal, a constituição dos Estados-Membros —, não é dado criar novas interferências de um Poder na órbita de outro que não derive explícita ou implicitamente de regra ou princípio da Lei Fundamental da República. O poder de fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é outorgado aos órgãos coletivos de cada câmara do Congresso Nacional, no plano federal, e da Assembléia Legislativa, no dos Estados; nunca, aos seus membros individualmente, salvo, é claro, quando atuem em representação (ou presentação) de sua Casa ou comissão." (ADI 3.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28/05/04)
>
> "Afronta os princípios constitucionais da harmonia e independência entre os Poderes e da liberdade de locomoção norma estadual que exige prévia licença da Assembléia Legislativa para que o Governador e o Vice-Governador possam ausentar-se do País por qualquer prazo. Espécie de autorização que, segundo o modelo federal, somente se justifica quando o afastamento exceder a quinze dias. Aplicação do princípio da simetria." (ADI 738, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07/02/03) (sublinhamos!).
>
> "Norma que subordina convênios, acordos, contratos e atos de Secretários de Estado à aprovação da Assembléia Legislativa: inconstitucionalidade, porque ofensiva ao princípio da independência e harmonia dos poderes." (ADI 676, Rel. Min. Carlos Velloso**,** DJ 29/11/96). No mesmo sentido: ADI 770, DJ 20/09/02; ADI 165, DJ 26/09/97.

E no plano municipal, o princípio da separação de poderes também tem sua importância, até mesmo por que a Lei Orgânica Municipal é uma Constituição, como já escrevemos:

> "i) porque que seu *nomen juris* não é o que define sua natureza, mas sim a sua estrutura e função na ordem jurídica nacional e municipal;
>
> ii) por ser produto do exercício do poder constituinte decorrente municipal, veículo da capacidade federativa auto-organizatória conferida aos municípios;
>
> iii) por ser norma de normas, *norma normarum,* por regular o processo de produção normativo no âmbito municipal, pré-definindo a forma e a matéria das leis infra-orgânicas, numa *relativa* relação de

infra e supra-ordenação normativa, ao modo da concepção kelsiana;

iv) também constitui fundamento de validade das leis e demais atos normativos ou não normativos municipais, tendo supremacia no âmbito local municipal, não podendo ser violada em suas regras ou princípios;

v) organiza, limita e autoriza a ação dos poderes e dos agentes públicos municipais, estabelecendo, igualmente, mesmo em face de sua limitada capacidade de conformação constituinte decorrente, novos núcleos de direitos fundamentais individuais e/ou coletivos.

vi) o modo de sua produção *inicial* e o processo de sua reforma se assemelham, em tudo, com o modo de produção e reforma da Constituição Estadual, tendo, inclusive, um *uórum* muito elevado para sua aprovação originária – 2/3 – (art. 29, caput, da CR)." [9]

Em conclusão ao raciocínio exposto neste ponto, atente-se para lição muito apropriada à consulta:

> "A *função de controle e fiscalização* da Câmara Municipal mereceu do Constituinte de 1988 destaque idêntico ao da função legislativa, na medida em que o art. 29, IX, da CF [hoje, XI] as coloca entre os preceitos obrigatórios a serem observados na elaboração das leis orgânicas municipais.
>
> A *função de controle e fiscalização* da Câmara sobre a conduta do executivo tem caráter político-administrativo e se expressa em *decretos legislativos* e *resoluções do plenário*, alcançando unicamente os atos e agentes que a Constituição da República, em seus arts. 70 e 71, por simetria, e a lei orgânica municipal, de forma expressa, submetem à sua apreciação, fiscalização e julgamento. (...). Exerce ainda a Câmara o *controle legislativo* de determinados atos ou contratos do Executivo, através de autorização prévia ou aprovação posterior, mas somente nos casos e limites expressos na Lei orgânica do Município." Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro,* 7 ed., São Paulo, Malheiros, 1994, p. 443/444.

Tendo em conta o conjunto das ponderações introdutórias acima expostas sobre a separação de poderes, podemos concluir, sumaria-

---

9 Em nosso artigo *Jurisdição Constitucional Estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação brasileira* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 12, out./dez. 2004, n. 49, p. 75/76.

mente, quanto a sua aplicação ao presente parecer:

a) pelo princípio constitucional da separação de poderes, toda e qualquer intervenção de um poder constituído na atividade de outro deve estar regrado na Constituição, através de normas claras, precisas, expressas, havendo, quanto à matéria, verdadeira reserva de constituição, não podendo lei ordinária introduzir norma de controle sem que haja autorização prévia na Lei fundamental regente;

b) os controles de poder político devem ser vertidos em normas constitucionais, e expressam a forma legítima, constitucional, de um poder controlar, intervir, fiscalizar a ação de outro;

c) na federação brasileira, onde cada entidade da federação tem a sua própria Constituição, a matéria da separação de poderes em nível estadual e municipal é tratada, respectivamente, na Constituição estadual e na Lei Orgânica Municipal, devendo essas constituições guardarem simetria com o quanto ordenado no plano federal, sob pena de invalidade das disposições contrastantes com a Constituição central.

d) a disciplina dos controles entre Executivo e Legislativo municipais deve estar regrada por normas constitucionais municipais simétricas com as normas constitucionais federais, dispondo, com regras expressas, sobre a forma e oportunidade que ensejam ao Legislativo interferir na função administrativa a ser desempenha pelo Executivo. A falta de tal disciplina expressa na Lei Orgânica Municipal, ilegitima e invalida a exigência de controle;

e) a autorização para alienar bens imóveis, que deve ser dada pelo Legislativo ao Executivo Municipal, se enquadra numa das espécies do controle político-parlamentar sobre a função administrativa desempenhada pela Chefia da administração pública local.

II

Para que haja segurança e previsibilidade nas relações estabelecidas entre os cidadãos e os poderes constituídos, e entre esses poderes, entre seus agentes e seus órgãos, é necessário que o atuar, o agir, o afazer daquele que exerce função pública esteja pré-determinado por norma jurídica, por regra de direito ou princípio normativo, esses podendo ser expressos ou implícitos[10]. O Direito deve disciplinar a

10 Sobre princípios e regras jurídicas, como espécies de norma de direito, princípios expressos e implícitos, indicamos nosso *Conceito de Princípios Constitucionais*, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. E sobre estudo enfocando diretamente essa problemática no que toca atividade jurídico-administrativa e seus princípios constitucionais incidentes, ver nosso artigo *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administra-*

atuação dos órgãos de poder, mormente quando o órgão de poder tem tantos relacionamentos com os demais órgãos de estado e com a sociedade, como é o caso da função administrativa desempenhada pelo Executivo, seja o Executivo federal, estadual ou municipal.

Assim, para atender as exigências de previsibilidade e segurança jurídicas é que foi cunhado, no âmbito do Direito Público, o princípio da legalidade administrativa (artigo 37, *caput*, da CF), também chamado, por último, pelos estudiosos de lentes mais avançadas, de *princípio da juridicidade administrativa*[11], para se demonstrar que a submissão da função administrativa não é somente à lei, às suas regras jurídicas, mas a outras normas constantes de Constituições [princípios e regras constitucionais, federais, estaduais ou municipais], contratos, regulamentos, instruções normativas, normas de diferentes estalões, onde a lei ocuparia o lugar de destaque, mas não de exclusividade, pois, é através da atividade legislativa que o maior número de limites, contenções, deveres, procedimentos e obrigações são endereçados ao poder público e à sua função administrativa.

Nessa visão[12] mais aberta do princípio da legalidade administra-

---

tiva: anotações em torno de questões contemporâneas. In: LEITE, George Salomão (org.) Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. 429 p. p. 254-293.

11 Um dos primeiros estudos, entre nós, a dar o enfoque substancialista do princípio da legalidade como princípio da juridicidade, e a chamá-lo de princípio da juridicidade administrativa, foi o livro de Carmem Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, 308 p.

12 Nesse sentido Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo,* São Paulo, Saraiva, 2005: "(...) é indispensável evitar (...) considerações" que "... conduzam a identificar o princípio da legalidade com a necessidade de existência de disposição expressa no texto de uma lei. Quando se afirma que o princípio da legalidade envolve a existência de lei, isso não pode ser interpretado como exigência de disciplina legal literal e expressa. O princípio da legalidade conduz a considerar a existência de normas jurídicas, expressão que não é sinônima de 'lei' (...). Há princípios jurídicos implícitos. Também há regras jurídicas implícitas. A disciplina jurídica é produzida pelo conjunto das normas jurídicas, o que exige compreender que, mesmo sem existir dispositivo literal numa lei, o sistema jurídico poderá impor restrição à autonomia privada e obrigatoriedade de atuação administrativa. Em suma, o princípio da legalidade não conduz a uma interpretação literal das leis para determinar o que é permitido, proibido ou obrigatório." (p. 141). E Juarez Freitas, *Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 3 ed., São Paulo, Malheiros, 2004: "No que tange ao princípio da legalidade e do acatamento da Administração Pública ao Direito, é de (...) assinalar que se evoluiu de um legalismo primitivo para uma posição principiológica e substancialista (....). Nesse caso, a legalidade

tiva, como princípio da juridicidade administrativa, compreende-se que o dever de respeito à lei, é o dever de respeito às normas que dimanam da ordem jurídica globalmente considerada, em todos os seus escalões normativos e ramos do Direito; de normas cuja natureza seja de regra ou princípio; cujo conteúdo revele normas de competência, normas materiais ou normas processuais; normas de direito público ou normas de direito privado; normas produzidas por fontes federais, estaduais ou municipais; normas de cunho constitucional, legal, infralegal ou contratual.

O princípio da juridicidade administrativa é princípio entre outros princípios constitucionais. Ele pressupõe o acato, para sua plena realização no plano do Direito, de outros princípios igualmente relevantes para se entendê-lo princípio efetivado frente a cada ato ou negócio jurídico praticado pelo agente público em prol da Administração Pública: *e g.,* princípio da boa fé, da economicidade, da legitimidade da despesa pública, da moralidade, da publicidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança.

Assim, cada ato jurídico praticado pela Administração Pública, sejam atos contratuais ou não contratuais, atos administrativos ou meros atos de administração, atos praticados entre órgãos de estado, órgãos administrativos ou atos com interferência ou conexão com atividades particulares, devem respeito, em cada caso, a um bloco de legalidade, a um bloco de juridicidade, que, muitas vezes, pode considerar normas constantes de Constituição federal, estadual ou municipal, normas que estão no Código Civil ou na legislação civil estravagante, normas de natureza puramente administrativa, produzidas em cada esfera de go-

---

faz as vezes de valioso princípio, porém somente experimenta significado apreciável na interação com os demais. Pensar o Direito Administrativo exclusivamente como mero conjunto de regras legais seria subestimar, de forma danosa, a complexidade do fenômeno jurídico-administrativo." (p. 43)."... a legalidade é princípio entre princípios. (...). Do conceito do Estado de Direito, em sentido material, deriva os princípios da justiça e da segurança jurídica. Do Estado de Direito em sentido formal, acolhe os princípios da separação de poderes, dos direitos fundamentais, da reserva legal, da proporcionalidade, da proteção da confiança e dos controles administrativos.(...). O princípio da legalidade precisa ser, então, compreendido e aplicado, no contexto maior do acatamento que a Administração Pública deve ao Direito." (p. 44/45). Em sentido semelhante, Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de Direito Público*, 4 ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 158/163, ao tratar do princípio de submissão do Estado, e suas atividades legislativas, executivas e judiciárias à ordem jurídica.

verno para regular o Direito Administrativo pertinente a cada unidade federativa, normas contratuais, etc.

Muitas vezes o princípio da juridicidade administrativa reclama que antes da prática de algum ato ou negócio jurídico, se verifiquem todas as suas formalidades, como exige o Código Civil, *e. g.,* artigos 104, 107, 108, 166, IV, V e VII, ou mesmo a Lei de Ação Popular, exemplificativamente, como normas materiais, o artigo 2°, letras "b" e "c", parágrafos único, letras "b" e "c".

A juridicidade administrativa reclama sempre a verificação de norma constitucional ou legal a determinar especial autorização ou aprovação para a prática de atos ou negócios jurídicos, como aqueles atos praticáveis pelo Legislativo que interferem na função administrativa desempenhada pelo Executivo, ao realizar negócios respeitantes a gestão patrimonial da Administração Pública, como aquisição ou alienação de bens públicos, móveis ou imóveis, como poderia ser ato aceitando doação sem encargos levada a efeito por doador particular a Município donatário. Negócio jurídico de doação como o ora sob exame.

Assim, para aferição da validade de qualquer ato administrativo é necessário sempre constatar sua correspondência ao Direito como sistema de normas e não somente à lei em sua expressão literal. É necessário ter em conta a complexidade, amplitude e extensão do princípio da juridicidade administrativa, em seu enraizamento constitucional.

Para os objetivos deste parecer, além e ao lado do princípio da juridicidade administrativa, é preciso focarmos, brevemente, outros princípios jurídicos, já tratados em trabalho nosso de doutrina:

> "(...) princípios constitucionais jusadministrativos. Esses princípios promovem ou contêm a ação administrativa pelas suas otimizações principiológicas, potencializam o atuar das regras, através de interpretações que lhe são conformes e realizadoras.
>
> Para dar transparência, confiabilidade, eficiência, segurança e legitimidade nas relações entre o estado e a pessoa humana, entre a autoridade e a liberdade, entre as normas de competência-estatal e as normas de direitos fundamentais, faz-se imprescindível o conhecimento, a atenção, o uso e o respeito ao núcleo de princípios constitucionais pertinentes à atividade administrativa, sob pena de se frustrarem os objetivos e as promessas do Estado Democrático de Direito.

> O princípio do Estado Democrático de Direito (...) exige transparência, publicidade, respeito ao devido processo legal, tanto em sua dimensão substantiva quanto adjetiva; exige o respeito aos padrões de juridicidade dimanados das Constituições (federal, estadual e municipal), das leis e dos contratos, e demais atos normativos reconhecidos pela ordem jurídica como válidos e vinculantes. Acima de tudo, este princípio fundamental, este princípio estruturante[13] impõe a inteligência dos princípios administrativos como princípios que devem orientar a ação da administração na perseguição de fins públicos matizados por elevados valores constitucionais democráticos (...).
>
> Além disso, esse princípio quer garantir a segurança de expectativas das pessoas; exige (...) segurança de suas posições jurídicas, de seus direitos e interesses no âmbito de uma ordem democrática; exige que todas as instituições, sejam as verticais (federal, estadual e municipais), sejam as horizontais (executivo, legislativo e judiciário), se contenham na ordem do Direito."[14]

Nesse mesmo estudo, ainda dissemos:

> "O Princípio da Legalidade/Liberdade (art. 5°, inciso II, da CR) impõe que toda intervenção na esfera de direitos, na esfera de liberdades da pessoa se opere através da lei, ato jurídico-político votado pelo povo, através de seus representantes (desdobramento do Princípio Republicano), aqui especialmente os representantes do legislativo e do executivo em atuações conjugadas; a criação de direitos, de obrigações, de proibições e sanções, para ter racionalidade, calculabilidade, regulação das expectativas dos indivíduos, deve-se dar por intermédio da lei (desdobramento do Princípio do Estado Democrático de Direito).
>
> E a legalidade, a lei, sua juridicidade, deve-se dar no plano da Constituição, da constitucionalidade, pois não é qualquer lei que pode restringir ou ampliar direitos, mas somente aquela que atendeu aos seus pressupostos materiais e formais constitucionais de validade. É o princípio da legalidade lido e aplicado em conjunto, em casamento com o princípio da constitucionalidade (...).
>
> A lei define as competências da administração pública, o tempo de mandato de seus agentes, as condições de validade do exercício do poder administrativo, seus controles, as faculdades e poderes dos ci-

13 Para aprofundar a idéia de princípio estruturante, ver nosso livro, p. 183-193.

14 Conforme nosso *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas*, obra citada, p. 262.

dadãos sobre os quais incidem os poderes da administração. Enfim, a relação entre a liberdade e a autoridade, entre o indivíduo e a administração, entre a autonomia do cidadão e o círculo de atividades administrativo-públicas deve ser regulada pela lei e a ela deve se submeter, sob pena de aplicação das sanções correspondentes encontráveis na ordem jurídica."[15] (sublinhamos!)

"O Princípio da Segurança Jurídica (art. 5°, *caput* e seu inciso XXXVI, da CR) impõe que as relações jurídicas, as posições de direito delas decorrentes, se já validamente consolidadas, se fruto de coisa julgada, ato jurídico perfeito ou direito adquirido não sejam tocadas, bulidas no sentido de revogá-las ou modificar-lhe os efeitos já consolidados."[16] (sublinhamos!)

"O Princípio da Economicidade também logra sede expressa no artigo 70, *caput,* da CR. Por ele se exige que o administrador público haja de modo a otimizar a ação estatal no sentido de "... encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública. A violação manifesta do princípio dar-se-á quando constatado vício de escolha assaz imperfeita dos meios ou parâmetros voltados para obtenção de determinados fins administrativos.

Este princípio possui um conteúdo econômico no sentido "que os parcos recursos do Estado devem ser empregados visando aos melhores resultados econômicos 'do ponto de vista qualitativo e quantitativo' (...)."[17]

"O Princípio da Legitimidade está previsto no artigo 70, *caput*, da Constituição Federal. Por ele nosso Direito positivou, de forma mais peremptória, um olhar mais substancialista, material, não meramente formal por sobre os atos administrativos e sua fiscalização. Nele se fundamenta a necessidade de o Administrador consultar a aspiração geral, a vontade dos cidadãos, auscultar suas carências e desejos vertidos em interesse público. Atos, despesas e receitas legítimas são aquelas que atendem aos anseios populares, anseios estes, em uma federação, medido em cada unidade federativa, em cada povo nela existente.(...) Assim, não só a legitimidade das despesas e receitas públicas poderá ser questionada (...), todo e qualquer ato administrativo, ainda que não relacionado diretamente à despesa e receita, desde que imponha encargos a Administração e seus administrados, com conseqüências sobre direitos coletivos e individuais,

15 Obra citada, p. 268.

16 Obra citada, p. 273.

17 Obra citada, p. 286.

> e desde que se enseje a hipótese, poderá ser discutido tendo como viés o princípio da legitimidade. (...).”[18]

Tendo em conta essas ponderações, é necessário concluir que todo e qualquer ato ou negócio realizado pela Administração Pública deverá atender ao regime do direito, ao sistema jurídico, à juridicidade administrativa, tanto em sua forma quanto em seu conteúdo, tanto quanto a capacidade de seus agentes como quanto à competência dos órgãos encarregados de realizar o ato ou de fiscalizar sua legítima realização. E o conjunto de normas que enredam à prática de algum ato ou negócio deve ser buscado em diferentes pontos da ordem jurídica, em normas federais, estaduais ou municipais, em normas de direito privado ou de direito público, em normas constitucionais, legais ou infralegais.

Somente tendo em conta a extensão e amplitude do princípio da juridicidade administrativa é que poderemos bem aferir a valia jurídica, a legitimidade, a conformidade à ordem do Direito de um negócio jurídico realizado pela Administração Pública.

b) Contrato de Doação e seu uso para Aquisição de Bens Imóveis pela Administração Pública

I

A doação, como instituto jurídico, é tipicamente instituto de Direito Privado, de Direito das Obrigações, de Direito Civil Contratual. Sua tipicidade é manifesta pela regulação que lhe confere o Código Civil, artigos 538 a 564. É um dos mais formais contratos de nosso Direito, sob os quais muitas normas incidem para sua realização, ditando-lhe a forma para sua adequada valia jurídica.

Pessoas físicas ou jurídicas, essas públicas ou privadas, ao realizarem doações, devem observar seus contornos legais definidos no Direito Civil, ainda que no caso de pessoa jurídico-pública, ao lado das normas do Código Civil, existam outras regras de cunho legal ou constitucional que devem ser observadas na prática de aquisições ou alienações através de doação.

Vejamos contornos conceituais e aspectos legais da doação, se-

18 Obra citada, p. 285/286.

gundo o civilista Vitor Frederico Kümpel, *Direito Civil 3 – Direito dos Contratos*, São Paulo, Saraiva, 2005:

> "Doação é o negócio jurídico bilateral em que uma pessoa (doador) se obriga a transferir bens corpóreos ou incorpóreos de seu patrimônio, por liberalidade, a outrem (donatário), que simplesmente aceita ou presta um encargo. Não obstante o art. 538 do CC discipline que na doação a pessoa transfere um bem de seu patrimônio, na realidade, é um contrato que só produz efeitos obrigacionais, não ocorrendo a transferência obrigatoriamente no momento da liberalidade. Isso significa que a tradição, para o bem móvel, ou o registro, para o imóvel, são os atos que transferem a propriedade e são sempre supervenientes ao momento da manifestação de vontade." (p. 151).
>
> "... a doação é um contrato, ou seja, aperfeiçoa-se por meio da convergência de duas vontades, a doador e do donatário..." (p.152).
>
> É "*contrato unilateral* – apesar de aperfeiçoar-se com duas vontades, somente o doador tem prestação, pois o donatário apenas aceita, já, que em princípio, não é obrigado a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa. Caso seja fixado um encargo ao donatário, o contrato passa a ser unilateral imperfeito, ou seja, incide prestação para as duas partes (...). O encargo não tem qualquer equivalência econômica com a prestação do doador (...)." (p. 153).
>
> É "*contrato gratuito* – a doação implica sempre vantagem econômica para o donatário e desvantagem para o doador, pouco importando se a doação é pura e simples ou com encargo. Muito embora esta última modalidade seja denominada por lei doação onerosa (art. 562 do CC), a nomenclatura é infeliz, na medida que a onerosidade implica equivalência econômica das prestações, sendo esse elemento inexistente no contrato de doação. A grande marca do contrato é a vontade do doador de ter perda econômica (...), donatário (...) sempre terá vantagem econômica." (p. 153).
>
> É "*contrato formal* – com a finalidade de proteger o doador, em virtude da perda econômica que sofre, a doação é um dos contratos mais formais do Código Civil. Conforme o art. 541 do CC, a doação de bem imóvel deverá ser feita por escritura pública (...)." (p. 153).
>
> "Aceitação do donatário – caso a doação fosse um ato unilateral prescindiria da aceitação do donatário; porém, por se tratar de contrato, jamais se torna perfeita enquanto não houver aceitação por parte dele. Deverá, como em qualquer contrato, haver a convergência de vontade entre o *animus donandi* do doador e aceitação da liberalidade por parte do donatário. A doação pura e simples é aquela cuja aceitação, além de expressa, pode ser presumida, tendo em

> vista nenhum prejuízo ao donatário (...). Porém, na hipótese de doação com encargos, ela será sempre expressa por implicar um ônus aposto a uma liberdade." (p. 155). (sublinhamos!).
>
> "***Doação pura e simples***
>
> É a doação típica, aquela na qual o doador transfere bens ao donatário, que simplesmente os aceita. Somente o doador favorece o donatário, sem lhe exigir ou impor qualquer contraprestação, além de não haver cláusula que implique modalidade, ou seja, não há qualquer condição, termo, encargo ou prazo." (p. 161).

Tendo em conta esses elementos doutrinais, é correto afirmar que quando a administração pública se envolve em contrato de doação, ela poderá figurar tanto na qualidade de doadora, quanto na de donatária. E dependendo de sua posição na relação contratual, o regime jurídico da espécie poderá variar, havendo mais ou menos normas a serem observadas para a valia do negócio jurídico. Isso depende do regime de direto público aplicável aos bens públicos.

A importância dos bens públicos para o Direito exige tratamento legal diferenciado relativamente aos bens de propriedade dos particulares. A administração pública precisando *adquirir ou alienar bens*, especialmente bens imóveis, necessita atentar para regime jurídico que pode variar na conformação das suas normas, conforme os fins e os meios do negócio jurídico, bem como a posição contratual em que se encontrar.

Para Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo,* São Paulo, Saraiva, 2005:

> "Não existe um regime jurídico único, aplicável a todos os bens públicos. Existem diversos regimes, variáveis em vista das características dos bens e das finalidades a que se destinam a satisfazer. (...). Os regimes de direito público têm natureza restritiva das faculdades de uso, fruição e disponibilidade dos bens. A extensão das restrições é variável conforme o regime jurídico aplicável. (...)." (p. 703);

Hely Lopes Meirelles*, Direito Municipal Brasileiro,* 7 ed., São Paulo, Malheiros, 1994, ao falar de doação, aquisição e alienação de bens imóveis pelo Município, ensina:

> "Doação é o contrato pelo qual uma pessoa (doador), por liberalidade, transfere do seu patrimônio um bem para o de outra (o donatá-

> rio), que o aceita (...). É contrato civil, e não administrativo, fundado na liberdade do doador, que pode ser com encargo.
>
> O Município pode fazer doações de bens móveis ou imóveis desafetados do uso público, e comumente o faz para incentivar construções e atividades particulares de interesse local e convenientes à comunidade. Essas doações podem ser com ou sem encargos, e em qualquer caso dependem de *lei autorizativa* que estabeleça as condições para sua efetivação, e de *prévia avaliação* do bem a ser doado, não sendo exigível licitação para o contrato alienativo (Lei 8.666/93, art. 17, I, "b")." (p. 245.)
>
> "O Município, no desempenho normal de sua administração, adquire bens de toda espécie e os incorpora ao patrimônio público para realização de seus fins. Essas aquisições ou são feitas contratualmente, pelos instrumentos comuns do Direito Privado, sob a forma de *compra, permuta, doação , dação em pagamento*, ou se realizam compulsoriamente por *desapropriação* ou *adjudicação em execução de sentença*, ou ainda, se efetivam por força de lei na *destinação de áreas públicas nos loteamentos* (...)." (p. 254.)
>
> "A alienação de bens imóveis do Município (venda, permuta, doação etc), sendo ato que excede dos de simples administração, exige expressa autorização da Câmara. (...) daí a regra segundo a qual o prefeito, toda vez que tiver necessidade de dispor de bens, ou de onerar o Município com encargos extraordinários, deverá obter autorização especial da Câmara.
>
> As leis orgânicas exigem, em regra, *uórum* e tramitação especial para aprovação das proposições que autorizam a venda, permuta e doação de bens imóveis, assim como para a constituição de ônus e assunção de encargos extraordinários para a Municipalidade. Tais autorizações, portanto, devem atender, na sua elaboração, a todos os requisitos especiais previstos na legislação local organizatória do Município e aos trâmites regimentais que se referirem à espécie em deliberação." (p. 507.)

Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 5 ed., São Paulo, Malheiros, 1994, ao falar de alienações e aquisições pela Administração Pública, e, especificamente, alienações de bens públicos imóveis, afirma:

> "Os bens públicos se adquirem pelas mesmas formas previstas no direito privado (compra e venda, doação, permita etc) e mais, por formas específicas de direito público, como a desapropriação ou a determinação legal." (p. 442). (sublinhamos!)

> "A administração (...) para alienar bens públicos depende, no caso de bens imóveis, de autorização legislativa (...). Dita alienação deve ser precedida de avaliação do bem e de licitação (...). Nas órbitas estaduais e municipais, as respectivas leis estabelecem as mesmas exigências." (p. 442).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, 10 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, ao expor sobre a transferência pela administração de bens públicos imóveis a terceiros, discorre sobre a necessidade de autorização legislativa segundo a ordenação legal de cada entidade federada respectiva:

> "Se a Administração decide transferir o domínio de um bem público a terceiros, deverá fazê-lo sob o regime público, uma vez que o preço a ser percebido será, substitutivamente, um bem público: uma receita pública eventual.
>
> Para obtenção das melhores condições de alienação, a licitação é obrigatória, sempre precedida de avaliação, em que se fixará o mínimo exigível.
>
> Distingui-se a alienação de bens *imóveis*, em que poderá ser obrigatória a autorização *legislativa*, se assim o dispuser a legislação estadual ou municipal, competentes para disciplinar a gestão administrativa patrimonial (...)." (p. 127)

Hely Lopes Meirelles, em outro trabalho, parecer sobre "Bem Público – Alienação sem Autorização Legislativa", em seu livro *Estudos e Pareceres de Direito Público*, Vol. V, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 163/164, *discorre sobre as consequências de falta de autorização na alienação de bem imóvel por doação*, ou seja, sendo o Município doador, e não havendo doação legislativa:

> " – É nula alienação de imóvel municipal sem autorização legislativa da Câmara
>
> - Anulada a alienação devem as partes serem restituídas ao *status quo ante*
>
> (...).
>
> "2. No âmbito municipal, a alienação de imóveis públicos exige *autorização legislativa, avaliação prévia e concorrência*, inexigível este último requisito somente nos casos de doação, permuta e investidura, cujos contratos visam pessoas ou bens certos, o que afasta o procedimento licitatório. Cumpridas as exigências legais e adminis-

> trativas, a alienação de imóvel municipal a particular se formaliza pelos instrumentos e com os requisitos da legislação civil, ou seja, escritura pública e transcrição no registro imobiliário.
>
> 3. Desatendidos os requisitos prévios da alienação, o contrato translativo da propriedade pública ao particular é *nulo*, e assim deve ser declarado pelo Judiciário – e somente pelo Judiciário – em ação adequada, uma vez que a Administração não tem poderes para rescindir unilateralmente contratos civis, nem para invalidar atos de registro público (...).”

Diogenes Gasparini*, Direito Administrativo*, 9 ed., São Paulo, Saraiva, 2004, ao tratar da doação como meio de aquisição ou alienação de bens pela Administração, e, especificamente, ao enfrentar o tema da doação quando a administração pública for donatária:

> “Com base no art. 538 do Código Civil, pode-se definir a doação como *o contrato segundo o qual uma pessoa, chamada doador, por liberalidade, transfere um bem do seu patrimônio para o patrimônio de outra, designada donatário, que o aceita.* Tanto o doador como o donatário podem ser pessoas físicas ou jurídicas, e estas, públicas ou privadas. Assim, o Município, pessoa jurídica de Direito Público interno (art. 41, III, do CC), ou outra das pessoas políticas, não só pode doar, como receber em doação qualquer bem, isto é, pode figurar numa ou noutra das extremidades do contrato, ocupando a posição de doador ou donatário. Destarte, observados os limites e as vedações legais, qualquer bem pode ser doado, como qualquer pessoa pode ser doadora ou donatária.” (p. 734).

E sobre ponto nodal de nossa consulta, pontua com clareza:

> “A administração Pública, para receber bens imóveis por doação, não necessita de lei autorizadora, salvo se com encargo.” (p. 735).

Das considerações e doutrina exposta sobre *contrato de doação e seu uso para aquisição de bens públicos imóveis pela administração pública*, podemos sumariar algumas conclusões importantes para este parecer:

a) o contrato de doação é negócio jurídico regido pelo Direito Civil, em que qualquer pessoa jurídica de direito público pode figurar como doadora ou donatária, para alienar ou adquirir bens móveis ou imóveis, com ou sem encargo;

b) como doadora de bem imóvel, a pessoa jurídica de direito público deverá realizar avaliação prévia do bem a ser doado, além de tomar autorização legislativa específica, segundo normas prevista na Lei funda-

mental da entidade federada respectiva.

c) como donatária de bem imóvel, a pessoa jurídica de direito público, para o aceite da doação não precisará tomar autorização legislativa específica, salvo se for doação com encargo e a legislação federal, estadual ou municipal a exigir;

d) só haverá nulidade de doação de bem imóvel, feita pelo Município a terceiros, por falta de autorização legislativa prévia para o negócio jurídico, se a Lei orgânica municipal a exigia e o Prefeito Municipal não a buscou ou tendo-a a buscado, não a obteve.

e) só haverá nulidade de doação de bem imóvel aceito por Município donatário, por falta de autorização legislativa específica para o aceite, se, havendo encargos e regra orgânica específica, não buscou o Prefeito Municipal o beneplácito legislativo, ou postulando-o não lhe foi concedido pela Câmara de Vereadores.

c) Lei Orgânica Municipal de Florianópolis não exige autorização legislativa específica para aquisição de bens imóveis por intermédio de doação, seja com ou sem encargos

Expendidos os pressupostos teóricos gerais nos tópicos precedentes, verificaremos se no Direito Positivo Municipal de Florianópolis, existe norma jurídica que exije autorização legislativa específica para o aceite de bem imóvel adquirido por doação sem encargos. Compulsemos as disposições normativas municipais que tratam de aquisição, alienação e gestão patrimonial pelo Executivo. E a partir de agora passaremos a argumentar tendo em conta os fatos concretos que ensejaram este parecer.

Antes de qualquer passo, necessário destacar que a Câmara Municipal de Florianópolis, através de sua Procuradoria Jurídica, como se deflui da consulta e dos documentos que a instruem, entende nula a doação sem encargo de bem imóvel feita pela doadora Pronta Empreendimentos e Participações S/A, em 15 de abril do corrente, ao donatário Município de Florianópolis, por escritura pública. Alega que teria havido transgressão a regra do inciso XVIII, do artigo 39 da Lei Orgânica Municipal, norma que exigiria, na exegese do ilustre Procurador Roberto Polli, prévia autorização legislativa para aquisição do imóvel objeto deste parecer. E como não teria havido autorização prévia ao negócio jurídico de doação aceito pelo Município donatário, inválida seria a doação.

De fato, é preciso deixar patente, para realização jurídica do negócio de doação, não houve autorização legislativa específica, como demonstram consulta e seus documentos.

Revolvendo a legislação municipal[19], preponderantemente a Lei Orgânica Municipal vigente, apontamos as normas que nos auxiliam a responder a questão fático-jurídica pertinente à espécie. Destacamos todas as normas apropriadas à solução da consulta, no que toca a LOM de Florianópolis. Normas que diretamente, ou como meros vetores hermenêuticos, conferem sustentáculo normativo à nossa resposta:

> "Art. 9° – Compete ao Município prover o que é de interesse local e do bem-estar de sua população como, dentre outras, as seguintes atribuições:
>
> I – legislar sobre assuntos de interesse local;

---

19 Há uma lei municipal de 1964, ainda vigente, que regula a doação de imóvel quando doador for o Município de Florianópolis (*ver site da Prefeitura Municipal de Florianópolis, ícone "legislação"*). Vejamos seu integral teor: LEI Nº 639/64 REGULA A DOAÇÃO DE IMÓVEIS DE PROPRIEDADE DO MUNICÍPIO. O POVO DE FLORIANÓPOLIS, por seus representantes decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º – A doação de imóveis de propriedade do município de Florianópolis, regular-se-á pela presente Lei. Art. 2º – Não poderão ser objeto de doação os imóveis municipais utilizados em serviços públicos, nem os que o plano de remodelação e de extensão das cidades e das vilas reservar a finalidades especiais de interesse público. § 1º – A doação se fará quando cabalmente demonstrações os benefícios que possam dela resultar para a coletividade. § 2º – No caso em que tais benefícios consistam em edificações de qualquer espécie, deverá o projeto de doação ser instruído com planta de autoria de construtor devidamente registrada no CREA. § 3º – Do projeto de doação deverá constar expressamente o prazo para completa execução de todas as benfeitorias propostas. Art. 3º – publicada a Lei, o Poder Executivo celebrará com a entidade donatária, contrato de promessa de doação, de que constará obrigatoriamente o prazo dentro do qual se deverão concluir ditas benfeitorias. Parágrafo Único – Do contrato a que se refere o presente artigo constará também cláusula segundo o qual, inadimplente a entidade donatária, considerar-se-á automaticamente rescindido o compromisso, independentemente de interpelação judicial, cabendo ao Município o direito a reintegração imediata na posse do imóvel, livre do pagamento de indenização por benfeitorias. Art. 4º – A lavratura do escrito definitivo de doação dependerá de lei especial, que somente será decretada depois de satisfeitas todas as condições estabelecidas no presente diploma. Art. 5º – Em situações especialíssimas, em que a entidade donatária não puder cumprir qualquer dos termos do contrato, deverá esta apresentar justificação ao Poder Executivo, que deverá encaminha-la, devidamente informado ao Poder Legislativo. Parágrafo Único – Qualquer prorrogação dependerá também de Lei especial. Art. 6º – Os imóveis adquiridos na forma do presente diploma só poderão ser transferidos mediante autorização expressa contida em lei especial. Art. 7º – Está Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. Prefeitura Municipal de Florianópolis, 08 de junho de 1964. OSVALDO MACHADO, Prefeito Municipal

XIV – dispor sobre a administração, utilização, aquisição e alienação dos bens públicos;

Art. 13 – Cabe ao Poder Executivo a administração dos bens municipais, respeitada a competência da Câmara quanto àqueles utilizados em seus serviços.

Art. 14 – A alienação de bens municipais, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será sempre precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas, sob pena de nulidade:

I – quanto a imóveis, dependerá de autorização legislativa e concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

a) doação, constando da lei e da escritura pública os encargos do donatário, o prazo de seu cumprimento e a cláusula de retrocessão;

Art. 33 – O Governo do Município é exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo, que devem coexistir harmônicos e independentes entre si.

Parágrafo Único – É vedado aos poderes do Município delegação recíproca de atribuições.

Art. 39 – Cabe a Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de competência do Município, e especialmente sobre:

I – assuntos de interesse local, inclusive suplementando a legislação Federal e a Estadual (...).

VII – alienação e concessão de bens imóveis;

VIII – aquisição de bens imóveis, quando se tratar de doação;

Art. 40 – Compete privativamente à Câmara Municipal;

VI – autorizar o Prefeito a se ausentar do Município, quando a ausência exceder 15 (quinze) dias;

VII – conceder licença ao Vice-Prefeito e aos Vereadores para afastamento do cargo;

XVII – autorizar referendo e convocar plebiscito;

Art. 65 – O Poder Executivo Municipal é exercido pelo Prefeito com auxílio dos Secretários ou Diretores equivalentes.

Art. 74 – São atribuições privativas do Prefeito Municipal:

I – Exercer, com auxílio dos Secretários, ou Diretores equivalentes,

a direção superior da administração Municipal."

Comecemos por aplicação do método de interpretação gramatical, depois o método teleológico, e, por último, o método sistemático, sem descuidar os elementos de específica hermenêutica constitucional[20].

Nessa linha, é preciso ter em conta o dispositivo arguido pela Câmara como transgredido com a efetivação do contrato em foco, o inciso VIII, do artigo 39, da LOM:

a) literalmente o verbo "dispor", indica que a regra constante do dispositivo tem cunho eminente processual-legislativo, ou seja, é regra de procedimento legislativo, pois trata do que cabe ser regulado, estatuído, produzido como regra geral e abstrata através de processo legislativo ordinário, pois o Prefeito atuará em sua função sancionadora legislativa. Ou melhor, em verdade, a regra não estatui um dever de consulta prévia ao Legislativo pelo Executivo, não impõe a solicitação de autorização para a prática de qualquer ato administrativo, que precise ser legitimado pela ação fiscalizadora do Legislativo. No dispositivo não se consagra controle próprio à função fiscalizadora da Câmara de Vereadores, ao contrário, tipifica-se norma própria à sua função legislativa em coadjuvância com o Executivo.

Apenas por precisão e comprovação exauriente de nossos argumentos é que trazemos à baila lições de De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico,* Rio de Janeiro, Forense, 1987, Volume II:

> "DISPOR. Na linguagem comum, *dispor*, do verbo latino *disponere*, possui uma variedade de significações: colocar, pôr em ordem, determinar, resolver, governar, estatuir, etc.
>
> Embora, na terminologia jurídica, todas as acepções do verbo *dispor* possam ter as necessárias aplicações, mais geralmente é empregado no sentido de *alienar, constituir direitos, estatuir ou estabeceler uma regra*." (p. 101).
>
> "DISPOSIÇÃO GERAL. É a regra jurídica instituída em lei de um

20 Livros que tratam os métodos de interpretação clássica do direito e da nova hermenêutica constitucional são os de Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, São Paulo, Editor Celso Bastos, 2002 e Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996.

> modo genérico, servindo, assim, de norma jurídica para todos os casos da mesma natureza.
>
> E, nesta razão, claramente se diferencia de disposição especial, que ou é exceção de regra geral ou restringe direitos, mas somente os casos em si mesmos especificados.
>
> Enquanto as *regras gerais* ou *disposições gerais* formam o Direito Comum, as regras ou disposições especiais constituem *Direito Singular (Jus Singulare)*." (p. 102/103).

Ainda em sua acepção literal, o dispositivo *prevê* conduta que deverá *prover* em tese, em abstrato, através de lei geral, normas legais municipais disciplinadoras do procedimento administrativo de aquisição de bens por doação, assim como a Lei Municipal n. 639/64 disciplinou, neste parecer, a alienação de bens imóveis por doação.

Também o termo "*Cabe à Câmara, com a sanção do Prefeito*" existente no dispositivo, ratifica a conclusão ora alvitrada, a demonstrar, simetricamente com os artigos 48, *caput,* da Constituição Federal e 39 da Constituição estadual, que se trata de norma de processo legislativo, de *regra que revela a função legislativa da Câmara Municipal e não sua função fiscalizadora de atos administrativos a serem praticados pelo Executivo.*

Essa tese é reforçada diante da literalidade do artigo 14, inciso I, letra "a", da LOM, que revela função fiscalizadora da Câmara Municipal de Florianópolis – e não legislativa -, quando trata do controle legislativo municipal sobre o executivo nas hipóteses de *alienação de bens imóveis do Município por doação*, *dizendo que, na falta de lei autorizativa, nula será a doação* – e só nesta hipótese, não no de aquisição por doação!

Luis Roberto Barroso**,** *Constituição da República Federativa Anotada,* São Paulo, Saraiva, 1998, ao tratar do artigo 48, *caput,* Constituição da República, simétrico ao artigo 39 da LOM em comento, afirma:

"As matérias previstas neste artigo [art. 48, CRFB] são tratadas, normalmente, em leis ordinárias (art. 59, III)." (p. 156).

Também o cotejo literal entre o artigo 39, inciso VIII, com dispositivos I e XIV do artigo 9° da LOM permite concluir que se trata de norma de processo legislativo, norma que instrumentaliza a função le-

gislativa, e não a função fiscalizadora do Legislativo florianopolitano.

Em último lanço de argumentação pela interpretação literal, quisesse o constituinte florianopolitano ter estatuído hipótese de controle prévio do legislativo em atos de aceite de doação com ou sem encargo quando donatário o Município, teria utilizado a mesma forma linguística vertida no artigo 14, I, letra "a", da LOM, ao tratar, *de verdade*, da hipótese de controle do legislativo quando o Município for doador de imóveis.

b) tendo em conta o método teleológico, vemos que o dispositivo do artigo 39, VIII, simétrico, como dito, com os artigos 48 da CF e 39 da CESC, é norma pré-destinada a atender o processo normativo de produção de regras gerais e abstratas, e não a exigir autorização legislativa para práticas de atos do Executivo. Aliás, em verdade, as autorizações legislativas especiais são normas concretas e específicas, vertidas em decisão legislativa que apenas tem a forma de lei, mas que, em verdade, são atos administrativos de controle Legislativo sobre atos administrativos praticáveis pelo Executivo.

Assim, teleologicamente, finalisticamente legislar é prover em tese e em abstrato, e autorizar é prover em específico e em concreto – o primeiro verbo exterioriza função legislativa da Câmara; o segundo, função fiscalizadora da Edilidade.

Por tanto, o resultado do método teleológico corrobora a tese concluída com a aplicação do método literal: *o inciso VIII, do artigo 39, da LOM, não consagra hipótese de exigência de autorização legislativa específica da Câmara para aquisição, por doação, de imóvel pelo Município*.

c) a aplicação do método sistemático deve se dar em dois níveis, concomitantemente: *(i)* a sistematicidade da própria LOM e a *(ii)* sistematicidade da ordem jurídica globalmente considerada, neste último será sistemático-comparativo, em virtude da exigência constitucional de simetria da ordenação municipal com o ordenado na Constituição Federal.

A sistemática da LOM revela que o Legislador constituinte florianopilitano, em nível da Constituição municipal, quis exaurir o *regime jurídico dos bens públicos municipais* – incluídas, neste regime,

as normas que tratam de autorização legislativa para alienação de bens imóveis – nos artigos 12 a 16 da LOM, Capítulo IV, "Dos Bens Municipais". Nesse capítulo sequer há remissão ao artigo 39, VIII, da LOM, para eventual guarida à exegese da Procuradoria da Câmara Municipal.

No artigo 39 da LOM, todas as matérias nele[21] tratadas dizem respeito às competências legislativas do Município estatuídas no artigo 30 e seus incisos da Constituição da República. Esse artigo só pode ser lido na conexão sistemática com os artigos 53, I e II, 55 a 61, 74, II, III e V da LOM, que tratam do processo legislativo, do processo de produção de leis ordinárias e complementares por ação conjunta do Legislativo e Executivo municipais, como é curial em nosso sistema constitucional, até mesmo em decorrência do princípio da separação de poderes pré-ordenado no plano federal.

Por outro lado, é no artigo 40 da LOM [Capítulo II, Secção IV, da "Competência Exclusiva da Câmara"], que poderia também ter tratado o Constituinte florianopolitano de eventual autorização do Legislativo a ser dada ao Executivo toda vez que esse desejasse adquirir imóvel por doação, pela simples razão de o artigo 40 da LOM ser paralelo, simétrico aos artigos 49 da CF e 40 da CESC. No dispositivo 40 da LOM constam variegados atos de provimento concreto, não normativos, que dizem respeito à função propriamente fiscalizadora da Câmara, exemplo do que prescrevem os incisos VI e X ao versarem sobre autorização ao Prefeito para ausentar-se do Município e a regra de fiscalização de controle da Câmara sobre atos do Executivo, respectivamente. Assim, também é no artigo 49 da Constituição da República, especialmente em seu inciso XVII, onde se exige aprovação do Congresso Nacional para alienação ou concessão de terras públicas superiores a 2.500 hectares; e no artigo 40 da CESC, exige-se aprovação prévia da Assembleia Legislativa de proposta de empréstimo externo.

A interpretação sistemática corrobora a mesma tese alcançada com aplicação dos métodos literal e teleológico: *o inciso VIII, do artigo 39, da LOM, não consagra hipótese de exigência de autorização legislativa da Câmara para aquisição, por doação, de imóvel pelo*

21 A exceção do inciso XVII: "autorizar a realização de empréstimos ou operações de créditos internos ou externos de qualquer natureza, de interesse do Município."

Município. Todavia revela ponto demais importante: nesta matéria houve *silêncio eloquente* (Clèmerson Clève) do constituinte municipal*, deixando de regrar a matéria de aquisição de bem imóvel por doação em nível constitucional para que fosse ela regrada por norma infraconstitucional, por força do próprio inciso VIII do artigo 39 da LOM, pois nenhuma outra norma da LOM estatui a conclusão a que chegou a Procuradoria da Câmara Municipal:* que haveria nulidade na doação, objeto deste parecer, por ausência de autorização legislativa específica "estatuída" no referido dispositivo.

d) em sede de interpretação especificamente constitucional, alguns princípios[22] devem ser observados, e chegaremos ao mesmo resultado da interpretação jurídica clássica:

- O *princípio da "justeza" ou da conformidade funcional:* "... tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida. O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (...). É um princípio importante (...) nas suas relações com o legislador e o governo (...)."[23]

Ora, a exegese levada a efeito pela Procuradoria da Câmara de Florianópolis não se compadeceu deste princípio de interpretação da Constituição, pois subverteu o esquema organizatório estatuído na Lei Orgânica no que toca a relação Legislativo/Executivo, ao querer que a partir do inciso VIII, do artigo 39 da LOM, no qual se prescreveu regra de legiferação sobre disciplina legal a ser conferida ao tema "aquisição de imóveis por doação" – portanto regra de *função legislativa desempenhável com o Executivo* – se retire norma que determine o controle de função administrativa do Executivo pelo Legislativo, ao se praticar em prol do Município aceite de doação de bens imóveis –

---

22 Princípios de interpretação da Constituição, princípio sediados na Teoria da Constituição, não princípios normativos, expressos ou implícitos sediados na Constituição positiva. São cânones de interpretação, e não normas jurídicas positivas. Para esta relevante distinção ver nosso *Conceito de Princípios Constitucionais*, obra citada, p. 46 e 259.

23 Cf. José Joaquim Gomes Canotilho**,** *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3 ed., Coimbra, Almedina, 1998, p. 1.149/1.150.

preceito que estabelece hipótese de controle, função fiscalizadora da Câmara sobre o Executivo.

- O *princípio da unidade da constituição*: "...quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições com suas normas. (...). Daí que o intérprete deve considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios."[24]

Ora, se como visto, no artigo 14, I, letra "a" da LOM, concreta, clara e expressamente, exige-se autorização legislativa para doação de imóvel pelo Município, no capítulo sobre "Bens Municipais", seria contraditório, antagônico ao Texto Constitucional municipal se entender que no artigo 39, VIII, tratante de competência legislativa do Município a ser desempenhada pela Câmara com o Prefeito, se estabeleceria agora a hipótese (por inferência, por construção, por larga ilação...) de exigência de autorização legislativa para o Município receber doação. O legislador é inteligente, quisesse tal disciplina a teria deixado a cargo expresso, claro e seguro do artigo 14 da LOM.

- o velho princípio da interpretação liberal, já destacado no início deste parecer, pelo qual garantias – separação de poderes – interpretam-se ampliativamente, e competências, poderes, restritivamente – controle limitante da ação do executivo -, dita a impropriedade da exegese levada a efeito pela Procuradoria da Câmara. Assim, o artigo 39, VIII, jamais poderia ser interpretado ampliativamente ao ponto de dele se extrair regra de controle sobre preceito em que se estabeleceu regra de legiferação.

56. Tendo em conta essas ponderações, podemos concluir:

a) o inciso VIII, do artigo 39 da LOM, consagra regra que apenas estabelece que a Câmara Municipal, através de processo legislativo ordinário, deverá aprovar projeto de lei que discipline o procedimento administrativo de aquisição de bens imóveis por doação, projeto que deverá ir à sanção ou ao veto do Prefeito Municipal;

b) nem o inciso VIII do artigo 39 da LOM, nem qualquer outra norma integrante de seu texto determinam que o Executivo, quando donatário o Município de bem público imóvel, sem ou com encargos, deva

24 Cf. Gomes Canotilho, obra citada, p. 1.148/1.149.

pedir autorização prévia ao Legislativo para efetivar o negócio jurídico de doação;

c) A única disciplina expressa na LOM sobre "doação de bem imóvel e autorização legislativa específica", é aquela em que o Município é o doador de bem público imóvel, com ou sem encargos, e para que o negócio jurídico seja válido deverá ser solicitada pelo Prefeito, previamente, anuência da Casa Legislativa, conforme artigo 14, I, letra "a", da LOM, matéria, de resto, já tratada infra-organicamente desde 1964 em Florianópolis, por força da Lei municipal ordinária 639/64. Lei, ao que tudo indica, recepcionada pela Lei Orgânica Municipal vigente[25].

---

25 Interessante assinalar, que no plano federal e estadual catarinense, mediante leis ordinárias, não é essa a ordenação. As Chefias Executiva Federal e Estadual, para alienar por doação, não precisam de autorização legislativa. Vejamos: Lei federal 9.636, de 15 de maio de 1988 – Dispõe sobre a regularização, a administração, aforamento e alienações de bens imóveis de domínio da União – DA ALIENAÇÃO Art. 23. A alienação de bens imóveis da União dependerá de autorização, mediante ato do Presidente da República, e será sempre precedida de parecer da SPU quanto à sua oportunidade e conveniência.§ 1o A alienação ocorrerá quando não houver interesse público, econômico ou social em manter o imóvel no domínio da União, nem inconveniência quanto à preservação ambiental e à defesa nacional, no desaparecimento do vínculo de propriedade. § 2o A competência para autorizar a alienação poderá ser delegada ao Ministro de Estado da Fazenda, permitida a subdelegação. Da Doação Art. 31. Mediante ato do Poder Executivo e a seu critério, poderá ser autorizada a doação de bens imóveis de domínio da União a Estados, Municípios e a fundações e autarquias públicas federais, estaduais e municipais, observado o disposto no art. 23. § 1o No ato autorizativo e no respectivo termo constarão a finalidade da doação e o prazo para seu cumprimento. § 2o O encargo de que trata o parágrafo anterior será permanente e resolutivo, revertendo automaticamente o imóvel à propriedade da União, independentemente de qualquer indenização por benfeitorias realizadas, se: I – não for cumprida, dentro do prazo, a finalidade da doação; II – cessarem as razões que justificaram a doação; ou III – ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada aplicação diversa da prevista. § 3o É vedada ao beneficiário a possibilidade de alienar o imóvel recebido em doação, exceto quando a finalidade for a execução, por parte do donatário, de projeto de assentamento de famílias carentes, na forma do art. 26, e desde que o produto da venda seja destinado à instalação de infra-estrutura, equipamentos básicos ou de outras melhorias necessárias ao desenvolvimento do projeto." Lei estadual Nº 5.704, de 28 de maio de 1980 – Dispõe sobre aquisição, alienação e utilização de bens imóveis, nos casos que especifica, e estabelece outras providências. (Constituição do Estado, artigo 53, item VI). O GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA, Faço saber a todos os habitantes deste Estado, que a Assembléia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei: CAPÍTULO I Normas sobre aquisição Art. 1º – A aquisição de bens imóveis necessários à realização dos fins do Estado, por compra, doação ou permuta, será precedida de justificativa, avaliação e decreto autorizativo. Parágrafo único – Na aquisição por doação não sujeita a encargo é dispensada a avaliação. CAPÍTULO II Normas sobre alienação Art. 3º – A alienação de bens dominicais do Estado, quando recomendada pelo interesse público e não disciplinada por lei especifica, far-se-à mediante: II – doação para: a) uso próprio de entidade educacional, cultura ou de fins sociais, declarada de utilidade pública; b) uso próprio de entidade de direito público ou de entidade da administração indireta federal, estadual ou municipal; c) Fundação instituída pelo Poder Público; §1º – É obrigatória, sob pena de

d) a aplicação dos métodos tradicionais de interpretação jurídica e o manejo dos princípios de interpretação constitucional rechaçam qualquer manipulação exegética que deseje atribuir ao texto do inciso VIII do artigo 39 da LOM norma que ele não consagra: controle imediato, efetivo e atual do Legislativo sobre o Executivo municipal nas hipóteses de aquisição de bens públicos imóveis por doação, com ou sem encargos.

d) Se houvesse regra municipal expressa exigindo autorização legislativa específica para aceitação de doação de bem imóvel sem encargos ela seria inconstitucional

Esse tópico não é imprescindível ao deslinde da consulta, e nem iremos aqui aprofundá-lo como ele mereceria caso fosse necessário à conclusão do parecer. Todavia, o tratamos como alerta do jurista, do professor, do advogado consultor aos homens das leis, aos feitores de normas pelos canais institucionais do Estado de Direito: os senhores parlamentares, especialmente os senhores parlamentares do legislativo de Florianópolis.

Entendemos, segundo o quanto exposto sobre o princípio da separação de poderes, que se lei ordinária municipal disciplinar o processo aquisitivo de bens imóveis por doação (inciso VIII, do artigo 39 da LOM), e exigir, autonomamente, sem regra prevista na Lei Orgânica florianopolitana, a anuência prévia do Legislativo solicitável pela Chefia do Executivo, ela será inconstitucional, nesta parte, por regular matéria sob reserva de constituição, por instituir controle político-parlamentar não por norma constitucional, mas por norma ordinária.

Todavia, entendemos que mesmo se houvesse previsão na Lei Orgânica desse controle do Legislativo sobre o Executivo, nesta específica matéria de doação de bens imóveis – com ou sem encargo ao Município -, a norma orgânica municipal seria inconstitucional em face

---

nulidade do ato, a cláusula de reversão do bem ao patrimônio do Estado: I – na hipótese da letra "a", do item II, se ocorrer dissolução, suspensão das atividades por mais de cinco (5) anos, mudança das atividades da donatária ou descumprimento de encargo previsto em contrato. II – na hipótese da letra "b", do item II, se a donatária não utilizar o imóvel no prazo e para as finalidades estipuladas em contrato. §2º – Preferentemente à doação, o Estado outorgará concessão de direito real de uso. §3º – A alienação dos bens imóveis doados pelo Estado às fundações por ele instituídas depende de decreto autorizativo. Art. 4º – A alienação será precedida de justificativa, avaliação, decreto autorizativo e, nos casos de venda, de concorrência pública."

da Constituição Federal, por violação a separação de poderes, eis que no plano federal não se encontra disposição constitucional similar autorizando esse controle do Legislativo federal sobre atos do Executivo central. Haveria malferimento à separação de poderes por construção de regra esdrúxula municipal, não simétrica à norma constitucional federal, segundo podemos inferir, especialmente, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, exposta no paragráfo 21 deste parecer.

e) A doação se conformou às exigências jurídico-privadas e jurídico-públicas para sua realização, restando ato jurídico perfeito, eficaz e não desconstituível por nulidade ou revogação

O contrato de doação objeto deste parecer conformou-se a todas as exigências necessárias à sua legitimidade jurídica, à sua valia de direito, tanto as advindas do Direito Privado quanto as provenientes do Direito Público. Regras legais e princípios constitucionais foram observados para sua realização, não havendo qualquer tisna apta a lhe cercear os efeitos na ordem do Direito, restando ato jurídico perfeito e acabado, extinto por consecução de seu objeto, por exaurimento de seus fins.

Vejamos as normas de Direito Privado acatadas pelo contrato de doação em comento:

a) os agentes envolvidos na qualidade de doador e de donatário são capazes, e aptos seus representantes legais para representarem as pessoas jurídicas privada e pública envolvidas no contrato – cumprimento do artigo 104, I, do Código Civil;

b) o objeto, doação pura e simples de bem imóvel ao Município de Florianópolis, é lícito, pois de propriedade do doador por justo título, possível, eis que estava na livre e desimpedida disposição pelo doador, e determinado, ante a mensuração de sua extensão e limites descritos na escritura pública que o levou a termo – cumprimento do artigo 104, inciso II, do CC;

c) a forma para realização do ato, escritura pública, exigida pelos artigos 108, 541 e 1.245 do Código Civil combinados com os artigos 167, inciso I, item 33 e 218 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), foi regular e eficazmente cumprida;

d) não foi preterida qualquer solenidade que o Direito Positivo, Municipal ou Nacional, considerasse essencial para sua validade, pois, como visto exaustivamente, o aceite da doação pura e simples não dependia de prévia anuência do legislativo de Florianópolis (não ocorrência do artigo 166, inciso V, do CC);

e) o Direito Positivo, Nacional ou Municipal, não declarou expressamente sua nulidade, nem lhe proibiu a prática sem cominação de sanção correspondente (não incidência do inciso VII, do artigo 166, do CC);

f) como afirma a escritura pública de doação, verificou-se o cumprimento do artigo 548 do Código Civil, pois a Empresa Doadora, ao doar o objeto do contrato, não se desfez de todos os seus bens, nem se quedou com renda insuficiente para sua subsistência empresarial;

g) também se respeitou o artigo 549 do Código Civil, pois mesmo os sócios da Empresa Pronta, ao doarem o bem objeto deste parecer, não excederam a parte a que poderiam dispor em testamento.

h) igualmente, houve acato ao artigo 555, do CC, pois a doação foi pura e simples, e não se poderia sequer cogitar de descumprimento de encargo, para fins revogatórios do contrato, assim como não se pode esperar "ingratidão" de pessoa jurídica de direito público interno.

As normas de direito público acatadas pelo contrato civil de doação pura e simples:

a) artigo 2º, letra "c", parágrafo único, letra "c", da Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65), foi respeitado, pois do objeto do contrato de doação e sua consecução não importou em violação de lei, regulamento ou qualquer outro ato normativo, como exaustivamente demonstrado acima;

b) artigo 2º, letra "b", parágrafo único, letra "b", da Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65), foi respeitado, pois a forma do ato não importou na omissão ou na inobservância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) tendo em conta as normas acima descritas, tanto as de direito público quanto as de direito privado, que compõem o bloco de legalidade a ditar a correspondência do contrato de doação ao princípio constitucional da juridicidade administrativa, vê-se que o ato é legítimo por que respeitou a legalidade administrativa (artigos 5º, II c/c 37, *caput*, da CR) ;

d) pelo fato de ter havido aceitação de doação pura e simples de bem imóvel, que passou a constituir arruamento da municipalidade, bem de uso comum do povo, sem quaisquer ônus ou encargo de qualquer natureza ao Município, vê-se que o aceite vantajoso da liberalidade atentou para os princípios da economicidade da despesa pública (artigo 70, *caput*, da CR), no que tange a gestão patrimonial do ente público;

e) também acatou o princípio da legitimidade prescrito no artigo 70, *caput*, da CR, eis que, como consta dos autos de processo legislativo n. 11.499/2005, houve regular e concorrida audiência pública e reivindicação da associação de bairro para nominar "Alameda Santa Mônica" o bem imóvel objeto da doação.

Tendo em conta a juridicidade, a perfectibilidade legal e *constitucional* do contrato de doação, e mais, o fato de ele ter se exaurido, pois a propriedade do bem doado já foi transferida regularmente ao Município donatário, já integra seu patrimônio, podemos dizer com Diogenes Gasparini*, Direito Administrativo*, obra citada, que se deu a *extinção do ato administrativo por cumprimento de seus efeitos* (p. 97): o aceite da doação. Houve execução do ato e alcance de seus objetivos, adquirir imóvel, através de doação sem encargo e sem ônus. Pode-se dizer, de forma mais perfeita, que houve extinção do contrato de doação por conclusão de seu objeto, por cumprimento de seus objetivos (p. 620 e 623/624).

Em conclusão deste tópico, as normas jurídicas pré-faladas vigentes ao tempo em que o contrato de doação se efetuou e seu cumpriu na inteireza de seu objeto e fins, fizeram-no, perante a ordem jurídica, ato jurídico perfeito (artigo 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei 4.657/42, c/c artigo 5º, inciso XXXVI, da CR), protegido pelos princípios constitucionais da segurança jurídica e da legalidade administrativa.

IV – Resposta aos Quesitos sob Consulta

Em resposta à consulta formulada pelo ilustre Advogado Tullo Cavallazzi Filho e sua precisa quesitação, temos a dizer, conclusivamente:

a) "A doação do imóvel de propriedade do particular para o Município, à luz da legislação federal e municipal, pode ocorrer com a simples concordância do chefe do Executivo Municipal?"

- Sim, diante da legislação nacional e municipal e pelo fato de tratar-se de *doação pura e simples de imóvel ao Município de Florianópolis, e não ao contrário, de ato de alienação por doação desse a terceiro.*

b) "É obrigatória a anuência, concordância ou autorização expressa da Câmara de Vereadores para o ato?"

- Não, pois sendo *doação pura e simples de imóvel ao Município* não há na Lei Orgânica Municipal ou na legislação municipal infra-orgânica qualquer norma expressa de controle político-parlamentar que exija anuência cameral como formalidade essencial à realiza-

ção do contrato. Essa exigência só é cabível, segundo o artigo 14, I, letra "a", da LOM, mais termos da Lei Municipal infra-orgânica 639/94, quando se tratar de doação de imóvel público pelo Município a terceiros.

c) "Foi regular a doação realizada neste caso?"

- Sim, não só regular, legal, legítima, perfeita e acabada, mas também protegida pelos princípios constitucionais da segurança jurídica, da proteção da confiança e pela cláusula legal e constitucional do ato jurídico perfeito.

É o parecer.

Buenos Aires, Argentina, 15 de novembro de 2005[26].

Ruy Samuel Espíndola

OAB/SC 9189

26 No 116º aniversário da República Brasileira.

Texto III

PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO JUDICIAL E AÇÃO DE IMPROBIDADE: *A VALIDADE DA DECISÃO QUE ACOLHE OU REJEITA A INICIAL E OS MEIOS DE SUA IMPUGNAÇÃO*

Este curto ensaio se ocupa de chamar atenção para uma das garantias processuais inerentes ao devido processo legal[1] em ação de improbidade. A higidez constitucional da decisão que aprecia a petição inicial, recebendo-a ou rechaçando-a, após a apresentação, pelo acusado, de defesa preliminar, segundo uma adequada discussão das exigências da motivação judicial[2], compreendida à luz dos direitos fundamentais[3].

---

1 Conferir interessante estudo de José Alfredo de Oliveira Baracho. "*Processo e Constituição: o devido processo legal*". Revista de Direito Público. São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 68, out./dez. 1983, p. 55-78. José Rogério Cruz e Tucci. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

2 Conferir o artigo clássico de José Carlos Barbosa Moreira. "A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito." *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, ano 19, nº 19, 1978/1979/1980, p. 281 a 294. E a brilhante monografia de Maria Thereza Gonçalves Pero, *A Motivação da Sentença Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

3 Estudos sobre processo à luz da teoria dos direitos fundamentais se encontram nos avançados trabalhos dos processualistas Luiz Guilherme Marinoni, em *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 63/88; 191/214; 307/378; Daniel Mitidiero, *Processo Civil e Estado Constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007; Eduardo Cambi, *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009. Para compreender a teoria dos direitos fundamentais, com profundidade e domínio do assunto: Virgilio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009; Ingo Wolfgang Sarlete. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; George Marmelstein. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008; Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009

A Constituição da República, em seu art. 93, IX, estabeleceu, de forma peremptória: *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade*. Calha afirmar que "decisão" é o gênero, do qual a "sentença", as "decisões interlocutórias simples" e "as complexas" são as espécies. Assim, não distingue a Constituição quais decisões seriam motivadas, pois todas devem ser dignas de tal apanágio. E em matéria constitucional, onde não distingue a norma, não é lícito ao intérprete distinguir!

E relativamente aos processos de improbidade, os §§ 8º e 6º, do artigo 17, da Lei 8.429/92[4], falam em decisão judicial fundamentada e exigem que a petição inicial seja instruída com documentos ou justificações que contenham *indícios suficientes da existência de ato de improbidade ou da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas "provas"***.** Além disso, específica o § 7º: "estando a inicial em devida forma".

Não obstante a democraticidade e republicanidade desses dispositivos constitucionais e legais, leituras conservadoras e restritivas, frustadoras da supremacia constitucional e da clareza garantística desses dispositivos, apregoam o seguinte equívoco (as vezes de forma inconfessa...): *a decisão que recebe a inicial de improbidade dispensa motivação exauriente ou precisa atenção aos elementos oferecidos pela parte ré na demanda de improbidade*.

Essa posição errônea merece análise e reflexão da comunidade jurídica, principalmente dos membros do Poder Judiciário, que por

---

4 "Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. (...) § 6o A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001) § 7o Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001) § 8o Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)."

acomodação na fase inicial do processo de improbidade acabam dando seguimento a uma infinidade de demandas temerárias, por falta de adequada análises *ab initio*! E não esqueçamos que para o MP e demais colegitimados essa é uma "ação barata". Não pagam quaisquer honorários ou custas caso sucumbam... Nem qualquer promotor será responsabilizado se não atentar para os rigores que as normas processuais, na hipótese, exigem!

E pior: assim, por via reflexa, o Judiciário acaba frustrando sua jurisdição sobre a análise da procedibilidade dos seus feitos de improbidade, e capitulando ao Ministério Público o dever-poder de avaliar da regularidade das ações de improbidade a serem instauradas. Isso não é função da instituição ministerial, pois o Ministério Público é órgão responsável maior pela ação de improbidade, todavia não "dono" do *jus dicere* sobre as condições e pressupostos processuais sobre a mesma.

O jurista Edgar Silveira Bueno Filho, comentando sobre quais decisões judiciais devem receber fundamentação, traz importantes aportes ao tema em foco:

> *"A nosso ver todas as [decisões] que confiram ou restrinjam direitos, possibilitem constrangimentos ou sejam detrimentosas ao exercício da liberdade, provisórias ou definitivas, administrativa ou jurisdicionais. Quanto às decisões judiciais, somente as de caráter meramente ordinatório estão dispensadas de observar o princípio do art. 93, IX e X, da Carta Magna. As demais serão inválidas quando não se apresentarem com a necessária fundamentação. Portanto, o juiz deverá trazer no despacho respectivo as razões que o levaram a deferir ou indeferir o pedido que a ele foi dirigido, sob pena de nulidade.*[5]
>
> *As (...) decisões, quando não forem meramente ordinatórias ou de expediente, mas solucionarem questões trazendo em si algum conteúdo detrimentoso ao direito das partes, deverão ser motivadas e fundamentadas com a finalidade de permitir o acesso das partes às razões que as informaram. De posse delas, o jurisdicionado poderá convencer-se do acerto ou dela recorrer. Esta última atitude, como é óbvio, torna-se difícil, senão impossível, quando não se sabem as razões que levaram o juiz a atender ou desatender o pedido e, portanto, cerceia o exercício do direito à defesa.*

5 Cf. Seu *O Direito de Defesa na Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 67.

> *Não valem e são nulas, pois contrárias ao princípio constitucional em tela, as decisões do tipo: 'indefiro por falta de amparo legal', 'presentes os pressupostos, concedo a liminar', ou 'ausentes os pressupostos, indefiro a liminar'. Todas esta fórmulas são vazias de conteúdo e não trazem consigo as justificativas da atitude tomada.*
>
> *Assim, em respeito à norma constitucional e até em respeito aos jurisdicionados, que são, em última análise, a razão da existência do serviço público prestado pelo Poder Judiciário, o magistrado 'tem necessariamente de dizer porque entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão ou denegação' do pedido, 'isto é, deverá ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar razões de seu convencimento.*"[6]

Silveira Bueno tratou, igualmente, sobre o despacho decisório que acolhe denúncia (crime) oferecida pelo órgão do Ministério Público. Suas razões são aplicáveis, sobremaneira, aos gravosos processos de improbidade que possuem evidente *natureza penal*, *todavia não criminal*[7]:

> "*Assim, também, a decisão do juiz que recebe ou rejeita a denúncia oferecida pelo órgão do Ministério Público defere ou indefere o pedido de arquivamento do inquérito policial. Ainda fazendo um juízo provisório, eis que formulado à vista do que consta da peça informativa que acompanha aqueles pedidos, o magistrado está*

---

6 Idem, p. 68.

7 Pensamos que o processo de improbidade e suas penas são, na maioria das vezes, mais gravosos que a maioria dos processos criminais aplicáveis aos fatos semelhantes pressupostos na LIA. No Brasil falta uma dogmática adequada a construir, com segurança, os pressupostos de pré-compreensão e de interpretação dos institutos penais no combate à improbidade – esse terceiro gênero, que não é Direito Criminal, mas também não é Direito Civil. O Direito Penal, para o Direito Sancionador Administrativo, deve ser sempre o grande arquétipo, o modelo teórico e prático a iluminar a aplicação das hipóteses sancionatórias e procedimentais da LIA. Embora os autores intelectuais do projeto da Lei 8.429/92 quisessem, efetivamente, contornar tais salutares limites ao pensarem uma lei "sem amarras" para punir "a baixo custo" e "sem dificuldades sancionatórias"... Autores ligados ao Ministério Público, capitaneados intelectualmente pelo *hoje* Ministro do STJ Hermann Benjamim – vide o conservadorismo e às vezes reacionarismo de muitas posições suas no tema de improbidade: negativa de aplicação do princípios da bagatela; construção jurisprudencial que estende o prazo de prescrição das penas para prefeitos, caso haja mandato consecutivo; tese de que não há nulidade absoluta caso não seja oportunizada a defesa preliminar ao acusado em ação de improbidade; desnecessidade de defesa preliminar, se houver inquérito policial ou civil público antecedente, etc; o ato de recebimento não necessita motivação exauriente, por que o juiz não é o obrigado a apreciar todas as teses do réu, entre outras.

> *obrigado a motivar e fundamentar a sua decisão. Por quê? Pelas mesmas razões já anteriormente apontadas. Para possibilitar o controle extraprocessual e possibilitar o exercício do direito de ampla defesa aos que se virem prejudicados com a decisão. Dentre estes em geral o acusado, não se esquecendo que nesta posição poderemos encontrar, também, o órgão da acusação ou a vítima do suposto delito, conforme o caso.*
>
> *Deveras, é importante para o acusado saber as razões que levaram o juiz a entender plausível a acusação contra ele dirigida, a fim de com elas concordar ou recorrer à instância superior, como admitem alguns autores, ou interpor habeas corpus para anular a decisão que recebeu a denúncia ou trancar o processo. O mesmo se diga em relação ao despacho que rejeitou a denúncia, pois o órgão da acusação e o ofendido têm o direito de saber às claras quais foram as razões do prematuro encerramento da causa, com a mesma finalidade supra.*
>
> *(...).*
>
> *Em suma, a decisão que recebe a denúncia, pelo potencial ofensivo ao direito à liberdade individual que é colocada em risco no processo-crime, ou até mesmo em face do notório constrangimento ao qual os indiciados são submetidos, deve ser fundamentada e motivada."*[8]

O dever[9] a ser cumprido pelos juízos de primeiro grau em ação de improbidade, pode ser elucidado nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho, que, *mutatis mutandis*, se aplica ao tema em análise:

> *"No despacho de recebimento de denúncia ou queixa, além de dever o Juiz analisar a peça acusatória sob o aspecto formal e sob o prisma da viabilidade do direito de ação, cumpre-lhe investigar a existência dos pressupostos da relação processual. Devendo ele, nos termos do art. 251, do CPP, 'prover à regularidade do processo'(...), cumpre-lhe, nesse despacho de recebimento da peça acusatória, que envolve um juízo de admissibilidade da demanda, reparar se a relação jurídico-processual, que tende a ser instaurada, é ou não viável."*[10]

---

8 *Ob. cit.*, p. 70.

9 Sobre o dever judicial de fundamentar, escreveu o jurista Sérgio Sérvulo da Cunha o instigante livro *Dever Constitucional de Fundamentar no Processo Civil*, Porto Alegre, Fabris, 2019, 151 p.

10 Cf. *Processo Penal,* 12 ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1990, V. I, p. 471.

Além dessas opiniões doutrinárias, a moderna hermenêutica constitucional[11] confirma nossa assertiva. Os novos elementos de interpretação constitucional, no que tange ao princípio da motivação dos atos judiciais, estabelecido no artigo 93, IX, da Constituição da República, ditam:

a) embora esteja encartada no capítulo III, do Título IV, da Constituição da República, a motivação judicial trata de garantia processual constitucional da mesma natureza das elencadas no Título II, Capítulo I, da Lei Fundamental. É o que a moderna doutrina constitucional chama de direitos e garantias fundamentais "fora do catálogo"[12], ou seja, a norma constitucional positiva princípio-garantia que impõe sua observância a todos os poderes, mormente ao próprio Poder Judiciário. Seu mandamento principiológico não pode ser desafiado nem pela lei, nem por quaisquer espécies de atos judiciais de conteúdo decisório[13].

Aliás, a garantia constitucional da motivação constitui norma bi-facial, ora se comporta como regra, ora como princípio[14]. Se faltar completa motivação, ela é regra a ditar-lhe nulidade – "invalidade *condicional"* (Tércio Sampaio Ferraz); se houver motivação, mas essa foi dada sem atentar aos fins publicísticos e racionais da motivação, poder-se-á, diante dos dados ofertados em contraditório pelas partes (fáticos e normativos e probatótrios), verificar que a jurisdição não foi adequada e suficiente ao momento preambular de admissão ou rechaço da inicial – "invalidade *finalística*" (Tércio Ferraz).

b) A opinião judicial que entende que a decisão que recebe a inicial de improbidade não necessita exauriente fundamentação ou motivação robusta, contrasta com o "princípio da máxima efetividade

---

11 Boa obra representante dessa visão, é a do saudoso Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 3 ed., São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002.

12 Cf. Ingo Sarlete. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386 p., p. 65-137

13 Cf. Ruy Samuel Espíndola. *Conceito de Princípios Constitucionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 274 p., p. 208/212 e 248.

14 Para a distinção entre princípios e regras, ver nosso *Conceito de Princípios Constitucionais*, ob. cit., e nosso artigo *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas.* In: LEITE, George Salomão (org.) Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. 429 p. p. 254-293.

dos direitos fundamentais"[15], pois como o *princípio normativo da motivação* dos atos judiciais veicula direito fundamental, e o Juiz, ao ter que interpretá-lo, por força daquele *princípio de interpretação*[16] constitucional, deve emprestar-lhe significação que melhor força normativa lhe confira. Ora, entender o que se tem entendido é fustigar e desprezar esse *princípio de interpretação da constituição*, pois do modo ora criticado o *princípio normativo da motivação* recebe interpretação enfraquecedora de seus comandos garantísticos. Isso, então, é atentar contra a própria Constituição, com interpretação que lhe frustra a força normativa.

c) Por outro lado, é princípio da velha e tradicional hermenêutica[17], que as normas consagradoras de garantias são interpretadas ampliativamente e as normas de competências restritivamente. Ora, a interpretação dada ao princípio da motivação em decisões de apreciação da inicial em ações de improbidade tem sido indevidamente restritiva, quando deveria ser ampliativa.

Essas razões todas pedem do Judiciário uma mudança de mentalidade. Pedem, especialmente na hipótese versada, que se abandonem velhos preconceitos em prol dos novos tempos, da Constituição do Estado Democrático de Direito instituído a partir de 1988. São interpretações como a ora criticada que fazem permanecer vivas, mesmo nas democracias constitucionais contemporâneas, antigas e prosaicas opiniões autoritárias, solapadoras de direitos e garantias da pessoa humana. Especialmente aquela que diz, sem o menor cuidado. "o juiz não está obrigado a responder todas as questões trazidas pelas partes..."!

O legislador processual, ao tratar dos comandos legais do ato de recebimento da inicial acusatória em ação de improbidade, ao deter-

---

15 Cf. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição,* São Paulo, Saraiva, 1996, p. 218-244; José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1414 p., p. 1149.

16 Existe substancial diferença entre princípios normativos constitucionais e princípios de interpretação da Constituição. Os primeiros são normas jurídicas, os segundos cânones de interpretação. Para tanto, ver texto de Ruy Espíndola, p. 40.

17 Ver Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, e Emilio Betti, *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos – teoria geral e dogmática*, trad. Karina Jannini, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

minar essa hipótese de defesa para acusados, não o fez de maneira desarrazoada ou de modo que pudesse levar o desprezo, pelo Juiz, deste direito-garantia dos réus. Se a lei assegurou o exercício desta defesa, ela deve ser efetiva, e merecer a atenção do juiz no ato de recebimento ou rejeição da denúncia.

Deve o magistrado apreciar os termos e fundamentos da defesa preliminar, de forma adequada e exauriente no ato de apreciação dos termos da inicial. Depois de comparar defesa preliminar e petição inicial, de maneira crítica, reflexiva, serena e independente, é que aceitará ou repelirá os termos da acusação de improbidade. Sem pender a balança da justiça para o lado da acusação, sem comportar-se como juiz delegado ou juiz promotor, mas como juiz justo e independente, livre de preconceitos, e cioso para cumprir seu dever.

A defesa preliminar restará sempre emasculada, sem qualquer efetividade, desprezada, se no despacho/decisão de recebimento o Juiz não adentrar, atentamente, no exame das provas e argumentos apresentados pelas partes (artigos 283 e 396 do CPC). Para admitir ou rechaçar a demanda!

O Juiz processante, não pode, sem a menor cerimônia, desprezar, relegar ao silêncio os argumentos apresentados em defesa preambular. E não é incomum nos atos de recebimento de inicias de improbidade, não haver a mais mínima menção a qualquer argumento aduzido pelo réu. Ou haver adução de fórmulas vazias de significados, ou expressões retóricas, onde o juiz quer parecer como alguém que cumpriu seu dever... mas em verdade, por preguiça, preconceito ou mesmo desconhecimento do significado técnico-dogmático deste momento, para o devido processo legal de improbidade, deixa a desejar em termos de jurisdição efetiva e *exauriente.*

Assim, a ausência de motivação judicial ou sua motivação insuficiente para dar conta do conjunto de argumentos relevantes das partes e respectivas provas, que marca os atos de recebimento de iniciais em ACPI, é mácula insanável, que demonstra que as garantias do contraditório e da ampla defesa também foram violadas.

Insistamos: não é incomum o mais absoluto e tumular silêncio quanto a referência às provas dos autos (tanto do MP quanto as dos

acusados de improbidade), no ato, por vezes, *calado* de recebimento da exordial.

Isso demonstra, de um lado, falta de motivação, ausência de fundamentação, e, de outro, desprezo ao contraditório (que também integra a necessidade de motivação judicial – contradita do juiz ao argumento da parte) e a ampla defesa. Pois não havendo mínima atenção a tudo quanto se produziu em defesa preliminar, esta restará relegada, desprezada, *silenciada as razões defensivas do acusado*.

E quando isso acontece, o prejuízo é evidente e concreto, em drástica via judiciária, que afronta o *status dignitatis* do processado.

Quando esses vícios forem verificados na decisão de recebimento que deve bem apreciar a inicial de improbidade, impõe-se a sua anulação, por medida de legalidade processual e exigência de escorreita e exauriente atuação judicial.

Anulação esta que exige a interposição de agravo de instrumento[18] (ou petição incidente[19], reclamando ao juiz processante da causa), para ser sanada, e que gerará juízo de retrato, positivo ou negativo, em primeiro grau de jurisdição (art. 523, § 2º, do CPC/73). Também se pode utilizar, embora haja resistência injustificada para tal de parte da jurisprudência, dos embargos de declaração, tendo em conta o artigo 535, II, por omissão do julgador em apreciar as teses de direito, de fato e o material probatório apresentado na defesa preliminar ou constante da documentação anexa a inicial.

Todavia, como é nulidade absoluta e inconvalidável (art. 245, parágrafo único, CPC), questão de ordem pública processual (art. 267, IV, §3º, CPC), não preclui para o Judiciário e pode ser apreciada a qualquer tempo e grau de jurisdição[20]. Podendo ser apreciada pelo Tribunal ou

---

18 Ver o seguinte artigo da LIA: "Art. 17. (...) § 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)."

19 Através do direito de petição, direito de petição judicial, conforme a diccção do artigo 5º, inciso XXXIV, letra "a", da Constituição da República: "são a todos assegurados (....) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade [processual] ou abuso de poder." (acrescentamos o vocábulo entre colchetes!)

20 Reforça essa ideia por este dispositivo da Lei de Improbidade: "Art. 17. (...)§ 11. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, *o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito*. (Incluído pela Medida Provisória nº

juiz de comarca, em qualquer momento de cognição no processo.

Entendemos ainda, dada a natureza da garantia constitucional em foco e a nulidade gerada com seu desrespeito, que mesmo a ação rescisória, fundada no artigo 485, V, CPC, pode ser ajuizada para repelir tal vício processual absoluto, no biênio após o trânsito em julgado da ação de improbidade.

Esperamos que esse ensaio colabore com o debate público sério, racional e fundado, sobre abusos judiciais e ministeriais ocorrentes na aplicação de disposições processuais e/ou materiais da Lei 8.429/92. O que ora criticamos, é apenas um preocupante exemplo, entre outros.

2.225-45, de 2001)"

Texto IV

LEI FICHA LIMPA ESTADUAL E LIMITES CONSTITUCIONAIS DE SUA PRODUÇÃO LEGISLATIVA: *ANÁLISE DA "INACESSIBILIDADE A CARGOS EM COMISSÃO" POR CONDENADOS POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SEM TRÂNSITO EM JULGADO – O CASO CATARINENSE*

Introdução

O ideário "ficha limpa" há cinco anos vem ganhando força na cena jurídica e política brasileira. Desde seu aparecimento, em voto vencido dado pelo Ministro Carlos Ayres Britto no TSE (e acompanhado pelo então Ministro José Delgado), caso Eurico Miranda[1], cujo julgamento findou em 20.09.2006, passou-se a discutir, com grande intensidade, o valor moral de candidaturas, os pressupostos éticos e a idoneidade para postulações políticas eletivas.

Depois disso, adveio a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144, movida pela Associação da Magistratura Brasileira – AMB, que tencionava fazer prevalecer, por decisão com efeito vinculante, a idéia de autoaplicação do artigo 14, § 9º (já enaltecida

1 "Recurso ordinário nº 1069 - Rio De Janeiro/RJ Acórdão de 20/09/2006 Relator(a) Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira Ementa: Eleições 2006. Registro de candidato. Deputado federal. Inelegibilidade. Idoneidade moral. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. *1. O art. 14, § 9°, da Constituição não é auto-aplicável (Súmula nº 13 do Tribunal Superior Eleitoral). 2. Na ausência de lei complementar estabelecendo os casos em que a vida pregressa do candidato implicará inelegibilidade, não pode o julgador, sem se substituir ao legislador, defini-los. Recurso provido para deferir o registro.* Decisão: O Tribunal, por maioria, proveu o Recurso, na forma do voto do Relator." O Ministro Carlos Britto, oficiante como juiz vogal, restou vencido. Em suas teses, defendeu a auto-aplicabilidade do artigo, tendo em conta, entre outros argumentos, o conceito de vida pregressa e a etimologia da palavra candidato, que designa, segundo seu dito, "cândido", "puro", "honesto".

no voto vencido do Ministro Britto, em 2006, no TSE), cujo resultado, indeferitório, ocorreu em 20.08.2008[2].

O movimento chamado ficha limpa culminou em setembro de 2009, com a apresentação de projeto de lei de iniciativa popular levado ao Congresso Nacional, promulgado pela Presidência da República em 04.06.2010, como a Lei Complementar n. 135.

Logo depois de sua entrada em vigor, o TSE, mobilizado pelo movimento e seu estardalhaço midiático, surpreendentemente, editou a equívoca resposta à Consulta nº 1.120-26/DF (formulada pelo Senador Artur Virgílio do PSDB), Relatada pelo então Ministro do TSE Hamilton Carvalhido, que, além de outras conclusões questionadas na justiça eleitoral e no STF, entendeu que a LC 135/10 era aplicável ao pleito de 2010 e a fatos jurídicos passados, não constituindo pena a inelegibilidade e não havendo incidência retroativa de seus dispositivos nas hipóteses de inelegibilidade nela versadas.

O STF só pode solver a grande insegurança jurídica ocasionada

---

2 "ADPF 144, Relator: Min. Celso de Mello, j. 06.08.08, DJe-035 Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental – (....) Mérito: relação entre processos judiciais, sem que neles haja condenação irrecorrível, e o exercício, pelo cidadão, da capacidade eleitoral passiva – Registro de candidato contra quem foram instaurados procedimentos judiciais, notadamente aqueles de natureza criminal, em cujo âmbito ainda não exista sentença condenatória com trânsito em julgado – Impossibilidade constitucional de definir-se, como causa de inelegibilidade, a mera instauração, contra o candidato, de procedimentos judiciais, quando inocorrente condenação criminal transitada em julgado – Probidade administrativa, moralidade para o exercício do mandato eletivo, "vita anteacta" e presunção constitucional de inocência – suspensão de direitos políticos e imprescindibilidade, para esse efeito, do trânsito em julgado da condenação criminal (CF, art. 15, III) – reação, no ponto, da Constituição democrática de 1988 à ordem autoritária que prevaleceu sob o regime militar – (...)- IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE A LEI COMPLEMENTAR, MESMO COM APOIO NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA, QUE SE QUALIFICA COMO VALOR FUNDAMENTAL, VERDADEIRO "CORNERSTONE" EM QUE SE ESTRUTURA O SISTEMA QUE A NOSSA CARTA POLÍTICA CONSAGRA EM RESPEITO AO REGIME DAS LIBERDADES E EM DEFESA DA PRÓPRIA PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA – PRIVAÇÃO DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA E PROCESSOS, DE NATUREZA CIVIL, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NECESSIDADE, TAMBÉM EM TAL HIPÓTESE, DE CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL – COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 8.429/92 (ART. 20, "CAPUT") COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 15, V, c/c O ART. 37, § 4º) – O SIGNIFICADO POLÍTICO E O VALOR JURÍDICO DA EXIGÊNCIA DA COISA JULGADA (...) – ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE, EM DECISÃO REVESTIDA DE EFEITO VINCULANTE."

pelo TSE em 10.06.2010, em 23.03.2011, por maioria (6 x 5), com o acórdão proferido no caso Leonídas Rebouças, RE 633.703, Relator Ministro Gilmar Mendes, ao dizer, sem sombra de dúvidas, que essa lei não poderia ser aplicada às eleições de 2010, por força da regra da anualidade, insculpida no artigo 16 da Constituição da República[3].

Lembremos que o efeito do "discurso ficha limpa" foi tão impactante sobre a opinião pública e o Congresso Nacional, que não houve votos contrários a sua aprovação. Tanto no Senado, quanto na Câmara dos Deputados, à unanimidade, foi aprovado. E aprovado em tempo recorde, para um projeto com a seriedade e consequências jurídicas de suas proposições normativas, por emparedamento do Congresso pela mídia e opinião pública moldada pela primeira.

Durante a eleição de 2010, tivemos, inclusive, um candidato a Vice-Presidente[4], cujo maior argumento de sua candidatura, foi o fato de ter sido o Relator, na Câmara dos Deputados, de dito projeto, e de ter contribuído para sua agilidade e aprovação no parlamento brasileiro.

O DEM, em nível nacional, assumiu a *autoria ideológica parlamentar* do projeto, que teve iniciativa popular, com mais de 1.600.000 assinaturas. A internet foi veículo de grande circulação de ideias em apoio ao ideário ficha limpa.

Muitos partidos e candidatos, dos mais diferentes matizes, durante o pleito de 2010, se disseram "ficha limpa", como o maior argumento para legitimar suas candidaturas – independentemente de seus projetos, passado e presente... de suas convicções políticas ou programas partidários.

Em 12.10.11, feriado nacional, milhares de pessoas reunidas em

---

3 Informativo do STF: "Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a Lei Complementar (LC) 135/2010, a chamada Lei da Ficha Limpa, não deve ser aplicada às eleições realizadas em 2010, por desrespeito ao artigo 16 da Constituição Federal, dispositivo que trata da anterioridade da lei eleitoral. A decisão aconteceu no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 633703, que discutiu a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010 e sua aplicação nas eleições de 2010. Por seis votos a cinco, os ministros deram provimento ao recurso de Leonídio Correa Bouças, candidato a deputado estadual em Minas Gerais que teve seu registro negado com base nessa lei."

4 Índio da Costa do Brasil (DEM), vice de José Serra, PSDB.

diversas Capitais do País pediram a aplicação de seus ditames às eleições de 2012 e clamaram para que o STF a declare constitucional. Pessoas ligadas ao salutar movimento contra a corrupção. Unidas pelas redes sociais, sem intermediação dos tradicionais órgãos de política em uma sociedade organizada: partidos e/ou sindicatos.

É sabido que um abaixo assinado foi endereçado à Presidente Dilma, para que nomeie um magistrado para a Suprema Corte – no lugar de Ellen Gracie, que se aposentou recentemente – comprometido com o ideário "Ficha Limpa".[5]

Muitas questões em torna da constitucionalidade desta lei, algumas adiante tratadas, serão solvidas, quiçá ainda este ano, no STF, que deverá julgar duas ações declaratórias de constitucionalidades – uma movida pelo Conselho Federal da OAB (ADC n. 30), e outra pelo Partido Popular Socialista – PPS (ADC n. 29), e, ainda, uma ação direta de inconstitucionalidade movida pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (ADIN n. 4578). Para todas essas ações, por conexão, o Relator é o Ministro Luiz Fux, o mesmo que desempatou a discussão, no STF, sobre a aplicação da lei ficha limpa às eleições de 2010.[6] A Procuradoria Geral da República manifestou parecer favorável a constitucionalidade da lei, em todos os aspectos questionados.

---

5 Na seguinte fonte colhemos esta informação, acessada em 17.10.2011: *http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2011/09/13/interna_politica,250323/abaixo-assinado-pressiona-por-indicacao-de-ministro-a-favor-da-ficha-limpa-no-stf.shtml.*

6 A primeira Adin, a de n. 4.578, é de 30.01.11, movida pela Confederação Nacional das Profissões Liberais, pedindo o reconhecimento da inconstitucionalidade da letra "m", do artigo 2º, da LC 135/10, por malferir a razoabilidade – extrapolaria a competência dos conselhos profissionais, que "fariam papel de juiz eleitoral", aplicando penas disciplinares com consequências restritivas do *jus honorum*. A segunda foi uma ação declaratória de constitucionalidade (ADC 29), movida pelo PPS, aforada em 19.04.11, que postula a declaração de constitucionalidade da lei, para aplicá-la a fatos e decisões ocorridas antes de sua entrada em vigor. A terceira ação seria uma declaratória de constitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da OAB federal (ADC 30), em 03.05.11, pedindo valia da aplicação retroativa, no mesmo sentido do PPS, mas com mais argumentos de *causa petendi* – razoabilidade e proporcionalidade justificariam a espécie. Inelegibilidade não é pena e não impõe punição; vida pregressa autorizaria aplicação ao passado, etc. Presunção de inocência não se aplicaria como impediente, por que não se trata de pena a inelegibilidade; o valor maior a tutelar, no caso da lei de inelegibilidades, é a proteção da moralidade administrativa, que é valor constitucional, e para os afetados pela LC 135/90 haveria sempre a possibilidade de se pedir a medida cautelar prevista no artigo 26-C, da atual redação da LC 64/90.

Em alguns Estados da federação[7], o teor da lei eleitoral complementar 135/10 – seu discurso moralista -, estimulou iniciativas locais e mesmo municipais a fazerem lei semelhante, para impedir que pessoas, que incidissem em hipóteses semelhantes ou idênticas ao da lei eleitoral, pudessem ocupar postos no poder público: cargos em comissão, empregos em comissão, funções de confiança, emprego temporário, etc.

Através de projeto de iniciativa parlamentar do Deputado Estadual Cesar Souza Júnior, DEM/SC, foi apresentada proposição à Assembléia Legislativa de SC, que se transformou na lei estadual n. 15.381, de 17.12.2010[8], que visa impedir que ocupem cargos em comissão no Legislativo, Executivo, Judiciário, Tribunal de Contas e Ministério Público de SC, pessoas que incidam nas mesmas hipóteses previstas na LC 135/10.

A iniciativa, sem dúvida, é politicamente correta e moralmente apetecível. Precisamos indagar, no Direito, se ela é juridicamente aceitável, ou melhor, se é constitucionalmente sustentável.

Isso porque o legislador pode muito, mas não pode tudo, em uma democracia constitucional , onde existe uma constituição rígida, fixadora de direitos fundamentais e da separação de poderes, que instituiu uma corte constitucional independente para interpretá-la, aplicá-la e protegê-la frente aos arroubos de maiorias circunstanciais ou de opiniões públicas majoritárias *contra constitutione.*

E no caso das leis estaduais ou municipais que lhe copiem a iniciativa ideológica e moralista, há mais limites legiferantes, decorrentes do sistema de direitos fundamentais, da separação de poderes e das competências federativas, do que os postos ao legislador eleitoral federal.

O objetivo deste ensaio é analisar alguns destes limites, focando nas inconstitucionalidades das leis estaduais, tomando como exemplo de laboratório o caso da lei catarinense, que é emblemático. Limitando-se ao recorte do tema de condenação por improbidade, sem trânsito em julgado.

O teor da lei estadual catarinense é idêntico ao da Lei ficha limpa elei-

---

7 E. g., Piauí, Maranhão e Santa Catarina.

8 LEI Nº 15.381, de 17 de dezembro de 2010 Procedência – Dep. Cesar Souza Júnior Natureza – PL./0262.0/2010. DO n. 18.994, 20.12.10.

toral. Ocupa-se em impedir que cargos em comissão, nos poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas, em SC, sejam ocupados por pessoas que incidam nas suas hipóteses vedatórias.

Adiante tomaremos como reflexão crítica, a lei catarinense, abordando cinco aspectos que denunciam suas inconstitucionalidades formal, orgânica e material.

Assim o fazemos para alertar a comunidade jurídica e política sobre os direitos fundamentais que estão em jogo e o valor de uma Constituição que exige respeito e efetividade, sobretudo em momentos nos quais a paixão, o preconceito e a irreflexão são a tônica dos discursos midiáticos.

1. Regra constitucional de iniciativa legislativa reservada em tema de provimento de cargos e inconstitucionalidade formal

O projeto catarinense que resultou na lei ficha limpa estadual barriga-verde é inconstitucional, pois é fruto de iniciativa parlamentar, e não de iniciativa do Executivo, como exigem, para tema de provimento em cargos públicos, a Constituição Federal. Há flagrante vício de iniciativa, de origem do projeto. E assim todos os seus dispositivos, transformados na lei estadual n. 15.381/10, não tem validade. Há, na espécie, o que se chama de inconstitucionalidade formal[9].

Para entender a inconstitucionalidade em foco, precisamos relembrar o significado jurídico de provimento: provimento é o "ato de designação de alguém para titularizar cargo público"[10]. Para Carmem Lúcia Antunes Rocha, "provimento de cargo público é o suprimento formal da necessidade pública havida e demonstrada na sua vacância, conferindo-se a alguém a condição de titular responsável pelo desempenho das atribuições e das funções que lhe são inerentes."[11]

---

9 O conceito de inconstitucionalidade formal, orgânica e material foram retirados das seguintes obras, que explicam seus efeitos no plano do controle de constitucionalidade: Elival da Silva Ramos. *A Inconstitucionalidade das Leis. Vício e Sanção.* São Paulo: Saraiva, 1994. 255 p. e Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. 299 p.

10 Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 308.

11 Cf. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 169.

Legislar sobre provimento, então, é normatizar as regras que definem o acesso aos cargos públicos, é legislar sobre "acessibilidade" aos cargos públicos.

A regra parâmetro violada foi a constante do seguinte dispositivo constitucional que integra processo legislativo, portanto, de observância obrigatória para os Estados Membros: "Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º – São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II – disponham sobre: (...) c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)."

A jurisprudência do STF é pacífica em precedentes neste sentido[12].

Assim, quando lei estadual sobre o tema provimento tiver origem em projeto de iniciativa parlamentar, e não de iniciativa privativa do executivo, ocorrerá inconstitucionalidade formal.

2. Regra constitucional da competência legislativa da União Federal e inconstitucionalidade orgânica

Quando leis estaduais ou municipais, ao modo da lei catarinense, regularem hipótese proibitiva a condenados por improbidade, impondo-lhes a perda do cargo público comissionado ou impedimento para assumir, cominarão pena que não está prevista na Lei 8.492/92, lei da improbidade administrativa. Ou melhor, pena há, mas sem o efeito e modo previstos na lei estadual catarinense[13].

---

12 E. g.: ADI 1165, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 03.10.01; ADI n. 217, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 28.08.02; ADI 1895, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02.08.07; ADI 2873, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 20.09.07; ADI 2856, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.02.11.

13 "Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009). I – na hipótese do art. 9°, (...) perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, (...); II – na hipótese

A lei de improbidade condiciona a perda do cargo, ao trânsito em julgado da condenação, desde que a sentença tenha imposto tal pena. Pois alguém pode ter direitos políticos suspensos, sem perda do cargo.

A lei ficha limpa barriga-verde criou regra jurídica que só poderia ser instituída por lei federal e para todos os brasileiros. O inacesso a cargo público não está entre as penas da lei de improbidade. Apenas a perda do cargo. E só se pode dar tal perda, por sentença judicial, que contenha esse dispositivo em seu campo decisório.

Assim, em solo catarinense, a pessoa que estiver na situação de condenada por improbidade, sem trânsito em julgado, e for impedida de assumir cargo em comissão, deve alegar, oportunamente, que tal regra viola as competências legislativas da União. Invade competência em matéria de improbidade, que é tarefa penal legislativa da União. Invade esfera legiferante cabível à União, e sem competência do Estado de SC ou qualquer outra Unidade da Federação. Trata-se da chamada inconstitucionalidade orgânica. Pois a norma objeto do artigo 1º, letra "g"[14], da Lei estadual catarinense n. 15.381/10, viola as normas parâmetros dos artigos 22, I[15], c/c 37, § 4º[16], da Constituição Federal.

---

do art. 10, (...), perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, (...); III – na hipótese do art. 11, (...) perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, (...). Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (...). Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória."

14 "Art. 1º Fica vedada a nomeação para cargos em comissão no âmbito dos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e do Tribunal de Contas do Estado às pessoas inseridas nas seguintes hipóteses: (...). g) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;"

15 "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;"

16 "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

3. Princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal e inconstitucionalidade material

A norma ordinária estadual do artigo 1º, letra "g", da Lei catarinense n. 15.381/10, viola as normas constitucionais dos artigos 5º, LIV[17] e LVII[18], da Constituição Federal. Há inconstitucionalidade material por violação das normas que tratam da presunção de inocência e do devido processo legal.

Isso por que prevê efeito ablador de direito, sem que haja trânsito em julgado de comando condenatório. E efeito tomado a partir de se reconhecer, sem definitividade, sem trânsito em julgado, a situação de condenado.

Foi violado, pela lei estadual, o princípio da presunção de inocência, que não contém sua aplicação apenas à esfera penal, como conquista da Ciência Jurídica contemporânea.

E essa inconstitucionalidade trouxe outro grande inconveniente ideológico: os defensores "da constitucionalidade" e "da bondade da lei ficha limpa têm tomado posições de "conveniência e oportunidade", mesmo contra consagradas posições na Teoria do Direito e na Ciência Jurídica em geral. Eles dizem que esse princípio, o da presunção de inocência, só teria aplicação na esfera do Direito Penal. E o fazem "apenas" para defender a lei, com argumento indefensável perante o tribunal da razão e da ciência.

Ora, é conquista da civilidade e da Ciência jurídica dela resultante, que tal princípio tem aplicação em todos os ramos do Direito onde haja atividade sancionadora, função punitiva. Tanto que se fala, hoje, de Direito Sancionador para abarcar amplas esferas para além do Direito Penal, que, todavia, pressupõe a Ciência Penal como o grande arquétipo, a grande luz, o grande caminho que orienta a aplicação das penas em todas as áreas do Direito.

Podem querer dizer os apologistas da "moral por sobre o direito" que inacessibilidade não seria pena, sanção, restrição punitiva a di-

---

17 "LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;"

18 "LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"

reito. Portanto, o princípio da presunção de inocência não lhe poderia emprestar qualquer favor. Inacessibilidade da lei estadual seria "mero requisito" para se prover cargo público em comissão no executivo catarinense, aferível na data de posse de cada agente. Ademais, para o discurso *moralista,* o direito político de participar da coisa pública, por meio de cargos sem concurso, deve curvar-se ao interesse público, ao interesse social de barrar "pessoas" moralmente espúrias.

Para esse entendimento, o direito fundamental político de participar da coisa pública (liberdade-participação) não seria garantia dos indivíduos, garantia fundamental, apenas interesse público moldado pela opinião pública majoritária, e momentaneamente dominante, que, em dado momento histórico, define o que é interesse público e o que deve ser "moralmente imposto", nem sempre ouvindo a "vontade de constituição" (Konrad Hesse) ou o "sentimento constitucional" (Pablo Lucas Verdu).

Esse tipo de discurso não pode ser aceito pela comunidade constituída por regime democrático e regida por Constituição garantidora de direitos fundamentais.

Precedentes do STF afirmam[19] que para prover cargos por concurso público, não se pode obstruir, por lei ou edital, o direito de inscrição ou de investidura com base em questões criminais ou de improbidade ainda não transitadas em julgado.

Mesmo em tema de inelegibilidade, justamente no caso da lei ficha limpa, o STF tem precedente em tema da improbidade administrativa sem trânsito em julgado[20], que demonstra a escancarada invalidade da lei estadual.

Diante da pacífica e convincente jurisprudência do STF, o cidadão que estiver na situação de condenado por improbidade sem trânsito em julgado, e for impedido de assumir cargo em comissão no Estado de SC, deve alegar em seu prol, com serenidade, que tal regra violou presunção de inocência, inscrita na Carta Federal, enquanto regra de tratamento e garantia processual constitucional.

---

19 R.E. 634.224/DF Relator Min. Celso de Mello, STF.

20 Vale a atenta leitura desse precedente, demais esclarecedor e convincente do acerto de suas premissas: AC 2763-MC/RO Relator Min. Celso de Mello.

5. Princípios constitucionais da segurança jurídica, proteção da confiança, coisa julgada, isonomia e inconstitucionalidade material

Os *princípios constitucionais da segurança jurídica, da proteção da confiança, da coisa julgada e da isonomia* também foram violados, porque a lei estadual, no dispositivo em foco, tem nítido conteúdo lesivo e retroativo aos que praticaram atos tidos com ímprobos e/ou foram condenados antes de sua entrada em vigor.

Tomemos como exemplo elucidativo desta inconstitucionalidade, o seguinte caso hipotético: os fatos caracterizadores de improbidade se deram entre 11.10.02 e 11.11.02. Nessa época, demonstra o Direito Positivo, não vigorava qualquer norma nacional ou estadual que emprestasse tal efeito sancionatório – *inacessibilidade a cargos em comissão no Poder Executivo de SC* – a prática desses atos.

Por outro lado, partamos da hipótese de que houve acórdão em 05.08.09, que confirmou a condenação (ou a decretou). Nessa data também não havia qualquer norma da ordem jurídica nacional ou estadual, anexando tais efeitos a uma decisão judicial em casos de improbidade, *seja de primeiro ou de segundo grau de jurisdição cível.*

A norma que vigia e vigora para os fatos ocorridos entre 2002 e 2010, regulando a matéria, é a Lei nacional 8.429/92, que nada tratou sobre o tema *inacessibilidade a cargos em comissão*, nos termos postos pela lei ficha limpa estadual, que só veio à vigência em 20.12.10, data de sua publicação no diário oficial do Estado de SC.

A violação à *segurança jurídica e à proteção da confiança* se dá, porque entre a prática dos comportamentos tidos como ímprobos e a edição da lei que deseja valorá-los de forma sancionatória, em termos retroativos, transcorreram 8 anos e dois meses! Ou seja, após a prática consolidada de tais atos (para o bem ou para o mal), surgiu na ordem jurídica estadual regra que "juridiciza fatos passados", para impedir o exercício de liberdades no presente, a liberdade-participação de acesso a cargos em comissão nos poderes constituídos em SC. *Surgiu, no presente, norma-sanção para emprestar a fatos passados efeito limitador ao direito de liberdade-participação.*

E tendo em conta o tempo de prolação do acórdão, a diferença

temporal, embora menor relativamente à data de ocorrência dos fatos, não é menos desautorizante de incidência válida da nova lei estadual: 1 ano e 4 meses do acórdão. Assim, neste particular, a lei estadual estatuir novo efeito anexo para decisões judiciais já prolatadas, constitui flagrante violação à garantia constitucional da coisa julgada.

E toda lei retroativa punitiva ou gravosa à esfera de direitos da pessoa humana, que busca enredar em sua esfera de juridicidade fatos já consolidados ou sentença já dadas, viola a regra da isonomia. *Pois é lei que visa regular, retrospectivamente, casos certos, dados sobre pessoas certas, eis que o passado é certo, mas o futuro não*.

A generalidade (universo de pessoas) e abstração (universo de casos) da lei são garantias da igualdade (Norberto Bobbio). E como as leis regulam para o futuro, sua abstração e generalidade guarnecem a igualdade de tratamento de todos os cidadãos não só perante as leis, mas no interior de seus comandos normativos. *Lei nova que colhe fatos ou sentenças passadas tem endereço certo, pois já sabe que pessoas receberam sua incidência e que casos concretos ocorreram*. *Sabe quais casos concretos e quais indivíduos afetará, pois dispõe da certeza do passado*! Abarca, retroativamente, no plano do concreto e do individual, pessoas e casos determinados, pois já dados, como o exemplo em foco. Tais leis, em nosso sistema de direitos, "não têm futuro para aplicação passada". E futuro só terão se respeitarem o passado.

Lembremos, a propósito, um rico filme sobre o tema (retroatividade gravosa e injusta das leis), de Costa Gravas, *Corte Especial de Justiça*, que apresenta o que fizeram os nazistas com a França invadida, para retaliarem os ataques que a resistência francesa impingia aos oficias do exército tedesco no centro de Paris: as forças de ocupação alemã *rejulgaram, com novas regras e novas penas*, presos já detidos e em cumprimento de sentenças... e decretaram a pena de morte, para muitos casos de furto, para os quais o Direito pré-ocupação previa apenas privação de liberdade. Assim, intolerável que em pleno vigor de nossa democracia retornemos às práticas de regimes que lhe são o contrário e/ou a sua própria morte (in)jurídica.[21]

---

21 Como crítica a esse tipo de postura, já escrevemos: Ruy Samuel Espíndola. *A Constituição como Garantia da Democracia: o papel dos Princípios Constitucionais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência*

Todavia, ainda que se pudesse dizer o artigo 1º, letra "g", da Lei estadual válido, ele só o seria pró-futuro; só poderia incidir, válida e eficazmente, sobre fatos ocorríveis a partir de sua entrada em vigor – 20.12.10. Ou seja, a lei estadual só pode ter efeitos prospectivos, no dia imediato e posterior a 20.12.10; ou melhor, seus efeitos devem projetar-se para o futuro; incidirem apenas sobre fatos ocorríveis a partir de sua entrada em vigor, e jamais *ex tunc* (retroatividade), sob pena de inconstitucionalidade material, face incidência retroativa de leis gravosas em matéria de liberdades e de direito estrito. Ou melhor: os fatos típicos que terão os efeitos de barrar acesso a cargos em comissão, devem se dar no mundo do ser do direito após a entrada em vigor da lei estadual (20.12.10), nunca antes.

Tivemos oportunidade de escrever sobre o tema da retroatividade da lei ficha limpa para fins de inelegibilidade. E nossa crítica se aplica perfeitamente ao caso de "inacessibilidade a cargos em comissão" em SC:

> "Outra agressão às garantias constitucionais foi o fato da lei ficha limpa alcançar fatos ocorridos no passado, emprestando-lhes consequências novas e inesperadas, não existentes no momento em que foram praticados ou não cogitadas nos processos em que foram sentenciados.
>
> Agressão violenta às regras constitucionais da coisa julgada, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, e dos princípios da segurança jurídica e ao princípio da não-surpresa e da lealdade e confiança nos atos de Estado.
>
> Vide caso Jader em que sua renúncia ocorreu há 09 anos (outubro de 2001), sendo que ele já fora eleito, duas vezes, nesse período, para a Câmara dos Deputados!!!
>
> Tal agressão ao direito político de candidatura [e ao direito político fundamental de acesso a cargos públicos em comissão, que são liberdades-participação!] não tem exemplo similar em nosso Direito Constitucional ou Eleitoral, e "se a onda pegar" em outras ramos do Direito, poderemos pagar multas de trânsitos por fatos não ilícitos no passado, mas tornados tais no presente; pagar tributos por fatos geradores ocorridos há muito; responder, no presente, por condutas taxadas de crime hoje, mas que no passado, quando praticadas, não o eram.
>
> A lei, neste aspecto, tinha endereço certo, era alcançar determinados

---

Política. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 11, abr./jun. 2003, n. 44.

parlamentares (Jader, Roriz, etc – ACM escapou, pois morreu antes...), que nos últimos anos, renunciaram para escapar a processos ético-disciplinares.

Ora, apuremos casos como esses através das devidas ações penais, ações de responsabilidade por ato de improbidade, procedimentos responsabilizatórios nos Tribunais de Contas, e nas demais vias legais de responsabilização desses agentes. Contudo, utilizar de tais meios o legislador eleitoral, ainda que com apelo popular, é praticar ato juridicamente inconstitucional e moralmente questionável.

Nenhum cidadão fã de futebol aceitaria que no meio de uma partida, o juiz alterasse, com surpresa a todos, as regras do jogo, para atingir um resultado previamente querido por ele! Nas eleições não pode ser diferente, ainda que com alto ruído da claque.

Embora politicamente correto o fim, juridicamente abjeto o meio! Não podemos tolerar leis com esse casuísmo.

A lei deve ser geral, abstrata e pró-futuro. Pois deve se aplicar a todas as pessoas, indistintamente; prever hipoteticamente uma série relevante de comportamentos vedados, proibidos ou permitidos; e deve valer para o amanhã, para que possamos dela saber com antecedência, e descobrirmos, racionalmente, os caminhos do lícito e/ou do ilícito, avaliando previamente seus custos e riscos, nossos deveres, direitos e responsabilidades."[22]

Há ensaio de Milton Cordova Júnior, cujas conclusões são ricas ao tema em análise[23].

A lição mais contundente sobre o assunto, a demonstrar higi-

---

22 Conforme nosso artigo: Ruy Samuel Espíndola. "*A Lei ficha limpa em revista e os empates no STF: as liberdades políticas em questão e o dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável*." In: – George Salomão Leite *(coord.) Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Bahia, Juspodium, 2011p. 781/798, p. 793/794. Esse livro constitui anais do 9º Congresso Internacional de Direito Constitucional, ocorrido em Natal/RN, entre os dias *28/30 abril 2011*, sob os auspícios da Escola Brasileira de Estudos Constitucionais. E o artigo constitui expressão escrita de nossa conferência no painel "*Liberdades Políticas e Justiça Eleitoral Contramajoritária: a democracia entre o moralismo e o devido processo legal.*" Outra versão deste estudo encontra-se na web: Ruy Samuel Espíndola. *A Lei Ficha Limpa em revista e os empates no STF. O dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável. Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2711, 3 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17925>. Acesso em: 1 maio 2011.

23 Cf. seu "*Retroatividade da lei da ficha limpa: O Supremo Tribunal Federal não é o limite". Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2681, 3 nov. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17753>. Acesso em: 3 nov. 2010.

dez dessa tese de invalidade da lei estadual, vem do voto do Ministro Celso de Mello no RE 630.147/DF, ao analisar a retroatividade da lei complementar n. 135/10, afetante do direito político fundamental de candidatura. Suas conclusões são aplicáveis a demonstrar a retroatividade lesiva da lei ficha limpa estadual ao direito político fundamental de acesso a cargos públicos em comissão.

E para referendar a tese de que a lei ficha limpa estadual contraria a coisa julgada, há precedente de 05.05.11, do TSE, Relator Ministro Marco Aurélio, no Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 877-54/RJ: **"**INELEGIBILIDADE – COISA JULGADA – LEI COMPLEMENTAR Nº 135/2010 – RETROAÇÃO MÁXIMA. Contraria, a mais não poder, a primeira condição da segurança jurídica – a irretroatividade da lei – olvidar, colocar em plano secundário, ato jurídico perfeito por excelência – a coisa julgada – , ante a Lei Complementar nº 135/2010, implementando-se retroatividade máxima. DJE de 4.5.2011."[24]

Para evidenciar transgressão ao princípio constitucional da proteção da confiança, pela lei ficha limpa estadual, basta o afirmado pelo Ministro Luiz Fux do STF, em voto de desempate no RE 633703/MG – Relator Min. Gilmar Mendes.

Assim, voltando ao exemplo de laboratório, se o caso julgado em 2009, ainda estiver em fase de admissibilidade de recurso especial, atribuir aos fatos julgados penas diversas da que consta em seu dispositivo, *que não incluiu a vedação de acesso a emprego público*, é violar a coisa julgada constante do acórdão condenatório (artigo 5º, XXXVI, da CR).

6. Princípios constitucionais da razoabilidade e da ampla defesa e inconstitucionalidade material

O dispositivo legal catarinense, tal qual o da lei eleitoral, criou uma "pena" sem tempo certo para expiar. Criou indefinição quanto ao "*dies*

24 Infelizmente, o entendimento atual, sufragado pelo Supremo em repercussão geral, é contrário, como demonstra a tese n. 860 (01.03.18): "A condenação por abuso de poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral transitada em julgado, *ex vi* do art. 22, XIV, da Lei Complementar n. 64/90, em sua redação primitiva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea d, na redação dada pela Lei Complementar n. 135/2010, aplicando-se a todos os processos de registro de candidatura em trâmite."

ad quem" para o cumprimento da reprimenda (inelegibilidade/inacessibilidade). O legislador – eleitoral e estadual – estabeleceu uma pena que depende de circunstâncias indefinidas e incertas para acabar. Vejamos:

> "Art. 1º Fica vedada a nomeação para cargos em comissão no âmbito dos órgãos dos Poderes Executivo, (...) às pessoas inseridas nas seguintes hipóteses: (...)
>
> g) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;"

Há um termo inicial, o da condenação colegiada, que vai até o trânsito em julgado. Isso deixa o período de expiação completamente incerto, não é possível antever, com certeza, o termo final. Concluído esse período de inacessibilidade, haverá mais o tempo do cumprimento da pena. Passado este, no dia imediato subsequente, começara a correr mais oito anos de inacessibilidade.

Vale esta observação crítica: tendo em conta a regra estadual, não se diga que ela não constitui pena, mas "mero requisito" para provimento de cargo em comissão em SC, nos poderes constituídos estaduais. Não é possível se "importar" o inaceitável equívoco propalado pelos apologistas da lei ficha limpa eleitoral, ao dizerem que "inelegibilidade não é pena". Afirmar se inelegibilidade é ou não pena é papel da Ciência Jurídica, da Teoria do Direito. O Direito Penal, o Direito Administrativo e o Direito Eleitoral se beneficiam de seus aportes explicativos e conceituais.

A Teoria do Direito[25] afirma que sanção (pena) é toda consequência limitadora de um direito, de uma liberdade, de um patrimônio moral ou material, decorrente de comportamento juridicizado como ilícito por norma de direito. Comportamento que resulta, para a pessoa que o realiza, a incidência de certa carga restritiva ou ablativa de liberdade em sua esfera jurídica. A sanção é o consequente do descumprimento da norma:

---

25 Cf. Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, 1990. P. 53/61. Noberto Bobbio, *Teoria da Norma Jurídica,* trad. Fernando Pavan e Ariani Bueno. 2 ed. São Paulo, Edipro, 2003, p. 145/176.

acarreta pena a quem prática o comportamento vedado pelo direito.

A sanção pode ser de diversa natureza (privativa de liberdade, inibidora de candidaturas ou de cargos públicos, pecuniária, etc). As normas de direitos podem prevê-las através de diferentes formas legislativas (no mesmo dispositivo, comportamento vedado e sanção; ou em dispositivos constantes de leis diferentes – a norma primária [comportamento] e a secundária [sanção]). Para aplicação legítima da sanção sempre haverá um devido processo. Necessária uma autoridade competenciada para julgar a conduta e aplicar ao seu responsável as consequências sancionatórias previstas nas normas jurídicas.

Nos domínios dos direitos políticos existem comportamentos e sanções dispostas em leis diferentes, cujos atos que ensejam ilícitos são reconhecidos em um processo e perante certa autoridade – todavia a sanção é aplicada em outro processo, perante diversa autoridade. Algo demais atípico frente ao devido processo legal tradicional e ao juiz natural que conhecemos.

Exemplo significativo é a inelegibilidade decorrente de rejeição de contas públicas. O órgão constitucional que julga as contas é o Tribunal de Contas, através de processo administrativo. De suas decisões podem advir conclusões sobre comportamento que serão valorados em outro campo da jurisdição – a judicial -, e na justiça especializada – a eleitoral -, em processo judicial de registro de candidatura.

Isso se dá quando o Tribunal de Contas rejeita contas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, o que, sob o ângulo da LC 64/90 (artigo 1º, letra "g", antes da alteração da LC 135/10), será valorado na justiça eleitoral como causa potente a cercear o exercício do direito político fundamental de candidatura.

Ou seja: na justiça eleitoral se verificará se ocorreu o pressuposto de fato da norma eleitoral, que desautoriza candidatura pela ocorrência de uma ilicitude reconhecida em processo administrativo de contas, mas cujos efeitos restritivos de liberdade apenas se implementam quando houver busca de candidatura em processo judicial eleitoral.

Ora, estaremos sim diante de sanção, medida punitiva, ablativa de direitos, sempre que um ato humano puder ser valorado como ilícito e justificante de uma limitação da liberdade. Tudo baseado em norma

de direito, que limita um comportamento, estabelece consequências de sua prática e define uma autoridade para julgá-lo.

O mesmo raciocínio se aplica à compreensão da limitação de acesso aos cargos públicos como pena/sanção. E no exemplo de laboratório: sanção que tem como pressuposto o reconhecimento de fatos que gerem condenações judiciais de improbidade colegiadas.

Voltemos ao exemplo hipotetizado. Digamos que do acórdão confirmatório da condenação resulta o seguinte conjunto sancionatório: [i] suspensão dos direitos políticos por 05 anos, [ii] proibição de contratar com o poder público por 05 anos e [iii] de receber benefícios fiscais ou creditícios por 05 anos. A esse conjunto de sanções agregar-se-ia uma nova pena *ex post facto* e após a coisa julgada: a pena de [iv] "inacesso aos cargos públicos".

Essa última pena além de acrescer as restrições cominadas na sentença, tem um tempo maior de "aflição da liberdade" do que todas as demais, que se limitaram ao período de 05 anos. Se transitar em julgado a condenação de 2009, saberá o cidadão condenado, saberá o Judiciário e saberá a sociedade em geral, quando iniciarão as penas quinquenais; saberão, com certeza, o termo inicial e o termo final. O termo inicial é com o trânsito em julgado e o final se dará 05 anos após.

Todavia, quanto à pena *ex post facto*, seu termo inicial é dia 20.10.2010, tendo em conta a condenação de 2009. Todavia, enquanto durar o processamento de eventual recurso especial interposto pelo cidadão condenado, e este exercer "ampla defesa", pela nova regra ocorreria a seguinte mutação ilegítima: a "garantia processual individual de ampla defesa" foi transformada em uma "pena incerta", em nome da moralidade administrativa; há um endurecimento da "lei e da ordem", com o elastecimento *sine die* da pena.

Do modo como se fixou os efeitos da pena e o período de sua expiação, a ampla defesa, passou de um bem a um mal; de um bônus a um ônus; de um direito a um encargo duro e *penoso*.

O cidadão X, pela esdrúxula regra estadual, crente no seu direito e na possibilidade de reversão da condenação, agregará ao período expiatório que conta com 05 anos de suspensão dos direitos políticos e mais 08 anos de inacessibilidade, *o imensurável tempo para esgota-*

mento de seus recursos de defesa.

Além da incerteza do tempo de duração da pena de inacesso, se houver êxito nas pelejas recursais de X, a expiação vigorará incerta como nau sem rumo. Absolvido, jamais poderá ser compensada no plano dos seus direitos de liberdade política: essa a única certeza diante de pena sem tempo certo para durar – enquanto ela durar, nada vai compensá-lo no futuro, na esperada hipótese de absolvição em recurso.

No caso de laboratório, vejamos a desproporção da normação em abstrato: X tem 45 anos (em nosso suposto exemplo), sabe que ficará 13 anos fora da vida pública, mais o tempo que durar o exercício de seu direito de defesa. Isso pode ser considerado razoável?

Isso é desproporcional e abusivo não só pelo tamanho da pena, pelo tempo em que durar, mais, notadamente, pela completa incerteza quanto ao tempo que vigorará seus efeitos sancionatórios, pela completa incerteza quanto ao seu termo final que poderá durar 18 ou 20 anos ou mais.

Além dessa legiferação inconstitucional, desproporcional e irrazoável sob o ângulo do princípio constitucional da proporcionalidade, outra invalidade acoima a norma da letra "g", do artigo 1º, da Lei estadual: a que viola o princípio da ampla defesa. Parte deste raciocínio já foi desenvolvido acima.

E o raciocínio completo é simples: pela nova regra penal e seus efeitos incertos, além da defesa "não ser mais ampla", pois desde a condenação colegiada sem trânsito se aplica pena ao condenado, o seu exercício é um alongamento da pena, uma ampliação de seu sofrimento, o que demonstra que a norma penal anulou o valor e eficácia de uma garantia fundamental processual.

Em verdade o exercício da defesa recursal de estrito direto (ou mediante embargos infringentes, ou declaratórios, ou embargos de divergência, etc), consistirá em verdadeira "carga de ampliação do tempo de pena", enquanto durar a busca do condenado pelo reconhecimento de sua inocência ou pela invalidade de sua condenação. E no caso hipotetizado, sendo ela conquistada, a pena já foi sofrida, expiada.

Assim a liberdade de participação é solapada pela lei estadual, sem tempo certo, sem condenação definitiva e enquanto tentar o con-

denado exercer a garantia constitucional da ampla defesa. Isso tudo é flagrantemente inconstitucional, como anota Adriano Soares da Costa.

E no que toca à violação ao princípio da proporcionalidade, trazemos à colação o Ministro Celso de Mello no RE 630.147/DF**,** ao analisar a lei complementar n. 135/10, lesiva ao direito político fundamental de candidatura, por ferir a razoabilidade exigida do poder legislativo:

> "Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à atividade do Poder Público.
>
> Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (...) – como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.
>
> Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa ou, *como na espécie*, de resolução judicial de conflitos -, adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do "*due process of law*" (...).
>
> A validade das manifestações do Estado, portanto, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco – especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas ou supressivas incidentes sobre determinados valores básicos (como os direitos fundamentais) – passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que atuam como expressivas limitações materiais à ação do Poder Público.
>
> A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais (inclusive de atos do Poder Judiciário), que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder do Estado, veiculam prescrições ou decisões que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140-141, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 176/578-579, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)."

A pena incerta e sua transmutação do direito de defesa em encargo de ampliação da pena ditam, a mais não poder, a completa desproporcionalidade da medida legislativa levada a efeito pelo legislador catarinense, no que toca ao artigo 1º, letra "g" da Lei estadual n. 15.381/10.

7. Palavras finais

O tema "ficha limpa", no âmbito do discurso jurídico, pode ser abordado entre duas perspectivas de análise: a dos moralistas e a dos constitucionalistas, como temos apregoado.[26]

Os moralistas seriam aqueles operadores do Direito que olhando para a nossa Constituição e para a cena política brasileira, encontram no princípio da moralidade administrativa, no princípio da probidade, na ideia de vida pregressa ilibada para candidatos, o maior valor a ser perseguido em uma eleição. Para esses operadores, tais princípios, somados ao cânone de proporcionalidade entre bens em conflito (direitos individuais x moralidade), são os principais critérios que devem balizar toda a produção das leis, especialmente uma lei que defina o processo de escolha dos candidatos, através da fixação de hipóteses de inelegibilidades ou de inacessibilidade a cargos ou empregos públicos.

Tais posturas jurídicas são alimentadas pelo sentimento geral da população (e o alimentam em retorno) de descontentamento com a classe política, que é tratada e avaliada não pela média ou excelência de seus representantes, mas sim pelos piores exemplos conhecidos midiaticamente (Paulo Maluf, Eurico Miranda, Jader Barbalho, Joaquim Roriz, etc).

Os raciocínios moralistas partem de particularidades para chegarem a generalizações nada animadoras: se alguns são tão vis e indignos, é preciso todos cuidarem de todos, pois muito mais o serão! O homem

---

26 Ver três artigos publicados na web de nossa autoria: (i) A Lei Ficha Limpa em revista e os empates no STF. O dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2711, 3 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17925>. Acesso em: 1 maio 2011; (ii) STF, insegurança jurídica e eleições em 2012: Até quando o embate entre moralistas e constitucionalistas em torno da lei ficha limpa?. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2827, 29 mar. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18790>. Acesso em: 2 maio 2011; (iii) Moralistas *versus* Constitucionalistas – o caso Roriz, no STF – Conjur e Adriano Soares da Costa; setembro de 2010.

é o lobo do homem (Hobbes)! A lei eleitoral deve ser *preventiva* de improbidades! A presunção reinante é a de desconfiança do candidato e da não confiança na capacidade de escolha do eleitor... Por tais razões, que a justiça eleitoral, que juízes filósofos (Platão), decidam quem deve dirigir as cidades e seus governos! A vontade popular deve ser tutelada pela vontade judicial, essa última orientada pela vontade do legislador.

Os constitucionalistas, por sua vez, são aqueles operadores que veem na Constituição um limite ao exercício arbitrário de poderes públicos ou privados. Para esses a Constituição tem um sistema de direitos fundamentais que deve ser observado na feitura de leis, sem qualquer exceção para as leis eleitorais ou leis administrativas tratantes de provimento em cargo ou emprego públicos. A vontade de Constituição é o fiel da balança a regrar a vontade popular, a vontade do legislador e a vontade judicial. Para esses operadores, entre os direitos fundamentais respeitáveis em qualquer produção do Legislativo ou do Judiciário estão a segurança jurídica, a não retroatividade das leis, a presunção de inocência, a razoabilidade da ação legislativa punitiva, o limite anual para incidência de leis novas que alterem o processo eleitoral. E mais: o sagrado direito de receber votos, de candidatar-se, de disputar um mandato público, de exercer um cargo público efetivo ou em comissão é tão importante quanto qualquer direito fundamental como é o de votar; é tão relevante para o regime democrático como a liberdade de ir, vir e ficar é para qualquer regime afastado da barbárie e que caminha rumo ao avanço civilizatório.

Esses *operadores constitucionalistas* se sustentam na *razão* (Voltaire), expressa na razão jurídico-constitucional, para ditarem seus comportamentos e decisões jurídicas. Para eles uma Constituição é importante também para as minorias e para conter a fúria e a paixão das maiorias, que, em dados momentos históricos, podem, sem freios constitucionais, desencadear involuções ao argumento de estatuírem progressos.

Pois há épocas em que o ânimo de fazer justiça pode levar a intoleráveis injustiças, como são os justiçamentos passionais e homicidas. Para esses operadores uma Constituição é seguro critério de julgamento em grandes causas públicas na história das nações. É o mastro de Ulysses diante do canto atraente e destrutivo das sereias. Esses homens laboram para a história, e não para o momento; eles plantam carvalhos

para o amanhã e não couves para as próximas semanas (Rui Barbosa).

Esse *embate entre moralistas e constitucionalistas* é salutar para que descubramos, depois das lutas pelas diretas já e pelo *impeachment* de Collor, que a moralidade é um valor constitucional fundamental, mas não constitui um direito fundamental e não é norma superior às garantias e direitos individuais estabelecidos na Constituição. Aliás, a moralidade administrativa sequer é cláusula pétrea, enquanto os direitos fundamentais o são, por obra da razão que ilumina e não da paixão que cega.

E a *moralidade* utilizada em alguns dos discursos midiáticos na atualidade brasileira, *apesar da diferença de tempo, lugar e regime*, parece ser a mesma que justificou o holocausto nazista; a prisão de Oscar Wilde; a discriminação racial que aprisionou Nelson Mandela e matou Luther King; alimentou a fúria do macarthismo no EUA e justificou atos de força e de exclusão política na era de Floriano Peixoto, Getúlio Vargas e do triunvirato militar pós 1964.

Calha ainda pontuar que a democracia não é a vacina definitiva contra a volta da ditadura nem imunidade inexpugnável contra o totalitarismo. E ditaduras e totalitarismos não morrem totalmente por que delas ou de suas cinzas emergiram democracias. Ideias democráticas assombram ditaduras (vejam os tsunamis políticos no oriente médio na crônica atual) e ideias totalitárias ou ditatoriais, convivem, cotidianamente, no seio das democracias com muito mais facilidade e sutileza (EUA, e caça ao terror; Brasil, moralidade pública superior a Constituição e seu regime de liberdades!). Muitas vezes essas ideias são ilusoriamente vendidas como democráticas... e compradas iludidamente como tais, por amplos setores da sociedade civil, imprensa, representações de classe, movimentos sociais, partidos políticos, tribunais, etc...

Isso ocorre em nações onde o debate não é *verdadeiramente* livre, plurilateral, franco e democrático. Onde o pluralismo de ideias é renegado em nome da unicidade dos dogmas fruto do moral e politicamente correto[27], a despeito do direito posto. Onde o medo de ser per-

---

27 Dia 17.10.2011, das 22:00 as 23:00 horas, participei de debate televisivo no programa "Conversas Cruzadas", na TVCOM, grupo RBS, e um dos ilustrados debatedores, emérito promotor de justiça e distinto integrante do movimento que resultou na propositura da lei ficha limpa eleitoral, disse-me: "que não sei em que planeta vive o Prof. Ruy,

seguido ou rotulado por suas ideias diferentes é moeda corrente. No Brasil não podemos deixar que tais ideias tenham vida fácil perante o Tribunal da razão e da ciência, como dissemos.

A democracia é o regime que, dialética e respeitosamente, admite o seu contrário (Norberto Bobbio). Mas é o constitucionalismo que lhe assegura a vida e impede o avanço das forças contrárias, mesmo que aclamadas por vontade popular circunstancial que agrida a perene e pétrea vontade constituinte fundacional (Vanossi).

O fiel da balança em uma democracia, que a salvaguarda da emergência de arroubos ditatoriais ou totalitários, ou melhor, de ideias provindas desses matizes, é a existência de uma Constituição democrática e efetiva (Luis Roberto Barroso). Constituição originada de uma constituinte livre, representativa e soberana, guarnecida por uma Corte Constitucional independente e ciosa de suas tarefas institucionais em um regime de direitos fundamentais e separação de poderes.

Corte Superior cujos juízes julguem, acima de qualquer expediente, com base em regras e princípios constitucionais pré-estabelecidos no próprio texto da Constituição. E não se fundamentem em volúveis, difusos, imprecisos e irracionais sentimentos populares vazados por setores da sociedade que nem sempre atentam para o valor de uma Lei Fundamental e seu regime de contenção dos arbítrios de toda sorte – provenham esses abusos do Poder Estatal ou do Poder Social, ambos poderes constituídos e contidos pela Constituição democrática vigente.

No ânimo de atender a tais propósitos superiores, como integrante da ala constitucionalista do Direito, é que denunciamos, neste artigo, as inconstitucionalidades constatadas na lei catarinense n. 15.381, de 17.12.2010. Na esperança de que reine, acima das paixões, a segurança jurídica, sem a qual a democracia se desmancha e a estabilidade das instituições republicanas se desfaz.

---

mas no meu planeta não vejo realidade para essas ideias", dando a entender que seria eu o "alienígena" e ele o "terráqueo", devido a diferença de pontos de vista, expressos também nesse artigo. Ao fim do debate afirmou, irônico e contrariado, que existem os "inimigos das mudanças", dando a entender que seria eu um deles ou os que expressam a mesma opinião divulgada nessas notas de reflexão.

Texto V

PRINCÍPIOS E RETORNO DO PÊNDULO: *CRÍTICA AO NEOCONSTITUCIONALISMO*

Em meados da década de 90 surgiram no Brasil as primeiras obras a teorizar sobre a nova normatividade dos princípios constitucionais, até então indiferenciado das regras, e tratados como de pouco ou nenhuma operância prática na vida do Direito. Raramente se invocava um princípio como fundamento normativo de uma pretensão jurídica. Passados cinco lustros, chegamos ao lado oposto do problema. Se antes quase não havia princípios constitucionais na cena jurídica, hoje não há princípio que baste para justificar decisões judiciais ou administrativas muitas vezes dadas sem critério metódico de aplicação. Fizemos "prática" dos princípios, sem adequada teoria para compreendê-los e aplicá-los, ou melhor, sem adequada metódica de concretização constitucional como diria Gomes Canotilho.

Passamos da parcimônia à banalização em uma década e meia, sem o devido acompanhamento teórico, dogmático e normativo, ou melhor, sem métodos aplicativos ou interpretativos adequados. Estamos vivendo num mundo que reclama justiça – a dada pelos princípios – e que está a esquecer a segurança jurídica – somente assegurada pelas regras. Esse fenômeno é destacado pelo "moralismo" crescente no Direito, ou seja, a tendência de, no ato aplicativo/interpretativo, sobrevalorizar os princípios em detrimento das regras; de sobrevalorizar análises morais do direito, com correção, muitas vezes, no ato aplicativo, daquilo que o intérprete entende como falha ou excesso do legislador ordinário ou mesmo do legislador constituinte.

Essa tendência tem procurado deslocar o protagonismo de produção do direito do Legislativo e do Executivo para o Judiciário; tem valorizado mais a justiça do caso concreto do que a justiça estabelecida

pela norma legal, em termos gerais; tem acentuado o uso da ponderação de bens, especialmente entre princípios, toldando o valioso processo de subsunção mais próprio às regras e sua relação norma-fato; tem provido a aceitação de conexões entre o direito e a moral, para que a segunda seja critério de correção hermenêutica ou de validade do primeiro.

Essa tendência, no Direito Constitucional, tanto pelos seus defensores (Eduardo Ribeiro Moreira[1], Ecio Duarte e Susanna Pozzolo[2]) quanto por seus críticos (Humberto Ávila[3], André Rufino[4], Daniel Sarmento[5], Dimitri Dimoulis[6]) tem sido chamada de *neoconstitucionalismo*.

Para Daniel Sarmento seu pendor judicialista seria antidemocrático. A preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, seria perigosa, sobretudo em razão da peculiaridade de nossa cultura jurídica e política. Ela poderá gerar uma *panconstitucionalização* do direito em prejuízo da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo. Isso retiraria o espaço do legislador, em detrimento da democracia. Isso constituiria excesso antidemocrático, e poderíamos chegar a um *totalitarismo constitucional* (Miguel Reale) mediado pelos juízes.

Essa ênfase excessiva no espaço judicial pode olvidar que outras arenas são importantes à concretização da Constituição e realização dos Direitos Fundamentais. Isso obscurece o papel do Legislativo e do Executivo nesta tarefa. Precisamos cuidar para que a toga não assuma uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada (Sarmento). Como está a ocorrer com a justiça eleitoral e o *moralismo* contra os direitos políticos fundamentais, no tema "ficha limpa": agri-

---

1 Eduardo Ribeiro Moreira, *Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição,* São Paulo, Editora Método, 2008.

2 Ecio Duarte e Susanna Pozzolo, *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*, 2 ed., São Paulo, Landy, 2010.

3 Humberto Avila, *Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência*, Revista eletronica de Direito do Estado n. 17, jan/fev/mar/ 2009, Salvador.

4 André Rufino do Vale, *Aspectos do Neoconstitucionalismo*, Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 9, jan./;jun 2007.

5 Daniel Sarmento "*O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*", na obra coletiva que ele coordena *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio, Lumen Juris, 2009, p. 113/145.

6 Dimitri Dimoulis "Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico", in *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio, Lumen Juris, 2009, p. 213/226.

de-se a vontade popular ao argumento de sua salvaguarda.

Por outro lado, esse movimento pressupõe a idealização da figura do juiz, e essa "idealização" não se compatibiliza com as notórias deficiências estruturais do Judiciário e da formação jurídica de seus membros; pois a valoração da ponderação e dos princípios não tem sido acompanhada do necessário cuidado com as justificações das decisões judiciais.

Passamos da água para o vinho na matéria e chegamos ao extremo indesejável. Mesmo quando desnecessário, os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade são utilizados para menoscabar regras constitucionais ou regras legais. A dignidade é usada, muitas vezes, para dar pomposidade ao discurso e salientar o *politicamente correto* – e a razoabilidade, para que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias.

Há um custo elevado para isso tudo, pela incerteza e insegurança que se gera ao se desprezar o papel das regras com a sobrevalorização desmedida dos princípios.

É preciso o retorno do pêndulo[7]. Sem descartar princípios e ponderação, é necessário resgatar regras e subsunção. O ônus argumentativo deve ser sério e bem fundado, quando a decisão for mediada por princípios. E esses devem ser estritamente necessários à decisão e para casos realmente difíceis.

No Brasil o *neoconstitucionalismo* é impulsionado por outro fenômeno social: descrença geral da população em relação à política majoritária, e, sobretudo, no descrédito do Poder Legislativo e dos partidos políticos, e na esperança crescente que se nutre no Judiciário.

Humberto Ávila afirma que as mudanças mais importantes preconizadas pelo neoconstitucionalismo não encontram suporte na ordem jurídica brasileira, pois a Constituição vigente seria antes regulatória, regrística, do que principiológica. Para Ávila nada seria mais premente do que rever o movimento que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo no Brasil. Defendê-lo seria uma contradição performática: se defenderia a

7 Sarmento, fundado em expressão cunhada apor Ana Paula de Barcellos, adverte: "Penso que é chegada a hora de um retorno do pêndulo no Direito Brasileiro, que, sem descartar a importância dos princípios e da ponderação, volte a levar a sério também as regras e a subsunção." Cf. seu *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades,* obra citada, p. 140.

primazia da Constituição, violando-a; haveria um "não-constitucionalismo", um movimento "barulhento" que proclama a supervalorização da constituição, enquanto silenciosamente promoveria a sua desvalorização. As críticas de Sarmento e Ávila merecem a nossa atenção e reflexão. Assim como as de George Marmelstein[8] e Lênio Streck[9].

---

8 "No fundo, a idéia de sopesamento/ balanceamento/ ponderação/ proporcionalidade não está sendo utilizada para reforçar a carga argumentativa da decisão, mas justamente para desobrigar o julgador de fundamentar. É como se a simples invocação do princípio da proporcionalidade fosse suficiente para tomar qualquer decisão que seja. O princípio da proporcionalidade é a katchanga real! Não pretendo, com as críticas acima, atacar a teoria dos princípios em si, mas sim o uso distorcido que se faz dela aqui no Brasil. Como bem apontou o Daniel Sarmento: "muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta 'euforia' com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras 'varinhas de condão': com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser" (SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 200). Sarmento tem razão. Esse oba-oba constitucional existe mesmo. E não é só entre os juízes de primeiro grau, mas em todas as instâncias, inclusive no Supremo Tribunal Federal. Isso não significa dizer que se deve abrir mão do sopesamento. Aliás, não dá pra abrir mão do sopesamento, já que ele é inevitável quando se está diante de um ordenamento jurídico como o brasileiro que aceita a força normativa dos direitos fundamentais. O que deve ser feito é tentar melhorar a argumentação jurídica, buscando dar mais racionalidade ao processo de justificação do julgamento, através de uma fundamentação mais consistente, baseada, sobretudo, em dados empíricos e objetivos que reforcem o acerto da decisão tomada. Abaixo a katchangada!" in LIMA, George Marmelstein**.** Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3222, 27 abr. 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21646>. Acesso em: 28 abr. 2012."

9 Lenio Streck, um dos mais argutos críticos da discricionariedade judicial sem limites e do uso abusivo da teoria dos princípios para qualquer fim, em seu *Verdade e Consenso*, afirma que o chamado neoconstitucionalismo "acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano (...)." Para ele, "passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse ´neoconstitucionalismo´ acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual" contribuem "para a corrupção do próprio texto da Constituição". Isto por que a força normativa da Constituição, para Lenio, "pode, dependendo do *modus* compreensivo-interpretativo utilizado pelos juristas, vir a ser fragilizado ou até mesmo anulado pelo crescente aumento de posturas pragmatistas (...) que, a pretexto de superar o ´ultrapassado´ silogismo dedutivista (...), vêm deslocando o *locus* do sentido do texto – que representa a produção democrática do direito – na direção do protagonismo (...) do intérprete." Para este lúcido autor "é um retrocesso reforçar/acentuar formas de exercício de poder fundadas na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, circunstância que conduz, inexoravelmente, ás arbitrariedades, soçobrando, com a isso, a própria Constituição." E conclui: "É nesse contexto que se afigura imprescindível uma principiologia, ao mesmo tempo apta a ´prote-

Texto VI

A CONSTITUIÇÃO COMO GARANTIA DA DEMOCRACIA: *O PAPEL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS*

A Teoria da Constituição[1], basicamente, tem relacionado "democracia e constituição" em duas importantes perspectivas: a primeira, colocando a democracia como princípio legitimador da Constituição; noutra, abordando a democracia como princípio jurídico integrante da Constituição, ou seja, como princípio constitucional encartado na ordem jurídica.

Avalia-se, pela primeira perspectiva, se a feitura do texto cons-

---

ger´o direito e a concretizá-lo." Cf. Lenio Luiz Streck, *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, 4 ed, São Paulo, Saraiva, 2011. pgs. 36 e 43-45

1 Interessante ressaltar os estudos sobre Teoria da Constituição, com trabalhos que aprofundam temáticas em torno de seus problemas. Registros significativos desta tendência constituem as seguintes obras: BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 225 p; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Teoria da Constituição". *In*: – MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 267/305; BERCOVICI, Gilberto. "Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição." *in:* – SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et alli*. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 261 p. p. 75-150.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade." *in:* – SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et alli*. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 261 p. p. 01-73.; MOREIRA, Vital. "O Futuro da Constituição." in: – GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 313-336; VIEIRA, José Ribas. "Construindo a Teoria da Constituição no século XXI: a presença norte-americana e aspectos comparativos." In: – VEIRA, José Ribas (Org.) *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 01-09. 230 p.; PEÑA, Guilherme. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 356 p.; PESSOA, Roberto Hugo Lima. *Análise Funcional da Constituição*. Rio de Janeiro: Gen/Método, 2009. 304 p.; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de Oliveira. *Morte & Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 509 p.

titucional, o processo constituinte, o texto como resultado deste processo, a "criatura" do "criador" poder constituinte, são ou não democráticos, ou se correspondem a níveis de democraticidade esperáveis segundo as circunstâncias de cada jogo político armado pelas comunidades organizadas em Estados.

Pela segunda, tenta-se compreender as consequências normativas, teóricas e dogmáticas de se ter a Democracia como norma jurídica ordenadora da vida do Estado, da Sociedade e dos cidadãos; questionam-se as consequências práticas de se ter a Democracia como princípio constitucional informando a compreensão, produção e aplicação do Direito Positivo – como princípio normativo heterodeterminante da ordem jurídica globalmente considerada. Exemplo de norma constitucional com tal conteúdo, se deduz da cabeça do artigo 1º de nossa Constituição da República, sendo que ao longo do texto encontraremos os subprincípios e regras densificadores do princípio democrático (*e. g.,* preâmbulo[2], artigos 1º, V, parágrafo único[3], 5º, VIII[4], 7º, XI, última parte[5], 10[6], 11[7], 14[8],

---

2 "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático (...)."

3 "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...), V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

4 "VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;"

5 "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;"

6 "Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação."

7 "Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores."

8 "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular."

17, caput[9], 23, I[10], 27, caput[11], 29, I[12], 34, VII, letra "a"[13], 45, caput[14], 46, caput[15], 47[16], 58, § 1º[17], 77, caput[18], 81 e §§[19], 90, II[20], 96, I, letra "a", primeira parte[21],

---

9 "Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:"

10 "Art. 23. 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;"

11 "Art. 27. O número de Deputados à Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze."

12 "I – eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País;"

13 "Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...). VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;"

14 "Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal."

15 "Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário."

16 "Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros."

17 "Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa."

18 "Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997)"

19 "Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga. § 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei. § 2º Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período de seus antecessores."

20 "Art. 90. Compete ao Conselho da República pronunciar-se sobre: (...) II – as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas."

21 "Art. 96. Compete privativamente: I – aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;"

103 e incisos[22], 127, *caput*[23], 206, I, II, III, primeira parte e VI[24]).

Na esteira desta última perspectiva, a teoria do Direito Público também se ocupa da Democracia e com seus enraizamentos constitucionais. A juspublicística preocupa-se em reconhecer na Democracia um princípio reconstrutor do Direito Público; princípio em torno do qual se encabeçam e se estruturam todas as normas atinentes a este grande ramo do Direito Positivo[25].

Essas perspectivas teóricas oferecem interessantes aportes à análise de nossa Lei fundamental.

Todavia, outra é a nossa perspectiva neste trabalho, pois queremos demonstrar que o conceito de Democracia – e sua praxe – é incompleto e inseguro se for apartado da ideia de Constituição e da juridicidade superior dos princípios constitucionais. Nossa tese parte da premissa que a realizabilidade da Democracia tem como exigência necessária e inarredável a efetividade da Constituição, o respeito à Constituição, o acato da força normativa de suas regras e princípios.

Assim, à luz deste foco de análise, queremos desenvolver as seguintes questões qual a relação necessária entre "Princípios Cons-

---

22 "Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional."

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

24 "Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; (...) VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei;"

25 Postura com este matiz já foi bem exposta entre nós, só que com ênfase no princípio republicano, no livro de Geraldo Ataliba, intitulado *República e Constituição,* 2 ed, São Paulo, Malheiros, 1998. Exemplo das primeiras preocupações, são as expostas na obra de Manuel Aragon, constitucionalista espanhol, intitulada *Constitucion Y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1990.

titucionais", "Constituição" e "Democracia"?; qual a possível resultante de uma problemização desses conceitos em face de problemas colocados pela realidade institucional e social?; realidade composta por diversificados dados, entre os quais avultam os da compreensão e pré-compreensão hermenêuticas que a sociedade civil, os cidadãos e os operadores jurídicos têm a respeito das ideias-conceito "Constituição", "Democracia" e "Princípios Constitucionais", e o que essas ideias tem a ver com a proteção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, através de uma postura que preze a força normativa da Constituição?

De outro modo: como a incompreensão, a irrealização desses conceitos no plano da vida, frustrando a força normativa da Constituição, podem fragilizar a defesa dos direitos e interesses das pessoas humanas em face das realidades arredias às normativas principiológicas e regrísticas da ordem constitucional?

A tomada de rumo neste sentido, implica que passemos a discorrer sobre os conceitos chaves que compõem o título de nosso trabalho, ou seja, analisemos a ideia de *Democracia*, *Constituição* e *Princípios Constitucionais*.

Por necessidade de bom método didático, comecemos pela ideia de democracia, de democracia contemporânea. Dela enfatizaremos o aspecto que mais nos interessa, para os fins deste trabalho.

De há muito a ideia de democracia não é mais tomada somente como a regra da maioria, o governo do maior número. Uma tal ideia, levada a extremos, poderia fazer com que uma maioria circunstancial revogasse a própria regra da maioria, e coloca-se o poder decisório na mão de um único homem, ou de um restritíssimo grupo de homens. A história é repleta de tais exemplos, sendo desnecessário aqui retomá-los.

Uma concepção mais dilatada que entende a regra da maioria como um elemento importante do conceito de Democracia, mas não o preponderante, advoga a tese de que é necessário um mínimo de regras institucionalizadas que estabeleçam *quem* está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais *procedimentos*. É a ideia de democracia como um mínimo de regras do jogo político para o exercício do poder.

Essa é a concepção profligada por Norberto Bobbio[26]. Todavia, entende esse mesmo autor, que só essa ideia ainda não é capaz de fomentar uma tendencial convivência democrática.

Hoje se firma no pensamento político a ideia de que a democracia pressupõe a crença, a convivência e os costumes sociais e políticos perspectivados sob o apanágio, a inspiração de valores: valores éticos, políticos e jurídicos. Ou seja, a democracia orientada segundo diretivas axiológicas e normativas. A democracia como um conjunto de ideias, de ideais, de princípios (éticos, políticos e jurídicos), ordena a vida do povo e os fins da ação pública do estado.

É a democracia fundada na ideia do consenso estabelecido não só pela confluência do número de decisores, mas também pela eleição e autovinculação do consenso em torno do razoável; do razoável como o racionalmente aceito como bem de todos, em todos os tempos e lugares, para verificação, em cada tempo e lugar, daquilo que pode, concretamente, ser feito a bem do maior número possível.

E essa ideia do razoável fundando o consenso instituinte da democracia, contempla a concepção da democracia justa, da democracia edificada e vivida sob a égide dos direitos humanos; direitos humanos cujo fundamento seria a igualdade de todos os homens, em sua comum dignidade de pessoas humanas (segundo o pensamento de Fábio Konder Comparato[27]).

Assim, para este trabalho, importa afirmar que a democracia, ou o seu aspecto que aqui mais deve grassar, é a de que ela representa uma convivência comunitária fundada à luz dos direitos humanos, na perspectiva de assegurá-los, com real eficácia a todos os homens em suas dignidades de pessoas humanas. Democracia constitucional, que para consecução destes fins, serve-se, sobremaneira, dos princípios jurídicos assentados nas Constituições; dos princípios constitucionais integrantes da ordem jurídica.

---

26 Ver seu livro *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo* [*Il futuro della democrazia. Una difesa dele regole del gioco*], trad. Marco Aurélio Nogueira, 4 ed., São Paulo, Paz e Terra, 1989.

27 Cf. "Variações sobre o conceito de povo no regime democrático", *Revista Trimestral de Direito Público,* São Paulo, Malheiros, nº 16, 1996, p. 05-14.

Os valores éticos, políticos e jurídicos aludidos, vêm expressos preponderantemente em normas jurídicas, principalmente normas constitucionais; e por esse viés normativo, fartam a democracia de valores e fins éticos, políticos e jurídicos a serem perseguidos por governantes e governados. E o Direito, mormente o Constitucional, tem procurado oferecer instrumentos jurídicos aptos a proteger esses valores.

Assim, basta dizer que a democracia aqui tratada é a democracia que deve ser vivida sob a égide de valores que dirijam o agir concreto dos homens; democracia que preserva a dignidade da pessoa humana, das gerações presentes e vindouras, com igualdade de consideração dos elementos mínimos asseguradores desta dignidade.

Feito esse exercício sobre o conceito de democracia, analisemos a ideia de Constituição.

A Constituição há muito deixou de ser entendida como mero documento de belas e boas intenções políticas; carta de exortações morais aos poderes públicos; apostila de recomendações aos gestores da coisa pública; epístola de aspirações realizáveis ao sabor das contingências do momento político, e do fígado dos ocupantes temporais do poder. Há muito morreu a idéia de carta política sem força de direito.

Também, a ideia da Constituição como um instrumento de governo, insensível às políticas públicas sociais, e só envolvida com a proteção da liberdade individual e as garantias de cada indivíduo, já se tornou opinião da história das ideias político-constitucionais do limiar do século passado.

A Constituição não é mais vista apenas como definidora de competências dos órgãos político-estatais, em consagração ao princípio da separação de poderes, nem só como a declaradora dos núcleos de direitos de defesa inderrogáveis do indivíduo, funcionando somente como Carta alheia aos interesses sociais em evolução e amoldada ao bom trato do *status quo* político e jurídico.

Essa função de garantia da Constituição hoje é ladeada pela função programadora da atividade futura do estado e da sociedade; é acompanhada pela ideia de programação conformadora da ação estatal e social. Assim, a normatividade constitucional não se endereça somente aos órgãos do Estado, exigindo-lhe abstenções, inações e não

interferências; ela também vincula os órgãos estatais para ações positivas, à produção de políticas públicas tendentes a realizar os fins constitucionais plasmados na ordem jurídica. Políticas públicas realizáveis por meio de atos, processos e medidas administrativas; de leis e sentenças, através do Judiciário, do Legislativo e do Executivo.

Além do Estado, as Constituições contemporâneas (como as produzidas a partir do terceiro quartel do século XX) também vinculam os particulares, numa normatividade constritora inclusive do Direito Privado, como antes nunca visto[28].

Ao lado desta mudança revolucionária de função do texto constitucional, outra se destaca. A mudança de seu sentido ontológico: de carta política, a norma de direito. Hoje a Constituição é vista como um todo normativo, como um todo legal, como bloco de normas que constituem leis, valem como leis, como lei de todas as leis, heterodeterminando a produção, a interpretação e aplicação de todas as partes da ordem jurídica.

Essas novas concepções potencializam a força normativa da Constituição (Konrad Hesse[29]), e lhe garantem a inescusável qualidade de norma jurídica – é a ideia de Constituição como norma (Garcia de Enterria[30]). A força normativa da Constituição, hoje, indica a força de lei, força de direito, força de norma jurídica. E para esse rico raciocínio, se o todo é lei, suas partes também o são; e se o todo é norma, as regras e princípios que o compõem também o são.

---

28 Ver, *e. g.*, José Joaquim Gome Canotilho, "Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no contexto do Direito Pós-Moderno", *in:* – Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (org.), *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 108-115; Gilmar Ferreira Mendes, "Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã.", in: – —-. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – estudos de direito constitucional,* São Paulo, Celso Bastos Editor, 1998, p. 207-225; Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do Direito Privado* [*Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*], São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, 613 p.

29 Ver seu livro *Força Normativa da Constituição* [*Die normative Kraft der Verfassung*], trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio AntonioFabris, 1991.

30 Ver seu livro *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional,* Madrid, Civitas, 1981.

A Constituição, então, como um grande Código da vida comunitária de uma nação, estabelece os principais valores de organização da vida em sociedade; fixa as formas de organização, investidura e exercício do poder; determina as formas e meios de defesa dos direitos e interesses tuteláveis dos cidadãos, dos grupos e movimentos organizados.

E esses valores éticos, políticos e jurídicos, vêm mediados em forma de princípios e regras constitucionais, que são espécies do gênero norma constitucional.

Esses valores são captados pelos três níveis de racionalidade da Constituição (segundo o magistério de Gomes Canotilho)[31] – níveis estes componentes do consenso geral da comunidade sobre o que seja razoável em termos de proteção dos direitos humanos: o nível da racionalidade ética; o da racionalidade política; e o da racionalidade jurídica.

O primeiro – da racionalidade ética – consagra os principais valores éticos da convivência humana, como a vida, a dignidade da pessoa humana etc (artigos 1º, III[32], 5º, *caput*[33], da Constituição da República).

O segundo nível – o da racionalidade política -, nos revela quem pode exercer o poder, como poderá conquistá-lo, como deverá exercê-lo e que fins deverá prosseguir no desencadear de seus instrumentos e formas (*e. g.,* artigos 14[34], 37, *caput*, § 3º, da CR).

O terceiro – da racionalidade jurídica -, estabelece os instrumentos de proteção dos direitos e interesses das pessoas humanas, assegurando o acesso à jurisdição, através do processo judicial, e o acesso aos outros direitos, via processo administrativo, ou a realização de atos negociais, pela preservação da autonomia negocial dos indivíduos (*e.g.,* artigos 5º, II, XXXIV, XXXV, LIII, LIV, LV, LXVIII, LXIX, LXX,

---

31 Ver seu livro *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Almedina, 1982.

32 "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) III – a dignidade da pessoa humana;"

33 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"

34 "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:"

LXXI, LXXII, LXXIII, 102, I, letra "a", § 1º, 103, § 2º). Estatui, ainda, quais os limites de produção, interpretação e aplicação do Direito Positivo (*e.g.,* artigos 5º, XXXVI, 34, VI, 35, IV, 51, III, 52, XII, 59 a 61, 93, IX, primeira parte, 96, I, letra "a", 92, 97), como já salientado.

Esses níveis de racionalidade se revelam através das normas constitucionais, que por sua vez tanto se manifestam na forma de regras quanto na forma de princípios[35].

Aliás, essa distinção entre regras e princípios é por demais importante no centro da teoria jurídica contemporânea, e muito auxilia na compreensão da Constituição como um sistema jurídico aberto de regras e princípios constitucionais. Sistema jurídico aberto à realidade social e política da comunidade dos cidadãos.

O que realmente vale ficar da ideia da Constituição, para os objetivos deste trabalho, é que ela, de certa forma, é documento orientador da ação do Estado e da Sociedade; ela tem algo de utopia positivada; ela tem o que se aposta no futuro através da força revolucionadora das normas constitucionais. Ela é, no dizer de Canotilho, uma Constituição dirigente[36].

Sublinhadas as linhas importantes do atual conceito de Constituição, adentremos, agora, no conceito de Princípios Constitucionais.

Os princípios jurídicos como princípios constitucionais têm a mais alta normatividade do sistema jurídico. Isto fez com que fosse superada a antiquíssima postura que conferia aos princípios a mera posição subsidiária em face dos atos de integração da ordem jurídica; ou seja, antes, os princípios gerais do direito eram apenas elementos de colmatação de lacunas do sistema jurídico.

Todavia, hoje constituem verdadeiros parâmetros de aferição de constitucionalidade do sistema jurídico; fazem dos princípios norma prenhe de direitos; fazem dos princípios os principais sentidos herme-

---

35 Conforme Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de Princípios Constitucionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ps. 61/64, 219/231, 247 e 249.

36 Vale conferir a obra coletiva "Canotilho e a Constituição Dirigente", organizada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, 130 p. e Fábio Corrêa Souza de Oliveira. *Morte & Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 509 p.

nêuticos da ordem jurídica; sumariam as estruturas básicas de justiça, que estabelecidas na Constituição, pelos princípios constitucionais, ganham vigor e materialidade.

Na antiga e superada postura positivista os princípios só assumiam importância quando houvesse lacunas na ordem jurídica. Hoje esta posição não mais procede. Contemporaneamente, houve uma completa revolução nas concepções principialistas no Direito.

Os princípios jurídicos, como afirma Paulo Bonavides, ao saltarem dos códigos para as constituições, do Direito Privado para o Direito Público, da dogmática civilista para a dogmática constitucional, promoveram uma completa mudança no modo de se compreender, interpretar e aplicar as normas integrantes do sistema jurídico[37].

Através dos princípios constitucionais se positivaram os principais valores éticos, políticos e jurídicos ordenadores da Sociedade e do Estado; dos princípios constitucionais, em termos jurídico-positivos, podemos extrair os grandes sentidos da Democracia Constitucional Contemporânea.

Como exemplo de valores éticos, positivados em princípios constitucionais, que conformam os objetivos a serem realizados pela democracia brasileira, podemos destacar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, III; o princípio constitucional garantidor da vida, como valor supremo do homem, estabelecido no *caput,* do artigo 5º; o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, artigo 4º, IX.

Como exemplo de valor político, positivado em norma constitucional, podemos citar o próprio princípio democrático (art. 1º); o princípio do pluralismo político (art. 1º, V); o princípio federativo (art. 1º c/c c18) e o princípio presidencialista (art. 75, *caput*).

Por sua vez, como exemplo de valores jurídicos, as normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais, em sua quase totalidade, ratificam princípios, como os do devido processo legal, do juiz e do promotor naturais, do contraditório e ampla defesa; da motivação

37 Cf. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional,* 7 ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 228-266.

dos atos administrativos, etc.

É claro que essa classificação não é estanque, cada uma das normas citadas, de per si, guardam valores éticos, políticos e jurídicos. Sendo apenas de destacar o caráter axiológico predominante de cada uma delas.

A concepção de Democracia antes enunciada bem se amolda ao atual estágio da Ciência Constitucional, no que tange à sua concepção de Constituição e de Princípios Jurídicos como princípios constitucionais. E aí é que começa a relação mais imediata, em termos constitucionais, da ideia de democracia com a de princípios constitucionais.

Com efeito, não basta a regra da maioria e regras procedimentais para conceituar democracia. Ainda mais: não bastam essas ideias para um povo bem conviver democraticamente. É necessária a ação de valores, de princípios postos como fins a serem perseguidos pelos agentes da democracia, pelos governantes e pelos governados. Mais: é preciso que esses valores possam valer, possam ter eficácia imperativa, possam ter efetividade vinculante; possam ser reclamados frente a órgãos que garantam a sua aplicabilidade e respeitabilidade; possam ser defendidos contra atos que queiram contradizer seus comandos. Mais: é preciso que esses valores tenham dignidade tal, que não lhe resistam negativas de sua autoridade por quem quer que seja, trate-se de autoridades de qualquer nível ou particulares de qualquer condição, intestinos à Nação ou exteriores a ela.

Nessa perspectiva coloca-se a inegável contribuição do Direito Constitucional[38] para o conceito, a prática, a crítica e a vivência da ideia de Democracia.

Neste norte os princípios constitucionais como diretivas normativas e hermenêuticas conferem e dão autoridade aos grandes valores éticos, políticos e jurídicos da democracia contemporânea, da de-

---

38 Nessa perspectiva do Direito Constitucional, importante salientar os seguintes trabalhos: o organizado por Antonio G. Moreira Maués, que reúne quinze textos de juristas brasileiros e estrangeiros, intitulado *Constituição e Democracia*, São Paulo, Max Limonad, 2001, 290 p. e os escritos de Paulo Bonavides, reunidos no livro *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito de Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade,* São Paulo, Malheiros, 2001, 280 p.

mocracia brasileira planejada em termos jurídicos pela nossa vigente Constituição.

Vejamos alguns exemplos concretos da bondade dos princípios constitucionais em prol da democracia brasileira e do reconhecimento da força normativa de nossa Constituição.

Pelos núcleos de princípios constitucionais enunciados nos primeiros artigos da Constituição, como os especificadores da ordem de garantia do desenvolvimento nacional; da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; da erradicação da pobreza e da marginalidade e da redução das desigualdades sociais, podemos fazer não só críticas políticas às práticas de gestão da República brasileira, mas poderemos, também, inclusive, questionar a constitucionalidade de atos integrantes de políticas públicas ventiladas pelo mandatário maior do Executivo.

Esta ideia mais ousada foi defendida por Fábio Konder Comparato[39], embora afirme que este questionamento seja algo para produzir direito futuro e não tanto para aplicar sob as diretivas da ordem vigente; ou seja, seria um problema mais de *lege ferenda* do que de *lege lata*.

No entanto, embora as políticas constituam conjunto de medidas ventiladas por leis e atos administrativos, não nos esqueçamos que as leis sujeitam-se à perquirição via ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado de constitucionalidade), bem como à arguição incidental nas vias processuais ordinárias (controle difuso); e mais, os atos administrativos, via ação popular, mandado de segurança, ação civil pública e vias processuais comuns, podem ser contrastados com os princípios constitucionais, para análise da validade de suas expedições.

O que queremos dizer é que os princípios constitucionais são paramétricos tanto em relação às leis, quanto aos atos administrativos, e mesmo quanto às sentenças, sujeitando estas últimas a recursos extraordinários, ordinários e comuns, quando violarem seus comandos generalíssimos ou suas densificações regrísticas (*e. g.,* artigos 102, II, III, 121, § 4º, I 5º, LV).

---

39 Cf. "Ensaio sobre o juízo de inconstitucionalidade de políticas públicas*", in* Celso Antônio Bandeira de Mello (org.), *Direito Administrativo e Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, V. 2,* São Paulo, Malheiros, 1997, p.343-359.

Questionar a validade de atos praticados por maiorias congressuais "oportunisticamente submissas", ou monocracias executivas "exasperadas", ou mesmo aristocracias judiciárias "coniventes ou omissas", é exigência necessária e inarredável da democracia constitucional brasileira (luzes nos artigos 2º, 5º, II, XXXV e LIV).

Assim, é fácil concluir, que não é só democrático integrar a vontade da maioria ou submeter-se aos seus efeitos; não é só democrático que governantes decidam de acordo com regras procedimentais de formação da vontade política; é também democrático e democratizante servir-se a cidadania de instrumentos jurídicos hábeis a impugnar atos praticados em ofensa aos princípios e regras constitucionais orientadores da ação de autoridades e poderes instituídos pela ordem jurídica: legisladores, juízes, administradores e particulares produtores de atos negociais.

Para tornar o poder mais diáfano, mais controlável pela cidadania, como exigência dos rumos democráticos contemporâneos, ninguém negará a bondade dos princípios da legalidade da ação administrativa, da moralidade administrativa, da impessoalidade da ação estatal, da legitimidade das despesas públicas, da economicidade nos gastos do erário, princípios assentados nos artigos 37 e 70 da Constituição da República. Ninguém negará a bondade do princípio da publicidade dos atos públicos (*e.g.,* artigos 31, § 3º, 37, *caput*, 93, IX, segunda parte), da motivação dos atos de decisão, sejam atos judiciais ou atos administrativos (93, IX, primeira parte e X). Ninguém negará as exigências principiológicas advindas do contraditório e da ampla defesa (5º, LV), do devido processo legal (5º, LIV); ninguém refutará a bondade do princípio da reserva penal (5º, XXXIX c/c XL) e da legalidade tributária (155, I); do princípio da proporcionalidade (implícito no artigo 5º, LIV) e outros mais, garantidores da ação do Estado em prol dos Direitos Fundamentais da pessoa humana (4º, II e 5º, § 2º), ao tutelar não só seus direitos de defesa, mas também seus direitos à prestações.

Nestes termos, democraticidade e legalidade, democraticidade e constitucionalidade, democracia e principiologia, democrático e jurídico quase se confundem de forma indivisível.

E assim se firma a ideia de que a Democracia é impensável sem uma Constituição que a garanta, ordene e estruture seus desenvolvi-

mentos e regule suas realizações presentes e futuras.

Não é possível realizar a Democracia apartada da realização e efetividade dos princípios constitucionais. Não há Democracia sem respeito à Constituição, sem acato à sua principiologia constitucional.

A Democracia brasileira será mera democracia formal, se os valores éticos, políticos e jurídicos mediados pelos princípios constitucionais não obtiverem força de direito.

E para a efetividade dessa força é preciso que a nossa vontade de Constituição, que o nosso sentimento constitucional, que nossa vontade de democracia, que o nosso sentimento democrático, estejam juntos, cultivando esses valores em nossos espíritos, enquanto pessoas que somos e enquanto povo que constituímos.

É preciso que em cada petição, em cada arrazoado, em cada parecer, em cada sentença, em cada discussão parlamentar, em cada conjunto de intenções político-administrativas, em cada aula, em cada discurso público, em cada momento da vida política individual e comunitária, os Princípios Constitucionais e a Constituição sejam compreendidos como as grandes trincheiras (e espadas) históricas construídas para a salvaguarda dos grandes valores éticos, políticos e jurídicos que protegem o Homem e a Sociedade contra a ação antidemocrática e inconstitucional de poderes arbitrários, autoritários e pseudo-legitimados pelas circunstâncias e interesses políticos que nem sempre se amoldam aos fins e valores constitucionais.

É preciso eleger a Constituição e seus princípios como grandes defensores dos mais altos valores da civilidade que desejamos, e ainda não alcançamos em concretude.

É preciso compreender que tanto quanto a estabilidade da moeda, o pleno emprego e a justa distribuição de renda, precisamos de estabilidade constitucional, de pleno acato e respeito aos comandos constitucionais para um justo governo, e para uma justa distribuição do direito e da justiça de acordo com a *vontade de constituição* (Hesse).

O futuro de nossa Democracia está irremediavelmente ligado ao futuro de nossa Constituição, já que desrespeitar a constituição, é desrespeitar a democracia; ferir a constituição é ferir a democracia, de

modo tal, que um ato inconstitucional, emanado do Legislativo, do Judiciário ou do Executivo, é um ato antes de tudo antidemocrático e abreviador de nossa convivência em democracia.

Diante dessas considerações, concluímos que o maior dos deveres cívicos, políticos, profissionais, éticos e humanitários, aplicáveis a todos os operadores do Direito, é o de bem defender a força normativa e o respeito a nossa Constituição do Estado Democrático de Direito; é o de compreender o valor, a importância e a força do Direito Constitucional no cotidiano de nossas vidas, no cotidiano de nosso País, para podermos levar à concretude o sonho de uma verdadeira democracia constitucional.

Urge defendermos nossa Democracia e nossa Constituição com o melhor de nossas forças, seu maior penhor de garantia! O Brasil e os brasileiros de ontem, de hoje e de amanhã precisam desta defesa. Unamo-nos nesta batalha!

Bibliografia

Aragon, Manuel. *Constitucion Y Democracia*. Madrid: Tecnos, 1990.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 267/305.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. *n:* – SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et alli*. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 261 p. p. 75-150.

BOBBIO, Noberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo [Il futuro della democrazia. Una difesa dele regole del gioco]*. trad. Marco Aurélio Nogueira. 4 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

BONAVIDES, Paulo. —-. *Constituição Aberta (temas políticos e constitucionais da atualidade)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

—-. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

—-. *Do País Constitucional ao País Neocolonial (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional)*. São Paulo: Malheiros, 1999.

—-. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito de Cons-*

titucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 225 p.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Almedina, 1982.

—-. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no contexto do Direito Pós-Moderno*. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (org.), *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108-115.

COMPARATO, Fábio Konder. *Variações sobre o conceito de povo no regime democrático*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, nº 16, 1996, p. 05-14.

—-. *Ensaio sobre o juízo de inconstitucionalidade de políticas públicas*, in: Celso Antônio Bandeira de Mello (org.). *Direito Administrativo e Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. p.343-359. V. 2.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1981.

Espíndola, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Apres. Prof. José Joaquim Gomes Canotilho. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

—-. "Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas." *Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 12, abr./jun. 2004, n. 47.

—-. "Jurisdição Constitucional Estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação brasileira." *Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 12, out./dez. 2004, n. 49, p. 50/98.

—-."Parecer Jurídico: Separação de Poderes, Legalidade Administrativa e Anuência Legislativa para Aquisição de Imóvel por Doação." *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, Habitus-AMC-ESMESC, v. 12, n. 18, jan./dez. 2005.

HESSE, KONRAD. *Força Normativa da Constituição [Die normative Kraft der Verfassung]*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado [Las Normas Fundamentales de Derecho Privado]*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Maués, Antonio G. Moreira (org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

Mendes, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitu-*

cionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. in: – —-. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – estudos de direito constitucional.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 207-225.

MOREIRA, Vital. *O Futuro da Constituição.* in: – GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 313-336.

PEÑA, Guilherme. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 356 p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. *in:* – SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et alli*. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 261 p. p. 01-73.

VIEIRA, José Ribas. *Construindo a Teoria da Constituição no século XXI: a presença norte-americana e aspectos comparativos*" In: – VEIRA, José Ribas (Org.) *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 01-09. 230 p.

Texto VII

OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA*: O QUE DEVEMOS COMEMORAR E O QUE PRECISAMOS SUPERAR?*

"É função primária de uma Constituição Cidadã fazer ecoar os gritos do nunca mais: Nunca mais a escravatura. Nunca mais a ditadura. Nunca mais o fascismo e o nazismo. Nunca mais o comunismo. Nunca mais o racismo. Nunca mais a discriminação".

José Joaquim Gomes Canotilho,

em fala alusiva à comemoração dos 30 anos da Constituição Brasileira de 1988, na Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal, em Brasília, STF, 04.10.18.

I

Cumprimento os estudantes e colegas advogados e advogadas, presentes neste evento, desejando a todos, que tenhamos boa noite de reflexão e debates.

II

Comecei a estudar direito em março de 1987[1]. Um mês depois de iniciado o processo constituinte que gestou a CR88. Processo deflagrado pelo Presidente José Sarney, com a emenda constitucional n. 26, de 27.11.85, que alterou a Constituição de 1967. Em 1986 votei pela primeira vez, e foi para a escolha dos congressistas constituintes, os de-

1 José Sarney, enviou ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional convocando a Assembleia Nacional Constituinte, proposta que foi aprovada como Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.1985. Em verdade, convocara os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1.2.1987, na sede do Congresso Nacional. Ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a rigor, o que se fez foi convocar, não uma Assembleia Constituinte, mas um Congresso Constituinte.

putados federais e senadores que fariam a aniversariante Constituição 88, assim como para deputados estaduais constituintes, que fariam a Constituição catarinense de 1989, que em 05.10.18 completou 29 anos.

Cursei as disciplinas de Direito Constitucional I e II, na graduação, antes da entrada em vigor da Constituição de 1988. O livro usado na disciplina, de Rosah Russomano, da Editora Freitas Bastos, fora nosso curso. Os livros então compulsados, de José Afonso da Silva, Afonso Arinos de Melo Franco, Pinto Ferreira, Paulo Bonavides, etc., se ocupavam de um caráter mais histórico, filosófico e pouco dogmático do Direito Constitucional. Bonavides mais teórico, e Afonso da Silva mais voltado a tratar o direito vigente. Esses dois ainda são os grandes mestres luzeiros de nossas letras no assunto.

Vale sublinhar que não havia livros tratando da jurisprudência do STF. Aliás, os livros de Direito Constitucional eram completamente alheios à jurisprudência. O primeiro manual a tratá-la com cuidado e aprofundamento foi do então jovem Alexandre de Moraes, em 1999, pela Atlas. Hoje, Ministro do STF.

Para nós, advogados e estudantes de então, falar em Direito Constitucional antes de 1988 era falar de um Direito sem força, nem voz, nem vez, sem importância prática. Esse ramo do Direito ainda não conquistara o prestígio e protagonismo no Direito que hoje detém.

Após a promulgação da Constituição de 88 muitos juristas de renome, como Miguel Reale e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, criticaram o texto constitucional, acusando-o de excessivamente carregado, longo e analítico, estatizante e nacionalista, com acentuadas tendências esquerditas.

O Presidente José Sarney, quando de sua promulgação, afirmou que levaria o País à ingovernabilidade. Vemos, hoje, que houve algum exagero por parte desses juristas e do então Presidente. Pois a governabilidade se estabeleceu sem sobressaltos institucionais e os problemas que emergiram foram resolvidos dentro dos marcos da legalidade constitucional, a exemplo do impeachment do ex-presidente Fernando Collor de Mello em 1992, embora as grandes discussões em torno da validade constitucional do impeachment de Dilma Rousseff em 2016, em que segmentos de nossa sociedade o tratam como se fosse um golpe.

A partir da segunda metade da década de 1990 passou a se intensificar no Brasil os mais variados estudos de especialização, mestrado e doutorado em direito constitucional. De lá para cá, a cara da disciplina, da Constituição e da sua prática, muito mudaram.

III

Em agosto de 1994 passei a lecionar Direito Constitucional, e setembro do mesmo ano a advogar no Direito Público. E depois de editado meu primeiro livro, em outubro de 1998, viajei pelo País palestrando e lecionando sobre a Constituição e a normatividade dos princípios constitucionais.

Ou seja: comecei a advogar e a lecionar no momento em que o Direito Constitucional e a Constituição passaram a assumir relevância no cenário jurídico: na academia e no judiciário, especialmente, neste último, pela atuação atenta e vigilante da advocacia.

IV

Falemos sobre nossa Constituição, suas origens, o processo de sua feitura e sua atualidade.

A Assembleia Nacional Constituinte foi instalada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Moreira Alves, em 1º de fevereiro de 87.

Durante 1 ano e 8 meses os constituintes trabalharam minuciosamente para analisar quase 40 mil emendas apresentadas. A nova Constituição Brasileira estava pronta, com seus 250 artigos e um ato com 94 disposições constitucionais transitórias.

Celso de Mello, Ministro do STF, afirmou: "A Carta é considerada até hoje uma das mais avançadas e democráticas do mundo, no que diz respeito aos direitos e garantias individuais do cidadão."

Luigi Ferrajoli, consagrado jus filósofo italiano, estudioso dos grandes temas constitucionais contemporâneos, disse sobre nossa Constituição:

> " (...) A Constituição de 1988, de fato, inaugurou aquilo que podemos chamar, em face de extraordinárias inovações por ela introduzidas, 'constituição de terceira geração', exigindo, portanto, que se

repensasse, posteriormente, o próprio paradigma constitucional. De um lado, levando em conta suas novidades, ela atribuiu uma promissora perspectiva de desenvolvimento futuro do constitucionalismo, formulando o seu modelo normativo da maneira mais avançada. De outro, ela promoveu uma expansão do papel do poder judiciário que, se não for acompanhada de um reforço das garantias jurisdicionais e de uma sólida cultura garantista, pode resultar numa perigosa distorção da jurisdição e alteração do estado de direito".[2]

V

Passo a salientar alguns pontos, que, no meu ver, registram avanços de um novo Direito Constitucional refundamentado e democratizado a partir de 1988 até os dias atuais, depois de emendas, interpretações do STF e construções doutrinárias que deram mais vida, importância e funcionalidade política e social à nossa Constituição.

"A Constituição de 1988, é bom que se repita à exaustão, é fruto de um dos processos de discussão constituinte mais democrática não só da história do Brasil, mas do Constitucionalismo mundial." (Celso de Mello).

Os mais variados grupos, de direita, de centro ou de esquerda, os mais diversos segmentos sociais, políticos e partidários participaram de sua feitura, embora as críticas feitas ao Congresso eleito em 1986, que não fora constituinte, mas ordinário.

Tanto o Movimento Sem Terra, quanto a União Democrática Ruralista; do antigo Partido da Frente Liberal ao Partido dos Trabalhadores, tiveram efetiva participação. A longeva Constituição Norte-Americana nem de longe tem as origens democráticas e plurais de nossa Constituição.

Quando de sua feitura, havíamos saído de 21 anos de ditadura militar. A abertura democrática iniciara em 1984. "Diretas Já"! Eleição de Tancredo e Sarney.

A Constituição de 88, disse o Ministro do STF, Gilmar Mendes,

---

2 FERRAJOLI, Luigi. *O constitucionalismo garantista e o estado de direito*. In: FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz, TRINDADE, André Karam (orgs.), Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 231-54.

inaugurou "... o mais longo período de estabilidade institucional da nossa história republicana. Em termos de tradição democrática, temos a comemorar".

Estabilidade maior do que esse tempo, somente durante o Império, de 1824 a 1889 (63 anos), mas era uma Constituição imperial, não democrática, embora liberal. Não democrática no sentido contemporâneo do termo. Tínhamos uma sociedade escravagista, de voto censitário, onde a mulher e libertos não votavam. Uma economia rural, cafeeira, fundada na mão de obra escrava.

No período Republicano, tivemos a constituição de 1891 que vigorou até 1934, mas sofreu profunda emenda em 1926, e conviveu com a intervenção nos Estados, a revolução constitucionalista de 1930, que marcaram a República velha. Não fora um período de estabilidade institucional, embora a vigência nominal do texto tenha durado 43 anos.

A Constituição de 1934 vigorou até a positivação da de 1937, fruto de Golpe dado por Getúlio (durou 3 anos). A de 1937 vigorou até a de 1946, por 9 anos, sem estabilidade nas instituições.

A de 1946, celebrada como verdadeiramente democrática, fruto do pós-segunda guerra mundial, no qual se comemorou o fim do nazismo e do fascismo , durou somente até 64 (18 anos), ano do golpe militar (e não de "movimento", como rebatiza o Ministro Presidente atual do STF), embora só revogada, formalmente, em 1967, mas teve suspensa sua vigência por atos institucionais da junta militar então governante, desde 64.

Nossa Constituição de 1988 foi influenciada por vários documentos internacionais importantes, promulgados depois da declaração universal dos direitos do homem de 1948, como o pacto de São José da Costa Rica e o Pacto de Direitos Civis e Políticos, pactos subscritos pelo Brasil no fim da década de 1960.

A Constituição Portuguesa de 1982, a Espanhola de 1978, e a Alemã de 1949, assim como a doutrina alemã do Direito Constitucional a partir da década de 1970, influenciaram a sua feitura.

Juristas e advogados de elevado peso estiveram presentes no trabalho constituinte, assessorando os parlamentares, como José Afonso da Silva, Ada Pellegrini Grinover, Paulo Lopo Saraiva, Geraldo Atali-

ba, Celso Antonio Bandeira de Mello, etc, etc.

De acordo com o ministro Celso de Mello, do STF:

> "a Constituição representou um momento de superação para o povo brasileiro quando, em 5 de outubro de 1988, o Brasil, situando-se entre seu passado e seu futuro, emergia de uma experiência autoritária que suprimiu em nosso país o regime das liberdades públicas". Lembrou que "naquele momento, a preocupação era a redemocratização do Estado brasileiro. Isto aconteceu. Proclamaram-se diversos direitos, introduziram-se importantes declarações formais no texto da Constituição da República."

A Assembleia Constituinte, composta por 559 congressistas eleitos em 1986, depois de 20 meses de intenso trabalho, apresentou ao País o documento que carimbou definitivamente o passaporte do Brasil rumo à consolidação de sua democracia.

Depois de quase 30 anos, 105 emendas constitucionais, sendo 06 Emendas Constitucionais de Revisão (feitas entre 01.03.94 a 07.06.94) e 99 Emendas Constitucionais pelo processo ordinário de revisão (a primeira feita em 31.03.92 e a última em 14.12.17 (n. 99) – 25 anos de emendas, em 30 de vida), mesmo com algumas ressalvas, a Carta é elogiável, destacadamente pela sua extensa gama de direitos fundamentais. Direitos, que, ultimamente, pela nossa Suprema Corte, não tem mais, por uma maioria de 06 a 05 ou 07 a 04, o mesmo prestígio de tempos passados.

De março de 1992 até dezembro de 2017, o Congresso Nacional promulgou uma média de 2,94 emendas por ano.

Em outubro de 1988, havia duas outras Constituições nacionais mais extensas do que a Constituição do Brasil – a Constituição da Índia e a Constituição da – hoje – extinta República Federal Socialista da Iugoslávia.

Composta por 250 artigos, a Constituição de 1988 está dividida em 10 títulos, que tratam dos (i) Princípios Fundamentais, (ii) Direitos e Garantias Individuais, (iii) Organização do Estado, (iv) Organização dos Poderes, (v) Defesa do Estado e das Instituições, (vi) Tributação e Orçamento, (vii) Ordem Econômica e Financeira, (viii) Ordem Social, (ix) Disposições Gerais e os (x) Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Devemos salientar a importância da Constituição de 1988 levando em conta as contribuições da Teoria Constitucional dos últimos 30 anos, da qual me sirvo das lições do Mestre de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho:

a) ela realiza a normatização constitutiva da organização estatal brasileira, compondo a Federação, estruturando e separando as funções estatais entre Legislativo, Executivo e Judiciário;

b) ela garante a racionalização e limites dos poderes públicos constituídos, com os devidos processos legislativos, judiciais e administrativos e as regras e princípios que limitam a ação do juiz, do legislador e do administrador público, mediante procedimentos e garantias processuais;

c) ela padroniza a fundamentação da ordem jurídica da comunidade brasileira, ao estabelecer os principais bens constitucionais e direitos fundamentais que o País deve preservar para as gerações presentes e futuras; bens e direitos que devem orientar e conformar a atuação de todos os poderes, seja na feitura de leis, sentenças, atos administrativos ou atos negociais entre particulares – estes últimos como expressão da eficácia horizontal das normas constitucionais;

d) ela estabelece um programa de ação política, através dum rol de políticas públicas para serem efetivadas pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – e pela Sociedade – através de normas fins e normas tarefas, e mesmo de normas de direitos fundamentais que reclamam processos distintos de concretização constitucional: em nível de Constituição, em nível de legislação, em nível de administração e em nível de jurisdição.

Nossa Constituição da primavera de 1988 ainda é, segundo a classificação teórica muito difundida entre nós:

- Uma constituição rígida, por impor limites processuais e materiais ao poder constituído de reforma;
- Analítica, por conter inúmeras normas que contemplam a tutela de várias dimensões da experiência humana;
- É popular, pois fruto da assembleia constituinte mais democrática da história do constitucionalismo brasileiro e mundial;
- É positiva e dogmática, por conter uma data certa de nascença, a data em que a sociedade brasileira se reconformou em um novo contrato social: 05.10.88;
- Ela é escrita, pois é fruto de uma decisão concreta tomada nos fins dos anos 80, pelo poder constituinte titularizado pelo Povo brasileiro.

> "A nossa Lei Máxima, com sua ampla gama de direitos fundamentais, entre os quais direitos políticos, sociais, culturais, econômicos e individuais e tantas liberdades e garantias asseguradas, e um amplo leque de princípios e regras a mediar à concretização de todos eles, tornou-se um símbolo para o Direito Constitucional contemporâneo e para as Democracias ocidentais. Necessário enfatizar que fora a primeira Constituição brasileira a positivar, expressa e claramente, os direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas." (Celso de Mello).

E para falar da importância dos direitos fundamentais na história da humanidade, do caminho das liberdades nas sendas tortuosas da opressão e do arbítrio, vale ouvirmos leitura de breve texto da Juíza do Tribunal Regional do Trabalho do Mato Grosso do Sul, Raquel Domingues do Amaral, de 02/05/17, divulgado na web:

> "Sabem do que são feitos os direitos (...)? Sentem o seu cheiro?
>
> Os direitos são feitos de suor, de sangue, de carne humana apodrecida nos campos de batalha, queimada em fogueiras!
>
> Quando abro a Constituição no artigo quinto, além dos signos, dos enunciados vertidos em linguagem jurídica, sinto cheiro de sangue velho!
>
> Vejo cabeças rolando de guilhotinas, jovens mutilados, mulheres ardendo nas chamas das fogueiras!
>
> Ouço o grito enlouquecido dos empalados.
>
> Deparo-me com crianças famintas, enrijecidas por invernos rigorosos, falecidas às portas das fábricas com os estômagos vazios!
>
> Sufoco-me nas chaminés dos Campos de concentração, expelindo cinzas humanas!
>
> Vejo africanos convulsionando nos porões dos navios negreiros.
>
> Ouço o gemido das mulheres indígenas violentadas.
>
> Os direitos são feitos de fluído vital!
>
> Pra se fazer o direito mais elementar, a liberdade, gastou-se séculos e milhares de vidas foram tragadas, foram moídas na máquina de se fazer direitos, a revolução!
>
> Tu achavas que os direitos foram feitos pelas autoridades que têm assento nos parlamentos e nos tribunais?

> Engana-te! O direito é feito com a carne do povo!
>
> Quando se revoga um direito, desperdiça-se milhares de vidas ...
>
> Os governantes que usurpam direitos, como abutres, alimentam-se dos restos mortais de todos aqueles que morreram para se converterem em direitos!
>
> Quando se concretiza um direito, meus jovens, eterniza-se essas milhares de vidas!
>
> Quando concretizamos direitos, damos um sentido à tragédia humana e à nossa própria existência!"

Que essas profundas lições de Raquel Amaral, não nos deixem esquecer, jamais, do valor dos direitos fundamentais e de termos uma Carta tão generosa para com eles, que não pode ser ameaçada com inflexões para uma nova Constituinte, que pode vir a suprimi-los ou negá-los de forma inaudita e regressiva.

VI

Durante os 30 anos de vigência desta Constituição, dentre as 105 emendas nela feitas, podemos destacar duas, demais importantes. A emenda 20 que mudou a estampa nacionalista e estatizante do Estado brasileiro, e a emenda 45, que reformou o Judiciário.

Essa última, entre importantes avanços, instituiu a súmula vinculante, a repercussão geral no Recurso Extraordinário e o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público.

Talvez uma de nossas piores emendas, foi a que instituiu a reeleição para o Executivo. Tumultuou a cena nacional. Falo da emenda constitucional n. 16, de 04.06.97 (que já tem 21 anos).

Mas falemos do que efetivamente inovou, entre tantos aspectos, a Constituição brasileira, relativamente às anteriores, e o que trouxe de novo no cenário comparado do Direito Constitucional.

Em primeiro plano, redestaquemos a estabilidade política, garantindo o pluripartidarismo, a eleição direta para todos os cargos da república, a autonomia do Município, a petrealidade expressa dos direitos fundamentais (a primeira Constituição brasileira a fazer isso, sublinhemos), a autonomia administrativa e financeira do Judiciário,

do MP e do Tribunal de Contas, assim como o asseguramento efetivo do autogoverno das entidades federadas (Estados e Municípios).

Uma ampliação efetiva dos instrumentos de controle democrático sobre o poder público, seja o legislativo, o executivo ou o judiciário.

Trouxe-nos o Mandado de Injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade com legitimação ativa democratizada, a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a Ação Popular redefinida constitucionalmente e a Ação Civil Pública como instrumento efetivo do MP e da Sociedade civil organizada.

Um sistema de direitos fundamentais interconectado com os direitos humanos no plano internacional.

Garantias penais e processuais penais mais efetivas, onde se baniu a ideia do silêncio ser interpretado contra o Réu, em homenagem à garantia da não autoincriminação; a ação penal intentada somente pelo MP, não podendo mais os Juízes ou Delegados iniciarem procedimentos criminais por portarias; extensão dessas garantias ao Direito Sancionador não criminal; dever constitucional de motivar as sentenças como garantia do cidadão; direito de petição perante qualquer autoridade pública; garantia de universalidade de acesso ao judiciário; sistema de garantias processuais mais completo da história; o sistema único de saúde, com acesso universal, e não só aos filiados ao antigo INAMPS; garantias tributárias; direitos ao meio ambiente, direitos culturais, direitos de cunho étnico e de raça, direitos políticos, direitos de orientação sexual, etc.

No campo da família, por exemplo, a proibição de discriminação entre filhos havidos durante o casamento e "fora do casamento"; direitos e obrigações iguais para homem e mulher, mudando o "patriarcado" vigente na família brasileira até 1988 (positivado no Código Civil de 1916), em que o marido era o cabeça do casal. Facilitação da conversão da união estável em casamento e equiparação de efeitos jurídicos.

No campo dos direitos educacionais, o direito subjetivo público ao ensino fundamental em escola pública e a garantia de acesso aos níveis superiores da formação universitária.

A importância do advogado como indispensável à administração da justiça; o papel protagônico da OAB no controle de constitucionalidade; as carreiras jurídicas de estado, como advogado da união e procurador federal; defensores públicos e procuradores municipais.

Verificamos, cotidianamente, o relevantíssimo papel do Direito Constitucional por inovadoras decisões do STF em grandes temas: aborto anencefálico, homoafetividade, cotas raciais, limites na demarcação de terras indígenas, fidelidade partidária com perda de mandato do político trânsfuga; nepotismo e ficha limpa. Presunção de inocência e prisão após confirmação condenatória em segundo grau; foro privilegiado reconfigurado, etc, etc.

VII

Nesses 30 anos, o que devemos comemorar?

O primeiro ponto: estabilidade política do regime e dos governos. Consolidação de nossa democracia constitucional.

Segundo ponto: controle dos poderes públicos com mais transparência e eficiência pelo Ministério Público, Tribunais de Contas, Câmaras Municipais e Assembleias Legislativas, assim como as controladorias e ouvidorias de órgãos governamentais eletivos ou não.

Terceiro ponto: uma ampla carta de direitos, talvez a mais generosa carta de direito do século XX.

Quarto: a construção de um espaço público republicano, com mais liberdades do que nunca antes desfrutamos na história do País. Liberdades em todos os sentidos: desde a de expressão, a política, a de orientação sexual e de acesso ao conhecimento, embora a violência contra a mulher, contra homossexuais; a intolerância nos debates nas redes sociais; e os altos índices de analfabetismo funcional entre estudantes, mesmo entre universitários.

IX

O que devemos cuidar, superar e refletir com espírito crítico?

Atentemos para a lição de Paulo Bonavides:

> "Fora da Constituição, não há instrumentos nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições."

Tenho as seguintes sugestões de reflexão crítica para esse seleto auditório e à comunidade jurídica e política nacional:

- Repelir o ativismo judicial c*ontra constitutione*, demonstrados, e.g., no seguintes casos: Natan Donadon[3]; prisão após condenação confirmada ou imposta em segundo grau de jurisdição[4]; foro privilegiado reconfigurado[5], etc;

---

3 "Perda do mandato parlamentar. É da competência das Casas Legislativas decidir sobre a perda do mandato do congressista condenado criminalmente (art. 55, VI e § 2º, da CF). *Regra excepcionada – adoção, no ponto, da tese proposta pelo eminente revisor, ministro Luís Roberto Barroso – quando a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado, e não viável o trabalho externo diante da impossibilidade de cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena para a obtenção do benefício durante o mandato e antes de consumada a ausência do congressista a 1/3 das sessões ordinárias da Casa Legislativa da qual faça parte. Hipótese de perda automática do mandato, cumprindo à Mesa da Câmara dos Deputados declará-la, em conformidade com o art. 55, III, § 3º, da CF*. Precedente: MS 32.326 MC/DF, rel. min. Roberto Barroso, 2-9-2013. [AP 694, rel. min. Rosa Weber, j. 2-5-2017, 1ª T, *DJE* de 31-8-2017.]" (acrescentamos itálico!).

4 "*A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário* (como, aliás, está previsto em textos normativos), *é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado*. *Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias*. [HC 126.292, voto do rel. min. Teori Zavascki, j. 17-2-2016, P, *DJE* de 17-5-2016.]" (acrescentamos itálico!).

5 "*O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas*. (...). Esse é o entendimento do Plenário (...). *Prevaleceu o voto do ministro Roberto Barroso* (...), o qual registrou que a quantidade de pessoas beneficiadas pelo foro e a extensão que se tem dado a ele, a abarcar fatos ocorridos antes de o indivíduo ser investido no cargo beneficiado pelo foro por prerrogativa de função ou atos praticados sem qualquer conexão com o exercício do mandato que se deseja proteger, têm resultado em múltiplas disfuncionalidades.(...) *O relator frisou que a situação atual revela a necessidade de mutação constitucional. Isso ocorre quando a corte constitucional muda um entendimento consolidado, não porque o anterior fosse propriamente errado, mas porque: a) a realidade fática mudou; b) a percepção social do Direito mudou; ou c) as consequências práticas de uma orientação jurisprudencial se revelaram negativas. As três hipóteses que justificam a alteração de uma linha de interpretação constitucional estão presentes na hipótese dos autos.* A nova interpretação prestigia os princípios da igualdade e republicano, além de assegurar às pessoas o desempenho de mandato livre de interferências, que é o fim pretendido pela norma constitucional. Ademais, viola o princípio da igualdade proteger, com foro de prerrogativa, o agente público por atos praticados sem relação com a função para a qual se quer resguardar sua independência, o que constitui a atribuição de um privilégio. Além disso, o princípio republicano tem como uma das suas dimensões mais importantes a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos. A prescrição, o excessivo retardamento e a impunidade, que resultam do modelo de foro por prerrogativa de função, não se amoldam ao referido princípio. *A Corte registrou que essa nova linha interpretativa deve ser aplicada imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de*

- Evitar interpretação da constituição sem respeito aos limites do texto constitucional e sem pré-compreensão e compreensão da teoria constitucional e da dogmática do direito constitucional geral, especialmente em seus capítulos ligados a teoria dos direitos fundamentais;
- Mitigar ou autoconter o protagonismo judicial invasivo das esferas dos poderes legislativo e executivo (Impedimento de ministra de estado nomeada tomar posse – Min. Carmem Lúcia[6]); ordem judicial ao congresso para retornar do Senado à Câmara o projeto de lei "das dez medidas contra a corrupção" – Min. Luiz Fux[7]);

---

todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado no Inq 687 QO/SP (*DJU*de 25-8-1999). [AP 937 QO, rel. min. Roberto Barroso, j. 3-5-2018, P, *Informativo* 900.]" (acrescentamos itálico!).

6 Decisão monocrática na Reclamação n. 29.508-DF, Min. Pres. Carmem Lúcia, j. 08.02.18, assim ementada: "Reclamação. Nomeação para ministro de estado. Ação popular. Alegada ofensa a princípio constitucional. Tutela antecipada de suspensão de posse. Medida de contracautela deferida no superior tribunal de justiça. Reclamação por usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Decisão suspensa com fundamento em preceito constitucional autônomo e suficiente. Incompetência do Superior Tribunal de Justiça. Reclamação procedente. Providências processuais."

7 *Ementa*: "Direito Constitucional. Mandado de Segurança. Interesse de Parlamentar à observância do devido processo legislativo constitucional. Controle preventivo de constitucionalidade admitido. Anteprojeto de Lei de Iniciativa Popular autuado como Projeto de Lei de Iniciativa Parlamentar. Desvirtuação da essência do projeto. Violação aos artigos 14, III, e 61, § 2º, da Constituição. Vulneração do princípio democrático. Inconstitucionalidade formal. Medida liminar deferida." *Trechos da decisão monocrática*: "(...). O *fumus boni iuris* resta presente, ante a multiplicidade de vícios que, primo *ictu oculi*, são observáveis no processo legislativo do Projeto de Lei (PL) nº 4.850/2016, atualmente em curso no Senado Federal como Projeto de Lei da Câmara nº 80/2016. (...). A via contemplada pela Carta Magna para a reverberação da vontade da sociedade exige, para que se resguarde sua efetividade mínima, duas características fundamentais do devido processo legislativo constitucional. Em primeiro lugar, o projeto subscrito pela parcela do eleitorado definida no art. 61, § 2º, da Constituição deve ser recebido pela Câmara dos Deputados como proposição de autoria popular, vedando-se a prática comum de apropriação da autoria do projeto por um ou mais deputados. (...). Como corolário da primeira exigência, figura uma segunda: a de que o projeto de lei de iniciativa popular seja debatido na sua essência, interditando-se emendas e substitutivos que desfigurem a proposta original para simular apoio público a um texto essencialmente distinto do subscrito por milhões de eleitores. (...). *Daí por que se impõe revisitar esta atávica jurisprudência do Tribunal.* (...) Desse modo, há fundado risco de que o projeto de lei impugnado nestes autos seja deliberado ainda hoje, em franca violação ao devido processo legislativo constitucional. *Ex positis*, *defiro a medida liminar inaudita altera parte para suspender (...) os efeitos dos atos praticados no bojo do processo legislativo referente ao Projeto de Lei (PL) nº 4.850/2016, determinando, por consequência: (i) o retorno do Projeto de Lei da Câmara nº 80/2016, em tramitação no Senado Federal, à Casa de origem e (ii) que a Câmara dos Deputados autue o anteprojeto de lei anticorrupção encaminhado àquela Casa legislativa com as assinaturas de 2.028.263 (dois mi-*

- Criticar e dissuadir a ideia corrente entre jovens magistrados e aspirantes a concurso para a magistratura ou ministério público, do "juiz como um ator moralista e desapegado das peias legais" para fazer a justiça que entender por bem, segundo seus padrões morais e não com os da legalidade objetiva (Caso do indulto natalício de 2017 e de duas decisões monocráticas prolatadas pela Min. Carmem Lúcia[8] e pelo Min. Roberto Barroso[9], respectivamente, que

---

lhões, vinte e oito mil e duzentos e sessenta e três) eleitores, como Projeto de Iniciativa Popular(...). (MS 34530 MC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14.12.16, STF)." (acrescentamos itálico!).

8 Ementa: "Decisão medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. Decreto presidencial n. 9246/2017. Desvio de finalidade, descriminalização e vedação à proteção deficiente do bem jurídico tutelado pelo direito. Agravo à jurisdição. Plausibilidade jurídica dos argumentos. Medida cautelar deferida. (...)" Trechos da decisão monocrática: "7. Indulto não é nem pode ser instrumento de impunidade. É providência garantidora, num sistema constitucional e legal em que a execução da pena definida aos condenados seja a regra, possa-se, em situações específicas, excepcionais e não demolidoras do processo penal, permitir-se a extinção da pena pela superveniência de medida humanitária. Essa medida significa gesto estatal que beneficia aquele que, tendo cumprido parte de seu débito com a sociedade, obtenha, com a providência, um reconhecimento de que seu erro foi assumido por ele, punido e sobre ele se debruçou o infrator. Ainda assim, a sociedade oferece-lhe uma nova chance de superar seu erro. Fortalece-se, então, a crença no direito e no sistema penal democrático. Indulto não é prêmio ao criminoso nem tolerância ao crime. Nem pode ser ato de benemerência ou complacência com o delito, mas perdão ao que, tendo-o praticado e por ele respondido em parte, pode voltar a reconciliar-se com a ordem jurídica posta. Se não for adotado na forma da legislação vigente transmuda-se o indulto em indolência com o crime e insensibilidade com a apreensão social que crê no direito de uma sociedade justa e na qual o erro é punido e o direito respeitado. Mas a humanidade com os que purgaram pelo seu erro criminal, na forma do direito estabelecido, encontra o veio do perdão pela nova chance oferecida ao condenado. Por essa natureza é que se aceita, ainda hoje, o indulto, mesmo quando não mais prevalecem, no sistema penal dos Estados democráticos, penas cruéis ou degradantes, tratamentos desumanos, tudo a recomendar o cumprimento da pena pelo condenado." (ADI 5874 MC, j. 28.12.17, Min. Carmem Lúcia, STF)

9 "Ementa: Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Decreto de indulto. 1. Ação direta de inconstitucionalidade que questiona o indulto natalino e a comutação de penas concedidos por ato do Presidente da República. 2. Impugnação específica dos dispositivos que permitem a concessão de indulto (i) mediante o cumprimento de um quinto da pena nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência; (ii) mediante o cumprimento de um sexto da pena, diante da situação especial das pessoas que especifica; (iii) a condenados que já receberam outros benefícios no curso da execução penal; (iv) para a pena de multa; e (v) a presos que não foram julgados em definitivo. 3. Discussão acerca do sistema punitivo brasileiro, bem como sobre a natureza e a finalidade do indulto. *Constatação de que a minuta original proposta pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) vedava expressamente a concessão de indulto (i) a condenados por crimes de corrupção e correlatos e (ii) da pena de multa*. *Tais vedações, contudo, foram excluídas do decreto, em contrariedade à recomendação expressa dos órgãos técnicos e jurídicos que participaram do procedimento de elaboração do decreto e à revelia do sentimento social*. 4. O decreto de indulto não

reescreveram, *ultra vires*, o decreto presidencial de 2017, subscrito pelo Presidente Michel Temer);

- Refletir e criticar a ideia de "maior" representatividade do judiciário, pelo STF, m face das atribuições dos poderes eleitos; a vanguarda iluminista (discurso de Luiz Roberto Barroso, no seu artigo a "A Razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da

---

pode esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador, tornando os requisitos para a extinção da punibilidade consideravelmente mais brandos do que aqueles exigidos para o cumprimento adequado da pena. Violação à separação dos Poderes. Perdão da multa que também desatende os fins constitucionais a serem protegidos pela política criminal. Cumprimento deficiente dos deveres de proteção do Estado a diversos valores e bens jurídicos constitucionais que dependem da efetividade mínima do sistema penal. 5. *Excesso de leniência que é particularmente grave no que diz respeito aos crimes de corrupção e correlatos. Necessária exclusão desses crimes do âmbito de incidência do indulto*. 6. Reiteração da medida cautelar concedida, com explicitação das situações por ela colhidas, e fixação de critérios para aplicação da parte não suspensa do Decreto nº 9.246/2017. 7. Cautelar confirmada para os seguintes fins: (i) suspender do âmbito de incidência do Decreto nº 9.246/2017 os crimes de *peculato*, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa; (ii) estabelecer que, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 1º do Decreto nº 9.246/2017, o indulto depende do cumprimento mínimo de 1/3 da pena e só se aplica aos casos em que a condenação não for superior a oito anos; (iii) suspender, por inconstitucional, o art. 10 do Decreto nº 9.246/2017, que trata do indulto da multa, ressalvadas as hipóteses de extrema carência material do apenado ou de multa inferior ao mínimo fixado para a inscrição de débitos em Dívida Ativa da União; (iv) suspender, por inconstitucional, o art. 8º, I e III, do Decreto nº 9.246/2017, que estabelecem a aplicabilidade do indulto àqueles que tiveram a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos e aos beneficiados pela suspensão condicional do processo, em razão da incompatibilidade com os fins constitucionais do indulto e da violação ao princípio da separação dos Poderes; (v) suspender, por inconstitucional, o art. 11, II, do Decreto nº 9.246/2017, por conceder indulto na pendência de recurso da acusação e antes, portanto, da fixação final da pena. 8. Aplicabilidade imediata do decreto de indulto às demais situações, observados os parâmetros aqui estabelecidos, notadamente o cumprimento de 1/3 (um terço) da condenação, desde que a pena máxima não tenha excedido 8 (oito) anos, nos casos previstos no art. 1º, I, do Decreto nº 9.246/2017. (ADI 5874 MC, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 12.03.18). Vale informar que o julgamento de mérito desta Adin, iniciou em 28.11.18, e já tem 06 votos pela sua improcedência, todavia, está com vistas ao Min. Luiz Fux: "Após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Relator, e Edson Fachin, que referendavam a cautelar e julgavam parcialmente procedente a ação direta; e dos *votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que não referendavam a cautelar e julgavam improcedente a ação, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux*. Em seguida, após o voto do Ministro Gilmar Mendes, propondo questão de ordem no sentido de revogar a cautelar anteriormente deferida, no que foi acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio e Celso de Mello; e dos votos dos Ministros Roberto Barroso, Relator, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que rejeitavam a proposta, mantendo os termos da cautelar, pediu vista da questão de ordem o Ministro Dias Toffoli (Presidente). Plenário, 29.11.2018."

Maioria"[10]);

- Exemplos tristes desses tempos: impedimento de posse do ex-presidente Lula e da ministra do trabalho nomeada por Temer;
- Moralismo contrário ao direito (discurso de combate a corrupção sem freios corrompendo a própria ordem constitucional). Dilemas entre a Moral e a Constituição.

Diante destes temas e reflexões, vale lembrar o alerta, dirigido ao Brasil, por Luigi Ferrajoli:

> "A experiência brasileira se configura, portanto, como o mais relevante banco de prova das teorias constitucionais. Na verdade, o paradigma principialista se afirmou, sobretudo, no Brasil, onde arrisca produzir os maiores desequilíbrios no sistema dos poderes públicos. Assim, do Brasil advém uma dupla lição: uma progressiva, em face das extraordinárias inovações trazidas através das instituições e das funções de garantia dos direitos fundamentais; outra potencialmente regressiva, em face das tensões que dela podem derivar na manutenção do estado de direito".[11]

X

E rumando para o fim, trago alguma palavra sobre dois conceitos que se complementam e se explicam em díade, e que estiveram presentes no debate eleitoral deste ano, e que têm a ver com o Constitucionalismo, com o Direito Constitucional e com a Constituição de 1988: conceitos de Ditadura e de Democracia[12].

Bolsonaro e Haddad, ambos estiveram se acusando, de estarem, cada um a sua maneira e tendência ideológica, estatuindo, como disseram um do outro, uma ditadura vermelha ou verde oliva. Todavia, ambos, assim como todos os candidatos que não passaram para o se-

---

10 Texto reproduzido na obra coletiva, que teve por fim analisar e fazer a crítica de suas ideias: Oscar Vilhena Vieira & Rubens Glezer, *A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, Rio de Janeiro, FGV, 2017. 571 p., p. 25-77.

11 FERRAJOLI, Luigi. *O constitucionalismo garantista e o estado de direito*. In: FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz, TRINDADE, André Karam (orgs.), Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 231-54.

12 Esses dois conceitos, são analisados em precioso estudo de Norberto Bobbio, em seu *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*, 4 ed., trad. Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987. 173 p., especialmente no capítulo IV, "Democracia e Ditadura", p. 135-65.

gundo turno (Amoedo, Alckmim, Marina, Ciro, Boulos, Meirelles, Álvaro Dias), têm uma concepção de democracia e enaltecem seu valor. E Bolsonaro não governará bem se não a preservar, assim como o maior penhor de garantia da própria democracia: a Constituição vigente. Ele já afirmou, para alegria dos que lidam com o direito, que se colocará como "escravo da constituição". Como democrata, devo dizer que essa declaração me conforta. E que seja ela ação efetiva em toda a federação.

Bolsonaro desistiu da ideia de nova constituinte, como havia defendido seu vice, general Mourão, no primeiro turno.

Para valorizarmos a democracia, necessário termos em conta os riscos e malefícios de uma ditadura.

E para falar de ditadura, valorizando a democracia, utilizo das palavras do Juiz catarinense Fernando de Castro Faria, de sua página do facebook, há um ano atrás:

> "- As Democracias (com D maiúsculo) mais consolidadas estão alicerçadas, via de regra, em três fundamentos: na ideia de controle do poder (pelo povo e pelas próprias instituições), no respeito às liberdades civis e políticas (de expressão, de tomar parte no governo do seu país, de não ser processado injustamente etc) e na igualdade (perante a lei, peso do voto etc);
>
> - Nas ditaduras você não terá acesso à informação, pois ela será toda controlada pelo governo para evitar qualquer resistência ou oposição. Esqueça, portanto, internet, twitter, facebook, whatsapp, eles não são permitidos ou, quando muito, de forma bem restrita e para algumas pessoas;
>
> - Nas ditaduras (e pouco importa se de direita ou de esquerda; ambas têm como ponto comum a antidemocracia, como afirmava Norberto Bobbio) você não terá mais o direito de escolher o seu governante. Ditadores não permitem eleições diretas e, quando autorizam, elas são para cargos inferiores, mas ainda assim com cartas marcadas, pois líderes de oposição ou dissidentes não podem sequer ser candidatos;
>
> - Nas ditaduras você não poderá sequer reclamar dos governantes ou a eles se opor nas redes sociais, na medida em que não serão permitidas. Protestos nas ruas também, a repressão é violenta. Se conseguir algum outro meio de comunicação (jornal, livro, rádio, etc), você será perseguido e preso (ou mesmo morto ou exilado);
>
> - Alguém poderá dizer que gostaria de ter de volta os "valores" de antes (alguns falam em "valores tradicionais", do respeito, da Edu-

> cação, da segurança pública, da honestidade, enfim, aquele discurso com viés moralista em alguns desses pontos). Mas quem disse que o respeito ao outro, o alto índice de Educação de seu povo e os níveis decentes de segurança pública não podem ser obtidos nas Democracias? (...);
>
> - Na Democracia prevalece a pluralidade de ideias (...).”

Faço um pequeno parêntese para sugerir leitura a todos: do livro “Como As Democracias Morrem”, de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, publicado pela Zahar neste ano de 2018, para entendermos mais sobre os males que afetam e fazem periclitar as democracias contemporâneas. Best seller, está na lista dos livros mais vendidos aqui no Brasil e nos Estados Unidos.

XI

E para finalizar minha fala, defendendo a Constituição de 1988 e a Democracia, encerro dizendo-lhes:

> “(...) a Democracia é impensável sem uma Constituição que a garanta, ordene e estruture seus desenvolvimentos e regule suas realizações presentes e futuras.
>
> Não é possível realizar a Democracia apartada da realização e efetividade das normas constitucionais. Não há Democracia sem respeito à Constituição, sem acato a sua normatividade constitucional.
>
> A Democracia brasileira será mera democracia formal, se os valores éticos, políticos e jurídicos mediados pelas normas constitucionais não obtiverem força de direito.
>
> E para a efetividade dessa força é preciso que a nossa vontade de Constituição, que o nosso sentimento constitucional, que nossa vontade de democracia, que o nosso sentimento democrático, estejam juntos, cultivando esses valores em nossos espíritos, enquanto pessoas que somos e enquanto povo que constituímos.
>
> É preciso que em cada petição, em cada arrazoado, em cada parecer, em cada sentença, em cada discussão parlamentar, em cada conjunto de intenções político-administrativas, em cada aula, em cada discurso público, em cada momento da vida política individual e comunitária, as Regras e Princípios Constitucionais e a Constituição sejam compreendidos como as grandes trincheiras e espadas históricas construídas para a salvaguarda dos grandes valores éticos, políticos e jurídicos que protegem o Homem e a Sociedade contra a ação an-

> tidemocrática e inconstitucional de poderes arbitrários, autoritários e pseudo-legitimados pelas circunstâncias e interesses políticos que nem sempre se amoldam aos fins e valores constitucionais.
>
> É preciso eleger a Constituição e suas normas como grandes defensoras dos mais altos valores da civilidade que desejamos.
>
> É preciso compreender que tanto quanto a estabilidade de moeda, o pleno emprego e a justa distribuição de renda, precisamos de estabilidade constitucional, de pleno acato e respeito aos comandos constitucionais para um justo governo, e para uma justa distribuição do direito e da justiça de acordo com a vontade de constituição (Hesse).
>
> O futuro de nossa Democracia está irremediavelmente ligado ao futuro de nossa Constituição, já que desrespeitar a constituição, é desrespeitar a democracia; ferir a constituição é ferir a democracia, de modo tal, que um ato inconstitucional, emanado do Legislativo, do Judiciário ou do Executivo, é um ato antes de tudo antidemocrático e abreviador de nossa convivência em democracia.
>
> Diante dessas considerações, concluímos que o maior dos deveres cívicos, políticos, profissionais, éticos e humanitários, aplicáveis a todos os operadores do Direito, notadamente aos advogados e aos estudantes dos cursos jurídicos, é o de bem defender a força normativa e o respeito a nossa Constituição do Estado Democrático de Direito; é o de compreender o valor, a importância e a força do Direito Constitucional no cotidiano de nossas vidas, para podermos levar a concretude o sonho de uma verdadeira democracia constitucional."

Urge defendermos a Democracia e a nossa Constituição Federal de 1988 com o melhor de nossas forças, seu maior penhor de garantia!

O Brasil e os brasileiros de ontem, de hoje e de amanhã precisam desta defesa.

Unamo-nos nesta batalha!

Parabéns à nossa Constituição da República Federativa do Brasil, pelos seus 30 anos de vigência!

Obrigado a todos pela atenção!

Aguardo pelos debates!

Texto VIII

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: *AUTOCONVOCAÇÃO DE REFERENDOS E PLEBISCITOS PELA POPULAÇÃO*

I – Democracia Participativa: problemática e definições

O tema *democracia participativa – convocação de referendos e plebiscitos pela população* – é demais atual e imprescindível ao aperfeiçoamento da democracia brasileira.

Isso, entre tantas razões, pelas seguintes:

a) a comemoração dos 20 anos[1] de Constituição brasileira, que urge por aperfeiçoamento do princípio democrático nas regras e princípios constitucionais que corporificam a democracia representativa;

b) o reinício em 12.11.2008, no Congresso Nacional do Brasil, de discussão da reforma política, com audiência pública promovida pelas comissões de Legislação Participativa e de Direitos Humanos e Minorias para discutir o anteprojeto sobre reforma política encaminhado à Câmara pelo governo Lula. O referido projeto consagra o mais tumular silêncio sobre o quanto estamos a tratar aqui. O projeto só se preocupa com a Democracia Representativa, e nada fala, em suas 27 folhas, sobre a Democracia Participativa;

c) a decisão monocrática, tomada dia 30.10.2008, e publicada dia 06.11.2008, pelo Ministro Joaquim Barbosa, da Suprema Corte brasileira, ao indeferir pedido cautelar na ADIn 3.908, proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira, que se insurgiu contra a valia do referendo para ato administrativo, consubstanciado no art. 2.º, § 2.º, da Lei 9.709/1998.[2]

---

1 Texto base para palestra na XX Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, Natal/RN, em novembro de 2008. Por isso a referência aos 20 anos da Constituição.

2 Ver texto integral: "Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998 *Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do artigo 14 da Constituição Federal*. O Presidente da República: Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1.º A soberania popular é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor

igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular. Art. 2.º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. § 1.º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. § 2.º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição. Art. 3.º Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3.º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de 1/3 (um terço), no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei. Art. 4.º A incorporação de Estados entre si, subdivisão ou desmembramento para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, dependem da aprovação da população diretamente interessada, por meio de plebiscito realizado na mesma data e horário em cada um dos Estados, e do Congresso Nacional, por lei complementar, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas. § 1.º Proclamado o resultado da consulta plebiscitária, sendo favorável à alteração territorial prevista no *caput*, o projeto de lei complementar respectivo será proposto perante qualquer das Casas do Congresso Nacional. § 2.º À Casa perante a qual tenha sido apresentado o projeto de lei complementar referido no parágrafo anterior compete proceder à audiência das respectivas Assembleias Legislativas. § 3.º Na oportunidade prevista no parágrafo anterior, as respectivas Assembleias Legislativas opinarão, sem caráter vinculativo, sobre a matéria, e fornecerão ao Congresso Nacional os detalhamentos técnicos concernentes aos aspectos administrativos, financeiros, sociais e econômicos da área geopolítica afetada. § 4.º O Congresso Nacional, ao aprovar a lei complementar, tomará em conta as informações técnicas a que se refere o parágrafo anterior. Art. 5.º O plebiscito destinado à criação, à incorporação, à fusão e ao desmembramento de Municípios, será convocado pela Assembleia Legislativa, de conformidade com a legislação federal e estadual. Art. 6.º Nas demais questões, de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o plebiscito e o referendo serão convocados de conformidade, respectivamente, com a Constituição Estadual e com a Lei Orgânica.

Art. 7.º Nas consultas plebiscitárias previstas nos arts. 4.º e 5.º entende-se por população diretamente interessada tanto a do território que se pretende desmembrar, quanto a do que sofrerá desmembramento; em caso de fusão ou anexação, tanto a população da área que se quer anexar quanto a da que receberá o acréscimo; e a vontade popular se aferirá pelo percentual que se manifestar em relação ao total da população consultada. Art. 8.º Aprovado o ato convocatório, o Presidente do Congresso Nacional dará ciência à Justiça Eleitoral, a quem incumbirá, nos limites de sua circunscrição: I – fixar a data da consulta popular; II – tornar pública a cédula respectiva; III – expedir instruções para a realização do plebiscito ou referendo; IV – assegurar a gratuidade nos meio de comunicação de massa concessionários de serviço público, aos partidos políticos e às frentes suprapartidárias organizadas pela sociedade civil em torno da matéria em questão, para a divulgação de seus postulados referentes ao tema sob consulta. Art. 9.º Convocado o plebiscito, o projeto legislativo ou medida administrativa não efetivada, cujas matérias constituam objeto da consulta popular, terá sustada sua tramitação, até que o resultado das urnas seja proclamado. Art. 10. O plebiscito ou referendo, convocado nos termos da presente Lei, será considerado aprovado ou rejeitado por maioria simples, de acordo com o resultado homologado pelo Tribunal Superior Eleitoral. Art. 11. O referendo pode ser convocado no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da promulgação de lei ou adoção de medida administrativa, que se relacione de maneira direta com a consulta popular. Art. 12. A tramitação dos projetos de plebiscito e referendo obedecerá às normas do Regimento Comum do Congresso Nacional. Art. 13.

Essa Lei regulou muito insatisfatoriamente os institutos da democracia participativa tratados neste artigo, como demonstra substancioso projeto de lei ab-rogatória, o PL 4.718/2004,[3] remetido ao Con-

A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, 1% (um por cento) do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de 0,3% (três décimos por cento) dos eleitores de cada um deles. § 1.º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto. § 2.º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação. Art. 14. A Câmara dos Deputados, verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 13 e respectivos parágrafos, dará seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno. Art. 15. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

3 "Projeto de Lei 4.718/2004 Regulamenta o art. 14 da Constituição Federal, em matéria de plebiscito, referendo e iniciativa popular. Art. 1.º A presente lei tem por objeto regulamentar o art. 14 da Constituição Federal, em matéria de plebiscito, referendo e iniciativa popular. Art. 2.º A soberania popular é exercida, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, pelo voto universal, obrigatório e secreto, com valor igual para todos. Art. 3.º O povo decide soberanamente em plebiscito: I – a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Estados ou Municípios, bem como a criação de Territórios Federais, a sua transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem; II – a execução de serviços públicos e programas de ação governamental, nas matérias de ordem econômica e financeira, bem como de ordem social, reguladas nos Títulos VII e VIII da Constituição Federal; III – a concessão administrativa de serviços públicos, em qualquer de suas modalidades, bem como a alienação de controle de empresas estatais; Art. 4.º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Estados, bem como a criação de Territórios Federais, sua transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem, serão decididos pelos cidadãos com domicílio eleitoral nas Unidades da Federação envolvidas, em plebiscito realizado na mesma data e horário, conforme determinação da Justiça Eleitoral. § 1.º A iniciativa do plebiscito competirá ao Senado Federal, mediante resolução aprovada pela maioria absoluta de seus membros, ou a cidadãos que representem, no mínimo, dez por cento do eleitorado de cada Unidade da Federação envolvida na decisão plebiscitária. Art. 5.º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão, em cada caso, por determinação prévia de lei estadual, dentro do período máximo de dois anos após a sua promulgação, e dependerão de consulta, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos estudos de viabilidade municipal, apresentados e publicados de acordo com o disposto na lei estadual de autorização. Parágrafo único. A iniciativa do plebiscito competirá a cidadãos que representem, no mínimo, dez por cento do eleitorado de cada Município envolvido na decisão. Art. 6.º A iniciativa dos plebiscitos mencionados nos incisos II e III do art. 3.º compete ao próprio povo, ou a um terço dos membros de cada Casa do Congresso Nacional. § 1.º A iniciativa popular, que será dirigida ao Presidente do Congresso Nacional, exige a subscrição do pedido de manifestação do povo por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, observando-se o disposto no art. 13, § 1.º. Art. 7.º O plebiscito, em qualquer de suas modalidades (art. 3.º), é convocado pelo Congresso Nacional. Art. 8.º Por meio do referendo, o povo aprova ou rejeita, soberanamente, no todo ou em parte, o texto de emendas constitucionais, leis, acordos, pactos, convenções, tratados ou protocolos internacionais de qualquer natureza, ou de atos normativos baixados pelo Poder Executivo. Parágrafo único. É obrigatório o referendo popular das leis, de qualquer natureza, sobre

gresso Nacional brasileiro pela OAB e de autoria intelectual do Mestre brasileiro Fábio Konder Comparato.

d) o exemplo autoritário e ditatorial, que tem feito a Venezuela de Hugo Chávez com o uso populista da democracia semidireta e o desprezo ao resultado negatório do referendo constitucional de 02.12.2007, em que pretendeu, entre outros pontos, além de procurar garantir eleição presidencial sem limite de reeleições, criar obstáculos a participação popular, aumentando o número de assinaturas para a proposta dos mecanismos da democracia participativa, *com o uso da própria democracia participativa.*

Esse episódio, na América Latina e no mundo Ocidental, é o último e mais próximo exemplo do uso deletério de mecanismo de democracia participativa por *evidentes ditaduras com pele de pseudodemocracias*: 11 dias depois da frustração de intentos reformistas de Hugo Chávez, por referendo constitucional do povo Venezuelano, este apresentou à Assembleia Nacional Venezuelana um Plano de Desenvolvimento Social e Econômico, que intenta implantar, por via legislativa e infraconstitucional, tudo o que ele não conseguiu com o referendo.

II – Conceito de democracia e interações entre o modelo representativo e participativo:

Democracia é um conceito amplo, que em seu interior, em sua processualidade, função e estrutura, contempla tanto a democracia representativa, do tipo liberal, consagrada no século XX, pelo sufrágio universal, até meados dos anos 50 e 60 (votos da mulher), quanto a democracia participativa, cujos principais resultados foram alcançados em novas Constituições latino-americanas e do leste europeu no último quartel do século XX.

Para deixar claro nosso conceito sobre democracia, pontuamos que Democracia não é só a regra do número. Sobretudo, democracia

---

matéria eleitoral, cujo projeto não tenha sido de iniciativa popular. Art. 9.º O referendo é realizado por iniciativa popular, ou por iniciativa de um terço dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, dirigida ao Presidente deste, com observância, no caso de iniciativa popular, dos requisitos indicados no art. 6.º, § 1.º, bem como do disposto no art. 13, § 1.º. Art. 15 A alteração ou revogação de uma lei, cujo projeto seja originário de iniciativa popular, quando feita por lei cujo projeto não teve iniciativa do povo, deve ser obrigatoriamente submetida a referendo popular. Art. 16 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 17 Fica revogada a Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998."

é respeito a limites materiais e formais traçados por uma Constituição escrita e rígida, na qual se estabelecem direitos fundamentais que devem ser respeitados pelos poderes públicos e a própria divisão de poderes entre as autoridades constituídas para a salvaguarda e realização firme e eficaz desses direitos. Democracia pressupõe cultura democrática em todos os recantos públicos e privados da vida em comunidade.

Para operar esse conceito de democracia é preciso compreender que a democracia representativa é a predominante. É a mais utilizada forma ou método de democracia. A democracia expressada pelo sistema partidário, político e eleitoral vigente. Nela, basicamente, escolhemos quem decidirá em nosso nome, sem preocupação com o conteúdo prévio das decisões que serão tomadas.

Ou seja, na democracia representativa, escolheremos quem decidirá em nosso nome. Elegeremos deputados, senadores, prefeitos, governadores, presidente e vereadores que nos representarão nos órgãos de decisão política. Esses eleitos desenvolverão essa representação mediante a expedição de leis e atos administrativos praticados em nome de todos nós.

Por sua vez, a democracia participativa[4] não nega e nem enfraquece a democracia representativa. Ela a complementa e a legitima. Se realiza por diversos instrumentos de manifestação semidireta da vontade popular, na produção de decisões políticas gerais em prol da comunidade, através de mecanismos decisórios como são, e.g., a *iniciativa popular de leis*, de *emendas constitucionais populares*, o *referendo*, o *plebiscito*, a *revogação de mandatos*, o *veto legislativo popular*, entre os mais conhecidos e utilizados instrumentos de sua prática, registrados na história do constitucionalismo.

A Constituição brasileira de 1988, contemplou os dois métodos. A Democracia Representativa e a Democracia Participativa. Salvaguardou as duas formas no art. 1.º: "A República Federativa do Brasil, (...),

4 Nota interessante: houve intensa campanha durante a constituinte de 1988 para que se acolhessem os institutos da democracia participativa. Três emendas populares foram propostas no sentido de incluir no texto os institutos da democracia popular, uma delas com 400.000 assinaturas. No primeiro turno, referendo, plebiscito, iniciativa popular e veto popular foram aprovados com 360 votos, 89 contrários e 12 abstenções. No segundo turno cairia o veto popular (Silva, 2002: 21).

constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania (...) V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos [democracia representativa] ou diretamente, nos termos desta Constituição [democracia participativa ou semidireta]".

Os princípios estruturantes da democracia brasileira são densificados, ao longo do texto constitucional, pelas regras constitucionais que tratam dos direitos políticos, do sistema eleitoral, partidário, republicano e federativo etc.

Sobre a democracia representativa encontramos na Constituição as regras que tratam da elegibilidade de candidatos aos mais diversos postos de governo eletivo; a duração de mandatos; a forma de extinção dos mesmos; as regras de responsabilidade política; os modos de manifestação dos representantes eleitos a frente dos Órgãos Constitucionais que integram o Legislativo e Executivo, e, de certa forma, o Judiciário – já que concurso para Juiz também é eleição pelo mérito e não pelo sufrágio popular (ver parágrafo único do art. 1.º da CF/1988).

A democracia representativa brasileira é densificada, em nível infraconstitucional pelo Código Eleitoral, LC 64/1990 (Lei das Inelegibilidades), Lei Geral das Eleições (9.504/1997) e pela Lei dos Partidos Políticos (9.096/1995), além dos regimentos parlamentares dos três níveis de governo: federal, estadual e municipal.

Sobre a democracia participativa, também chamada de democracia semidireta, encontramos as regras constitucionais dispostas nos incisos do art. 14, ao contemplar o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular; no art. 18, §§ 3.º e 4.º, os plebiscitos orgânicos, os destinados a formarem novos Estados ou Municípios; e no art. 49, onde se fixou como competência exclusiva do Congresso Nacional brasileiro autorizar referendo ou convocar plebiscito. Pelo art. 49, mostra-se que todos os nossos possíveis referendos e plebiscitos são oficiais, convocados "de cima". Não são os populares, cívicos, fruto de livre e legítima manifestação popular, convocados "de baixo", originados da iniciativa popular.

Tal consagração imperfeita da democracia participativa, no que toca aos plebiscitos e referendos (pois a iniciativa popular de lei é efetivamente iniciada pelos cidadãos na nossa atual forma constitucio-

nal), consagra uma contradição evidente com o princípio representativo: somente os órgãos de representação, os representantes parlamentares eleitos para o Congresso Nacional, podem convocar os veículos de manifestação direta da cidadania.

A contradição esta em que se exige dos representantes parlamentares – já que o Executivo não pode convocar referendo ou plebiscito, assim como o povo por iniciativa direta – que autoquestionem o teor da legitimidade da própria representação para a qual foram investidos. E isso só o farão ao deflagrarem processo decisório popular, que, na sua essência e natureza, é perfeito quando os órgãos de representação carecem de legitimidade para tomar as medidas reclamadas por uma comunidade ou por sua maioria insatisfeita.

A imperfeição está justamente no mote de nossa exposição: não se contemplou, nem na Constituição brasileira, nem na Lei 9.709/1998, a possibilidade de o povo, os representados, a comunidade de cidadãos, de provocarem, deflagrarem, requererem, de forma imperativa, a deflagração de referendos e plebiscitos. Ou seja, embora haja iniciativa popular das leis, não há iniciativa popular para referendos e plebiscitos.

Aqui começa a nossa crítica à vigente formulação constitucional da democracia participativa na Constituição brasileira de 1988.

III – Democracia Participativa: exemplos no Direito Comparado e constitucionalismo brasileiro

Para ilustrarmos a democracia brasileira – em curso histórico sempre inacabado -, e perspectivarmos seu futuro constitucional nesta matéria de referendos e plebiscitos, vejamos um pouco de Direito Comparado, tendo em conta experiências estrangeiras, a história constitucional brasileira e parte do seu constitucionalismo estadual recente.

É preciso dizer que a experiência constitucional latino-americana, de nossos irmãos de continente, tem se revelado com interessantes e ricas experiências, tanto na prática dos institutos quanto na formulação adequada de suas positivações constitucionais, no sentido aqui defendido: *a autoconvocação de plebiscitos e referendos pela cidadania, pela população eleitoralmente inscrita*.

Antes é preciso especificar que essa experiência registra uma va-

riada tipologia de referendos e plebiscitos.

Falemos da tipologia dos referendos.[5]

Referendo é termo usado com significações diversas na Constituição Federal de 1988. Vejamos as fórmulas dos arts. 84, VIII, XIX e XX, 87, parágrafo único, I. Ato de ratificação de outro ato; ato de controle que uma autoridade ou um Poder exerce sobre outro (Silva, 2002: 15).

Referendo popular – sistema em que o ato legislativo ordinário ou constitucional só adquire valor e eficácia após ter sido ratificado pelo voto dos eleitores populares (Silva, 2002: 15). Segundo Afonso da Silva:

> "O referendo se revela como um instrumento de participação do povo no processo de formação de normas jurídicas, tal como a iniciativa popular, com a diferença de que esta dá início ao processo legislativo, o referendo confirma ou recusa a formação do ato já praticado pelo legislador ordinário ou constituinte" (2002: 15).

Existem diversas modalidades de referendo popular, segundo José Afonso da Silva:

a) referendo legislativo, referendo constituinte e constitucional[6] (2002: 15). Estes podem ser *post legem ou* de ratificação ou *ante legem.*

b) referendo deliberativo e referendo consultivo (2002: 16). O referendo, em geral, é deliberativo, porque decide, em definitivo, sobre o ato submetido à consulta popular. O consultivo assemelha-se ao plebiscito (2002: 16).

c) referendo ab-rogativo, que difere do veto popular – o primeiro permite revogar uma lei, não importando o tempo em que esteja em vigor (2002: 16-17); o veto popular expressa desacordo com a entrada em vigor da lei.

d) referendo de iniciativa oficial e referendo de iniciativa popular – (2002: 17-18). No Brasil, só existe o referendo de iniciativa oficial parlamentar.

e) referendo obrigatório e o referendo facultativo – com o referendo ab-rogatório já se sabe, por força da Constituição ou de lei, quando se

---

5 O jurista Gwénaël Le Bradizec traça a seguinte classificação quanto ao poder de provocar referendos: referendo como recurso do príncipe, recurso dos cidadãos e recurso dos partidos (2002: 370).

6 Notas interessantes a respeito do assunto: – Lula, enquanto deputado constituinte, propôs que a atual Constituição Federal de 1988 fosse submetida a referendo; – Getúlio Vargas, na outorgada Constituição de 1937, no seu art. 187, embora tenha usado o termo plebiscito, em verdade estabeleceu referendo constituinte, que nunca foi concretizado, eis que dependia de regulação por decreto presidencial.

> deve promovê-lo e sobre quais matérias previamente estabelecidas; o referendo facultativo ocorre quando geralmente, um Presidente ou Chefe de Governo quer aprovação popular ou quando o povo o pede dentro de determinado prazo (Fornos, 2002: 145).

Não há entre nós o referendo obrigatório, somente o facultativo, como demonstra a vigente ordem constitucional e legal.

A proposta legislativa bem elaborada pelo jurista Fábio Comparato deseja instituir o referendo obrigatório nos artigos 3.º e 8.º. Gwénaël Le Bradizec afirma que em geral o âmbito do referendo está limitado por enumeração ou por exclusão (2002: 372). Não temos tais limitações no Brasil, na lei ordinária vigente.

f) o referendo direto é aquele em que uma lei, iniciada por cidadãos, se submete diretamente ao referendo, sem passar por deliberação legislativa (Fornos, 2002: 146). Essa possibilidade não foi positivada na ordem jurídica brasileira.

Há um exemplo interessante e "incompleto" dessa modalidade, exemplo autoritário: o Equador, em 1978, através de governo militar, nomeou uma comissão de juristas para fazer um projeto de Constituição, que foi submetida diretamente ao povo, mediante referendo, sem passar por assembleia constituinte.

Discorramos um pouco sobre plebiscitos: podemos conceituá-los como consulta popular, semelhante ao referendo, todavia difere deste no fato de que visa decidir previamente uma questão territorial ou político-institucional, antes de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda constitucional *aprovados pelos representantes*; o referendo ratifica (confirma) ou rejeita o ato aprovado, e o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida (Silva, 2002: 18).

Quando o Congresso Nacional achar conveniente, conforme art. 14, I, CF/1988, pode utilizá-lo, mas também vem previsto, obrigatoriamente, no caso dos §§ 3.º e 4.º do art. 18 da CF/1988, para formação de Estados-membros e Municípios.

Falemos, brevemente, da experiência comparada.

Suíça é a terra dos referendos, a terra da democracia participativa. Estima-se que entre 1793 a 1995 houve no mundo ocidental quase 800 referendos. A metade ocorreu na Suíça. Entre 1966 a 1974 nesse País

houve 80 referendos, quase 10 por ano.

Entre os temas consultados popularmente entre os anos 60 e 70 na Suíça: inflação, transporte, meio ambiente, habitação e família, esportes, políticas de crédito, proteção aos animais, voto feminino.

Francisco Miró Quesada Rada afirma que na América Latina é o Uruguai o País que mais tem utilizado com frequência e continuidade o plebiscito e o referendo, em seu ordenamento e história constitucional (2008: 885). Uruguai os utiliza desde 1919 (Zovatto, 2002: 899).

No Uruguai existe referendo constituinte (esse para aprovar exercício do Poder Constituinte originário), referendo constitucional (para reforma constitucional) e iniciativa popular para solicitar referendo (Zovatto, 2002: 890). A ordem jurídica uruguaia restringe as matérias que não serão submetidas a referendo, como tratados internacionais, expropriações, defesa nacional, limitação da propriedade imobiliária, sistema tributário, financeiro e monetário, eleições nacionais, departamentais e municipais (Zovatto, 2002: 894).

Ainda sobre o Uruguai, Ivan Escobar Fornos predica: 25% dos inscritos para votar podem pedir ao Legislativo, dentro de um ano da promulgação de uma lei, a sua revogação por referendo (2002: 171). Quanto a referendo constitucional, a iniciativa popular, por 10% do corpo de eleitores, pode formular projeto articulado de reforma total ou parcial da Constituição, que será apresentado ao Presidente da Assembleia Nacional e logo tal projeto será submetido ao referendo (2002: 171).

Tanto no Uruguai quanto na Suíça os referendos e plebiscitos por previsão na Constituição nacional são autoconvocáveis por certo número de cidadãos, ou seja, são de iniciativa popular, são provocáveis pela cidadania. *Por isso o uso e o sucesso de tais instrumentos em suas histórias constitucionais.*

Ainda, na América Latina, Colômbia e Venezuela contemplam referendos iniciados por provocação popular.

Tratemos, com brevidade, do Direito interno brasileiro, nacional e estadual.

A experiência brasileira tanto em termos de formulação constitucional e infraconstitucional quanto prática institucional é fraca, débil, autoritária e recente. Poderia ser mais positiva e operosa após a

Constituinte de 1988, pois a atual Constituição radicalizou em muitos aspectos o princípio democrático, tendo em conta as Constituições brasileiras anteriores (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969).

Nunca o Brasil teve referendos ou plebiscitos de iniciativa popular positivados na Constituição da República ou na legislação infraconstitucional.

A primeira Constituição a tratar de "democracia participativa" foi a de 1937 (*sem utilizar a expressão*). Usou o termo "plebiscito" tanto para designar plebiscito quanto referendo.[7] Não teve precisão técnica, considerando a distinção conceitual hodierna. Instituiu, inclusive, a figura singular do plebiscito (*rectius*: referendo) no processo de reforma constitucional.

Lembremos da experiência brasileira concreta.

A Constituição de 1946 previu o instituto do plebiscito apenas

---

7 Vejamos os dispositivos relevantes da Constituição de 1937: "Art 5.º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se, ou desmembrar-se para anexar-se a outros, ou formar novos Estados, mediante a aquiescência das respectivas Assembléias Legislativas, em duas sessões, anuais consecutivas, e aprovação do Parlamento Nacional. Parágrafo único. A resolução do Parlamento poderá ser submetida pelo Presidente da República ao plebiscito das populações interessadas."(...) "Art 63. A todo tempo podem ser conferidos ao Conselho da Economia Nacional, mediante plebiscito a regular-se em lei, poderes de legislação sobre algumas ou todas as matérias da sua competência. Parágrafo único. A iniciativa do plebiscito caberá ao Presidente da República, que especificará no decreto respectivo as condições em que, e as matérias sobre as quais poderá o Conselho da Economia Nacional exercer poderes de legislação." (...) "Art 174. A Constituição pode ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados. § 1.º O projeto de iniciativa do Presidente da República será votado em bloco por maioria ordinária de votos da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal, sem modificações ou com as propostas pelo Presidente da República, ou que tiverem a sua aquiescência, se sugeridas por qualquer das Câmaras. (...). § 4.º No caso de ser rejeitado o projeto de iniciativa do Presidente da República, ou no caso em que o Parlamento aprove definitivamente, apesar da oposição daquele, o projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados, o Presidente da República poderá, dentro em trinta dias, resolver que um ou outro projeto seja submetido ao plebiscito nacional. O plebiscito realizar-se-á noventa dias depois de publicada a resolução presidencial. O projeto só se transformará em lei constitucional se lhe for favorável o plebiscito. (...) Art 175. O primeiro período presidencial começará na data desta Constituição. O atual Presidente da República tem renovado o seu mandato até a realização do plebiscito a que se refere o art. 187, terminando o período presidencial fixado no art. 80, se o resultado do plebiscito for favorável à Constituição." "Art 178. São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187." (...) "Art 187. Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República."

para incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados entre si (Auad, 2008: 16).

A EC 4, de 02.09.1961, instituiu o Sistema Parlamentar de Governo, já prevendo em seu art. 25:

> "A lei votada nos termos do art. 22 poderá dispor sobre a realização plebiscito que decida da manutenção do sistema parlamentar ou volta ao sistema presidencial, devendo, em tal hipótese, fazer-se a consulta plebiscitária nove meses antes do termo do atual período presidencial."

Ocorrido o plebiscito em janeiro de 1963, retornou-se ao sistema presidencialista de governo, por negação popular ao sistema parlamentarista.

As Constituições de 1967 e 1969 silenciaram a respeito do plebiscito, apenas retornando sua positivação na Constituição de 1988. Ressalve-se, no entanto, que os arts. 14 das Constituições de 1967 e de 1969 previam a edição de lei complementar para a *consulta prévia às populações locais* para a criação de novos municípios. O plebiscito foi escolhido como forma para a consulta prévia da população apenas na LC 1, de 09.11.67.

A Constituição de 1988, no capítulo dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 2.º, especificou que deveria haver plebiscito para definir a escolha entre presidencialismo ou parlamentarismo (sistema de governo) ou república e monarquia (forma de governo). Este plebiscito ocorreu em 07.09.1993.

No direito brasileiro o plebiscito sempre esteve ligado a alterações profundas na estrutura política.

Tivemos o referendo de outubro de 2005, que resultou sem êxito no seu fim de aprovar a proibição de comércio de armas de fogo e munição.

O constitucionalismo estadual registra questões interessantes, pois permite a autoconvocação popular. Tomemos como exemplo a Constituição do Estado de São Paulo. Segundo a jurista Denise Auad:

> "A Constituição do Estado de São Paulo prevê a possibilidade de realização de referendo ao dispor em seu art. 20, XVIII, que compete, exclusivamente, à Assembleia Legislativa autorizar referendo e convocar plebiscito, exceto nos casos previstos nesta Constituição.

> Logo abaixo, no art. 24, § 3.º, itens 2 e 4, abre uma importante porta para a ampliação desse instituto, ao permitir que 1% do eleitorado do Estado, distribuído pelo menos nos cinco dentre os quinze maiores Municípios, com, no mínimo 0,2% de eleitores em cada um deles, requeira à Assembleia Legislativa a realização de referendo sobre lei.
>
> A Constituição do Estado de São Paulo é, portanto, mais ampliativa que a Constituição Federal e a própria Lei 9.709/1998, ao regular expressamente que, no âmbito estadual, a prerrogativa para requerer referendo também cabe aos cidadãos, ou seja, não é exclusiva do Poder Legislativo" (Auad, 2008: 24).

E não há inconstitucionalidade no ponto, não devendo se aplicar a inadequada jurisprudência do STF, de que as *regras* pertinentes ao processo legislativo seriam obrigatórias para todos os entes federados, funcionando como princípios constitucionais estabelecidos.[8]

A Constituição do Estado do Amapá apresenta interessante contradição interna,[9] ao dizer que podem pedir referendo ou plebiscito 1% do eleitorado, o que constituiria legítima autoconvocação popular.

Todavia, o que deu com uma mão retirou com a outra, ao condicionar a realização de plebiscito ou referendo a aprovação, por maioria absoluta, dos membros da Assembleia Legislativa. A regra de maioria

---

8 Entre outros precedentes, ver: "Processo legislativo dos Estados-Membros: absorção compulsória das linhas básicas do modelo constitucional federal entre elas, as decorrentes das normas de reserva de iniciativa das leis, dada a implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal" (ADIn 637/MA, Pleno, j. 25.08.2004, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 01.10.2004).

9 "Art. 5.º-A. A soberania popular, no âmbito do Estado do Amapá, será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular. Art. 5.º-B. Através de plebiscito o eleitorado se manifestará, especificamente, sobre fato, medida, decisão política, programa ou obra pública e, pelo referendo, sobre emenda à Constituição, sobre lei e sobre projetos de emenda à Constituição e de lei. *§ 1.º Podem requerer plebiscito ou referendo: I – um por cento do eleitorado estadual;* II – o Governador do Estado; III – um terço, pelo menos, dos membros da Assembleia Legislativa. *§ 2.º A realização de plebiscito ou referendo depende de aprovação da maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa.* § 3.º A decisão do eleitorado, através de plebiscito ou referendo, será válida quando tomada por maioria de votos, desde que tenha votado mais da metade do eleitorado estadual e, tratando-se de emenda a esta Constituição, quando tomada por maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos. § 4.º Convocado o plebiscito ou referendo, o Presidente da Assembleia Legislativa dará ciência à Justiça Eleitoral, a qual caberá, nos limites de sua circunscrição, adotar as medidas necessárias a sua realização."

absoluta não existe no âmbito do Congresso Nacional. Assim, em termos de democracia participativa, essa *parece* ter sido ampliada, mas, de fato, foi alargada a força da democracia representativa pelo *quorum* de maioria qualificada.

IV – Reformas ao modelo de Democracia Participativa vigente:

E o que podem os brasileiros fazer para aperfeiçoar a democracia participativa em termos de reformulação jurídica de seu modelo constitucional e legal?

A proposta apresentada pela OAB atende os anseios de aperfeiçoamento do regime de democracia participativa.

Especialmente porque contempla a autoconvocação de referendos e plebiscitos.

Todavia, devido à regra constitucional do art. 49, XV, da CF/1988,[10] para evitarmos discussões de inconstitucionalidade face ao rico Projeto de Lei da OAB, deve haver a reforma ab-rogatória do inc. XV, ou seja, sua mera supressão. E deve haver a inclusão, na Constituição, de outro enunciado regrando percentual de eleitores menos dificultoso do que o previsto para a iniciativa popular de lei ordinária.

Esse enunciado novo deve consagrar fórmula eleitoral que não leve em conta o total da população brasileira, para plebiscitos e referendos nacionais, como está regrado no § 2.º do art. 61 da CF/1988: "um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles".

Seria melhor um número fixo.

Nessa matéria, na qual se exige número de assinaturas, é preciso atentar para o seguinte: encontrar o equilíbrio entre condições muito fáceis de cumprir e condições inalcançáveis. As primeiras levam a um excesso de consultas sobre temas com pouca relevância e interesse para os eleitores, levando a abstenção e ao desinteresse, e mesmo a ba-

10 "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XV – autorizar referendo e convocar plebiscito."

nalização de um instrumento. A segunda impede, na prática, o recurso ao referendo ou ao plebiscito, revogando, de fato, sua existência.

Em termos concretos, o número de assinaturas de eleitores, que é o critério usado correntemente, não pode ser demasiado baixo e nem demasiado alto.

Assim, vejamos como exemplo o critério adotado para iniciativa popular no Brasil. Pensamos ser de difícil consecução. Vejamos um exemplo interessante: o projeto que resultou na Lei eleitoral 9.840/1999, que a OAB e o Conselho Nacional dos Bispos do Brasil apoiaram, em verdade foi recebido pelo parlamento como iniciativa do Legislativo, por haver problemas técnicos na sua propositura popular: problemas com assinaturas! Assim, igualmente, incorporado a projeto de lei complementar proposto pelo Executivo em 1993, é o caso da LC 135/2010, que institui novas hipóteses de inelegibilidade no direito brasileiro.

O *referendum* não deve ser consultivo, mas sempre vinculante.

V – Cultura democrática e perspectivas da Democracia Representativa

Pode haver democracia representativa sólida e estável sem institutos da democracia participativa, todavia será maior, mais legítima e representativa se contemplar tais institutos (Rada, 2008: 885).

Os institutos da democracia participativa são instituições muito democráticas e úteis. O uso indevido que se faça deles é defeito dos homens que governam ou dos governos ou do sistema político em que estão inseridas e não da instituição ou dos institutos, os quais podem ser corrigidos (Fornos, 2002: 148).

Como afirmou o Prof. José Afonso da Silva, os constituintes brasileiros de 1988 optaram por um modelo de democracia representativo que tem como sujeitos principais os partidos políticos, que até hoje são os protagonistas quase exclusivos do jogo democrático, com temperos de princípios e institutos de participação direta dos cidadãos no processo decisório governamental. Isso exige reforma após 20 anos de Constituição.

O povo em geral não está devidamente informado sobre esses

instrumentos de democracia participativa, por isso tem sido pouco utilizados.

A falta de conscientização da população brasileira sobre esses institutos constitui o principal obstáculo à sua utilização, acrescido isso do fato de que partidos e parlamentares não têm interesse nessa prática de democracia participativa, pois a entendem – não confessadamente – como um desrespeito, um desprestígio aos representantes eleitos pelo voto popular.

O Brasil não é um país com tradição na utilização de mecanismos de participação popular. Sob a égide da Constituição Federal de 1988, são poucos os exemplos concretos relacionados a tais institutos (Lei Daniela Perez, Lei 9.840/1999, referendo sobre negócio e uso de armas, plebiscito sobre mudança sistema e forma de governo, recente LC 135/2010, que tratou sobre vida pregressa e inelegibilidade, apelidada de "Ficha Limpa".).

Ao que tudo indica, o Congresso Nacional do Brasil teme perder prerrogativas legislativas com a aplicação mais frequente dos mecanismos e busca refrear sua utilização.

Para que a utilização do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular seja uma realidade mais contínua em nosso País, sem dúvida é necessário o fortalecimento de uma cultura democrática participativa, função esta que tem na educação um papel essencial. *No entanto, também é um pressuposto para a viabilização do jogo democrático a fixação de regras e procedimentos claros que respaldem a atuação dos cidadãos em todas as etapas relacionadas à sua participação política.*

A democracia participativa não é só um método mais legítimo e às vezes útil nos regimes representativos em busca de participação e de legitimação. É um espírito público, uma vontade comunitária que os textos legais, sozinhos, não podem criar. É preciso o fomento de uma cultura democrática, de uma cultura de democracia participativa.

O século XX teve como maior triunfo o sufrágio universal para a democracia liberal e representativa. Mas a evolução da democracia não para aí. *O século XXI verá o passo progressivo de uma democracia representativa, permeada, fortemente, inovadoramente, pela de-*

mocracia participativa.

As últimas reformas constitucionais, tanto da Europa do Leste quanto da América Latina, constituem um bom presságio (Bradizec, 2002: 381), pelo menos, de um uso mais extenso e pragmático, que esperamos renda frutos ao futuro da democracia brasileira.

Bibliografia

Amaral, Roberto. A democracia representativa está morta, viva a democracia participativa! In: Grau, Eros Roberto; Guerra Filho, Willis Santiago. *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

Auad, Denise. Mecanismo de participação popular no Brasil: plebiscito, referendo e iniciativa popular. Disponível em: [www.unibero.edu.br/download/revistaeletronica/Set05_Artigos/DIR_PROF%20DENISE_OK.pdf]. Acesso em: out. 2008.

Baptista, Eduardo Correia. A soberania popular em direito constitucional. In: Miranda, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996. vol. I.

Barroso, Luís Roberto. Petição inicial da ADIn 3908. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=541748&tipo=TP&descricao=ADI%2F3908]. Acesso em: 07.11.2008.

Bonavides, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa.* São Paulo: Malheiros, 2001.

Bradizec, Gwénaël Le. Régimen representativo y democracia directa: hacia la participación política de los ciudadanos. In: Concha Cantú, Hugo A. (coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta – Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Unam, 2002.

Canotilho, José Joaquim Gomes. Para uma teoria constitucional do cidadão participativo. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 2. p. 145-150. Belo Horizonte: Del Rey, jul.-dez. 2003.

Carpizo, Jorge. *Concepto de democracia y sistema de gobierno en America Latina.* México: Unam, 2007.

Comparato, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das Constituições. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 5. p. 19-56. Belo Horizonte: Del Rey, jan.-jun. 2005.

Clève, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

Ferrari, Regina Macedo Neri. Participação democrática: audiências públicas. In: Grau, Eros Roberto; Cunha, Sérgio Sérvulo da (coords.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

Ferreira de Lima, Flávio Roberto. Manifestação popular e os limites materiais à

convocação de plebiscito e referendo: uma análise da Lei 9.708/98. *Jus Navigandi*. n. 34. ano. 4. Teresina, ago. 1999. Disponível em: [http://jus.uol.com.br/revista/texto/1508/manifestacao-popular-e-os-limites-materiais-a-convocacao-do-plebiscito-e-referendo]. Acesso em: out. 2008.

Fornos, Iván Escobar. El sistema representativo y la democracia semidirecta. In: Concha Cantú, Hugo A. (coord.). *Sistema Representativo y Democracia Semidirecta – Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Unam, 2002.

Garcia, Alexandre Navarro. Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/sf/senado/unilegis/pdf/UL_TF_DL_2004_ALEXANDRE_NAVARRO_GARCIA.pdf]. Aceso em: out. 2008.

Garcia, José Vicente Haro. Derecho y democracia en lationoamerica: el caso de Venezuela y los recientes intentos de reforma constitucional o de cómo se está tratando de establecer una dictadura socialista con aparencia de legalidad. *Ponencias Desarroladas IX Congreso Nacional Derecho Constitucional*. Arequipa: Adrius, 2008. t. II.

Garcia-Pelayo, Graciela Soriano. Perspectivas históricas y actuales para entender la democracia venezolana. In: Concha Cantú, Hugo A. (coord.). *Sistema Representativo y Democracia Semidirecta – Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Unam, 2002.

Henriquez, J. Jesus Orozco; Adaya, Huan Carlos Silva. Consideraciones sobre los instrumentos de democracia participativa en las entidades federativas de México. In: Concha Cantú, Hugo A. (coord.). *Sistema Representativo y Democracia Semidirecta – Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Unam, 2002.

Madrid H., Miguel de la. Las formas de democracia directa. In: Concha Cantú, Hugo A. (coord.). *Sistema Representativo y Democracia Semidirecta – Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Unam, 2002.

Pascual, Jorge Eduardo. La Respuesta Popular. In: Concha Cantú, Hugo A. (coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta – Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Unam, 2002.

Rada, Francisco Miró Quesada. La democracia directa en el Perú: aspectos constitucionales y procesales del referéndum durante el régimen dictatorial de Alberto Fujimori. In: Concha Cantú, Hugo A. (coord.). *Sistema Representativo y Democracia Semidirecta – Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Unam, 2002.

_____. Democracia directa en las constituciones latinoamericanas: un análisis comparado. *Ponencias Desarroladas IX Congreso Nacional Derecho Constitucional*. Arequipa: Adrius, 2008. t. II.

Silva, José Afonso da. O sistema representativo e a democracia semi-direta: democracia participativa. In: Concha Cantú, Hugo A. (coord.). *Sistema Representativo y Democracia Semidirecta – Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Unam, 2002.

Spiell, Héctor Gros. La democracia semidirecta y el sistema representativo en el de-

recho constitucional uruguayo. In: Concha Cantú, Hugo A. (coord.). *Sistema Representativo y Democracia Semidirecta – Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Unam, 2002.

Telles Jr., Gofferdo. A democracia participativa. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 6. p. 1-20. Belo Horizonte: Del Rey, jul.-dez. 2005.

Thibaut, Bernhard. Instituciones de democracia directa. In: Nohlen, Dieter; Picado, Sonia; Zovatto, Daniel (compiladores). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina.* México: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1998.

Zovatto G., Daniel. La prática general de las instituciones de democracia directa en América Latina. Un balance comparado de 1978-2000. In: Concha Cantú, Hugo A. (coord.). *Sistema Representativo y Democracia Semidirecta – Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Unam, 2002.

Texto IX

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E DIREITO À LIBERDADE: *UM APORTE REFLEXIVO A PARTIR DO FILME "A VIDA DOS OUTROS"*[1]

I

Agradeço ao Doutor Marcus Vinicius Furtado Coelho, Secretário Geral da OAB-Federal, advogado publicista e eleitoralista, meu dileto amigo e companheiro desde as lides estudantis dos anos 90, pela sugestão de meu nome à ilustrada Presidência do Evento, e ao Dr. Ophir Cavalcante, nosso combativo e atuante Presidente do Conselho Federal de nossa corporação, pelo honroso convite.

É uma alegria imensa, para mim, compartir esta mesa com um dos homens públicos brasileiros que mais admiro e pelo qual nutro afeição, respeito e sentimento de amizade. Homem modelar em sua conduta pública e privada, de espírito singular, no qual esbanja bondade, serenidade, humildade, brasilidade e poesia – falo do jurista e poeta Ministro do STF e Professor Doutor em Direito Constitucional, Carlos Ayres Britto. A sua pessoa, seu agir, seu discurso e sua práxis, assim como a leitura de suas obras jurídicas e poéticas, revelam ao mundo as encantadoras dimensões de sua grandiosa e holística alma.

Também estou demais feliz por compartir esta seleta mesa com as Professoras Débora Diniz, a afamada Mestra Maria Berenice Dias e com o Doutor Antonio Carlos Rodrigues do Amaral.

Eu tenho muita afinidade intelectual, admiração e respeito pelo Ministro Gilmar Mendes, cuja sentida ausência, não poderá ser suprida pela minha modesta participação, e nem esse foi o fim dos ilustres

1 Extrato de exposição ministrada na XXI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, ocorrida em novembro de 2011, na cidade de Curitiba/PR.

colegas que me distinguiram com o convite.

Devo dizer ainda sobre o Professor Doutor e Ministro Gilmar Mendes: acompanho-o em muitas ideias, que, em sua doutrina e em seus votos no STF, tem nos trazido ao conhecimento, especialmente em temas de liberdades, liberdades constitucionais e nas garantias tendentes a assegurá-las.

Desde a edição de seu primeiro livro, "Controle de Constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos", editado em 1988, até a última de suas obras, que retratam seu trabalho no STF na última década, editada há um mês, acompanho sua produção intelectual, a qual devoto respeito e reconhecimento acadêmico.

Para mim, avulta seu papel de jurista legislador, no tema controle de constitucionalidade, que jamais pode ser esquecido: da introdução da emenda constitucional que introduziu a ADC em 1993, as leis que regularam, em 1999, as Adins, Adc´s e a Adpf, todas passaram pelo seu crivo de jurista, e a lei que alterou a processualística do controle difuso nos tribunais, e a que, recentemente, regulou o rito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ao depois, as evoluções quanto as técnicas de decisão de inconstitucionalidade, junto ao STF, por sua participação, merecem todo os nossos encômios.

Igualmente, em tema de direitos fundamentais sua produção acadêmica e judicante são referências para todos nós: cito, como exemplos, seu "Curso de Direito Constitucional" e seu "Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade", além de inúmeros artigo publicados em obras coletivas e revistas especializadas.

Por todos esses fatos, esse momento, para mim, muito significa em termos afetivos, acadêmicos e profissionais. *É um momento Ministro Carlos Ayres, "bem mais do que legal", é "um momento constitucional."*

Saúdo, fraternalmente, a todas as advogadas e advogados, meus colegas, presentes a essa nossa XXI Conferência Nacional – o histórico dessas conferências aponta que elas foram mãe e guardiã, no plano político e cultural, de muitos avanços em nossa Nação sobre os direitos de liberdade, congênitos às Democracias.

Inclusive, nossa Democracia muito deve aos encontros da Ordem e a militância da OAB para o restabelecimento do Estado de Direito

entre nós, agora como Estado Democrático de Direito. Sei que estou chovendo no molhando, ao dizer o que muitos já sabem.

Mas para as gerações mais jovens, e para avivar as mais velhas, devemos lembrar sempre desses fatos. Em nossa atual Constituição, muitas preocupações e proposições, que viraram regras ou princípios positivados no texto fundamental, ecoaram de nossas Conferências. Temas e painéis como esses, que, honrosamente, estamos a integrar.

II

Procurarei fazer uma exposição que do geral ao particular, do tema maior da conferência – Liberdade, Democracia e Meio Ambiente -, passando pelo subtema do painel – Direitos de Liberdade -, possa aportar, ao fim, no tema de "Interceptação das Comunicações, Gravação Ambiental e Privacidade."

E o farei na perspectiva de um advogado, defensor das liberdades em processos criminais, disciplinares, eleitorais, advogado que atua em processos nos quais a liberdade, em suas múltiplas formas, da ambulatória a política, avultam. *Mas o farei também sob a perspectiva do Professor de Direito Constitucional, que não esquece de seus altos deveres de cidadão de uma república efetivamente democrática.*

III

Como nos diz Roberto Dahl, em um primoroso livro editado pela UnB, intitulado "Sobre a Democracia"[2]: a democracia é uma forma de governo, uma estruturação constitucional, uma cultura política, que melhor assegura a liberdade do homem, suas liberdades e seus direitos, e só pode existir ou perdurar em um regime onde as liberdades, especialmente as liberdades políticas, de expressão, de imprensa, de opinião, de manifestação do pensamento, de reunião, de voto e candidatura, de eleições periódicas, entre outras, sejam realmente asseguradas por *uma Constituição efetiva e por uma cultura política e jurídica que a saiba valorizar, a preservar e a desenvolver.*

A manutenção desse regime de liberdades, que nos assegura a Democracia, só pode ser pensando e garantido através de Constituição

2 Tradução de Beatriz Sidou, Brasília, UnB, 2009, 230 p.

real e efetiva, que nos garanta estabilidade política, ou seja, equilíbrio entre os poderes e asseguramento da continuidade das instituições, pelos processos de escolha dos agentes estatais e de atuação dos poderes assentados em seu texto e na legislação infraconstitucional. A Constituição brasileira vigente e a jurisprudência dos últimos 20 anos do STF, demonstram que conquistamos estabilidade política e um regime de liberdades antes nunca visto entre nós e ainda não disseminado por toda a América Latina – vejamos os exemplos delicados de Evo Morales, na Bolívia, e Hugo Chavez, na Venezuela.

Somos, é bom lembrar, a Democracia mais estável da América Latina: temos eleições periódicas e populares; Judiciário e Ministério Público fortes, assim como Tribunais de Contas, que atuam e são respeitados em seus atuares, que asseguram direitos e competências, das pessoas e dos poderes do Estado. E temos tido em políticas públicas do Executivo, e mesmo do Congresso, que nos colocaram nos atuais patamares políticos que ostentamos. Mesmo a saída do Presidente Collor, em 1992, deu-se por devido processo legal de *impeachment*, longe das velhas práticas de golpe de estado, que assombraram nosso passado político.

Insistamos: alcançamos em 23 anos de reconstitucionalização um nível de estabilidade institucional, até então não alcançado em nossa história e jamais antevisto em outro País latino do nosso continente. E temos muitos níveis de democraticidade a alcançar, não só o político ou jurídico, como o social, cultural e ambiental.

Mas mesmo nos níveis de liberdade e democraticidade já alcançados, precisamos cuidar para não retrocedermos significativamente. E o "movimento da lei e da ordem", "da defesa social", que cultiva "o direito penal do inimigo", "o direito eleitoral do candidato inimigo e do eleitor infante", assim como "o direito administrativo do agente público inimigo", precisa de nossa reflexão séria, para que retrocessos não aconteçam e enfraqueçam nossas instituições democrático-representativas.

Especialmente no tema ao meu encargo, que medeia com a persecução penal, eleitoral e administrativa de improbidades, em face de atos de estado! Ou diante de atos dos particulares, como procurarei demonstrar.

IV

No Brasil, a minha geração, homens de quarenta anos, e as mais novas que a minha, não sentiram a dureza de uma ditadura ou de um regime totalitário, para saberem, *na sua carne ou na sua memória testemunhal*, o valor das liberdades constitucionais que citei.

Talvez por isso uma pesquisa divulgada semana passada, feita entre brasileiros e patrícios de América Latina, aponte que um número significativo da população prefira um regime autoritário, a um regime democrático. *Isso é preocupante ecoar na opinião pública*. Não saber o valor das coisas, principalmente das instituições que personalizam direitos, como a democracia, é como aquele que vive sem cuidar do amor, saúde da alma, ou da saúde, amor do corpo, Ministro Carlos Ayres.

Quem não conhece a história está fadado a repeti-la. Quem não sabe o valor das coisas que possui e das pessoas que ama, está fadado a perdê-las. O Povo que não valoriza as suas conquistas históricas, está fadado a perdê-las ou a vê-las definhar, pouco a pouco, pela apatia dos homens de bem ou de letras, ou pelo silêncio dos que ouvem e sabem, mas nada dizem, e nada fazem.

Numa *entrevista* ao *jornalista* Silvio Boccanera, no *programa Milênio, da Globo News,* Natasha Ezrow, professora de Estudos de Governos na Universidade de Essex na Inglaterra, *transmitido no dia 21.09.11 afirmou que há* mais ditaduras no mundo do que regimes democráticos. Só na China quase um bilhão e meio de pessoas vivem sob o poder arbitrário do Partido Comunista Chinês. Não tão repressivo hoje quanto na época de Mao Tsé-Tung, que mandou matar dezenas de milhões de chineses, mas o partido permanece intolerante de oposição. Há ditadores que escancaram seu poder pessoal. Muammar Kadafi serve de exemplo recente. Enquanto conversamos neste evento, como disse Silvio Boccanera, a temporada de caça a ditadores está aberta no mundo árabe: Tunísia, Egito, Líbia, Síria, Iêmen, Bahrein.

E isso, embora, como todas as revoluções, traga violência, de todos os lados envolvidos nos conflitos, isso serve para mostrar o Valor da Democracia e seu valor para as liberdades que os "revolucionários" querem conquistar, na atualidade. Vimos que em muitos desses Países, manifestações foram marcadas pela internet, sem o empeço nas comu-

nicações entre as pessoas, único lugar que os ditadores não conseguiram, nesses Países, intervir de maneira a podar a liberdade decorrente do direito à comunicação.

V

Atualmente, além da boa e velha literatura, contamos com o cinema, com a boa arte fílmica para nos representar as dores, as lutas, de povos, nações e pessoas, para o estabelecimento dessas liberdades nos textos constitucionais que desfrutamos na atualidade – algumas dessas liberdades desfrutamos de modo tão corriqueiro, que sequer temos consciência de que as desfrutamos em virtude do regime que vivemos: Democracia Constitucional, protetora de direitos e liberdades assentes na Constituição, Tratados internacionais e em Leis – o direito de propriedade, por exemplo; a liberdade de profissão; a liberdade de imprensa e de pensamento...

A assistência a filmes, a bons e formativos filmes, é a oportunidade feliz e instigante, de, por instantes, sentado em sala de cinema ou na sala de sua casa, *poder andar com os chinelos dos outros, com as pernas dos outros, em outros mundos, em outras culturas, em outras realidades passadas ou presentes, e poder refletir sobre a vida, sobre as ideias, sobre o comportamento dos homens e as instituições que esses criaram e nas ideologias que seguiram ou seguem.*

VI

Para o tema de nosso painel, e para o tema ao meu encargo, nós poderíamos trazer à colação muitos filmes para elucidar a riqueza dos direitos de liberdade, entre eles o direito à privacidade e ao resguardo das comunicações e o repúdio a gravações ambientais ilegítimas.

Entre tantas "películas" significativas, uma que assisti recentemente, e que ganhou Oscar de Melhor filme estrangeiro em 2006, foi a "A Vida dos Outros", um filme alemão. Mostra a Alemanha oriental, nos anos 1984 a 1985 (há apenas 25 anos), 05 antes da queda do muro de Berlim. O filme, em sua síntese, mostra aspectos do regime totalitário que enfoca. Entre tantas leituras possíveis de se fazer sobre essa obra fílmica, destaco exatamente os aspectos jurídico-constitucionais de minha exposição: inviolabilidade das comunicações, gra-

vações ambientais e privacidade, direito à privacidade, à vida privada, à intimidade, inviolabilidade do domicílio. Para sabermos, vamos ao núcleo dessa história fílmica:

> "Georg Dreyman (Sebastian Koch) é o maior dramaturgo da Alemanha Oriental, sendo por muitos considerado o modelo perfeito de cidadão para o país, já que não contesta o governo nem seu regime político.
>
> Apesar disto o ministro Bruno Hempf (Thomas Thieme) acha por bem acompanhar seus passos, para descobrir se Dreyman tem algo a esconder do regime, como eventual oposição de pensamento ou apoio a ideias ou a inimigos do regime.
>
> Ele passa esta tarefa para Anton Grubitz (Ulrich Tukur), que a princípio não vê nada de errado com Dreyman mas é alertado por Gerd Wiesler (Ulrich Mühe), seu subordinado, de que ele deveria ser vigiado, pois todo artista, poeta ou autor tem um grau de subversão digno de investigação.
>
> Grubitz passa a tarefa a Wiesler, que monta uma estrutura em que Dreyman e sua namorada, a atriz Christa-Maria Sieland (Martina Gedeck), são vigiados 24 horas. Suas correspondências telefônicas, escritas, e a comunicação de suas conversas com amigos, em sua residência, são interceptadas e registradas. Toda a vida que se passa em seu apartamento, é interceptada por escutas ambientais, que gravam tudo o que dizem, o que fazem. Toda a sua vida privada é registrada por órgão de estado, 24 horas por dia, 07 dias por semana, durante dois anos, sem que eles soubessem de qualquer coisa."

Este filme mostra a nocividade que é não ter liberdade de profissão, de arte, de pensamento, de oposição, de pensar de modo diferente, de se conduzir, livremente, de acordo com suas crenças e filosofias, sem medo de ter que responder por isso: um amigo de Georg, *produtor de teatro, renomado internacionalmente, foi proibido de viajar ao exterior e de expor suas peças e dirigir no teatro, porque fora considerado indesejável ao regime* – isso o leva o suicídio pela angústia da privação de sua liberdade. Noutra cena, um jovem, ao fazer piada sobre alguns burocratas do regime, é ameaçado em sua carreira de estado por pensar da forma cômica que manifestara.

Em outro quadro, um homem é preso (suspeito de "Inimigo de Estado") para averiguações, é levado a um lugar para interrogatório, sem saber o motivo, e indaga ao oficial interrogador Wiesler: – "o que

estou fazendo aqui? Nada fiz. Nada devo. Considero que nada tenha feito de relevante para estar aqui," ao que é redarguido pelo seu interrogador, que lhe tortura ao depois, de maneira a lhe impedir o sono, etc – "Se pensas que foste apreendido por nada, sem razão, como se nada mais importante tivéssemos para fazer aqui, só por teres este pensamento mereces estar aqui para ser investigado!"

O controle sobre a vida privada das pessoas é tão grande, mostra o filme, que o sistema sabia a marca de cada máquina de escrever (de datilografia), os tipos de máquinas de datilografia e fitas de escrever, de todas as máquinas de escrever que eram vendidas na Alemanha oriental. Sabe, em cada casa, qual máquina fora adquirida e era usada. Sabia o tipo de máquina, para que pudesse, em eventual investigação policial sobre a liberdade de manifestação do pensamento crítico ao regime, que fosse anônima, pudessem saber quem teria escrito aquilo, numa linha de exclusão e procura, pelo seu autor.

Esse tipo de filme, para nós, penso, tem o significado constitucional, o significado civilizatório de nos mostrar o alto valor de muitas liberdades e direitos, entre os quais o de resguardo da privacidade das comunicações e da vida privada, da privacidade, da intimidade, como bens assegurados em nossa Constituição, assim como o sigilo das correspondências, a proteção a imagem e ao domicílio da pessoas.

Tem o valor filosófico para que nos armemos com a razão e indaguemos sobre quais os limites do Estado, seja o do estado-legislador, seja o do estado-juiz, ou do estado-polícia, ou do estado-acusador, enfim, o poder em todas as suas formas (mesmo o poder social), quais os limites deste estado na atuação sobre essas liberdades, em um regime democrático, de constituição rígida e analítica, que assegura um rol de liberdades, direitos e garantias que exige não só instituições fortes, mas, antes disse, cultura política e jurídica que a ilumine, dosifique e dirija, racionalmente, o uso dessas forças de estado.

A poesia de nosso Mestre e Ministro Carlos Ayres, em sua obra poética Ópera do Silêncio, Fórum, p. 116, resume um pouco a nossa preocupação, nesta palestra, com o seu poema "Silogismo"

> "A Autoridade não tem autoridade
>
> Pra dizer qual parte do seu corpo imolar

Em favor da Liberdade.
A Liberdade é que tem autoridade
Sobre o tanto a cortar da sua carne
Em favor da Autoridade.
Logo,
O princípio de maior autoridade
Não é o princípio da Autoridade.
- É o da Liberdade."

VII

Na obra fílmica que lhes falo – aconselho que assistam -, vemos que o que levou a escuta, o monitoramento, foi o mero capricho persecutório, o mero ânimo de devassa, de um burocrata sem escrúpulos, que desejava a mulher de Georg, a vasculhar sua vida e pedir algo que o acusasse, para afastá-lo da mulher e deixasse caminho livre para o déspota, em seu assédio sexual.

Vendo o filme, ninguém duvida da maldade de tudo aquilo, de sua nocividade para a vida daquelas pessoas, e que custo político triste aquele povo, na Alemanha Oriental, pagava para viver sob um regime que tanto lhe oprimia.

Mas num regime de liberdades, perante um Judiciário forte e no mais das vezes independente, como o Estado se porta diante de tais direitos?

Em nossa democracia constitucional, como agimos diante de gravações ambientais banalizadas, como as últimas eleições demonstram (as de 2008), com flagrantes preparados e gravações ambientais adrede incriminadoras?

Como reagimos com a violação da privacidade por particulares ou por ilegítimos atuares do Estado em seus poderes agindo ultra vires?

Vemos esses olhos como acusadores a procura de culpados?

Ou com os olhos da razão, vemos que o estado tem limites e que não podem ser transpostos, mesmo diante do mais agudo e elevado fim político ou moral, pois os fins não justificam os meios?

Eu gostaria de lembrar, antes de seguir adiante – e ferir os concei-

tos temáticos de minha exposição, tendo em vista essa oposição nunca finalizada, entre democracia e ditadura, totalitarismo e regime das liberdades, algo que escrevi por ocasião de análise das liberdades em face do candente tema dos direitos e liberdades políticas pressupostos no tema "ficha limpa", que, mudando o que deve ser mudado, se aplica as reflexões que quero aqui empreender, neste momento:

> "(...) a democracia não é a vacina definitiva contra a volta da ditadura nem imunidade inexpugnável contra o totalitarismo. *E ditaduras e totalitarismos não morrem totalmente por que delas ou de suas cinzas emergiram democracias*. Ideias e práticas democráticas assombram ditaduras (vejam os tsunamis políticos no oriente médio na crônica atual) e ideias e práticas totalitárias ou ditatoriais, convivem, cotidianamente, no seio das democracias com muita mais facilidade e sutileza (EUA, e caça ao terror; Brasil, moralidade pública superior a Constituição e seu regime de liberdades!). Muitas vezes essas ideias são ilusoriamente vendidas como democráticas... e compradas iludidamente como tais, por amplos setores da sociedade civil, imprensa, representações de classe, movimentos sociais, partidos políticos, tribunais, etc...
>
> Isso ocorre em nações onde o debate não é *verdadeiramente* livre, plurilateral, franco e democrático. Onde o pluralismo de ideias é renegado em nome da unicidade dos dogmas fruto do moral e politicamente correto, a despeito do direito posto. Onde o medo de ser perseguido ou rotulado por suas ideias diferentes é moeda corrente. No Brasil não podemos deixar que tais ideias tenham vida fácil perante o Tribunal da razão e da ciência – as do politicamente correto e moralmente apetecível, em contraste ao constitucionalmente sustentável.
>
> A democracia é o regime que, dialética e respeitosamente, admite o seu contrário (Norberto Bobbio). Mas é o constitucionalismo que lhe assegura a vida e impede o avanço das forças contrárias, mesmo que aclamadas por vontade popular circunstancial que agrida a perene e pétrea vontade constituinte fundacional (Vanossi).
>
> O fiel da balança em uma democracia, que a salvaguarda da emergência de arroubos ditatoriais ou totalitários, ou melhor, de ideias provindas desses matizes, é a existência de uma Constituição democrática e efetiva (como nos diz Luis Roberto Barroso). Constituição originada de uma constituinte livre, representativa e soberana, guarnecida por uma Corte Constitucional independente e ciosa de suas tarefas institucionais em um regime de direitos fundamentais e separação de poderes.
>
> Corte Superior cujos juízes julguem, acima de qualquer expediente,

> com base em regras e princípios constitucionais pré-estabelecidos no próprio texto da Constituição. E não se fundamentem em volúveis, difusos, imprecisos e irracionais sentimentos populares vazados por setores da sociedade que nem sempre atentam para o valor de uma Lei Fundamental e seu regime de contenção dos arbítrios de toda sorte – proveiam esses abusos do Poder Estatal ou do Poder Social, ambos poderes constituídos e contidos pela Constituição democrática vigente."

Nesse tema de liberdades constitucionais, que são liberdades de todos – o condomínio social das liberdades assentes na Constituição, como diria Rui Barbosa -, independe, para ter eficácia e ganhar vida, de quem, ocasionalmente, esteja sob o pálio protetivo delas. Essas liberdades, como o sol que nos ilumina, são para todos, sob uma constituição democrática. Não se podem tolerar casuísmos, nem para se atingir o demônio, pois este, se em corpo de gente, tem direitos comum a todos nós, e não pode haver força viva acima ou abaixo da Constituição que excepcione direitos em função do tipo de pessoa, e sim, apenas em face de seu comportamento.

Tenho constatado, quanto ao tema das liberdades, e das garantias processuais e materiais, ao lado da garantia da privacidade, do sigilo das comunicações, da intimidade, entre outras garantias e direitos processuais e materiais, principalmente as constitucionais, um certo permissivismo judicial, um relativismo hermenêutico pernicioso, em nome de correções morais, em nome de recortes moralistas feitos por operadores do direito, juízes, promotores e colegas advogados, que procuram, manuseando princípios, standards, cláusulas gerais, corrigir as falhas do legislador e atender ao clamor das ruas – recentemente [2011] vimos um Juiz de nossa Suprema Corte dizer que se seu voto contrariar a voz das ruas, ele poderia ser adaptado para se conformar a essa opinião.

Essas posturas, no mais das vezes envolta em plena boa fé e bom ânimo público, são reflexos, muitas vezes, dos movimentos da lei e da ordem, no direito penal, no direito eleitoral e no direito administrativo – como disse -, que mesmo sem o querer de seus defensores, dão vida a antigas práticas, autoritárias e mesmo fascistas, contrárias à ambiência democrática e ao regime de direitos e liberdades constitucionalmente posto.

Nesse mesmo clima, que assume ares antidemocráticos, temos vistos juízes serem criticados por cumprirem seus deveres constitucionais de proteger essas liberdades asseguradas na Constituição e em Tratados Internacionais e normas legais. É o caso, muitas vezes, do Ministro Gilmar Mendes, que no caso Daniel Dantas, tantas e injustas críticas sofreu por respaldar garantias constitucionais e prestigiar a própria jurisprudência corrente do STF.

Essas eram algumas dessas considerações sobre o tema.

Gostaria de, no largo espectro do que tentei expor, concluir com pensamentos poéticos do nosso Ministro Carlos Ayres, colhidos em seu Varal de Borboletas:

> "Tenho tido força de vontade para domar a vontade da força." (Varal de Borboletas, 2 ed., Forum, p. 86.).

O que deve fazer refletir a autocontenção do arbítrio pelos agentes de estado, ao tratarem com os direitos em exposição.

> "Certos policiais que indiciam pessoas nem mais indícios de pessoa têm." (Varal de Borboletas, 2 ed., Fórum, p. 69).

O que nos faz refletir o caráter proporcional, reto e justo que deve conter a atividade estatal persecutória.

> "CPI que não dá em nada é minha pizza despreferida." (Varal de Borboletas, 2 ed., Forum, p. 94.)

O que deve refletir sobre a seriedade das limitações a esses direitos, em face de outros bens constitucionais de relevância para todos.

> "Enquanto houver uma promessa de sol em cada madrugada, Dom Quixote de La Mancha viverá como hóstia consagrada." (Varal de Borboletas, 2 ed., Forum, p. 119.)

O que deve fazer refletir sobre nossa missão e deveres, a nós todos, advogados, defensores das liberdades, de forma intemerata, diante de quaisquer poderes públicos ou sociais que venham afrontar as liberdades, em nossa democracia.

Obrigado a todos pela atenção!

Texto X

ÉTICA DO ESTADO DE DIREITO *VERSUS* ÉTICA DO ESTADO DE POLÍCIA*: DIMENSÕES CRÍTICAS DE NOSSO TEMPO.*[1]

Agradeço a organização, pelo convite. E a personifico na pessoa do Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB Federal, Dr. Marcus Vinicius Furtado Coêlho, e do Presidente do Conselho Federal, Dr. Claudio Lamachia.

É uma honra compor mesa tão ilustre, ornada de luz, sobretudo, com a presença eminente dos Professores José Afonso da Silva, Regis Fernandes de Oliveira e Odete Medauar, meus mestres, através de seus livros e conferências.

O tema sob minha responsabilidade é a "Ética no Estado de Direito."

Procurarei trazer algumas reflexões sobre o que estamos vivendo hoje no Brasil, situando, largamente, a anteposição entre "Ética do Estado de Direito e Ética do Estado Polícia."

Para tentar demonstrar que a primeira prioriza os direitos fundamentais e a separação de poderes, o regime de liberdades, fundando-se numa razão constitucionalista. E a segunda prioriza o braço forte do estado em sua ação punitiva, com flexibilização, descuido ou desprezo aos direitos fundamentais e as garantias legais; elege os seus inimigos e se baseia em razões moralistas contra *constitutione*.

Assim, digo-lhes, ilustres colegas advogados e advogadas do

---

1 Texto base de exposição realizada na XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, ocorrida na cidade de São Paulo, acerca do tema "A Ética no Estado de Direito", no dia 29.11.17, 09h00.

Brasil:

Estamos vivendo, em nosso País, situações trágicas e indesejáveis para uma Democracia que quer permanecer e prosperar; para um Estado de Direito que parecia prometer "o império do direito"; "um estado de direitos fundamentais"; "que observaria o princípio da justa medida"; "que garantiria o princípio da legalidade da administração"; "que responderia pelos seus atos"; "que garantiria a via judiciária" e que "daria segurança e confiança as pessoas", segundo as dimensões essenciais descritas por Gomes Canotilho[2].

Na Constituição de 1988 foram positivadas novas bases normativas de nosso Estado de Direito. Renovamos e fortalecemos as promessas constitucionais de divisão e limitação dos poderes; estabelecemos nova configuração constitucional dos direitos fundamentais, fossem eles direitos de defesa ou direitos prestacionais, vinculantes de autoridades públicas ou particulares, direitos individuais, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Todavia, passados 29 anos de vigência da Carta da primavera de 1988, estamos experimentando ciclo que beira a retrocessos e nos remete às práticas investigativas medievais. Isso nos dá prova os inúmeros arbítrios policiais, ministeriais e judiciais que estão a emergir no cenário político e forense da atualidade. Embalados, todos, pela ética do Estado de Polícia.

Esses arbítrios são práticas aplaudidas, difundidas, apoiadas e incentivadas por uma mídia sem responsabilidade e sem chance de produzir reflexões públicas fundadas e sérias, plurais, dialéticas e em contraditório.

Todos os dias os jornais noticiam prisões provisórias ou preventivas de pessoas no âmbito de meros inquéritos policiais. Delações premiadas depois de longas prisões cautelares, realizadas mesmo para produzirem auto e hetero incriminações. Conduções coercitivas de investigados ou testemunhas que nunca foram instados a depor. Inquéritos que se eternizam, que duram anos, impondo medidas restritivas da liberdade ambulatória, da liberdade patrimonial e da dignidade dos

2 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito.* Lisboa: Gradiva, 1999. 81 p, p. 47-74.

investigados; medidas cautelares de todos os matizes e de todas as formas, sem uma lógica razoável a presidi-las, a não ser a ótica punitivista, moralista e escorchante dos direitos e garantias legais.

Com isso tudo, estamos a testemunhar cotidianamente a banalização da liberdade em favor de um jacobinismo penal que por vezes confunde, em mesmo polo, o acusador, o investigador e o juiz, como órgãos integrantes da mesma "força tarefa"... (vide fenômeno "lava-jato"). É a ética do Estado de Polícia se sobrepondo a ética do Estado de Direto.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, "quando o promotor, o delegado e o juiz, estão do mesmo lado, o cidadão que se cuide". E os tempos presentes, na sua crônica jurídica, têm demonstrado o aumento crescente, embora não dominante, não hegemônico, desta associação espúria entre polícia-acusação-juiz.

Em nome de uma cultura punitivista, duma crença crescente de que é melhor punir mesmo os inocentes do que deixar salvar-se um culpado, estamos a atemorizar as pessoas, a destroçar vidas e currículos, dignidades e corpos. E pior: estamos a corromper as estruturas legais e constitucionais do Estado de Direito e de seu sistema de direitos fundamentais, especialmente o aparato que dá suporte jurídico e cultural ao devido processo legal, notadamente ao devido processo legal criminal, eleitoral ou de improbidade.

A sede de justiçamento e vingança da opinião pública insuflada, é maior que a busca de justiça racional, fundada na lei e nas provas em contraditório.

Estamos sendo carcomidos por uma onda salvacionista e moralista que, no objetivo de "purificar" as instituições e as suas práticas, está, em verdade, a corrompê-las, em nome do politicamente correto, do moralmente apetecível, olvidando, toldando ou obscurecendo o juridicamente correto e o constitucionalmente sustentável. É a ética do Estado de Direito sendo substituída pela ética do Estado de Polícia.

Esta ética pode ser descrita, em paráfrase de Eduardo Seabra Fagundes, saudoso Presidente de nossa corporação, em texto escrito em 1977, sobre o Estado de Direito: "Impondo-se como defensores de um valor supremo – [segurança nacional, etc, a moralidade administrativa, o combate a corrupção] não admitem qualquer limitação aos seus

atos, considerando-se plenamente justificados, mesmo quando violam os direitos fundamentais da pessoa humana."[3].

Devemos ter em conta que mesmo os níveis de liberdade e democraticidade já alcançados em 1988 não podem mais ser mantidos se preponderarem, doravante, essas práticas. Precisamos cuidar para não retrocedermos em civilidade e respeito à força normativa e efetividade do texto constitucional, no que toca à higidez e respeito de nosso sistema de garantias legais e jusfundamentais, pois *o* "movimento da lei e da ordem", "da defesa social" que cultiva "o direito penal do inimigo", "o direito eleitoral do candidato inimigo", "o direito administrativo do administrador inimigo", precisa de nossa reflexão séria, para que retrocessos como os apontados não se estabeleçam e/ou permaneçam entre nós com a banalidade que temos testemunhado.

Quem não conhece a história está fadado a repeti-la. O Povo que não valoriza e não conhece as suas conquistas históricas, estará fadado a perdê-las ou a vê-las definhar, pouco a pouco, pela apatia dos homens de bem ou de letras, ou pelo silêncio dos que ouvem e sabem, mas nada dizem e nada fazem...

E nesse contexto de reflexão crítica, é preciso dizer que a democracia não é a vacina definitiva contra a volta da ditadura nem imunidade inexpugnável contra o totalitarismo. E ditaduras e totalitarismos não morrem totalmente porque delas ou de suas cinzas emergiram democracias.

Ideias e práticas democráticas assombram ditaduras (lembremos os tsunamis políticos no oriente médio desde 2013) e ideias e práticas totalitárias ou ditatoriais, convivem, cotidianamente, no seio das democracias com muita mais facilidade e sutileza (EUA, e caça ao terror; Brasil, moralidade pública superior a Constituição e seu regime de liberdades! (Vide ascensão entre nós de pré-candidato à presidência da República com algumas ideias que se assemelham a discursos fascistas que o mundo conheceu durante os anos 20 a 40 do século passado[4]).

---

3 FAGUNDES, Eduardo Seabra. "Estado de Direito". *Revista Brasileira de Direito Público,* São Paulo, RT, ns. 45-46/83, jan.-jun./1978.

4 A intertextualidade dessa colocação pressupõe as seguintes leituras: Norberto Bobbio, *Ensayos sobre el Fascismo*. trad. Luis Rossi. Buenos Aires, Bernal, Universidad Nacio-

Muitas vezes essas ideias são ilusoriamente vendidas como democráticas... e compradas iludidamente como tais, por amplos setores da sociedade civil, imprensa, representações de classe, movimentos sociais, partidos políticos, tribunais, etc...

No Brasil, não podemos deixar que tais ideias tenham vida fácil perante o Tribunal da razão e da ciência. É preciso defendermos a ética do Estado de Direito, que se funda nas conquistas e crenças do constitucionalismo democrático.

Tem ocorrido, do primeiro grau de jurisdição à Suprema Corte, um forte embate, nos temas candentes ligados ao Direito Penal, ao Direito Eleitoral ou ao Direito Sancionador, etc. Embate entre magistrados moralistas e magistrados constitucionalistas, assim dizemos. E que refletem, de certo modo, no discurso judicial, a anteposição entre a "Ética do Estado de Direito" e a "Ética do Estado de Polícia."

Os moralistas seriam aqueles magistrados que olhando para a nossa Constituição e para a cena política brasileira, encontram no princípio da moralidade administrativa, no princípio da probidade, na ideia de persecução penal como supremo combate à corrupção, o maior valor a ser perseguido em quaisquer de seus julgamentos. Para esses juízes, tais ideias, somadas ao cânone de proporcionalidade entre bens em conflito (direitos individuais x moralidade, combate à corrupção), são os principais critérios que devem balizar toda a produção das leis, especialmente leis penais, materiais e processuais; notadamente a exegese *lata e larga* sobre tais normas do direito punitivo.

Os raciocínios moralistas dos magistrados (e operadores do direito de mesma matriz ideológica) partem de particularidades para chegarem a generalizações nada animadoras: se alguns são tão vis e indignos é preciso todos cuidarem de todos, pois muitos mais o serão! É a ética da desconfiança policialesca.

A presunção reinante é a de desconfiança do agente público, do

---

nal de Quilmes, 2006. 175 p; Michael Mann. *Fascistas*. trad. Clóvis Marques. RJ e SP: Record, 2008. 556 p; David Kertizer. *O Papa e* Mussolini*: a conexão entre Pio XI e a ascensão do fascismo na Europa*. Trad. Berilo Vargas. Rio de Janeiro: intrínseca, 2017. 591 p; Márcia Tiburi*, Como conversar com um fascista: reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro.* 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 2017. 194 p.

cidadão comum investigado, entre outras violações à presunção de boa fé e ou de inocência...!

Os juízes constitucionalistas, por sua vez, são aqueles que veem na Constituição um limite ao exercício arbitrário de poderes públicos ou privados.

Para esses magistrados a Constituição tem um sistema de direitos fundamentais que deve ser observado na feitura de leis, sem qualquer exceção para as leis penais ou suas interpretações-aplicações aos casos da vida.

A vontade de Constituição é o fiel da balança a regrar a vontade popular, a vontade do legislador e a vontade judicial. Para esses magistrados, entre os direitos fundamentais respeitáveis em qualquer produção do Legislativo ou do Judiciário está a segurança jurídica, a não retroatividade das leis, a presunção de inocência, a razoabilidade da ação legislativa punitiva, o respeito à liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Esses juízes constitucionalistas se sustentam na razão jurídico-constitucional, para ditarem seus comportamentos e suas decisões judiciais. Para eles uma Constituição é importante também para as minorias e para conter a fúria e a paixão das maiorias que, em dados momentos históricos, podem, sem freios constitucionais, desencadear involuções ao argumento de estatuírem progressos.

Pois há épocas em que o ânimo de fazer justiça pode levar a intoleráveis injustiças, como são os justiçamentos passionais e homicidas, e algumas açodadas e levianas prisões cautelares da atualidade, exposições midiáticas de simples investigados, sendo tomados como culpados antes de qualquer indiciamento ou denunciação, ou mesmo condenações.

Para esses Juízes uma Constituição é seguro critério de julgamento, em grandes causas públicas na história da Nação. É o mastro de Ulysses diante do canto atraente e destrutivo das sereias. Esses homens de toga julgam para a história, e não para o momento; eles plantam carvalhos para o amanhã e não couves para as próximas semanas (Rui Barbosa). Estão mais interessados em cumprir seus deveres com independência e vigor do que "ficarem bem" perante uma opinião pú-

blica sem opinião e sem chance de reflexão séria e fundada. Estão a defender, com seus comportamentos, a ética do Estado de direito. Esta ética se estriba sobre valores que devem animar a atuação dos operadores do direito em uma democracia livre, plural e efetiva.

A noção de moralidade pública utilizada em alguns dos discursos judiciais e midiáticos da atualidade brasileira, apesar da diferença de tempo, lugar e regime, parece ser a mesma que justificou o holocausto nazista; a prisão de Oscar Wilde; a discriminação racial que aprisionou Nelson Mandela e matou Luther King; alimentou a fúria do macarthismo no EUA e justificou atos de força e de exclusão política na era de Floriano Peixoto, Getúlio Vargas e do triunvirato militar pós 1964.

Essa mesma moralidade precipitou o triste fim do Reitor da UFSC, Luis Carlos Cancellier de Olivo (meu confrade de academia catarinense de letras jurídicas, homem justo e afável, de alto senso de dever público, querido e estimado por todos que o conheciam) e muitas outras arbitrariedades policiais, ministeriais e judiciais registradas na crônica atual.

A ética do estado de direito soa suas sirenes, que nos dizem que nesses temas de liberdades constitucionais, que são liberdades de todos, independe, para ter eficácia e ganhar vida, de quem, ocasionalmente, esteja sob o pálio protetivo dessas franquias legais. Essas liberdades, como o sol que nos ilumina, são para todos, sob uma Constituição democrática.

A crônica judiciária registra – e enquanto advogado tenho visto acontecer -, quanto ao tema das liberdades e de suas garantias processuais e materias, certo permissivismo judicial, um relativismo hermenêutico pernicioso em nome de correções morais, em nome de recortes moralistas feitos por juízes, promotores e mesmo advogados, que procuram, manuseando princípios, *standards*, cláusulas gerais, corrigir pretensas "falhas do legislador" e atender ao clamor das ruas.

Essas posturas dão vida a antigas práticas autoritárias, neofascistas, contrárias à ambiência democrática e ao regime de direitos e liberdades constitucionalmente posto.

Nesse mesmo clima, que assume ares antidemocráticos, temos vistos juízes serem criticados por cumprirem seus deveres constitu-

cionais de proteger essas liberdades asseguradas na Constituição e em Tratados Internacionais e normas legais. Vejam a diatribe de outubro de 2017 entre dois Ministros da Suprema Corte (Gilmar Mendes e Luis Roberto Barroso), em que um acusara o outro de decidir em prol da liberdade de acusados ou sentenciados.

Como já disse o Ministro Asfor Rocha, ex-presidente do STJ, se no passado juiz corajoso era o que condenava, no presente, corajoso é o que absolve ou liberta ou deixa de atender requerimento policial ou ministerial por que estão sem fundamento legal hábil.

Com tudo isso, devemos enfatizar: as sirenes da ética do Estado de Direito estão soando o alerta há algum tempo. Mas a comunidade jurídica ainda transita tranquila pelo convés enquanto o titanic da constitucionalidade está a afundar, após ter se chocado contra o "iceberg" do arbítrio e da banalização dos direitos e garantias fundamentais.

A comunidade jurídica, que tem o papel de consciência jurídica da Nação, não pode se calar diante de atos desta natureza. A Ordem dos Advogados deve permanecer atuante e em constante vigília cívica.

Precisamos lembrar que para tais retrocessos e abusos, que devem ser debelados, refletidos, não temos os problemas do passado ou de outros países. Pois não dispomos, no Brasil, de grupos paramilitares que tentam sublevar-se contra a governança civil; não temos grupos extremistas que queiram instituir a supremacia racial ou separatismo ao modo do grupo terrorista ETA em Espanha (País Basco); não temos insurgência militar nos quartéis, como mostra nossa história republicana; não temos um ditador na frente dos negócios de estado, como na Venezuela, com Chaves ou Maduro.

O que temos é o silêncio da comunidade jurídica, a passividade de alguns setores do judiciário em cumprir seu papel de terceiro imparcial e guardião da ordem democrática, notadamente no que toca aos direitos e garantias individuais, sobretudo as penais; o que temos é uma mídia que fatura sobre a desgraça e opróbrio do justiçamento sumário e inapelável de meros investigados; temos uma disputa entre poderes, que colocam em campo de batalha, de um lado, os "sem mandato", e de outro, os "com mandato"; temos uma demonização crescente das instituições democráticas, por quem tem a missão de

defender o regime democrático e seus consectários. Marginalizamos candidaturas, infantilizamos eleitores, com uma legislação eleitoral intervencionista e moralista.

Devemos persistir e lutar, e não olvidar as lições do alerta dado com a morte do Reitor da UFSC, nessa esgrima em defesa da legalidade democrática e da ética do estado de direito. A morte do reitor Cancellier não pode ser em vão! Ela pode nos ajudar a refletir a diferença entre as duas éticas, a do estado de direito e a do estado polícia.

Para trazer luzes sobre a ética do Estado de Direito, podemos tomar as lições do Professor Lourival Vilanova, em texto escrito há 40 anos, e de grave atualidade: "Nisso reside a norma de pensamento e de ação de todo jurista: buscar o Estado de direito não somente agora, mas sempre, perseguindo-o como fim, com todas as suas intrínsecas consequências (...). E (...) é através dos juristas (e políticos) e de entes institucionalizados assim, como este dos Advogados Brasileiros, que a nação toma consciência de si mesma: são órgãos da autoconsciência jurídica do país."[5]

O Professor Vilanova se referia à nossa classe, a dos advogados, como a "representação da institucionalização da inteligência responsável.". E nos atribuía, enquanto corporação de classe, o papel de "órgão da cultura jurídica, ocupando-se com ideias e ideais, com doutrinas, com teses, princípios, que, sem perderem seu teor de saber científico, prolongam-se como instrumento de ação."

O que viemos dizer, nesse importante momento nacional e de nossa Corporação, pode revelar a dimensão de uma escolha que a todos cabe fazer, em nossas vidas privadas ou profissionais: ou ficamos com a ética do Estado de direito, ou a ética do Estado de Polícia.

Que a comunidade jurídica nacional, cujo protagonismo cabe à Ordem dos Advogados do Brasil, lute e vença em prol da ética do estado de direito, que aqui propugnamos.

Muito obrigado.

---

5 Lourival Vilanova. "Fundamentos do Estado de Direito". *Revista Brasileira de Direito Público,* São Paulo, RT, ns. 43-44/21, jul.-dez./1977.

Texto XI

A POSSE DA MINISTRA E O MORALISMO (IN) JURÍDICO *OU DE COMO A CONSTITUIÇÃO ESTÁ COM SÉRIO DÉFICIT DE COMPREENSÃO E CONCRETIZAÇÃO*

Decisão tomada[1] por Magistrado exercente da titularidade da 04ª Vara Federal de Niterói, em 08.01.18, entendeu por impedir uma deputada federal, Cristiane Brasil, por decisão liminar, tomada em ação popular, de tomar posse na pasta do Ministério do Trabalho, eis que, segundo a petição inicial e documentos instruíntes da demanda, "a candidata" à ministra havia sido condenada em duas ações trabalhistas anteriores. E tal fato-ato-judicial evidenciaria "ofensa à moralidade administrativa", prescrita no artigo 37, caput, da Constituição Federal – violação ao princípio constitucional especial da moralidade administrativa[2]:

> "Em exame ainda que perfunctório, este magistrado vislumbra fragrante desrespeito à Constituição Federal no que se refere à mora-

---

1 Nos autos de processo n 0001786-77.2018.4.02.5102 (2018.51.02.001786-0), Autor João Gilberto Araújo Pontes e outros, Ré União federal e outros.

2 Para a compreensão pormenorizada desse princípio ver obra do administrativista Márcio Cammarosano, *O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa,* Belo Horizonte, Fórum, 2006. Para a categorização de princípios (estruturantes, gerais e especiais) segundo o grau de abertura e densidade, indicamos a leitura nossos trabalhos: Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 288 p; "Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas". In: LEITE, George Salomão (org.) *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, 429 p., p. 254-293. Para ver texto que tematiza a sua "concretização prudente": Juarez Freitas, "O controle dos atos administrativos e a moralidade administrativa no Direito Brasileiro: o princípio da probidade e os desafios da concretização prudente." In: – *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais,* 3 ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 177/208.

> lidade administrativa, em seu artigo 37, *caput*, quando se pretende nomear para um cargo de tamanha magnitude, Ministro do Trabalho, pessoa que já teria sido condenada em reclamações trabalhistas, condenações estas com trânsito em julgado, segundo os veículos de mídia nacionais e conforme documentação que consta da inicial – processos 0010538- 31.2015.5.01.0044, encerrado com decisão judicial transitada em julgado, (fls. 29/246 – note-se especialmente que operou-se o trânsito em julgado da decisão condenatória cf. fls. 169); e 0101817-52.2016.5.01.0048, encerrado com acordo judicial (fls. 323/324).
>
> É bem sabido que não compete ao Poder Judiciário o exame do mérito administrativo em respeito ao Princípio da Separação dos Poderes. Este mandamento, no entanto, não é absoluto em seu conteúdo e deverá o juiz agir sempre que a conduta praticada for ilegal, mais grave ainda, inconstitucional, em se tratando de lesão a preceito constitucional autoaplicável.
>
> (...). Trata-se de sacrifício de bem jurídico proporcional ao resguardo da moralidade administrativa, valor tão caro à coletividade e que não deve ficar sem o pronto amparo da tutela jurisdicional.
>
> (...).
>
> Defiro (...) provimento para suspender a eficácia do decreto que nomeou a Exma. Deputada Federal Cristiane Brasil Francisco ao cargo de Ministra de Estado do Trabalho, bem como sua posse."

O tema objeto de decisão, em verdade, é o direito político fundamental de participar da coisa pública, liberdade-participação (Celso de Melo) e as condições e restrições para o seu exercício[3].

Sabemos que as restrições aos direitos fundamentais se escalonam em diversos níveis normativos. Da Constituição à legislação ordinária. Há os limites expressos e os imanentes, quando tratamos de restrições de índole constitucional a tais direitos. Ou seja, quando a própria Constituição define as condições e limites para o exercício de tais direitos, a restrição ao direito fundamental em foco é de índole constitucional. Quando a Constituição, direta ou indiretamente, autori-

---

3 O melhor estudo, já produzido no Brasil, sobre o tema da restrição a direitos políticos fundamentais, é o de Néviton de Oliveira Batista Guedes, "Comentários aos artigos 14 a 16 da Constituição Federal" *in*: – SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio, *et all*. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2014, p. 660 e ss.

za o legislador ordinário a estabelecer a restrição ao direito fundamental, temos uma restrição de índole infraconstitucional, como é o caso do artigo 14, § 9º, da CF, que autoriza o legislador eleitoral a estabelecer outras hipóteses de inelegibilidades para cargos eletivos, para além das previstas nos demais parágrafos do dispositivo constitucional.

No plano da pré-compreensão constitucional, da teoria constitucional, temos a distinção entre regras e princípios constitucionais, que são normas com diferentes graus de densidade normativa, portanto, com diferentes graus de aplicabilidade (José Afonso da Silva[4]) e/ou diferentes medidas de concretização (Gomes Canotilho[5]/Friderich Müller[6]).

Ainda no plano da dogmática constitucional é sabido que quando tratamos de direitos fundamentais, as interpretações devem ser ampliativas, para operar a melhor concretização possível de tais direitos (Pontes de Miranda[7]/Carlos Maximiliano[8]). As restrições aos direitos e as liberdades fundamentais são tomadas em sentido estrito, e não em sentido ampliativo, extensivo.

Na nossa República deputados federais e presidentes se elegem por mandatos conquistados nas urnas populares; juízes ascendem aos seus postos por concurso público, não obstante alguns magistrados de tribunal, pelo quinto constitucional, passem por um crivo político e jurídico em processos de decisões colegiadas complexas (egressos da Advocacia e do Ministério Público); Ministros de Estado são nomeados e destituídos *ad nutum* pelo Presidente da República.

Temos então três formas diferentes de participar da coisa pública;

---

4 Cf. seu *Aplicabilidade das Normas Constitucionais,* 3 ed., São Paulo, Malheiros, 1992, 270 p.

5 Conforme seus *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.* Coimbra, Almedina, 1982, 539 p; e *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* Coimbra, Almedina, 1999, 1414 p.

6 Cf. seu *Métodos de Trabalho no Direito Constitucional*, 2 ed., São Paulo, Max Limonad, 2000, 121 p. Ver, especialmente, o capítulo III dessa obra, "Esboço de uma metódica do Direito Constitucional", nos subcapítulos 1, "Fundamentos de Metódica Jurídica", 2, "Elementos da Concretização da Norma", 3, "Hierarquia dos Elementos da Concretização", p. 51/108.

7 Ver seus *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*", 2ª ed., 1970, RT.

8 Cf. seu *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1988, 426 p.

de exercer o *status activus* (Jellinek); três veículos de seleção, a operar, em cada um dos cargos referidos, *o direito fundamental de participar do poder público*, de exercício de seus poderes e deveres, ritos e procedimentos – um pelas urnas; outro pelo concurso; e o terceiro, por nomeação de quem teve autoridade investida pelo voto popular na Chefia do Executivo federal.

E vejamos na Constituição da República, as normas (regras e princípios) que regem os requisitos e procedimentos para o acesso ao cargo de Ministro de Estado e ao mandato de Deputado Federal:

> "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
>
> Art. 14 (...) – A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (...):
>
> § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: (...) II – o pleno exercício dos direitos políticos; (...) VI – a idade mínima de: (...) c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;
>
> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)
>
> Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...). III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; (...) V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.
>
> Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado (...): I – investido no cargo de Ministro de Estado
>
> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: I – nomear e exonerar os Ministros de Estado;
>
> Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos."

O dispositivo 87 exige, objetiva e precisamente, a (i) nacionalidade brasileira, (ii) a idade de 21 anos e o (iii) livre exercício dos direitos

políticos, para ser provido o *candidato* ao cargo de Ministro de Estado, seja homem ou mulher (art. 5º, II, CF).

A inicial de ação popular e a decisão liminar proferida não referem falta de quaisquer dessas três condições, únicas aptas a impedir o acesso ao posto, segundo expressas regras constitucionais que não podem ser ponderadas, sopesadas, em face do difuso princípio da moralidade, que não possui densidade normativa suficiente para impedir o acesso ao cargo de Ministro de Estado, ainda mais diante da decisão-fato-judicial levada em conta: condenações em ações trabalhistas, que são ações ressarcitórias, e não sancionatórias de condutas, como são as ações penais e de improbidade, únicas ações/condenações que podem levar à suspensão dos direitos políticos, como lemos no artigo 15, III e V, da CF.

Tivesse havido condenação, com trânsito em julgado em ações penais (*que gera efeito anexo da condenação, por imposição constitucional, que independe de capítulo expresso da sentença*) ou de improbidade (*nesse caso deveria haver capítulo de suspensão dos direitos políticos de forma literal, expressa e inclusa na própria sentença*), aí sim, a Constituição da República imporia uma restrição à posse. Pois assim estaria presente o tema da moralidade administrativa conforme o plasmado pelo constituinte de 88. Ou seja, a moralidade na forma de improbidade administrativa praticada pela própria candidata a ministra, mediante reconhecimento em ação judicial própria (ação de improbidade), com trânsito em julgado ou a moralidade subjacente a uma condenação criminal transitada em julgado (ação penal): em ambas as hipóteses, e somente nestas, se levaria à impediência ao cargo ministerial, com fundamento na moralidade administrativa para o exercício do cargo de ministro de estado.

Reafirmamos que não há para a escolha de ministros "norma constitucional de eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa"[9], como vige para a escolha dos postos

9 O conceito de "norma com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa", é explicado no livro de Maria Helena Diniz, *Norma Constitucional e seus efeitos*, São Paulo, Saraiva, 1989, 153 p., p. 101-104: "Há preceitos constitucionais que têm eficácia mediata, por dependerem de norma posterior, ou seja, de lei complementar ou ordinária, que lhes desenvolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou do benefício consagrado. Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata,

eletivos, em fórmula símile ao do artigo 14, § 9º, da CR, densificado pela LC 64/90, alterada pela LC 135/10: "a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato".

Ou melhor: *não há regra constitucional autorizando o legislador ordinário a conformar a seguinte limitação legislativa*: "a moralidade para exercício de cargo de ministro de estado, considerada sua vida pregressa." E se a Constituição não autorizou ao legislador fazê-lo, também não autorizou o juiz a tanto, eis que, em verdade, a norma do artigo 87 é "norma constitucional com eficácia plena"[10], que exaure, em sua redação, todos os requisitos que devem ser atendidos para a valia da nomeação ao posto de ministro.

A regra do artigo 87 sim é autoaplicável, e não o princípio da moralidade administrativa do 37, *caput*, que, para ganhar concretude/eficácia/aplicabilidade, precisa concorrer com muitas regras e princípios constitucionais, expressos e implícitos, ou mesmo receber densificação legislativa, como a feita pela Lei 8.429/92 (lei de improbidade administrativa). De outra forma: a regra 87 é bastante em si, para regular os quesitos ao provimento do cargo de ministro; o princípio da moralidade administrativa não, esse depende de conformação concretizante elaborada pelo próprio legislador constituinte ou pelo legislador infraconstitucional, mas nunca, no caso presente e face ao disposto no 87, de conformação concretizante judicial.

---

pois, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem. Não receberam, portanto, do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, porque ele deixou ao Legislativo a tarefa de regulamentar a matéria, logo, por esta razão, não poderão produzir todos os seus efeitos de imediato, porém têm aplicabilidade mediata, já que incidirão totalmente sobre os interesses tutelados, após o regramento infraconstitucional." (p. 101/2).

10 O conceito de "norma constitucional com eficácia plena", é explicado por Diniz, *ob. cit*., p. 99: "São plenamente eficazes, as normas constitucionais que forem idôneas, desde sua entrada em vigor, para disciplinarem as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação, por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade de produção imediata dos efeitos previstos, já que, apesar de suscetíveis de emenda, não requerem normação subconstitucional subsequente. Podem ser imediatamente aplicadas. (...). O constituinte emitiu essas normas suficientemente, pois incidem diretamente sobre os interesses, objeto de sua regulamentação jurídica, criando direitos subjetivos, desde logo exigíveis, uma vez que se pode saber, com precisão, qual o comportamento a seguir."

É sabido que a nomeável é brasileira, tem mais de 21 anos, porque tendo sido eleita deputada federal, e a Constituição exigindo 21 anos para o posto eletivo, é claro que seu processo de registro fora deferido, ela fora diplomada e empossada, atendendo esse segundo quesito para o posto. Ademais, sendo deputada federal, esta fica imune à perda do mandato, quando assumir ministério (52, I, CF).

Pela regra da Constituição, nomear ou demitir Ministro, é ato político que só pode ser feito pelo Presidente da República (e os atos políticos tem uma sindicabilidade judicial restrita, segundo nossas tradições jurídicas...). Um juiz só pode ter atuação indireta, e eventualmente antecedente, neste tema, ao proferir decisão condenatória em temas penais ou de improbidade. Ou poderia até fazê-lo em ação popular, em proteção da legalidade constitucional, caso a nomeável não tivesse 21 anos, estivesse com os direitos políticos suspensos ou não fosse brasileira! Todavia, não se mostraram ao caso quaisquer dessas três situações. Os três elementos exigidos pela regra constitucional, para investidura no cargo de ministro, foram atendidos.

A deputada federal em questão foi eleita, diplomada e empossada no mandato eletivo. Assim presumida elegível diante de todas as normas constitucionais e ordinárias que preveem condições de elegibilidade ou inelegibilidades.

Todo o tema de moralidade administrativa como pressuposto para o exercício de mandato parlamentar federal foi densificado pelo legislador eleitoral, nas hipóteses descritas pela LC 64/90, com as alterações da LC 135/10. E o legislador o fez, não só porque autorizado pela Constituição, mais porque nesses temas, de restrições a direitos políticos fundamentais (de votar e ser votado), cabe a uma lei complementar, lei de *quorum* qualificado, estabelecer outras restrições para além do texto constitucional. Princípio da legalidade qualificado pela exigência de lei complementar.

A decisão judicial é criticável e reformável não só em face do princípio constitucional estruturante da separação de poderes, que não exaure sua normatividade na literalidade do artigo 2º da CF, mas demanda a compreensão articulada de inúmeras regras de competência dos órgãos constitucionais, como é o caso do artigo 84, I, que prescre-

ve, exclusivamente, ao Presidente da República, o poder de nomear ou destituir ministros de estado.

Também face aos princípios de metódica constitucional (Canotilho) a decisão deve ser analisada e revista. Podemos referir dois desses princípios de interpretação constitucional: *princípio da unidade de constituição* e o *princípio da justeza ou conformidade funcional*[11]. Pelo primeiro – *unidade da constituição* -, é necessário considerar que todas as normas da Constituição tem igual valor e não apresentam contradições na densificação/concretização entre princípios e/ou regras – ou seja, o intérprete deve entender o valor de todas as normas constitucionais, sem discriminações arbitrárias, somente inteligindo e aplicando as discriminações feitas pelo próprio texto constitucional; pelo segundo princípio hermenêutico – *justeza ou conformidade funcional* -, o intérprete não pode interpretar as regras de competências e procedimentos pré-estabelecidos no texto fundamental, de modo a subvertê-las, ou seja, não pode deslegitimar uma competência do Executivo traçada na Constituição, sem causa justa e fundada, que, no caso presente, deveria ser a ausência de 21 anos, suspensão dos direitos políticos ou falta da nacionalidade brasileira.

A decisão judicial, ao introduzir um novo elemento condicional ao ato de posse da ministrável, não positivado pela Constituição ou pela lei infraconstitucional, subverteu o *princípio da justeza ou conformidade funcional* em dois níveis: de um lado, deslegitimando indevidamente a competência presidencial; de outro, invadindo a seara do próprio constituinte, ao estabelecer quesito judicial sem lastro normativo-constitucional ou legal para o cargo de ministro de estado[12]. Assim, o Judiciário se fez legislador *ad hoc*, esquecendo que sua atividade é exercício de poder *sub legem* e *sub constitu-*

---

11 Cf. Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação Constitucional*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1997, p. 91.

12 "Apenas ao Poder Legislativo, nos limites e nos termos estabelecidos pelo texto constitucional, é dado aprimorar o sistema jurídico, sem que lhe seja permitido substituir os valores constitucionais e avançar nas restrições impostas pelo núcleo que dá identidade ao sistema, seja manifestado pelas cláusulas pétreas, seja decorrente dos princípios estruturantes." Cf. Eneida Desiree Salgado, "Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 117, p. 193-217, 2018, p. 199.

tionem (Celso Antonio Bandeira de Mello[13] e José Carlos Barbosa Moreira[14]). Pois, não poderia ter inovado, primariamente, a ordem jurídica, tarefa exclusiva do constituinte, do legislador de reforma constitucional ou de leis infraconstitucionais[15]...

Assim, pensamos, a normatividade constitucional vigente, a teoria dos direitos fundamentais, a dogmática constitucional, os princípios de interpretação constitucional, vistos de forma mui concisa, indicam que a solução alvitrada no ato judicial é *ultra vires*, desbordante dos limites da jurisdição, afrontante do direito político fundamental de participar da coisa pública e escorchante da competência presidencial de nomear ministros de estado.

O que temos criticado, ao lado de importantes autores, como – *e. g.* Lênio Streck[16], Marcio Cammarosano, Néviton Guedes, Eros Grau,

---

13 Cf. *Curso de Direito Administrativo*, 5 ed., São Paulo, Malheiros, 1994, 526 p.

14 Cf. seu artigo "A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito." *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, ano 19, nº 19, 1978/1979/1980, p. 281 a 294.

15 "Há questões importantes sobre as quais o legislador simplesmente não pode decidir e o julgador obviamente não pode deliberar, sob pena de a decisão pública ser francamente inadmissível (ao menos do ponto de vista de certa ordem constitucional)." Cf. Emerson Gabardo, "Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988". *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017, p. 83.

16 Sobre o mesmo caso e assunto, vale ler o que Lênio Luiz Streck escreveu em sua coluna semanal no site Conjur, *Revista Consultor Jurídico*, 11.01.18, sob o título "*Judiciário quer nomear ministros: sugiro para a Saúde um não fumante*!": "Esta coluna não está preocupada com o destino nem do Ministério do Trabalho e nem da quase-ministra deputada Cristiane Brasil. O que quero discutir é o aspecto simbólico da interferência do Judiciário em assuntos que não são de sua alçada. Pois bem. Dentre as 27 atribuições do presidente da República previstas na Constituição do Brasil, a primeira delas deixa claro *que é de sua competência privativa nomear e exonerar ministro de Estado (artigo 84, I da CF/88)*. O argumento de que a deputada seria imoral para ocupar o cargo, pelo fato de que já foi condenada por duas reclamatórias trabalhistas, é redondamente frágil. (...) Nem estou dizendo que a argumentação moral, a argumentação política e a retórica são frágeis. Não importa. A argumentação *jurídica* — essa, sim, a que importa de verdade — é frágil *justamente porque se afasta da racionalidade própria do Direito*. (...) Legitimar uma decisão ativista porque concordamos com a racionalidade moral ali pressuposta nada mais é do que legitimar que o Direito possa ser filtrado pela moral. (...). Afinal, se o juiz escolhe como quer, não há critérios, e não mais poderemos exigir o cumprimento da lei. (...) Numa palavra final: se a racionalidade jurídica for substituída pela racionalidade moral, não servimos para nada. Fechemos as faculdades de Direito e matriculemo-nos todos em faculdades de filosofia moral. (...) Eis aí (...) a diferença entre Direito e moral. Entre a racionalidade jurídica e os argumentos morais. Ou a moralização do Direito. Não se pode olhar a política

Dimitri Dimoulis[17], Adriano Soares da Costa[18], Luiz Eugenio Scarpino Jr.[19] -, é o moralismo *contra constitutione*[20]. Açulado pelo voluntarismo judicial salvacionista que quer corrigir o direito positivo vigente, seja ordinário ou constitucional, por seus próprios critérios morais, substituintes dos critérios de conveniência e oportunidade da instância política constitucionalmente competenciada: o Congresso Nacional.

E tal postura moralista[21] – corretora do direito vigente – resulta da própria decisão do magistrado – insuflada por uma hábil provocação advocatícia – na qual "se positivou" que as condenações trabalhistas em foco seriam fatos-judiciais aptos a impedir a posse, por força do princípio da moralidade administrativa, sem qualquer decisão legislativa antecedente vertida pelos canais democráticos de feitura de leis.

Esse caso é apenas mais um que ganhou repercussão nacional e demonstra, para os estudiosos do Direito Público, o quanto nossa Constituição, seu sistema de limitação de poderes e de direitos fundamentais está sendo mal compreendida por alguns segmentos e agentes do Judiciário; mal aplicada e mal concretizada, por quem jurou solene-

---

como ruim a *priori*. Se o presidente erra na nomeação de um ministro, o ônus é dele. É o ônus da política. Se não fosse "por nada", não há previsão constitucional que autoriza o judiciário barrar esse tipo de ato administrativo sob argumentos subjetivos."

17 Cf. seu artigo "Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico", in *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio, Lumen Juris, 2009, p. 213/226.

18 Cf. seu livro *Instituições de Direito Eleitoral*, 9 ed., Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 16-17.

19 Cf. seu *Moralidade Eleitoral e Juristocracia: análise crítica da Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar n. 135/10*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. 274 p.

20 Ver sobre as várias facetas do moralismo e sua anteposição aos direitos constitucionais, tanto na atividade judicial como legislativa, o estudo de Emerson Gabardo, "Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988". *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017. Também Eneida Desiree Salgado, "Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 117, p. 193-217, 2018.

21 "... os tribunais passam a deliberar tendo uma pretensão moral perfeccionista (...), os juízes brasileiros buscam a todo tempo ´corrigir o Direito com base na moral´." (p.70). "A deformação da leitura moral no Brasil redundou num abandono do constrangimento das autoridades públicas tomadoras de decisão em utilizarem argumentos extraíveis da moralidade pública que elas mesmas elegem como dominante (...). Uma moralidade de um protagonismo tão significativo que passou a concorrer tanto com o interesse público quanto com os direitos fundamentais como critério de decisão (...)." (p. 73), cf. Emerson Gabardo, *ob. cit.*

mente respeitá-la e protegê-la, em toda extensão de seu *corpus* normativo, sem a promoção de raciocínios moralistas corretores do direito positivo, eis que não é pelo Judiciário e pela moral que se pode alterar o direito produzido nas fornalhas da democracia constitucional[22].

Desfecho do caso: a AGU recorreu ao TRF, e foi negada liminar em agravo de instrumento para suspender a decisão e garantir a posse. Em pedido de suspensão de liminar, o Presidente do STJ, em 20.01.18 (sábado), suspendeu a liminar dada na ação popular[23], para garantir a posse na segunda-feira, dia 22.01.18. No domingo, 21.01.18, a Ministra Presidente do STF, Carmem Lúcia, em medida cautelar em Reclamação, suspendeu a decisão do STJ[24] e restabeleceu a eficácia impediente da decisão de primeiro grau. Passadas algumas semanas, o então Presidente Michel Temer, desgastado com a situação, revogou o ato de nomeação e escolheu outro nome à pasta de governo.

Assim, lamentavelmente, o caso judicial perdeu o objeto sem que o Judiciário tenha proferido decisão colegiada sobre o mérito da demanda e das questões que ela suscita à constitucionalística e à democracia constitucional brasileira.

---

22 "Se há alguma moral que possa ser utilizada como vetor para a tomada de decisões, é a moral objetivamente plasmada na Constituição, não havendo autorização para fundamentalismos axiológicos para além das decisões constituintes." (p. 200/01) "A moralidade toma o lugar da Constituição e de legalidade também quanto às faculdades do Presidente da República. A Constituição estabelece que "compete privativamente ao Presidente da República nomear e exonerar os Ministros de Estado" (artigo 84, I), entre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos diretos políticos (artigo 87), sem participação ou autorização dos demais órgãos de soberania. (...). Tudo isso foi ignorado em nome da leitura privada moral do julgador." (p. 207). Cf. Eneida Salgado, ob. cit. "Desde o rompimento com o absolutismo, a simples detenção dos poderes de um ofício público não legitima mais as autoridades a decidirem conforme sua sabedoria e poder. Todas as suas decisões necessitam ser legitimadas pelos procedimentos e meios utilizados. Na modernidade, não cabe à autoridade julgar os meios que lhe são postos à disposição pelo sistema jurídico, pois só quem é soberano pode decidir sobre os limites do seu próprio poder. E a soberania, no Estado de Direto, é da Lei e não da autoridade (...)." (p. 86). Emerson Gabardo, ob. cit.

23 No processo de Suspensão de Liminar – SLS n. 2.340, conforme notícia *"STJ cassa liminar e permite que Cristiane Brasil assuma Ministério do Trabalho"*, 20.01.18, https://www.conjur.com.br/2018-jan-20/stj-cassa-liminar-permite-cristiane-brasil-assuma-ministerio? , *acesso em 28.03.19, 9:39h.*

24 No processo de Reclamação com Medida Cautelar – RCL n. 29508 MC / DF: conforme notícia divulgada no Conjur, "Cármen Lúcia suspende posse de Cristiane Brasil no Ministério do Trabalho", *https://www.conjur.com.br/2018-jan-22/carmen-suspende-posse--cristiane-brasil-ministerio-trabalho, acesso em 30.03.19, 19:41.*

Texto XII

DISCURSO DE POSSE DE RUY SAMUEL ESPÍNDOLA NA ACADEMIA CATARINENSE DE LETRAS JURÍDICAS – *CADEIRA DE N. 14 – PATRONO ACÁCIO BERNARDES*[1]

Ilustres Confrades, para saudá-los nomino o Acadêmico Prof. Dr. Cezar Luis Pasold, emérito Presidente deste colendo Sodalício,

Ilustre Vereador Célio Dias, Bacharel em Direito e ex-Presidente desta colenda Edilidade, neste ato representando a atual presidência desta histórica Casa Legislativa, casa que nos recebe com espírito cívico, emprestando este sagrado ambiente parlamentar para o culto às letras jurídicas e à memória do grande catarinense Acácio Bernardes,

Distintas Autoridades dos Poderes Constituídos federais, estaduais e municipais, presentes nesta sessão, já referidas na voz do ilustre Acadêmico e Vice-Presidente da ACALEJ, Prof. Dr. José Isaac Pilati,

Ilustradas Autoridades ligadas ao universo do Direito e da Advocacia, também já nominadas,

Meus queridos familiares: pais, esposa, filhos, irmãos, cunhadas, sobrinhos e primos aqui presentes, para cumprimentá-los destaco Tiago Augusto Espíndola, sobrinho estudioso que colará grau em Direito no ano vindouro,

Estimados amigos,

Distintos colegas do foro,

Minhas senhoras e meus senhores,

1 Solenidade ocorrida em 28.11.14, as 19:30h., Plenário da Câmara Municipal de Vereadores de Blumenau.

I

Experimento um grandioso e emocionante momento de minha existência, neste plenário consagrado à representação popular do denodado povo blumenauense.

Blumenau é terra ligada à vida de meus antepassados e colaterais. Rico torrão onde nasceu meu pai Ary Espíndola e onde jazem os restos mortais de meus avós paternos Domingos Henrique e Maria Eleonor Espíndola, assim como os de meu tio Raul Espíndola.

Na FURB estudei Direito, assim como meu irmão caçula Jaison Maurício Espíndola, Procurador do Município de Itajaí, e meu irmão do meio Glauco Anderson Espíndola, Psicólogo na Prefeitura Municipal de Blumenau, lecionou Psicologia Judiciária no seu Curso de Direito.

Essas belas lembranças de minha vida e família, o motivo da nossa reunião e a honraria do instante são razões de imensa alegria e satisfação para as quais minhas palavras não conseguem traduzir a devida dimensão do meu sentir, nesta hora abençoada pela graça de meus contemporâneos.

Celso Lafer, ao tomar posse também na cadeira de n. 14, mas da Academia Brasileira de Letras, sucedendo a Miguel Reale, disse: "O conhecimento está ao nosso alcance. O reconhecimento não. O reconhecimento é algo que podemos aspirar, mas que não nos cabe reivindicar. É um dom, um prêmio que nos é conferido pelos outros na pluralidade da condição humana."

Este prêmio que os meus sensíveis confrades me concedem, me distingue, me honra, me coroa. Engalana uma trajetória acadêmica e profissional repleta de belas lembranças e de gratidão por tantos que contribuíram iluminando meus passos até este auditório, neste momento, cercado de tão boas companhias e com tão altaneiros propósitos.

II

Apreendi desde cedo, no carinho do lar paterno, que a gratidão é um valor e deve ser demonstrada sem parcimônia. E o meu primeiro agradecimento é aos meus amados pais, Ary e Selma Espíndola, que aqui se fazem presentes e que me ensinaram o amor do trabalho e do conhecimento, o valor da boa educação e de viver uma vida reta. Pois

é do meu berço que vêm os primeiros alicerces de minhas crenças, de minhas forças morais, o gosto pelo saber e pela liberdade, donde vêm os sólidos exemplos de dignidade que levo para minha vida e que quero legar aos meus filhos, Maria Luísa e Enzo, aqui também presentes.

E agradeço à minha amada esposa Andreia, pela linda família que constituímos e que dá profundo sentido à minha vida de homem, marido e pai. Por me estimular, por estar ao meu lado, e ser condescendente com as minhas ausências e uma crítica participante em minha caminhada de advogado e estudioso do direito. Hoje, exatamente, faz 16 anos que a pedi em casamento e ela aceitou!

Agradeço aos meus professores, de todas as fases da minha rica experiência escolar, da Escola Primária às Universidades, destacadamente a FURB, a UFSC e a UFPR. Os mestres são esculpidores de almas, e a minha foi talhada por muitas mãos.

Entre tantas queridas mestras do ensino primário, ginasial e médio, destaco o nome de minha mãe Selma Roncelli Espíndola, minha professora na quarta série primária, na Escola Básica Agar Alves Nunes, em Otacílio Costa, minha querida terra de criação – mãe-professora que me ensinou: "busque conhecimento, não notas", "busque saber de verdade, e não de mentira"; "leia meu filho, leia e leia muito, pois é nos livros e no trabalho que fazemos a nossa vida e a do País"; "a riqueza está no saber e no ser, não no ter e no possuir"; "quanto mais você conquista para si, mais você deve à sociedade"; "quanto mais você sabe, mais você é responsável por quem não sabe"; "lute pela verdade, lute pela justiça"; "é na luta, no sacrifício e no trabalho que se faz um homem de verdade"; "o dever antes do prazer". Dona Selma, todo esse seu lindo verbo se fez carne em meu espírito desde a meninice.

Aos meus professores da Universidade Regional de Blumenau, entre os quais – sem esquecer tantos outros – destaco o nome do Prof. Dr. João José Leal, cuja obra é homenageada nesta sessão, que me inoculou a paixão pelo Direito Penal, disciplina cujas leituras me abriram o universo da luta pelas liberdades na pugna pelo respeito às garantias legais e constitucionais dos cidadãos; ainda de minha Alma Mater, a FURB, destaco o nome e a memória de meu saudoso Mestre Evaristo Paulo Gouvêa, hoje também aqui homenageado, meu Professor de Teoria Geral do Estado, o primeiro a me incentivar aos estudos de

pós-graduação e à docência.

Aos meus professores do Mestrado em Direito da Universidade Federal de SC, entre os quais, neste momento, sem olvidar outras figuras que me foram luminares, destaco o Prof. Dr. Cesar Luis Pasold, meu Professor de Teoria Política, que me apresentou a obra inspiradora de Norberto Bobbio, obra que tanto influenciou minha formação de jurista e repúblico. Ele é responsável por inúmeros estímulos e oportunidades em minha jornada acadêmica.

Agradeço aos meus companheiros de advocacia, nestes 20 anos no exercício da apaixonante profissão completados em meados de setembro último. Quero enumerar, entre tantos colegas, apenas dois, sem olvidar outros mais: ao Dr. Paulo Armínio Tavares Buechele, colega de mestrado e amigo, parceiro de advocacia há 15 anos, modelo de advogado e de orador perante os tribunais de nosso Estado e País, que me apresentou meu querido sócio, o meu irmão de coração, Rodrigo Valgas dos Santos.

E quero agradecer, fervorosa e sensivelmente, a Rodrigo Valgas pelos 19 anos e 08 meses de peleja advocatícia ao meu lado e em sociedade, sendo para mim um exemplo de homem reto, de jurista e de estudioso do direito, de professor universitário, de conferencista nacional, de brilhante advogado e arguto tribuno, cuja força de seus argumentos estampa a alta qualidade do que a boa advocacia, em solo barriga-verde, pode mostrar aos escaninhos da brasilidade, seja aos do Poder Judiciário, em quaisquer de suas instâncias, seja aos da Administração Pública, em qualquer nível da federação.

Agradeço a minha combativa corporação, a Ordem dos Advogados do Brasil, tomando de empréstimo os nomes das modelares advogadas Ana Cristina Blasi e Sandra Krieger, ilustradas integrantes da diretoria do conselho seccional catarinense, pelos desafios postos à minha responsabilidade e pelo imerecido destaque dado ao meu nome em tantos eventos e momentos.

Não posso deixar de mencionar outras 03 beneméritas instituições da cultura jurídica catarinense, das quais sou membro, e que me tem oportunizado socialização de leituras e rica interlocução: o Octagenário Instituto dos Advogados de Santa Catarina, o Instituto de

Direito Administrativo de Santa Catarina e a Academia Catarinense de Direito Eleitoral.

E penhoradamente, aos meus ilustrados confrades da ACALEJ, pelo galardão que me concedem com a posse nesta nobilitante cadeira de n. 14, que leva emoldurada em seu espaldar, com letras de ouro, o nome do seu patrono, o Jurista, o Professor, o Tribuno do Júri, o Advogado Acácio Bernardes. E nessa augusta confraria, entre todos os seus seletos componentes, para os quais registro a minha gratidão, gostaria de destacar o nome do seu ilustre Vice-Presidente, Professor Doutor José Isaac Pilati, que me saudou tão generosamente, e por ser o responsável pela indicação do meu modesto nome.

O Professor Pilati é reconhecido não só por sua elevada cultura jurídica, por suas obras, por ser o professor querido e destacado de seus alunos de graduação e pós-graduação, mas também porque dele rebrilha um modelo de sabedoria e humildade, de exemplo de proceder no universo das letras, com a discrição e a serenidade dos grandes mestres.

III

Desde o início de meus estudos jurídicos, em 1987, quis ser professor universitário. Queria dedicar-me, com preponderância, à vida acadêmica. Com este fim, 18 dias depois de graduado em 22.02.92, entrava ao Mestrado no CPGD-UFSC.

Tendo concluído o período de bolsa da CAPES, naquela época de 30 meses, precisava trabalhar. Então, com o apoio do Mestre João José Leal fui admitido na Faculdade de Direito de Brusque, em agosto de 1994, como Professor de Direito Constitucional.

E no mês seguinte, atendendo a convite de meu pai, então Prefeito de Otacílio Costa, passei a exercer a função de assessor jurídico do poder executivo municipal, ao argumento paterno de que se fazia eu Mestrado em Direito na UFSC para ser professor, deveria também fazer um doutorado na P.M.O.C, para fazer-me um advogado que merecesse o título.

E a feliz experiência mostrou-me algo maior do que eu esperava: descobri-me Advogado, apaixonei-me pela Advocacia, e passados 20 anos, tenho a convicção que nasci para viver e morrer como tal, na glória exte-

nuante e recompensadora desta profissão, que exige, sem reservas, neste sacerdócio, o melhor de nossas forças morais e intelectuais, o melhor de nossos talentos. Defino-me como um Advogado a que muitos concedem o título já imérito de professor, pois o ofício docente exige de mim muito mais tempo e dedicação do que tenho conseguido a ele destinar.

Nessas duas vivências de minha vocação, tenho habilitado minhas argumentações perante os tribunais, em todas as instâncias da justiça brasileira, na pugna pelo respeito à Constituição e ao seu sistema de direitos fundamentais. Também tenho percorrido o Estado e o País, e às vezes o Exterior, com a mesma bandeira, mas conferenciando ou debatendo na tribuna do uso público da razão, no tribunal da ciência e nos foros de reflexão sobre o Direito. E meus singelos escritos, endereçados ao público leitor, empreendem a mesma luta cívica.

A fé que tenho no Direito é a do respeito intransigente às garantias constitucionais e legais, em toda e qualquer situação que se apresenta à cena pública da Justiça ou da Nação, na linha professada pelo grande brasileiro, o imortal Rui Barbosa[2], que desde a minha pia batismal, por benfazejos de minha mãe, de algum modo, sempre esteve presente, com suas lições, em minha vida.

Na fé que professo, o direito juridicamente adequado e as franquias constitucionalmente sustentáveis jamais devem ceder diante do "politicamente correto" e do "moralmente apetecível".

Tenho visto com preocupação a demonização crescente da política e dos políticos, no pelourinho da imprensa e da opinião pública, como grande malefício à democracia representativa. E tenho visto no âmbito do justo e necessário combate à corrupção uma sobrevalorização desmedida à moralidade administrativa com certo descaso às garantias constitucionais e legais dos acusados.

Em nome da correta vontade de punir tem se buscado, entre nós, o periclitante atalho das condenações apressadas ou das pré-condenações, muitas vezes dadas sobre meras presunções sem base legal ou

---

2 Sobre Rui Barbosa, publicamos artigo no site Conjur, *Revista* ***Consultor Jurídico****, 7 de abril de 2019, 6h53*intitulado "Contribuição de Rui Barbosa é única e transcendente ao seu tempo", *https://www.conjur.com.br/2019-abr-07/ruy-espindola-contribuicao-rui--barbosa-transcende-tempo?*, acesso 07.04.19, 21:07.

com a inversão do ônus da prova de modo inconfesso, em prejuízo dos acusados, para além de outros abusos judiciais ou ministeriais – isso tem ocorrido em processos criminais, de improbidade, eleitorais ou de contas públicas; essas atitudes transformam o nobre ofício de julgador em abonador de débeis acusações ou auxiliar de promotorias incautas, o que enfraquece a ideia de Estado de Direito e coloca em perigo o exercício imparcial da jurisdição.

E nessa quadra histórica os advogados assumem papel de extrema relevância para combater o arbítrio no interior das democracias – sim o arbítrio, o abuso, venha de onde vier, seja dos poderes públicos ou dos poderes sociais. No regime democrático não poderemos jamais descuidar dos direitos e liberdades dos cidadãos, nem mesmo diante dos mais altaneiros interesses públicos, que nunca serão maiores que o dever de respeito à Constituição e ao seu sistema de direitos fundamentais.

IV

E diante dessas nobres exigências da civilidade, a figura modelar, a memória da vida e obra, a lembrança da ação de Acácio Bernardes, Advogado que alcançou renome no Estado e no País, por sua atuação nos tribunais, deve a todos inspirar, a todos fortalecer, a todos iluminar, especialmente aos advogados defensores das liberdades.

René Ariel Dotti, um dos Penalistas mais festejados do País, renomado internacionalmente, assegurou que com o falecimento de Acácio, ocorrido em 1996, perdeu Santa Catarina a maior expressão do júri de sua história, e até hoje ninguém o sucedeu no nobre e desafiador posto em solo barriga-verde.

Acácio teve seu nascimento, vida e morte, marcados pela advocacia, pela paixão e dedicação abnegadas à vocação que lhe era irresistível. Aos olhos de todos que o conheceram, a beca lhe caia como a segunda pele, e a tribuna como prolongamento natural de sua fisiologia, como espontânea expansão de seu espírito.

Tive a feliz ventura de conhecê-lo, estando em sua encantadora companhia, ao visitá-lo no seu escritório, na sala de aula como aluno ou nos corredores da FURB como um de seus jovens interlocutores, ou nos átrios dos fóruns nos quais realizou alguns de seus célebres júris, como seu ouvinte e admirador. Ele foi paraninfo de minha tur-

ma de bacharelado em direito, tendo proferido inesquecível discurso em honra à profissão e ao dever dos advogados, no qual citou ensinamentos de Rui Barbosa, que confessadamente o inspirara na profissão e na vida. E disso são testemunhas as minhas queridas colegas de bacharelado aqui presentes, Professoras Raquel Schöning, Rosane Maçaneiro e Adriana Bina da Silveira.

Acácio me tinha estima e sempre destinou a mim aquela atenção carinhosa que o bom mestre dá aos seus discípulos. Por isso também, para mim, se agigantam a honra e a emoção deste momento.

Há mais de duas décadas firmei laços de amizade com sua filha Célia Ody Bernardes, competente juíza federal e aqui presente, e fui apresentado recentemente ao talentoso político, advogado e professor de direito penal, Napoleão Bernardes Neto, Prefeito desta grandiosa cidade, filho que guarda o sorriso carismático e a lembrança viva da figura e porte de seu pai.

Acácio tinha um olhar penetrante, profundo, olhos escuros como pérolas negras, que atraiam vivamente quem ouvia sua voz altissonante e imponente de tribuno. Sua dialética, seu poder de argumentação, sua coragem e impetuosidade na defesa das causas que abraçava, lhe notabilizaram em toda Santa Catarina e no País. Sua inteligência e cultura, sensibilidade e formação, desenvoltura e presença de espírito, no júri e fora dele, o fizeram ser sinônimo, em solo catarinense, de advogado tribuno ou de advogado perspicaz. Era comum se dizer, e isso testemunhei várias vezes: “és um Acácio Bernardes”, “queres ser um Acácio Bernardes”, “deves ser como Acácio Bernardes”.

Acácio nasceu numa efeméride cara aos advogados brasileiros. Nasceu em 11 de agosto de 1937, dia consagrado aos advogados, na cidade de Camboriú, SC. Filho de Napoleão Bernardes e Laura Raimundo Bernardes, teve 13 irmãos, entre os quais quatro advogados, aqui presente o Dr. João Bernardes, advogado civilista de escol.

Acácio teve quatro filhos: o primeiro, Caio Cesar Bernardes; os três últimos, Célia, Napoleão e Caio Vinicius Ody Bernardes, este falecido a 14 de janeiro deste ano, fruto de sua união com Dona Maria Célia Ody Bernardes, viúva aqui presente.

Entre meado dos anos 40 e meado dos anos 50 ingressou no semi-

nário dos irmãos maristas, em tempo integral, na cidade de Curitiba, no qual estudou com afinco humanidades, latim e grego, leu o melhor da literatura brasileira e universal, lavrando, com a voracidade dos que tem amor ao saber, tudo o que lhe caía às mãos em forma de livro.

E os livros, notadamente os livros jurídicos, marcaram a sua forma de ganhar a vida, no sustento próprio e de sua prole. Na década de 50, após sair do seminário, tornou-se representante comercial da afamada Editora Lex, que fornecia livros à cultura do foro em todo o Brasil. Na década de 70 estabeleceu a Livraria Universitária, em frente à Universidade Regional de Blumenau.

Em 1972 iniciou seu curso jurídico, formando em direito, com 38 anos, em 19 de março de 1976. Foi orador da turma e conta-nos Dona Maria Célia, que seu discurso foi considerado subversivo à época, em plena ditadura militar, e houve temor de que saísse preso após discursar da tribuna do Teatro Carlos Gomes.

No mesmo ano de sua formatura iniciou seu trabalho como advogado na área do direito penal e durante os 20 anos seguintes fez centenas de júris, inclusive o último fora no dia anterior ao seu passamento. Júris que irradiaram seu nome para além de seu torrão e para além de seu tempo.

Em 1982 se candidatou ao Senado da República e nas eleições estaduais de 1986 à governadoria do Estado de SC, ambas as candidaturas pelo PDT de Leonel Brizola.

Em 1985, ampliou intrepidamente sua advocacia cívica, ajuizando ações populares que lhe resultaram em ameaças de morte. Um desses casos emblemáticos foi a ação popular que discutia tema de aposentadorias de fachada, no âmbito de um dos poderes constituídos de nosso Estado.

Em 01.08.88, no semestre de promulgação da nova Constituição da República, começou a lecionar Direito Penal na FURB, disciplina da qual se tornou professor titular por concurso público. Lecionou ainda as disciplinas de Criminologia, Direito Econômico, Direito do Consumidor e Direitos e Garantias Fundamentais. Ocupou funções no corpo dirigente do Centro de Ciências Jurídicas da FURB, onde exerceu o cargo de Chefe de Departamento de Direito Público, no biênio 93/94.

Em 1994 lança sua candidatura à reitoria da FURB. Lembro-me

que, por ocasião desta campanha, esteve na FEBE, junto aos meus alunos, cujo curso de direito era extensão da FURB naquela época, para expor seus planos alvissareiros à Universidade de Blumenau. Essa foi uma das últimas vezes que estive em sua companhia.

Professor muito querido por seus alunos, era muito concorrido para honraria dos discentes em suas formaturas, e seguidas turmas de formandos, desde o início dos anos 90 e mesmo depois de sua morte, o tiveram como paraninfo, patrono ou nome de turma.

A 28 de agosto de 1996, aos 59 anos, falece em acidente na BR 101. Tendo retornado de júri do dia anterior na cidade de Turvo, Sul do Estado, partira de Blumenau, sede de sua advocacia, para um novo júri na cidade de Balneário Camboriú. Tombou como o guerreiro em bom combate, que ao morrer traz à mão a espada enriste; pereceu lutando bravamente, como se espera dos homens que fazem a história do direito e da advocacia, nas batalhas pela liberdade.

Estando em Otacílio Costa naquela triste data, recebi a notícia do infausto no mesmo dia, e desloquei-me incontinenti para a cidade de Camboriú, comparecendo em suas exéquias, onde seu corpo encontrava-se em vigília no átrio da Prefeitura Municipal.

Ao chegar, impressionou-me uma vez mais, ao ver que sobre seu ataúde encontrava-se estendido, a cobrir-lhe quase que toda a dimensão do esquife, o símbolo da profissão que o distinguiu diante de seus coetâneos e o consagrou à glória imortal no beneplácito desta augusta Academia – naquele momento, sobre sua urna funerária, lhe cobria a beca dos advogados, o manto sagrado de nossa profissão, como um consagrador estandarte de uma vida dedicada ao tribunal do júri, à advocacia e às letras jurídicas.

Que o nome do Jurista, do Professor, do Advogado, do Tribuno Acácio Bernardes, figure para sempre na memória desta Cidade, Estado e País, como exemplo a guiar os passos dos advogados e homens do direito, pois nesta Academia, emoldurado ele encontra-se, à imortalidade, como patrono da cadeira de número 14, que tenho a subida honra de ocupar, vez primeira, a partir desta data solene, mercê da elevada generosidade de meus ilustres confrades.

Muito obrigado!

POSFÁCIO DO AUTOR

Iniciei o curso de graduação em Direito em março de 1987, na Universidade Regional de Blumenau (FURB, SC). No mês anterior, o processo constituinte havia sido deflagrado por emenda à Constituição de 1967, por iniciativa do então Presidente da República José Sarney.

O Brasil consolidaria a transição política, inaugurada em 1984, com uma nova Constituição (e sua consequente práxis). O movimento das diretas já tinha rendido seus frutos e a longa noite ditatorial, de mais de 20 anos, começava a despedir-se em face da nova aurora política e jurídica que a Assembleia Constituinte entreabrira.

O Direito Constitucional era, então, "quase nada" entre nós. Os manuais que vicejavam nas prateleiras das bibliotecas universitárias, ou eram oferecidos ao público leitor em livrarias, eram "cursos" de Teoria do Estado, História das Ideias Políticas, Filosofia do Direito, Ciência Política, mas nada comparáveis à operosidade – à *manuseabilidade* – técnica e normativa que hoje desfruta a Ciência Constitucional brasileira.

Como dizia Clèmerson Clève, em palestras que ouvi, o Brasil, com a nova Constituição, fora pego "de calças curtas" para enfrentar um rico e promissor Texto Constitucional. Tínhamos Constituição boa e nova, mas faltava-nos doutrina, teoria constitucional para compreendê-la e realizá-la. Faltavam-nos *sentimento constitucional* (Lucas Verdu)[1], *vontade de constituição* (Konrad Hesse)[2] e *cultura de cons-*

---

1 Pablo Lucas Verdú. *O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 256 p.

2 HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição* [*Die normative Kraft der Verfas-*

tituição (Peter Häberle)[3], para fazê-la de *folha de papel* (Ferdinand Lassale), justificadora dos poderes de Estado, como fora na Ditadura, força de texto atuante em contexto transformador da realidade social e asseguradora de direitos e liberdades até então sonegados.

Naquele momento, todas as faculdades priorizavam uma formação civilista, privatista, sem a importância que o Direito Público assumiu nos tempos presentes.

As graduações em direito, pouca importância atribuíam ao Direito Constitucional, ao Direito Administrativo, ao Direito Eleitoral, etc. Eram disciplinas "perfumarias" dos "desencontrados", que utopicamente acreditavam na democracia constitucional.

Naquele período, ricos textos de juristas-filósofos, preocupados com o ensino jurídico[4], foram editados e isso refletiu em seminários e congressos acadêmicos, dentre os quais destaco: José Eduardo Faria[5], Edmundo Arruda Lima Junior[6], Horácio Wanderley Rodrigues[7], Antonio Carlos Wolkmer[8], Joaquim Falcão[9], Roberto Lyra Filho[10], Luis

---

sung]. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. 34 p.

3 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição* [*Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag Zur Pluralistiischen und 'Prozessualen' Verfassungsinterpretation*]. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. 55 p.

4 Preocupados com a crise do ensino jurídico e sua pouca atenção ao saber especulativo e filosófico que deveria e deve ter o bacharel em direito; preocupados com a desatenção para suas exigências de formação social e política, tão necessárias para enfrentar e desenvolver a então nascente ordem constitucional.

5 FARIA, José Eduardo. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987. 88 p.

6 Livros de ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima: *Ensino Jurídico e Sociedade*. São Paulo: Acadêmica, 1989; *Advogado e Mercado de Trabalho: um ensaio sobre a crise de identidade socio-profissional dos Bacharéis em Direito no Brasil*. Campinas: Julex, 1988.

7 RODRIGUES, Horácio Wanderly. *Ensino Jurídico*: Saber e Poder. São Paulo: Acadêmica, 1988.

8 WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

9 FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. *Os advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho*. Recife: Massangana, Fundação Joaquim Nabuco, 1984. v. 1. 184p.

10 LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. 132 p.

Fernando Coelho[11], Roberto Aguiar[12], Tércio Sampaio Ferraz[13], Clémerson Cléve [14], João Maurício Adeodato, Alváro Melo Filho[15] e Luis Alberto Warat[16].

Em meados de 1988, *acidentalmente*, procurando livros de dogmática em uma tradicional livraria jurídica, encontrei, sobre o balcão, um deles: "Ensino Jurídico – Saber e Poder", de Horácio Wanderley Rodrigues. O li com o máximo interesse e curiosidade. Lendo sua bibliografia, me levou à leitura dos textos dos demais autores citados. Uma revolução silenciosa se operava em minha alma e na de centenas de estudantes universitários, ligados ou não ao movimento estudantil de direito (MED)[17], que foram tocados por tais obras.

---

11 COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. Curitiba: Livros HDH, 1986.

12 Livros de AGUIAR, Roberto Armando Ramos de: *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Omega, 1999; *O que é justiça – uma abordagem dialética*. 5. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1999; *A crise da advocacia no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1991.

13 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo de direito: técnica, decisão, dominação.* São Paulo: atlas, 1988.

14 Livros de CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma Dogmática Constitucional Emancipatória)". Instituto dos Advogados Brasileiros. *Seminário Nacional Sobre Direito Alternativo.* Rio de Janeiro: Seleções Jurídicas. *ADV*., junho/93; *O Direito e os Direitos*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

15 MELO FILHO, Álvaro. *Por uma Revolução no Ensino Jurídico*. Revista Forense, v. 322, 1992.

16 Livros de Luiz Alberto WARAT: *O Amor Tomado Pelo Amor*. São Paulo: Acadêmica, 1990. 112 p; *O Manifesto do Surrealismo Jurídico*. São Paulo: Acadêmica, 1988. 102 p.

17 É oportuno registrar, que comecei a militar no movimento estudantil de direito (MED), a convite do então acadêmico Valkirio Lorenzette, em 1988, junto ao Diretório Acadêmico Clóvis Bevilácqua (DACLOBE), FURB. Abastecido pela leitura dos autores e obras referidos, fui convocado, em meados de 1989, pelo então presidente Elton Luís Tibes, para participar de reunião dos docentes do curso de direito da FURB, na qual os ilustres Professores João José Leal, Luís Carlos Schmidt de Carvalho e Arlindo Berndt, apresentariam proposta de reforma curricular do ensino do direito, todavia, sem consulta prévia aos discentes do curso ou a liderança estudantil. Elton Tibes pediu a palavra, para que eu expusesse, pelo DACLOBE, a opinião crítica em relação ao projeto. Enumerei os argumentos retirados dessas obras, que estavam em minha posse, naquele momento. O Professor Acácio Bernardes, Miguel Moacyr Alves Lima e Adelar Graaf apoiaram nossas ponderações, tendo inclusive, Acácio, num gesto de grande significado, levantado da cadeira em que estava, enquanto eu falava, colocando-se ao meu lado, anotando os dados de cada um desses livros, em atitude de pleno apoio à representação estudantil.
Alguns meses depois, no início do primeiro semestre de 1990, integrei comissão de reforma curricular composta de alunos e professores, que apresentariam projeto de elaboração conjunta: alunos Sérgio de Jesus (Presidente do Daclobe, gestão 1990) e Ruy Espíndola; professores João José Leal, presidente, e Arlindo Bernardt, Henny Mery

Estes textos, desveladores, defendiam uma cultura jurídica plural, democrática, menos técnica e menos formalista, voltada também à formação humanista e filosófica dos operadores jurídicos. Uma cultura que compatibilizasse dogmática jurídica e formação filosófica; preparo técnico e capacidade de reflexão social e política; que preparasse para as exigências do mercado de trabalho, mas também para os novos rumos que a cena democrática exigia dos futuros bacharéis, em solo reconstitucionalizado, na utopia democrático-republicana. Muitos dos jovens tocados por esses ideais resolveram ser professores universitários, para operar aqueles ideais e preocupações. Foi o meu caso.

Gouvêa e Evaristo Paulo Gouvêa. Propusemos a criação da cadeira de Teoria Geral do Processo, Filosofia do Direito, Argumentação Jurídica, Sociologia do Direito, entre outras que inovavam a grade então vigente.

Ainda em julho de 1990, estive em meu primeiro Encontro Nacional de Estudantes de Direito, ocorrido na PUC-SP, no TUCA (Teatro da Universidade Católica), acompanhados dos colegas furbianos João Marcos Buch, Rosane Maçaneiro e Maria Teresa Wiethorn da Silva. Lá encontramos representantes do Centro Acadêmico XI de Fevereiro (CAXIF) do curso de Direito da UFSC, entre os quais, Leonardo Wandelli, que se tornara companheiro um mês antes, quando o conhecemos no Encontro Catarinense de Estudantes de Direito (ECED), ocorrido na UFSC. Esse era encontro Estadual preparatório para o Nacional.

Na plenária final do encontro de SP, o CAXIF e o DACLOBE, através de nossas participações, aprovaram para o texto-manifesto, a ser endereçado à imprensa e as autoridades do Ministério da Educação, as sugestões, entre outras, de que houvesse a confecção e defesa de monografia final, nos cursos de direito; além da necessidade de cursos extracurriculares, como atividades complementares à formação dos discentes.

Tudo influenciado pelas obras e autores referidos

Também integrei, como estudante, colegiados de departamentos do curso de Direito, entre 89/91. Organizamos, com os companheiros de Diretório Acadêmico (João Marcos Buch, Maria Teresa Wiethorn da Silva, Quitéria Tamanini Vieira, Vania Pettermann, Leila Mara, Gustavo Mereles, Rosane Maçaneiro, Denilson Donizete de Paula, Adélcio Salvalágio e Alexandre Maurício Andreani, entre outros queridos colegas) nas gestões 88/91, vários eventos locais, estaduais e nacionais, como palestras, seminários, semanas jurídicas, encontros de estudantes.

Tive a inesquecível oportunidade de ser o primeiro *aluno palestrante* em Encontro Nacional de Estudantes de Direito (ENED´s), ocorrido em Teresina, Piauí, em julho de 1991. Meu tema foi "A leitura jurídica nos cursos de graduação em direito: perspectivas críticas". Exposição presenciada por alguns afamados professores presentes ao evento: Clèmerson Clève, Edmundo Arruda, Horácio Wanderley Rodrigues e Amilton Bueno de Carvalho. E diante desse progresso estudantil, repetimos o exemplo na FURB, na qual, em semana jurídica, foi João Marcos Buch o primeiro aluno palestrante, no ano de 1991 – hoje afamado nacionalmente, como juiz de execução penal, humanista e escritor.

Devo ainda destacar que o MED me apresentou outras importantes figuras da cena pública hodierna, que foram contemporâneos de militância, como Marcus Vinicius Furtado Coelho, ex-Presidente Nacional da OAB (2013/2016), e Lindberg Farias, Senador da República (01.02.11/01.02.11.19) e Flavio Caetano, Secretário Nacional de Reforma do Judiciário junto ao Ministério da Justiça, no governo Dilma Roussef.

Era o início de um novo marco na cultura jurídica brasileira. A partir do Direito, se resolvia instituir uma nova visão da Sociedade, do Estado e das relações entre ambos.

Este marco foi pontuado, *entre outros movimentos*, pelo chamado "Direito Alternativo", que reuniu no Brasil, notadamente em Florianópolis e pelas mãos dos professores Edmundo Arruda e Horácio Rodrigues, juristas "críticos", juristas-filósofos, pensadores do direito do Brasil e da América Latina.

Acorreram ao chamado deste movimento de reflexão crítica no Direito quase todos os constitucionalistas da nova geração (hoje homens entre 50 e 60 anos, alguns com um pouco mais de 70): Luis Roberto Barroso, Eros Grau, Clèmerson Mérlin Clève, Lênio Streck, Marcelo Neves, José Ribas Vieira, Willis Guerra Santiago Filho, Paulo Lopo Saraiva, Néviton de Oliveira Batista Guedes, Eduardo Karrion, Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Sérvulo da Cunha, entre os mais afamados. Eu principiava no movimento pelas mãos de Edmundo Arruda, ajudando na organização dos eventos nacionais e internacionais, presidindo mesas[18], ciceroneando autoridades acadêmicas do Brasil[19] e do Exterior[20], além de outras atividades autorizadas pela condição de

---

18 Presidências de Mesas: painel Direito do Trabalho e Neoliberalismo, por ocasião do *I Encontro Internacional de Direito Alternativo do Trabalho*, painelistas: Prof. Dr. Victor Moncayo (Colômbia), Prof. Dr. Oscar Correas (México), Prof. Dr. Carlos Carcova (Argentina), Salão de Convenções do Hotel Castelmar, Florianópolis, 03.09.92, 18h00h; Painel *Direito Constitucional e Democracia*, por ocasião do *II Encontro Internacional de Direito Alternativo,* painelistas Prof. Master of Laws Luís Roberto Barroso (Rio de Janeiro – RJ), Prof. Dr. Clémerson Merlin Cléve (Curitiba – PR), Prof. Néviton de Oliveira Batista Guedes (Brasília – DF), Salão de Convenções do Hotel Castelmar, Florianópolis, 30.09.93, 14h00h.; Painel *Direito Constitucional e Democracia*, *III Encontro Internacional de Direito Alternativo*, painelistas: Prof. Dr. Willis Guerra Santiago Filho (Fortaleza – CE), Prof. Dr. José Ribas Vieira (Rio de Janeiro – RJ), Prof. Dr. Eduardo Karrion (Porto Alegre – RS), Salão de Convenções do Hotel Cambirela, Florianópolis, 10.10.96, 14h00h; Painel *Direito Constitucional e Democracia*, por ocasião do *III Encontro Internacional de Direito Alternativo do Trabalho*, painelistas Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes (Brasília – DF) e Juíza do Trabalho Magda Biavaschi (Porto Alegre – RS), Salão de Convenções Hotel Castelmar, em Florianópolis, 15.05.97, 14h00h.

19 Lembro do bom convívio que tive com o Professor e Juiz de Direito aposentado João Baptista Herkenhoff e sua esposa, em um dos eventos em Florianópolis, nos anos 90.

20 E o jurista e professor argentino radicado no México, UNAM, Instituto de Investigações Jurídicas, Prof. Oscar Correas, filósofo do Direito, estudioso de Hans Kelsen e de Karl Marx, ano de 1992.

formando em direito (FURB) e, depois, de mestrando[21] (UFSC). Fui também expositor em alguns conclaves[22].

Os anos 90 foram ricos em construções teóricas e filosóficas, notadamente no campo do Direito Constitucional. E algo se pode atribuir ao MDA e dos intelectuais que ele uniu. Professores que, cada qual à sua maneira, trouxeram contribuições teóricas, filosóficas e dogmáticas.

Surgiram auspiciosas obras[23], entre as mais emblemáticas daquele período efervescente, vale destacar: "A efetividade das normas constitucionais", de Luis Roberto Barroso[24]; "Mandado de Injunção no Direito Brasileiro", de Lênio Luiz Streck[25], "A eficácia dos Direitos Fundamentais", de Ingo Sarlet[26]; o "Controle de Constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos", de Gilmar Mendes[27];

---

21 Como aluno do Mestrado em Direto UFSC (92/97), cursei a cadeira de "Direito Alternativo", ministrada em 1993, em parceria entre o Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer e o Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Jr. Outra oportunidade inaugural: fui da primeira turma para qual foi ministrada a então novel disciplina.

22 III Encontro Nacional de Direito Civil Alternativo, tema *"Constituição e Direito Privado"* (com Laerte Luis Gschwenter), CAIC- Cáceres – Mato Grosso, 24.09.98. 19:30h.; IV Encontro Internacional de Direito Alternativo, tema *"Direitos Fundamentais: algumas notas críticas",* Hotel Cambirela- Florianópolis – Santa Catarina – Brasil, 16.10.98. 09:00h; VII Congresso Internacional de Direito Alternativo, 25.10.07, *"Direitos Fundamentais e Constitucionalismo Contemporâneo: notas em torno do sistema constitucional vigente*", no auditório da Faculdade de Direito CESUSC, em Florianópolis; Congresso Internacional "Vinte anos de Direito Alternativo: Balanço e perspectivas", CESUSC, Florianópolis/SC, 28.10.11, 14:00h, auditório do Cesusc, no painel "*Direitos Políticos Fundamentais e Justiça Eleitoral Contramajoritária*."

23 Entre meados dos anos 80 – com a consolidação da abertura política – e meados dos anos 90. Pois os juristas anteviram a necessidade de discussões atualizadas aos novos tempos democráticos e as exigências do Estado de Direito, que seriam positivadas na Carta de 1988.

24 BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.* 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1993. 429 p.; "A Efetividade das Normas Constitucionais Revisitada". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Renovar, n. 197, jul./set. 1994.

25 STRECK, Lênio Luiz. *O Mandado de Injunção no Direito Brasileiro – Análise Crítica: Perspectivas Jurídicas e Políticas*. 1º. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991. 83p.

26 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386 p.

27 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos.* São Paulo: Saraiva, 1990. 370 p.

"Interpretação Constitucional", de Inocêncio Mártires Coelho[28]; "A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica", de Eros Roberto Grau[29]; a "Colisão de Direitos Fundamentais", de Edilsom Farias[30]; "A Fiscalização de Controle de Constitucionalidade em Abstrato", de Clémerson Mérlin Cléve[31]; "Teoria da Inconstitucionalidade das Leis", Marcelo Neves[32], "Mandado de Injunção", de Roberto Augusto Castelhanos Pfeiffer[33]; novos capítulos no curso de Direito Constitucional de Paulo Bonavides[34]. E aportavam no Brasil as ideias de José Joaquim Gomes Canotilhos, com sua "Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador[35]" e, depois, seu rico livro "Direito Constitucional"[36], hoje conhecido como "Direito Constitucional e Teoria da Constituição".

Eu ainda destacaria duas obras de suma importância naqueles idos: "Fundamentos de Direito Público", de Carlos Ari Sundfeld[37], e o relançamento de "República e Constituição", de Geraldo Ataliba[38].

Concluída minha graduação em direito em dezembro de 1991, por salutar influência de Edmundo Arruda (e, antes, de Evaristo Paulo

---

28 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional.* Porto Alegre: Fabris Editor, 1999. 104 p.

29 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: RT, 1990. 336 p.

30 FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem* versus *a liberdade de expressão e informação.* Porto Alegre: Fabris, 1996. 168 p.

31 CLÈVE, Clèmerson Mèrlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.* São Paulo: RT, 1995. 297 p.

32 NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis.* São Paulo: Saraiva, 1988. 178 p.

33 PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas, 1999. 290 p.

34 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 510 p.

35 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.* Coimbra: Almedina, 1982. 539 p.

36 *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. 1.214 p.

37 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público.* São Paulo: Malheiros, 1992. 183 p.

38 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição.* São Paulo: RT, 1985. 164 p.

Gouvêa, meu professor de Teoria do Estado na FURB), prestei as provas para o mestrado na UFSC, em fevereiro de 1992. Decidido estava a pesquisar filosofia e teoria do direito, devido às leituras dos livros sobre ensino jurídico. Iniciei o mestrado com essa intenção.

O convívio com os colegas de curso de mestrado (Néviton Guedes, Paulo Armínio Tavares Buechele, Valcir Gassen, Eduardo de Mello e Souza, Paulo de Tarso Brandão, Carlos Brasil Pinto, Cristiano Paixão, Katie Arguelo, Reinaldo Pereira e Silva, Sergio Roberto Lema, Paulo Vijande Pedroso, Argemiro Martins, Gustavo Ferreira Santos, Silvana Casagrande, Anna Cristina Ferro Blasi, Paulo Márcio Cruz, entre outros), foi fundamental para as escolhas futuras, além, é claro, do convívio com diversos professores que muito estimularam nossos estudos e formação (Cesar Pasold, Clovis Souto Goulart [*in memoriam*], Volnei Ivo Carlin, Índio Jorge Zavarizzi [*in memoriam*], Antonio Carlos Wolkmer – meu orientador de dissertação -, Ari Kardec Bosco de Mello [*in memoriam*], Oswaldo Ferreira de Mello [*in memoriam*], Leonel Severo Rocha, Olga Boschi de Aguiar e Edmundo Arruda Lima Júnior, entre outros).

As disciplinas, as leituras e os seminários de Teoria Constitucional e Direito Constitucional Comparado, com o professor Clóvis Goulart, realizadas em 1992, foram demais estimulantes para minha mudança de preocupação e interesse. Nesses seminários, pelas mãos do então mestrando Paulo Armínio Tavares Buechele (que fizera pós-graduação na PUC de São Paulo, com Celso Ribeiro Bastos), autor de importante obra sobre "Interpretação Constitucional"[39], foi me apresentado o livro de Gomes Canotilho, primeira versão do chamado "Direito Constitucional e Teoria da Constituição". Depois, com Néviton Guedes, também colega e veterano de mestrado, me foi apresentado, desse autor, "Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador" [40].

---

39 Cf. Paulo Arminio Tavares Buechele: *O princípio da proporcionalidade e a Interpretação da Constituição.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

40 Assim como os seminários na disciplina de Teoria Política (CPGD/UFSC) do Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (estudamos Thomas Hobbes, Antonio Gramsci, Aristóteles, Platão, Thomas Morus, Norberto Bobbio) e os seminários da disciplina Sociologia Jurídica do Prof. Dr. Edmundo Arruda (lemos Max Weber, Eugen Erlich, entre outros), foram importantes para ampliar meu o olhar inter e multidisciplinar sobre o universo jurídico.

O contato com esses textos e a leitura de Celso Ribeiro Bastos[41] chamaram atenção para a importância dos princípios constitucionais enquanto norma jurídica. A obra de J. J. Gomes Canotilho, comparada com a dos autores nacionais, mostrara-me a pouca atenção teórica e dogmática que se dava ao assunto, em solo pátrio, nos albores da década de 90.

Decidi, então, que faria meus estudos sobre controle de constitucionalidade[42] e faria a ponte com o tema dos princípios, para explorá-lo e saber se haveria peculiaridades hermenêuticas ou metódicas quando juízos de inconstitucionalidade se fundassem em regras ou em princípios. Tendo assistido a palestra de Tércio Sampaio Ferraz, na UFSC, início dos anos 90, na qual dissertou sobre "validade finalística" e "validade condicional" no direito, pareceu-me haver alguma "valia" na associação temática entre princípios jurídicos e controle

---

41 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 400 p.

42 O controle de constitucionalidade foi o primeiro capítulo do Direito Constitucional que me fascinou. Lembro-me que o primeiro texto que li a respeito, com muita atenção, já tendo em conta a nova estrutura constitucional de 88, foi o artigo de Ernani Fidelis dos Santos, "O Controle da Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos", *Revista dos Tribunais,* São Paulo, nov./1990, v. 661, p. 25-36. Desperto pelo texto, li a obra de José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo Constitucional,* Rio de Janeiro, Forense, 1984, 406 p, livro que embasou minha última fala, na graduação em direito, como aluno, na cadeira de "Análise de Jurisprudência", ministrada na FURB pelo Prof. Wendolin Loes, em 13.12.91. O livro de Baracho era anterior a CF88 e não falava sobre a jurisprudência brasileira ou sobre as constituições do Brasil de 67 ou 69 (Cartas da Ditadura). Empolgou-me os seus aspectos teóricos, históricos e sugestões dogmáticas à pesquisa futura. Após aprofundar leituras no mestrado, ainda mestrando, acompanhado dos colegas Néviton Guedes e Paulo Armínio Buechele, ministramos, na UFSC (09.09.93) e na FURB (30.09.94), cursos de extensão sobre o tema. E lecionei, vez primeira, em pós-graduação *lato sensu*, na Univali, Campus de Itajaí, a cadeira de "Ação Direta de Controle de Constitucionalidade, Mandado de Injunção e Hábeas-Data", entre junho de 1999 a fevereiro de 2000. Depois, sendo professor de graduação na Univali, Campus São José, lecionei alguns semestres a cadeira optativa, oferecida na décima fase do curso jurídico, "Processo Constitucional", entre 2001 a 2007. Quando ingressei no doutorado da UFPR, em 2002, meu projeto de tese era o *"Controle de Constitucionalidade no plano do Estado-Membro: limites e possibilidades da jurisdição constitucional estadual no Brasil"*. Não conclui essa tese. Não obstante, na cadeira de Doutorado ministrada pelo Prof. Dr. Clèmerson Cléve, "Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais", produzi artigo que registra muitas das questões estudadas naquele período: *Jurisdição Constitucional Estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação brasileira,* publicado na *Revista de Direito Constitucional e Internacional, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 12, out./dez. 2004, n. 49, p. 50/98.

constitucionalidade.

Em meados de 1993, em reunião com Clèmerson Clève, na presença de Néviton Guedes, disse-me o primeiro que eu deveria fazer o recorte da dissertação apenas com o tema dos princípios constitucionais, deixando de lado, naquele momento, o tema do controle de constitucionalidade, já que o primeiro demandaria maior indagação frente ao segundo, cuja produção nacional já era significativa naquela quadra. Já em torno do assunto princípios constitucionais quase nada havia de sistematizado e teórico para iluminar a práxis e para uma compreensão constitucionalmente adequada, naqueles idos.

Segui o conselho de Clèmerson e mergulhei no estudo dos princípios constitucionais, de sua teoria, elaborando projeto de dissertação em que deles trataria. Pronto o projeto, pedi a Néviton Guedes, que externasse a sua opinião de estudioso de temas constitucionais sobre meu projeto. Inicialmente, ele recusou meu pedido, pelo argumento de que éramos apenas colegas e não cabia a ele fazer a crítica, mas a meu professor orientador, que era Antonio Carlos Wolkmer (atualmente, meu confrade de Academia Catarinense de Letras Jurídicas). Depois de minha insistência, Néviton concordou. E com seu modo de sério estudioso, fez uma crítica pontual, precisa, metodológica e fundada ao projeto. Digo sempre que há dois momentos em minha formação intelectual e de meu preparo para a pesquisa. Um antes da crítica de Néviton, e outro depois. Suas palavras foram demais clarificadoras para mostrar-me onde estava indo e onde deveria ir para ter sucesso em meu projeto.

Néviton, em sua dissertação[43], infelizmente até hoje inédita, tomou como marco teórico a doutrina de J. J. Gomes Canotilho e fez crítica muito adequada à doutrina de eficácia das normas constitucionais, na qual se destacava a obra do grande professor José Afonso da Silva[44]. A teoria se renovaria, em parte, com a contribuição de Luis Roberto Barroso, em seu estudo sobre efetividade das normas constitucionais.

---

43 "Para uma crítica da concretização das normas constitucionais a partir de José Joaquim Gomes Canotilho", PPGD/UFSC, 1994, orientador Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer.

44 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 2. ed. São Paulo: RT, 1982. 258 p.

No seu trabalho[45], Néviton fez a fundada crítica à doutrina nacional, o que me influenciou, em termos metódicos, a também fazer o mesmo em meu livro "Conceito de Princípios Constitucionais"[46], que constituiu uma revisão da doutrina nacional sobre o assunto, a partir da contribuição de Gomes Canotilho, que, mais tarde (fevereiro de 1997), veio a prefaciar a obra (ao lado da apresentação de Clèmerson Clève), sendo o primeiro prefácio que o grande mestre de Coimbra deu a um autor brasileiro.

Esse livro, no Brasil (e, até aquele momento, na língua portuguesa), constituiu, quando de sua edição em outubro de 1998, a primeira monografia que se ocupou, em termos teóricos, do tema dos princípios constitucionais. Tive a alegria de vê-lo introduzir no discurso jurídico nacional, depois de trabalhos (não-monográficos) de Willis Guerra, Eros Roberto Grau, Paulo Bonavides e Carmem Lúcia Antunes Rocha, as *primeiras linhas monográficas* sobre o rico tema, hoje popularizado e *banalizado* em nossas academias e na prática forense. Na atualidade, a bibliografia[47] é significativa em quantidade e qualidade, merecendo destaque alguns seletos autores que se ocuparam da teoria dos princípios: Walter Claudius Rothenburg[48], Humberto Ávila[49], Marcelo

45 Lamentavelmente, esse trabalho de mestrado permanece inédito, não obstante minha insistência para que Néviton o publicasse. Penso que até hoje é o melhor trabalho sobre o assunto que se produziu no Brasil. Também impublicada se encontra a sua tese doutoral sobre direitos fundamentais: "Colisão e ponderação de direitos fundamentais: os limites da argumentação jurídica no âmbito da jurisdição constitucional", Doutorado em Direito, Universidade de Coimbra, Portugal, 2007, orientador Prof. Dr. José Joaquim Gomes Canotilho. Para sorte dos pesquisadores e leitores jurídicos brasileiros, Néviton escreve a coluna "Constituição e Poder", no site Conjur.

46 Editado livro pela Revista dos Tribunais, em 1999, com segunda edição de 2002, esgotado há 12 anos. Primeira edição com 279 páginas e a segunda com 290.

47 Merecendo especial menção a obra coletiva, organizada por George Salomão Leite, *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. 429 p. Nesse livro, que contém minha participação autoral, ainda figuraram como ilustres co-autores Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, André Ramos Tavares, Paulo Barros de Carvalho, Luis Afonso Keck, George Salomão e Glauco Salomão Leite, entre outros.

48 Cf. seu *Princípios Constitucionais,* Porto Alegres, Fabris Editor, 1999, 88 p.

49 Cf. seu *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos,* 3 ed, São Paulo: Malheiros, 2004. 138 p.

Neves[50], José Sérgio da Silva Cristóvam[51], Ana Paula de Barcellos[52], André Rufino do Vale[53], Rafael Tomaz de Olvieira[54] e Virgílio Afonso da Silva[55].

---

50 Cf. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 270 p.

51 Cf. *Colisão entre Princípios Constitucionais*: *razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica.* Curitiba, Juruá, 2006. 291 p. Nas páginas 11 a 14 desta obra, consta nossa "Apresentação", na qual afirmamos, em 21.04.06: "O tema dos princípios jurídicos, maiormente dos princípios constitucionais e sua problemática, em solo brasileiro, alcançou a dignidade científica reclamada pelo Direito. Nos últimos dez anos nunca se escreveu tanto sobre princípios e sua interação com as mais diversas searas do Direito. Nunca os princípios foram tematizados por tantos ângulos e matizes diferentes. Nunca tantos seminários, encontros jurídicos e congressos se ocuparam dos princípios como nos dois últimos lustros. Isso é alvissareiro! Constitui um acréscimo à consciência jurídica brasileira, na qual os princípios constitucionais, sua normatividade, concretização, aplicabilidade, densidade e abertura para realização de valores superiores que impregnam o ordenamento jurídico, se tornaram temas recorrentes de homens e mulheres preocupados, efetivamente, com o banimento do arbítrio em todas as suas manifestações (que nas democracias contemporâneas ocorre de forma sutil, nem sempre perceptível ao olho nu do não iniciado nas letras jurídicas!), preocupados com decisões dos poderes públicos – administrativas, legislativas ou judiciais -, justas, racionais, proporcionais, adequadas à realizabilidade de um direito justo e de uma justiça orientada por padrões de juridicidade democraticamente instituídos. Muitas conquistas teóricas podem ser proclamadas nesses confins do Direito: reconhecimento da dignidade dos princípios como normas jurídicas, distinções dessas como regras e princípios, múltiplas funções dos princípios na ordem jurídica, superioridade dos princípios, especialmente os constitucionais, como parâmetros tanto de invalidação de normas e decisões a eles contrastantes como critério hermenêutico e argumentativo próprio à compreensão, interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais, sejam essas regras ou princípios ordinários. Fundamentalidade dos princípios, sua função normogenética em relação à outras normas integrantes do sistema jurídico, seu papel ordenador, sistematizador e estruturador do direito e seus ramos. Tudo isso são conquistas, efetivamente! Todavia, muito, mas muito mesmo há que se pesquisar, que se debater, que se aprofundar em sua temática. Há aspectos que carecem, demasiado, de especulação. Entre esses aspectos, o tema da colisão de princípios constitucionais, da resolução prática de problemas daí decorrentes, da decisão racional e justificada em face de tais colisões, e o universo rico de teóricos e teorias tendentes a responder a essa específica problemática do tema." (p. 11-12). Vale ainda destacar de J. S. Cristovam o artigo "Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo", RJLB, ano 5 (2019), nº 3, 993-1023.

52 Cf. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro, Renovar, 2002. 327 p.

53 Cf. *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores.* São Paulo: Saraiva, 2009. 274 p.

54 Cf. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 248 p.

55 Cf. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. 191 p.; e *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros, 2009. 279.

Na atualidade, o Direito Constitucional tem outra face, importância e lugar no plano da ciência jurídica. Os manuais tratam da jurisprudência do STF, atenção absolutamente não encontrada em qualquer livro-curso produzido até 1996. Mudança iniciada com o livro de Alexandre Moraes (hoje Ministro do STF), "Direito Constitucional", lançado pela Atlas.

Atualmente, grandes questões nacionais são objeto de indagação perante a Suprema Corte brasileira. Seus ministros são celebridades nos encontros jurídicos havidos no Brasil e notícia na mídia cotidiana. Não há tema debatido no congresso, sob o ângulo da vontade majoritária, que não acabe, cedo ou tarde, por ser submetido ao controle de constitucionalidade no STF. E mesmos temas que deveriam ser debatidos no Parlamento, acabam, antes, sendo decididos no Supremo (aborto anencefálico[56], casamento entre pessoas do mesmo sexo[57], e

---

56 "Estado – Laicidade. O Brasil é uma República laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto anencéfalo – Interrupção da gravidez – Mulher – Liberdade sexual e reprodutiva – Saúde – Dignidade – Autodeterminação – Direitos Fundamentais – Crime – Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos i e ii, do código penal. (ADPF n. 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.04.12)"

57 "2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. (...). 3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a constituição federal não empresta ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista. (...). 4. União estável. Normação constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de "entidade familiar" e "família". (...). 6. Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da "interpretação conforme"). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. *Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva*. (ADPF n. 132, Rel. Min. Ayres Britto, J. 05.05.11)" (acrescentamos itálico!)

mesmo a recente discussão iniciada em torno da mora legislativa em concretizar a regra constitucional de incriminação da discriminação contra as minorias LGBT[58], etc).

Vivemos um momento de exaltação deste ramo da ciência jurídica. O tema de "controle de constitucionalidade" e dos "princípios constitucionais" estão em evidência, ao lado, muitas vezes, dos "direitos fundamentais" e do conceito de "democracia constitucional" ou de "estado democrático de direito".

Entre a década de 90 do século XX e a primeira década deste século, no Brasil, muito se estudou e ainda se estuda de Direito Constitucional em cursos de pós-graduação, monografias, obras coletivas. Há muita tematização em acórdãos e sentenças do judiciário. As peças processuais de todos os atores processuais tratam, cotidianamente, de normas e argumentos constitucionais. E os arestos do STF são grandes lições em um Estado Democrático de Direito, embora nem sempre assim compreendidos pela mídia inclemente e pela opinião pública não especializada.

Todavia, paradoxalmente, parece que o muito que nos ofereceu a doutrina constitucional na última década no século XX e na primeira do século XXI, vem sendo barateado; há uma "vulgata" da constitucionalística, que, pelo viés dos princípios e seu largo campo moral (o

---

58 Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26, Rel. Min. Celso de Mello, voto proferido na sessão de 20.02.19, com três votos para acolher a posição do Relator, com pedido de vista pelo Ministro Toffoli. Disse sobre esse magistral voto, em meu perfil no facebook, em 01.03.19, 13h23m: "A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, cujo julgamento iniciou em 20-1.02.19, que trata do tema da extensão do conceito de racismo social a incluir as práticas discriminatórias contra os grupos minoritários LGBT, teve, na relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, voto histórico (contando com mais três adesões, em julgamento ainda não encerrado), em que, com maestria, mostra à Nação a diferença entre civilização e barbárie; as tarefas da jurisdição constitucional em proteção às minorias e as exigências de salvaguarda da consciência constitucional das liberdades em um Estado de Direito. Inicialmente, coloquei-me contra a pretensão, pois entendera, em primeiro olhar, que se malferiria o princípio constitucional da legalidade penal, com a realização de interpretação extensiva ou ampliativa, apta a periclitar a garantia jusfundamental penal, assim como a liberdade de conformação do legislador. Todavia, após detida leitura do voto de Celso de Mello, inclino-me a concluir, sem ainda aferir as opiniões fundadas em contrário, de que a sua proposta de decisão resguarda, realiza e edifica o sentimento de defesa dos valores constitucionais democráticos expressos na Carta de 1988. Sua manifestação judicial escrita tem 155 laudas."

moralismo jurídico), vem afrouxando os marcos da segurança jurídica em nome de um voluntarismo judicial, de um ativismo destronador de poderes e direitos positivados na Constituição. Vivemos tempos em que homens de toga acreditam ser representantes da vontade popular com mais legitimidade do que os ungidos nas urnas pelo corpo de eleitores. Vivemos numa crescente judicialização da política, em todos os seus níveis. Mostra-nos, a meu ver, o movimento ficha limpa que, com a bandeira da moralidade administrativa, conseguiu involuções, no direito brasileiro, próprias de posturas regressistas.

O aplauso de setores da classe jurídica (advogados, juízes, promotores, procuradores, delegados e professores, etc) para muitos regressos operados por esta lei, regressos consagrados nos votos dados pelos ministros vencedores no resultado das Ações Declaratórias de Constitucionalidade ADC´s 29 e 30[59], a mim demonstram o quanto ainda temos que construir para uma cultura jurídica democrática sólida em torno dos temas deste livro.

Estou convencido de que grande parte da cultura política e democrática de um povo só verdadeiramente se sustenta se houver, de base e de norte, uma forte cultura jurídica democrática, liberal e emancipadora. A falta ou a fraqueza desta cultura fragiliza a reflexão séria da opinião pública e coloca as principais decisões nacionais ao sabor de paixões e circunstâncias momentâneas, ao sabor dos modismos e invencionices de agrado popular, sem respaldo no direito, mormente o constitucional.

O fio condutor dos 12 trabalhos, aqui reunidos, é mostrar o valor da constituição e sua praxe no cotidiano do direito e da vida coletiva

59 "Ações declaratórias de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Inexistência de afronta à irretroatividade das leis: agravamento do regime jurídico eleitoral. Ilegitimidade da expectativa do indivíduo enquadrado nas hipóteses legais de inelegibilidade. Presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal): exegese análoga à redução teleológica, para limitar sua aplicabilidade aos efeitos da condenação penal. Atendimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Observância do princípio democrático: fidelidade política aos cidadãos. Vida pregressa: conceito jurídico indeterminado. Prestígio da solução legislativa no preenchimento do conceito. Constitucionalidade da lei. Afastamento de sua incidência para as eleições já ocorridas em 2010 e as anteriores, bem como e para os mandatos em curso. (ADC´S n. 29 e 30, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.02.12)"

da Nação.

O mote deste livro, expresso em seu título – "Princípios constitucionais e Democracia" -, pode ser resumido com as seguintes ideais: democraticidade e legalidade, democraticidade e constitucionalidade, democracia e principiologia, democrático e jurídico quase se confundem de forma inseparável. Pois se firmou a ideia de que a Democracia é impensável sem uma Constituição que a garanta, ordene e estruture seus desenvolvimentos e regule suas realizações presentes e futuras.

Não é possível realizar a Democracia apartada da realização e efetividade dos princípios e das regras constitucionais. Não há Democracia sem respeito à Constituição, sem acato à sua normatividade constitucional.

A Democracia brasileira será mera democracia formal, se os valores éticos, políticos e jurídicos mediados pelos princípios e regras constitucionais não obtiverem força de direito. E para a efetividade dessa força é preciso que a nossa vontade de Constituição, que o nosso sentimento constitucional, que nossa vontade de democracia, que o nosso sentimento democrático, estejam juntos, cultivando esses valores em nossos espíritos, enquanto pessoas que somos e enquanto povo que constituímos.

É preciso que em cada arrazoado forense, em cada parecer consultivo, em cada sentença, em cada discussão parlamentar, em cada conjunto de intenções político-administrativas, em cada aula, em cada discurso público, em cada momento da vida política, individual e comunitária, os Princípios Constitucionais e a Democracia sejam compreendidos como as inexpugnáveis fortalezas construídas para a salvaguarda dos altos valores que protegem o homem e a sociedade contra a ação antidemocrática e inconstitucional de poderes arbitrários/autoritários, sejam poderes de estado ou de particulares. É preciso eleger a Constituição, suas regras e princípios, como normas-garantia dos mais altos valores da civilidade que almejamos.

É preciso compreender que, tanto quanto a estabilidade de moeda, o pleno emprego e a justa distribuição de renda, precisamos de estabilidade constitucional, de pleno acato e respeito aos comandos constitucionais para um justo governo, e para uma justa distribuição do direito e da justiça de acordo com a *vontade de constituição* (Konrad Hesse).

O futuro de nossa Democracia está irremediavelmente ligado ao

futuro de nossa Constituição, pois desrespeitar a democracia é apequenar a constituição; ferir a constituição é lesar a democracia, de modo tal, que um ato inconstitucional, emanado do Legislativo, do Judiciário ou do Executivo, ou da ação individual e/ou coletiva da sociedade civil, é ato antes de tudo antidemocrático e abreviador de nossa convivência em democracia.

E a preocupação com a Democracia nunca esteve tão atual[60] e premente, assim como seu uso na lida jurídica hodierna, tendo em conta os desvios do moralismo jurídico, o esquecimento da segurança jurídica e o barateamento das garantias constitucionais.

É preciso não esquecermos que a democracia não é a vacina definitiva contra a volta da ditadura nem imunidade inexpugnável contra os totalitarismos de toda a sorte. E ditaduras e totalitarismos não morrem totalmente por que delas ou de suas cinzas emergiram democracias[61]. Ideias e práticas democráticas assombram ditaduras

---

60 Basta ver dois best-sellers publicados em 2018, no Brasil: Steven Levitsky & Daniel Ziblatt, *Como As Democracias Morrem* (trad. Renato Aguiar), Rio de Janeiro, Zahar, 2018, 270 p., e David Runciman*, Como a Democracia Chega ao Fim* (trad. Sergio Flaksman), São Paulo, Todavia, 2018, 267 p. Valendo ler ainda, Tzvetan Todorov, *Os Inimigos Íntimos da Democracia,* trad. Joana Angélica d´Avila Melo, São Paulo, Companhia das Letras, 2012. 215 p.

61 Vale registrar que o porta-voz oficial da Presidência da República brasileira, em 25.03.19, anunciou que o Presidente Bolsonaro determinou ao Ministério da Defesa que faça as "comemorações devidas" pelos 55 anos da tomada de poder pelos militares, com aprovação de mensagem a ser lida em quartéis e guarnições militares em referência a 31 de março de 1964, data da "revolução gloriosa", que institui ditadura que durou 21 anos. Essa determinação administrativa ocasionou ajuizamento de ação civil pública movida pela Defensoria Pública da União, com o fim de impedir a comemoração da "data do golpe de 64", conforme registram os autos que tramitam na 6ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal (Brasília), processo n. 1007756-96.2019.4.01.3400, que tem como ré a União Federal. Em 29.03.19, a Juíza titular Ivani Silva da Luz deferiu pedido de tutela de urgência para determinar à União que se abstenha da Ordem do Dia alusiva ao 31 de março de 1964, prevista pelo Ministro da Defesa e Comandantes do Exército, Marinha e Aeronáutica. Do despacho da magistrada federal destacamos alguns fundamentos importantes à essa nota: "O ato administrativo impugnado, não é compatível com o processo de reconstrução democrática promovida pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e pela Constituição Federal de 1988; afasta-se do ideário de reconciliação da sociedade, da qual é expressão a concessão de anistia e o julgamento de improcedência da ADPF 153, quando o Supremo Tribunal Federal recusou pedido de revisão da Lei nº 6.683/1979, mantendo ampla e irrestrita anistia aos crimes comuns, de qualquer natureza, quando conexos com crimes políticos ou praticados por motivação política. (...). Nesse ponto, ressalte-se que a alusão comemorativa ao 31 de março de 1964 contraria, também, a ordem de manter a educação contínua em direitos humanos, como instrumento de garantia de não repetição,

(lembremos os tsunamis políticos no oriente médio em 2013, "a primavera árabe") e ideias e práticas totalitárias ou ditatoriais, convivem, cotidianamente, no seio das democracias com muita mais facilidade e sutileza[62]. Muitas vezes essas ideias são ilusoriamente vendidas como democráticas... e compradas iludidamente como tais, por amplos setores da sociedade civil, imprensa, representações de classe, movimentos sociais, partidos políticos, tribunais, etc.

Isso ocorre em nações onde o debate não é *verdadeiramente* livre, plurilateral, franco e democrático. Onde o pluralismo de ideias é renegado em nome da unicidade dos dogmas, fruto do moral e politicamente correto, a despeito do direito posto, e levando em conta o resultado das urnas... Onde o medo de ser perseguido ou rotulado por suas ideias, não alinhadas ao raso senso comum, é moeda corrente.

No Brasil não podemos deixar que tais ideias, mitos e falsas concepções tenham vida fácil perante o Tribunal da razão e da ciência. Falo

---

estabelecida em sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no "Caso Gomes Lund e Outros" (cf. Id Num. 43099480 – Pág. 115)." O despacho acabou sendo suspenso por decisão monocrática em agravo de instrumento, tomada pelo TRF1, na manhã de 30.03.19. E o Ministro Gilmar Mendes do STF, em despacho monocrático de 29.03.19, proferido nos autos de Mandado de Segurança n. 36.380/DF, no qual é impetrante Instituto Vladimir Herzog e outros e impetrado o Presidente da República, negou seguimento ao feito por entender que não havia ato administrativo consubstanciado na declaração do porta-voz, todavia fez considerações relevantes para esta nota: "*A lembrança da ruptura da ordem constitucional é relevante para que jamais sejamos tentados a nela reincidir. Os custos são enormes para a nação e para os indivíduos. (...) Considerando o contexto do processo de redemocratização e o pacto constitucional representado pelo texto da Constituição de 1988, todos os poderes do Estado, toda a sociedade civil, todos os cidadãos brasileiros estão comprometidos com a promoção do regime democrático, com a busca da verdade e com a promoção dos valores constitucionais*. (...). O fato é que todos nós estamos submetidos à ordem constitucional, as suas regras, princípios e valores. Não há espaço, no Brasil e no mundo, hoje, para uma atuação fora dos limites de um Estado Constitucional." (acrescentamos itálicos!)

62 Visão de que juízes são mais representativos do que os eleitos pelas urnas, de que empurram a história e tem a missão salvívica do bem frente ao mal, de estabelecer um novo ethos moral para a Nação. Deste modo de ver e agir, entre outros, decorrem prisões preventivas mal fundadas; delações após coação moral e psicológica do detido; subversão de garantias constitucionais ao argumento de salvaguardá-las; exacerbação do punitivismo e do moralismo contra "constitutione"; eleição de inimigos e a construção no imaginário coletivo de novos fantasmas, à retomada, inconfessa, de rediviva perseguição inquisitorial às bruxas. Sobretudo, a falsa ou frouxa crença no constitucionalismo e no seu regime de direitos fundamentais, encarados, quando suas normas se encontram com o universo ideológico moralista, como entulhos que atrapalham o exercício da repressão e da vingança estatal, catalizadora de toda a insatisfação das ruas e das redes sociais.

das ideias do politicamente correto e do moralmente apetecível, em contraste ao constitucionalmente sustentável e ao juridicamente admissível.

A democracia é o regime que, dialética e respeitosamente, admite a exposição pública de ideias que lhe são contrárias (Norberto Bobbio). É o regime no qual "o direito ao não é assegurado" (Reinaldo Azevedo). Mas é o constitucionalismo que lhe assegura a vida e impede o avanço das forças contrárias, mesmo que aclamadas por vontade popular circunstancial que agrida a perene e pétrea vontade constituinte fundacional (Jorge Vanossi).

O fiel da balança em uma democracia, que a salvaguarda da emergência de arroubos ditatoriais ou totalitários, ou melhor, de ideias provindas dos matizes que criticamos, é a existência de uma Constituição democrática e efetiva. Constituição originada de uma constituinte livre, representativa e soberana, guarnecida por uma Corte Constitucional independente e ciosa de suas tarefas institucionais em um regime de direitos fundamentais e separação de poderes.

Corte Suprema cujos juízes julguem, acima de qualquer expediente, com base em regras e princípios constitucionais pré-estabelecidos no próprio texto da Constituição. E não se fundamentem em volúveis, difusos, imprecisos e irracionais sentimentos populares vazados por setores da sociedade que nem sempre atentam para o valor de uma Lei Fundamental e seu regime de contenção dos arbítrios de toda sorte – venham esses abusos do Poder Estatal ou do Poder Social, ambos poderes constituídos e contidos pela Constituição democrática vigente.

Oxalá os estudos deste livro despertem em seus leitores a necessária atenção para suas temáticas, imbricadas entre a Constituição e a Democracia. E que isto ajude a fomentar práxis político-jurídica não só emancipadora, mas civilizatória e mantenedora dos padrões de civilidade conquistados no Brasil, durante a última década do século XX e a primeira do século XXI.

Desterro, 31 de março de 2019[63].

R.S.E.

---

63 Na data de 55 anos de efetivação do golpe militar de 1964, para que ele, "rememorado" e jamais esquecido, nunca mais se repita em nossa história política em toda e qualquer de suas formas possíveis: ontem, com tanques e baionetas; hoje, com togas e canetas...

Este livro reúne 12 estudos imbricados no Direito Constitucional e no universo de suas indagações teóricas, dogmáticas e normativas. Não se trata de obra monográfica, mas de "coletivo de textos" de um mesmo autor. Sobressai o tema dos Princípios Constitucionais. Ressoam concepções sobre Democracia, perspectivadas no Direito Público.

A Democracia é impensável sem uma Constituição que a garanta, ordene e estruture seus desenvolvimentos e regule suas realizações presentes e futuras. Não é possível concretizar a Democracia apartada da realização e efetividade dos princípios e regras constitucionais. Não há Democracia sem respeito à Constituição, sem acato a sua normatividade.

A Democracia brasileira será mera democracia formal se os valores éticos, políticos e jurídicos mediados pelos princípios e regras constitucionais não obtiverem força de direito. E para a efetividade dessa força é preciso que a nossa vontade de Constituição, que nosso sentimento constitucional, que nossa vontade de democracia, que nossos sentimentos democráticos estejam juntos, cultivando esses valores em nossos espíritos, enquanto pessoas que somos e enquanto povo que constituímos.

É preciso que em cada arrazoado forense, em cada parecer consultivo, em cada sentença, em cada discussão parlamentar, em cada conjunto de intenções político-administrativas, em cada aula, em cada discurso público, em cada momento da vida política, individual e comunitária, os Princípios Constitucionais e a Democracia sejam compreendidos como inexpugnáveis fortalezas construídas para a salvaguarda dos altos valores que protegem o homem e a sociedade contra a ação antidemocrática e inconstitucional de poderes arbitrários/autoritários, sejam poderes de estado ou de particulares. É preciso eleger a Constituição, suas regras e princípios, como garantia dos mais altos valores da civilidade que almejamos.

O futuro de nossa Democracia está irremediavelmente ligado ao futuro de nossa Constituição, pois desrespeitar a democracia é apequenar a constituição; ferir a constituição é lesar a democracia, de modo tal, que um ato inconstitucional, emanado do Legislativo, do Judiciário ou do Executivo, ou da ação individual e/ou coletiva da sociedade civil, é ato antes de tudo antidemocrático e abreviador de nossa convivência em democracia.

Oxalá a leitura desta obra desperte nos leitores os seus significados para uma práxis jurídica não só emancipadora, mas civilizatória e mantenedora dos padrões jurídicos de civilidade conquistados no Brasil durante a última década do século XX e a primeira do século XXI, padrões duramente testados na década que finda.

HABITUS
EDITORA

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-88283-93-0
9 788588 283930