

2

O ESTADO E SUA ESTRUTURA

2.1

A FEDERAÇÃO

2.1.1

Noções Gerais

A palavra *foedus*, de raiz latina, tem o significado de tratado, pacto, indicada em Roma também a origem do Federalismo, como modalidade de dominação utilizada pelo Império Romano.¹

Outras manifestações sobre o tema ocorreram no curso da História, antecedendo o fenômeno da formação do Estado Moderno, vindo, porém, a ocupar plano de relevo com a instalação do Estado Americano.

Em regra, a Federação surge após uma experiência histórica de aglutinação entre Estados soberanos que, por diversas razões de ordem cultural, econômica e política, resolvem abdicar de seu poder soberano em favor de determinado poder central, preservando, contudo, autonomia em diversos assuntos, intitulados de competências.

É a Federação forma de organização de Estado composto, contrapondo-se ao Estado Unitário.²

Duas são as hipóteses que fundamentam a existência do Estado Federal: a criação por tratado, celebrado por antigos Estados soberanos ou a transformação de Estado de estrutura unitária em federativa.³

¹ BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro: O Problema da Federação*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.7.

² Nesse sentido, podemos classificar os estados em simples e compostos, sendo integrantes da segunda classificação as federações e confederações; no estado unitário não há divisão do poder nacional, ao contrário do que ocorre nos estados compostos, onde existem diversas esferas de poder.

³ BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro: O Problema da Federação*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 15.

O internacionalista Louis Le Fur defende a tese de que, na Federação, os Estados Federados participam da formação da vontade soberana do Poder Central, através de organismos políticos determinados, como o Senado Americano:

*"... Nous avons vu en effet que la caractéristique de l'État fédéral, c'est que, à coté de la Chambre des députés qui représente la population comme dans les pays unitaires, il y a une autre Chambre qui représente les Etats et le plus souvent, avec le même nombre de sièges pour chacun d'eux, quelle que soit leur importance: le Sénat des Etats-Unis, le Conseil des Etats suisses (Ständerat), l'ancien Bundesrat allemand, qui s'appelle aujourd'hui le Reichsrat ou Conseil d'Empire."*⁴

Identifica Karl Loewenstein algumas características fundamentais no Estado Federal: o poder central possui soberania própria; o domínio sobre os cidadãos é exercido pelo poder central, sem intervenção dos Estados membros; há uma distribuição de competências que permita à União e aos Estados funcionamento independente; os fundamentos dessa convivência estão fixados em instrumento escrito, qual seja a Constituição.⁵

A Federação estabelece um equilíbrio entre os interesses que informam a unidade estatal e os interesses das regiões representadas pelos Estados integrantes da federação, formando uma união indissolúvel, que não pode ser quebrada por quaisquer dos membros que aderiram ao pacto, permitindo-se, contudo, a sua ampliação, com o ingresso de novos membros.⁶

Informa o constitucionalista germânico que existem determinadas esferas de competência essenciais ao núcleo central:

*"... Existe un mínimo irreducible de competencias federales que son indispensables en un autentico orden federal. Afectan a los siguientes campos: los asuntos exteriores, la defensa nacional , el sistema monetario, pesos y medidas, la nacionalidad, comercio y comunicaciones entre los Estados miembros y los medios financieros para llevar a cabo las tareas federales..."*⁷

⁴ LE FUR. Louis. *Précis De Droit International Public*. Paris: Dalloz. 1931, p. 91.

⁵ LOEWENSTEIN Karl, *Teoria de La Constitución*, p. 356

⁶ TUNC, Suzanne et André. *Le Système Constitutionnel Des États-Unis D'amérique*, Vol II, Paris: Ed. Domat Monchrestien, 1954, pág. 6.

⁷ LOEWENSTEIN Karl, *Teoria de La Constitución*, p. 356.

Por outro lado, André Hauriou e Jean Gicquel,⁸ identificam três princípios organizadores do federalismo: o da superposição, o da autonomia e o da participação.

Sobre o princípio da superposição, indicam ser este o fulcro da divisão interna de poderes, com a preponderância do poder central, que dispõe da soberania plena, organizando-se, ainda, em três funções que representam a sua clássica tripartição.

Além disso, no âmbito legislativo a divisão está lastreada na representação do povo e dos Estados:

*"Né de la volonté des États composants sous la forme de la constitution fédérale, le super-État qui les coiffe désormais dispose des attributs étatiques et plus précisément, d'une organisation politique distincte: un pouvoir exécutif, un pouvoir législatif et un pouvoir juridictionnel. A ce propos, il n'est pas sans intérêt de préciser que par suite du compromis de Benjamin Franklin présenté à la convention de Philadelphie, en 1787..., le bicaméralisme a partie liée au fédéralisme: une chambre représente la population de la fédération dans son indivisibilité (Chambre des représentants aux États-Unis, Bundestag en R.F.A.), une seconde, les unités fédérées (Sénat Américain et Bundesrat allemand)."*⁹

No que concerne à autonomia, os membros da Federação têm organização própria e distinta da elaborada pelo Poder Central, embora, em regra, obedeçam a parâmetros equivalentes aos da União.

Nessa linha, os Estados Federados possuem, na sua organização interna, órgãos executivos, judiciais e legislativos, que exercem competências previstas em documento normativo escrito.

A existência de Constituições Estaduais é, assim, decorrente da existência da Federação.

Possuem, inclusive, os entes federados, símbolos, hinos e bandeira próprios.

⁸ HAURIUO André e GICQUEL, Jean. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris: Éditions Montchrestien, 1980.

⁹ HAURIUO André e GICQUEL, Jean. *Droit Constitutionnel Et Institutions Politiques*, Paris: Éditions Montchrestien, pág. 153.

A participação dos membros da Federação no poder central se faz através de mecanismos de controle insertos no texto constitucional básico.

Dessa forma, a representação política dos Estados se efetua através do Senado Federal, órgão legislativo que compõe o Poder Central, juntamente com a Câmara de Deputados. É da conjugação da vontade dos dois órgãos legiferantes que surgem as leis que são aplicadas em toda a Federação.

A formação do Poder Judiciário federal também é submetida ao órgão Senatorial, a quem incumbe ratificar ou não a indicação do Chefe do Executivo.¹⁰

Consoante já informava Pedro Lessa, os países com organização federativa, ou seja: Estados Unidos, México, Suíça, Colômbia, Venezuela e Argentina organizam o Poder Judiciário com a divisão entre Justiça local ou comum e Justiça Federal ou Especial.¹¹

O comentarista aduz a intenso debate sobre a necessidade de unificação da Justiça local com a Justiça Federal, notadamente através do seu corpo de magistrados, bem como da competência centralizada da União, para legislar sobre processo vez que a Constituição de 1891 permitia a competência para os estados federados, nos moldes da federação republicana, que mantém tal tradição até hoje.

Dentre outras críticas, Pedro Lessa manifesta sua contrariedade à criação dos tribunais federais que tem referência expressa na Constituição de 1891 (art. 55). O Poder Judiciário da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.) , aduzindo que haveria um

¹⁰ Este é o sistema adotado no Brasil e nos Estados Unidos. Na Alemanha o Tribunal Constitucional tem composição mista, com integrantes nomeados diretamente pelo próprio Poder Legislativo (Hauriou, op. citada, pág. 256, nota 113). No Brasil, nem todos os membros do Poder Judiciário são nomeados pelo chefe do Executivo, com a aprovação do Senado, tendo em vista os termos da Constituição Federal de 1988. Tal situação perdura para os Ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, Art. 101, § Único), do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 104, § unico), do Tribunal Superior do Trabalho (CF, art. 111, parágrafo primeiro), e do Superior Tribunal Militar (CF, art. 123). Esse sistema não é aplicado aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Eleitorais, bem como à nomeação dos juízes de primeiro grau. Não há correspondente, nos estados-membros, a este procedimento.

¹¹ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 4.

maior congestionamento do que aquele já identificado nos julgamentos da Suprema Corte pátria.¹²

Informa, ainda, que naquele momento existiam juizes federais em cada estado da federação e dois no Distrito Federal, além do Tribunal do Júri federal, com sede em cada uma das seções judiciárias, por força do estatuído no Decreto no. 848/1890, da Lei no. 221/1894 e do Decreto no. 3084/1898.¹³

A atuação do Supremo Tribunal Federal foi necessária, muitas vezes, para garantir o equilíbrio federativo, impondo limites territoriais aos estados, causando, por força disso, dissídios violentos entre os integrantes da população dos entes envolvidos. Caso paradigmático foi aquele envolvendo os limites entre os estados do Paraná e de Santa Catarina que gerou a sangrenta guerra do Contestado, litígio que durou três anos e somente findou pela intervenção do Presidente Venceslau Brás, tendo havido decisão da Suprema Corte favorável ao estado de Santa Catarina, contestada pelo estado do Paraná.¹⁴

Esse sangrento conflito chamou a atenção para a concessão de terras para companhias multinacionais, gerando prejuízos aos trabalhadores nacionais.¹⁵ Também gerou um maior cuidado da Suprema Corte no concernente aos litígios territoriais, competência que lhe foi retirada pelas Constituições de 1934 e 1937 e somente retornada com a Constituição de 1967.¹⁶

A intervenção da Suprema Corte americana no destino da federação ganhou força com o reconhecimento de sua competência para controlar a constitucionalidade dos atos normativos, como afirma Leda Boechat Rodrigues.¹⁷ Para evitar influir na política diária erigiu critérios técnicos para sua atuação. Nessa linha, estabeleceu a presunção de constitucionalidade, a ausência de intervenção nas questões políticas, a necessidade de existir um caso concreto, não

¹² LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, pp. 23-24.

¹³ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, Pp. 25-26.

¹⁴ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*, Tomo II. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968, p. 4.

¹⁵ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*, Tomo II. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968, p. 4.

¹⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*, Tomo II. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968, p. 4.

¹⁷ RODRIGUES, Leda Boechat. RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 15.

interferir quanto à justiça, motivos ou sabedoria das leis, aproveitamento das normas legais não viciadas de inconstitucionalidade, limitação do princípio do *stare decisis*.¹⁸

Um processo de ativismo judicial dominou a Suprema Corte americana em determinado período e, nessa ocasião, o governo dos Juízes olvidou vários dos princípios limitadores de sua atuação. Desse contexto surgiu um princípio de presunção de inconstitucionalidade, atingindo a legislação de cunho social, bem como aquela restritiva das liberdades de palavra, imprensa, religião e reunião, garantidas pela primeira emenda à Constituição americana.¹⁹

São indicados quatro períodos na história da atuação da Suprema Corte, como aponta Corwin: a) até o passamento do *Chief Justice* Marshall, em 1835, período do domínio do diploma constitucional; b) da Presidência de Taney até 1895, período da teoria constitucional; c) de 1895 até 1937, período do *judicial review* com o exercício do poder de controle para proteger o *laissez faire*; d) de 1937 até 1958 com a substituição de uma Constituição de Direitos por uma Constituição de Poderes do Governo.²⁰

O começo da atuação da Suprema Corte foi tímido, dada a precariedade do sistema de justiça recém-organizado. O seu primeiro *Chief Justice*, John Jay, um dos autores do *The Federalist*, abandonou a corte em 1794 para exercer funções diplomáticas na Inglaterra, sendo sucedido por Oliver Ellsworth que também deixou o cargo, voluntariamente, em 1800. Nessa época o tribunal tinha pouca expressão política.²¹

Somente após a presidência de John Marshall, terceiro presidente, nomeado pelo governo derrotado de John Adams, é que a Suprema Corte passaria a angariar a importância que a fez conhecida no mundo. A Marshall coube fortalecer o governo da União, protegendo direitos privados e salvaguardando a

¹⁸ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 15.

¹⁹ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 15-16.

²⁰ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 16.

²¹ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 22-23.

nascente federação composta de estados extremamente ciosos da sua contribuição política ao sistema. Foi o artífice do federalismo americano.²²

Sendo vinculado ao governo federalista derrotado, Marshall seria confrontado com o Presidente Thomas Jefferson e seus partidários. O primeiro embate ocorreu diante da revogação da lei judiciária de 1801 que foi base para a nomeação de numerosos juizes federalistas. A votação apertada (dezesseis contra quinze) já revelava o clima de confrontação partidária. Com base na revogação, o intuito do governo era o de afastar todos os juizes anteriormente nomeados e instaurar processos de impedimento contra os demais, inclusive magistrados da Suprema Corte.²³

Em 1804, o Senado realizou o julgamento de Samuel Chase, juiz da Suprema Corte. A sua defesa aduziu que o processo era de uso político pelo partido vitorioso e que o afastamento daquele magistrado implicaria a submissão dos juizes federais. Tais argumentos, ao que parece, permitiram a permanência do magistrado no exercício do cargo.²⁴

Esse conflito inicial entre partidos nos Estados Unidos fez colidir o Partido Republicano, fundado por Thomas Jefferson e James Madison com o Partido Federalista, liderado por Alexander Hamilton. Do primeiro iria surgir, em 1820, o atual partido Democrata. Já o rival dos tempos modernos, o partido Republicano somente surgiria em 1854, não tendo ligação com os partidos antes referidos.²⁵

É interessante destacar que a ideologia do partido de Thomas Jefferson era lastreada na defesa dos pequenos proprietários rurais, na defesa da indústria, da urbanização, da organização das finanças públicas, na descentralização, garantindo o poder dado aos estados federados. Hamilton, por outro turno, era

²² RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 23.

²³ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 24.

²⁴ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 24.

²⁵ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 66.

defensor do centralismo e da intervenção do estado na indústria, no comércio e navegação, com a concessão de incentivos.²⁶

O conflito federativo americano iria desaguar na guerra de secessão, vencida pelos estados industrializados do norte (os ianques) contra os de economia agrária do sul. Apesar de o motivo imediato ter sido a eleição do abolicionista Abraham Lincoln, a rivalidade dos estados do sul com aqueles do norte era antecedente e decorre da tentativa de fixação de tarifas para produtos industrializados, prejudicando os estados agrários, bem como do movimento centralizador dos vários governos americanos, prejudicando a autonomia dos estados.²⁷

Um dos incidentes ocorridos, como narra E. Ricardo Lewandowski, decorreu de uma lei aprovada em 1791 e que estabeleceu imposto sobre o whisky, gerando revoltas violentas nas unidades federadas que tinham nessa bebida sua principal fonte de renda. Com base nessa rebelião estadual foi aprovada lei que permitia a intervenção federal, com a requisição de milícias estaduais. Assim, a União, por força de ato delegado do Congresso, pacificou a situação.²⁸

A composição da Corte Suprema indicava, naturalmente, uma tendência conservadora e escravista. Pode-se, pois, compreender, nesse contexto, a decisão no caso Dred Scott, com a declaração de incapacidade processual de um negro, por não ter autorizado a Constituição a outorga de sua cidadania. Nesse momento de discussões acaloradas, restou evidente a crítica violenta assacada pelos meios de comunicação do norte, francamente abolicionistas.²⁹

Houve reação congressual no sentido de propor limitações à atuação da Corte Suprema, que não foi avante. Somente com a 14^a. emenda, o direito dos negros, como cidadãos, foi reconhecido. E isso por ato do Congresso nacional.

²⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 29.

²⁷ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 30-35.

²⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. São Paulo: RT, 1994, p. 37.

²⁹ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 66.

Durante o governo Lincoln, a Corte passou a atuar com dez juizes, sendo cinco indicados pelo presidente em curso. Nesse período de exceção não foram poucos os conflitos entre o Executivo e o Judiciário. Um deles redundou em decisão lavrada pelo Chief Justice Taine, que criticou a suspensão do *habeas corpus*, por ato presidencial, entendendo-a ser prerrogativa do Congresso, que o havia criado. Outro decorreu da limitação, realizada pelo Congresso, da competência da própria Corte, que foi considerada constitucional, porque entendida como de competência daquele nesse ponto.³⁰

Novo caso de conflito ocorreu no período da reconstrução pós-guerra, envolvendo a lei do curso forçado da moeda (*Legal Tender Act*). Ao julgar a constitucionalidade da lei no caso Hepburn v. Griswold, por quatro votos a três, foi considerado inconstitucional o referido diploma legislativo. Faltavam dois juizes porque um deles havia falecido e, outro, se aposentado, voluntariamente. No mesmo dia da leitura da decisão da Corte foram indicados dois novos juizes, ao Congresso. Após intensa pressão o caso foi novamente julgado e, por cinco votos a quatro, o resultado foi invertido, com a declaração de constitucionalidade da norma.³¹

Essa decisão, como a proferida no caso Dred Scott, foi fundamental para afetar a credibilidade popular da Suprema Corte americana, submetida a pressões do Executivo e do Legislativo.

Apesar desse momento de impopularidade, a carga de trabalho da Corte aumentou, mês a mês, em época de rápido crescimento da economia americana, com a aprovação de novas leis e a necessidade de sua interpretação à luz de sua adequação constitucional. Assim, em 1848, os magistrados trabalhavam diariamente, em tempo integral, com jornadas de dez a doze horas.³²

A partir de 1875, os trabalhos da Corte passaram a ter início na primeira segunda-feira de outubro. No mesmo ano, o Congresso aumentou os poderes da

³⁰ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 69-70.

³¹ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 71.

³² RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 74.

Corte determinando que todos os casos surgidos com base na Constituição e nas leis federais poderiam ser submetidos ao exame do Judiciário.³³

É dessa época, também, o nascimento do prestígio da classe dos advogados, considerada um dos estratos da classe dirigente, acompanhando os dos industriais, dos proprietários de terra, dos banqueiros, dos fazendeiros.³⁴

No período em que atuou o *Chief Justice* Taney o tribunal foi chamado a decidir questão apresentada pelo estado de Rhode Island, que buscava apoio da União para garantir a federação e a república. Tal causa foi recusada pela Corte, que entendeu tratar-se de questão política que não poderia ser examinada pelo Poder Judiciário.³⁵ Na administração de Taney vigorou, assim, o princípio do duplo federalismo, admitida a coexistência de dois governos independentes e soberanos.³⁶

Em decisão pertinente a conflito entre os estados de Ohio e do Kentucky a respeito da entrega de um escravo fugido, decidiu a Corte que não havia como lei federal impor aos estados a compulsoriedade de praticar qualquer ato, não podendo a União interferir na autonomia daqueles e, por isso, impossibilitada de fornecer meios materiais para cumprimento do ato, que ficaria jungido à vontade exclusiva do estado federado.³⁷

Há uma tendência, nos Estados Unidos, tanto no Poder Executivo, quanto no Poder Judiciário federais, de não se admitir a intervenção federal nos estados. Apesar disso, julgou-se a pertinência de inserção das *corporations* no âmbito da competência dos tribunais federais, retirando-as da dos tribunais estaduais.

³³ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 75.

³⁴ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 76.

³⁵ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 77. Case Luther v. Borden

³⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 80.

³⁷ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 81.

Legitimou-se, também, a legislação que assentava a competência federal sobre os Grandes Lagos e às águas a eles vinculadas.³⁸

Na atualidade, a competência da Suprema Corte americana estabelece-se em dois planos: a) originária, quando há conflito direto entre estados-membros ou quando o conflito está diretamente vinculado ao Chefe do Executivo federal, admitindo-se, ainda, quando há dúvida quanto a precedente já fixado pela Corte, tendo em vista a vinculação de suas decisões; b) recursal, realizada através dos *appeal* e do *writ of certiorari*, cabíveis quando há declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou objetivem interpretação de leis federais.³⁹

O *writ of certiorari* é similar ao recurso extraordinário do direito pátrio (CF, art. 102, III).⁴⁰ Diferentemente do modelo brasileiro, o conhecimento ou não conhecimento do recurso, o que equivale à admissibilidade para julgamento, ocorre sem qualquer menção ao respectivo fundamento, limitando-se a publicizar o resultado: admitido ou não admitido. Tal decisão, denominada *per curiam*, não admite qualquer tipo de impugnação. Após a admissão, o julgamento de mérito é fundamentado no voto do relator, acompanhado dos votos concorrentes (*concurring opinions*) ou dos votos vencidos (*dissenting opinions*).⁴¹

2.2

A Federação Brasileira

A Federação Brasileira nasceu juntamente com a instauração da República, sendo fruto da primeira constituição republicana de 1891, que

³⁸ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 79.

³⁹ SOARES, Guido Fernando. *Common Law. Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 92, apud CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. *Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, Unigranrio, IBRADE, 2002, p. 175

⁴⁰ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:... III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)...”

⁴¹ SOARES, Guido Fernando. *Common Law. Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 92, apud CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. *Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, Unigranrio, IBRADE, 2002, pp. 175-176.

modificou a estrutura administrativa do Império, anteriormente dividido em Províncias e caracterizado por ser um Estado unitário.

Como se verifica, sendo fato notório, o que ocorreu foi a criação de uma federação através de um processo de descentralização imposto pelos republicanos.⁴²

Comentando o início da República, Jânio Quadros e Afonso Arinos, em obra conjunta, aduzem que o caráter militar e centralizador que permeou os governos de Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto, com nomeação de governadores e ausência de liberdade de imprensa, caracterizaram o regime em vigor como uma ditadura militar, autocrática e unitária.⁴³

A partir desse momento histórico passou o Brasil a ser um Estado composto, nos moldes dos Estados Unidos, da Suíça, da Argentina, do México e da Alemanha, com as seguintes características: a) descentralização política de auto-organização e autogoverno; b) entidades seccionais dotadas do poder de auto-organização e autogoverno; c) garantia eficaz de integridade territorial; d) Estados-membros possuidores de competência de legislação e de execução, a ser exercida em caráter independente e isenta de controle pelo poder federal.⁴⁴

O Canadá, também um estado federal, tem uma peculiaridade que é a adoção de duas línguas oficiais: o inglês e o francês, bem como de uma técnica de enumerar os poderes dos estados federados, sendo remanescentes assim os da União.⁴⁵

Relembra Raul Machado Horta que a existência do Estado Federal é fruto de prévia escolha política, dependendo de sua estruturação pela Constituição.⁴⁶

⁴² TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 29

⁴³ QUADROS, Jânio. *História do Povo Brasileiro*, vol 5. São Paulo: Editores Culturais, 1968, p. 17.

⁴⁴ TRIGUEIRO, Oswaldo, *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 29. Os trechos citados são de autoria do eminente ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁵ LEWANDOWSKI, E. Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. São Paulo: RT, 1994, pp. 16-17.

⁴⁶ HORTA, Raul Machado. *Organização Constitucional do Federalismo*, p. 6. Revista de Informação Legislativa nº 87/1985.

É evidente, como anota Manuel Garcia Pelayo, que o Estado Federal convive com duas tendências contraditórias, uma que leva à unidade, outra que leva à diversidade. Nas suas próprias palavras:

*"De este modo, supuesto de la existencia y permanencia del Estado Federal es la presencia de esos momentos contradictorios: la cohesión y el particularismo, los cuales dependem de una serie de factores extraconstitucionales de índole natural, económica, social, etc..."*⁴⁷

O fortalecimento do poder central caracteriza o denominado federalismo centrípeto ou por agregação; caso contrário, quando há a predominância do poder dos Estados membros caracteriza-se o federalismo centrífugo ou por segregação. Nada impede, contudo, que haja a procura de um ponto de equilíbrio entre as duas concepções.⁴⁸

No modelo clássico de federalismo, a repartição de competências conferiu à União os poderes enumerados e reservou aos Estados-Membros aqueles não reservados ao poder central.⁴⁹

A capacidade de auto-organização dos Estados federados impõe a existência necessária de estatutos normativos básicos também nessa esfera estatal, embora as linhas mestras estejam incorporadas no texto da Constituição que cria o Estado Federal.

Dessa capacidade acima referida surge a existência de um poder constituinte decorrente deferido aos entes federados, a ser exercido pelas Assembléias Legislativas.⁵⁰

O Estado federal brasileiro está atualmente formado pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, conforme mandamento

⁴⁷ VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho Constitucional Comparado*, Manuales de La Revista de Occidente, Madrid:, 1953, pág. 218.

⁴⁸ HORTA, Raul Machado. *Organização Constitucional do Federalismo*. Distrito Federal: 1985, Revista de Informação Legislativa 87, pág. 7. No que se refere à classificação mencionada o autor remonta à obra de Georges Scelle (*Précis de Droit des Gens*, 1º Vol., Recueil Sirey, Paris, 1932, p. 182).

⁴⁹ HORTA, Raul Machado. *Organização Constitucional do Federalismo*. Distrito Federal: 1985, Revista de Informação Legislativa 87, pp. 9/10. Tal organização preconizada nos Estados Unidos passou por modificações impostas, inclusive, por decisões da Suprema Corte, que ampliaram a competência federal.

⁵⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Poder Constituinte do Estado-Membro*, São Paulo: RT, , 1979, pág. 54.

inserto no artigo 1º., da Constituição Federal de 1988.⁵¹ Aduz José Afonso da Silva, que o princípio federativo data de 1899, quando, aos 15 de novembro, ocorreu a proclamação da República e, desde lá, forma de estado (Federação) e de governo (República), vem acompanhando as sucessivas constituições pátrias.⁵²

Em relação à inclusão dos Municípios na Federação, Paulo Bonavides tece inúmeras considerações sobre o tema, louvando a postura do legislador constituinte que apreendeu o movimento defendido por diversas correntes autonomistas, no sentido de conferir aos Municípios maior integração no ente federativo, qualificando sua participação através de concessão de competências legislativas e tributárias expressas no texto constitucional.⁵³

É verdade que, historicamente, nem sempre os municípios gozaram de tal autonomia, como bem aponta Vitor Nunes Leal ao analisar as transformações do estado brasileiro, com a concentração de poder nas mãos dos governadores e do Presidente da República. Restou famosa a política dos governadores, empreendida pelo Presidente Campos Sales que, pro força do compromisso, sacrificou a autonomia política dos municípios.⁵⁴

2.3

O Estado Federado

Os Estados-membros são pessoas jurídicas de direito público interno essenciais à Federação, eis que de sua aglutinação surgiu o ente federal.

Como já vimos anteriormente, é a própria Constituição Federal o estatuto jurídico básico para os entes federados, aí incluídos os Estados-Membros, determinando o citado diploma normativo os limites de atuação dos integrantes da União, o que se convencionou chamar de repartição de competências.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: RT, 1989, pág. 90. O autor critica a inclusão dos municípios na Federação, na medida em que eles representam entes da divisão política dos estados.

⁵² SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 33.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 311/326.

⁵⁴ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. Rio de Janeiro: Alfa-Omega, 1975, pp. 101-102.

Inicialmente, aos Estados foram conferidos alguns poderes expressos, alguns poderes concorrentes e todos os poderes remanescentes.⁵⁵

O esquema tradicional vigorou até o advento da Constituição de 1969, quando a União passou a centralizar diversas competências, permanecendo, inclusive, com a remanescente no âmbito tributário.⁵⁶

A atual Constituição de 1988 efetua a repartição de competências utilizando a técnica da enumeração dos poderes da União (Arts. 21 e 22), com poderes remanescentes deferidos aos Estados (Art. 25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (Art. 30).⁵⁷

Internamente, o Estado federado obedece à forma republicana de governo, ao sistema representativo e ao regime democrático, sendo estruturado, simetricamente, em três poderes distintos: Executivo (Governador, com auxílio dos Secretários de Estado, Legislativo (Assembléia Legislativa), Judiciário (Tribunal de Justiça e demais juízos).

O nosso Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes, tem aplicado o sistema da simetria, limitando a atividade legiferante dos estados e, também, o seu poder constituinte derivado.

Em precedente recente, não acolheu medida liminar contra norma da Constituição do estado do Tocantins, que previa a eleição indireta, pela Assembléia Legislativa, de substituto para Governador e Vice-Governador, em casos de afastamento. O litígio surgiu porque o Tribunal Superior Eleitoral cassou os mandatos dos dois dirigentes e daí surgiu a ação patrocinada pelo PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira). No julgamento o STF entendeu que a norma do art. 81, § 1º., da CF,⁵⁸ não se aplicaria aos Estados, não havendo

⁵⁵ TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 79. A referência é em relação à Constituição de 1891.

⁵⁶ TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 80.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 413. Existem áreas comuns que permitem atuações paralelas da União, Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 23).

⁵⁸ 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.

qualquer desequilíbrio entre os poderes ou ameaça à unidade nacional ou ao pacto federativo.⁵⁹

Com base na autonomia federativa impôs-se o reconhecimento de que a Lei Orgânica municipal é soberana para dispor sobre a vacância dos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito, sendo, nessa linha, considerada inconstitucional a norma do art. 75, § 2º. da Constituição do estado de Goiás sobre tal assunto.⁶⁰ Na mesma linha, considerou inconstitucional norma incluída na Constituição do Estado do Ceará (art. 35) que impunha ao município o encargo de transportar alunos carentes matriculados até a 5ª. série do ensino fundamental.⁶¹

Foi aplicado o princípio da simetria no julgamento da constitucionalidade de emenda parlamentar a projeto de iniciativa reservada do Governador do Estado de Santa Catarina, com aumento de despesa, tendo sido considerada violada a norma do art. 169, da Constituição Federal.⁶² Nessa linha, a alteração legislativa foi julgada inconstitucional, por unanimidade, pelo plenário do STF.⁶³

Em outro precedente, também oriundo do mesmo Estado de Santa Catarina, diversas normas que se originaram de emendas parlamentares foram fulminadas pelo vício de inconstitucionalidade por identificado conflito com os arts. 61, § 1º, II letras a e c e 63, I, da Constituição Federal.⁶⁴

⁵⁹ ADI 4.298-MC e ADI 4.309-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 7-10-09, Plenário, Informativo 562). Vide: ADI 3.549, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 17-9-07, Plenário, DJ de 31-10-07.

⁶⁰ ADI 3.549, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julgamento em 17-9-07, Plenário, DJ De 31-10-07). Vide: ADI 4.298-MC E ADI 4.309-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, Julgamento Em 7-10-09, Plenário, Informativo 562.

⁶¹ ADI 307 / CE , Relator: Min. Eros Grau, Julgamento: 13/02/2008, Pleno, v.u.

⁶² “Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. § 1º a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; ...”

⁶³ ADI 2079/SC, Relator: Min. Maurício Corrêa, julgamento: 29/04/2004, pleno, v.u.

⁶⁴ “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: I -...; II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua

Esse mesmo conflito foi reconhecido em lei do Estado de Rondônia, de iniciativa da Assembléia Legislativa, que pretendeu regulamentar o regime jurídico dos militares do estado.⁶⁵

O tema serviços públicos e organização administrativa do Estado foi apontado em outro precedente, vindo de São Paulo, para impugnar atuação da Câmara Municipal da capital, tendo o Tribunal de Justiça acolhido ação proposta pelo Município de São Paulo.⁶⁶ De igual modo, a atribuição de competência à Secretaria de Fazenda estadual foi considerada indevida, por estar na iniciativa privativa do Chefe do Executivo, sendo ilegítima, para a hipótese, a da Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo.⁶⁷

No mesmo diapasão, lei complementar de iniciativa do Poder Legislativo estadual foi fulminada por vício de inconstitucionalidade por pretender regular a situação funcional dos servidores da Secretaria de Segurança Pública.⁶⁸

A organização e a criação do Conselho Estadual de Controle e Fiscalização do Sangue – COFISAN, por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa de São Paulo, também foi considerada inconstitucional, por invasão das atividades do Poder Executivo.⁶⁹

Em tema de escolha dos membros dos Tribunais de Contas, O STF aplicou a simetria ao declarar violado o art. 52, III, b), da Constituição Federal.⁷⁰ Nesse caso, vedou a escolha pelo voto aberto, mantendo o voto secreto, como proteção aos próprios parlamentares das pressões que normalmente surgem nesses

remuneração;b) ... c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;...”

“Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista: I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º;...”

⁶⁵ ADI 3930/RO, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 16/09/2009, pleno, v.u.

⁶⁶ Ag.Reg. no Recurso Extraordinário no. 396970-6, Relator Ministro Eros Grau, j. aos 15.09.2009, 2ª. Turma, v.u..

⁶⁷ ADI 2857 / ES , Relator: Min. Joaquim Barbosa, Julgamento: 30/08/2007, Pleno, v.u.

⁶⁸ ADI 2029 / SC , Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 04/06/2007, Pleno, v.u.

⁶⁹ ADI 1275 / SP , Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 16/05/2007, Pleno, v.u.

⁷⁰ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: ...III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;...”

casos.⁷¹ Tratou-se da escolha de irmão do Governador para ocupar o cargo de membro do Tribunal de Contas do Estado.

A atuação do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas nos Estados foi objeto de adequação, excluindo-se a atuação dos Ministérios Públicos estaduais e incluindo-se a de um Ministério Público especial na organização dos respectivos entes. Um dos precedentes atingiu norma constante do art. 106, inc. VIII, da Constituição do Mato Grosso e do art. 16, § 1º, inc. III, da Lei Complementar n. 27/1993 do mesmo Estado.⁷² Outro precedente importante foi originário do Rio de Janeiro.⁷³

No mesmo estado do Mato Grosso também foi impugnada legislação que conferia competência ao Tribunal de Contas local para examinar, previamente, contratos administrativos, entendendo o STF que a Constituição Federal não outorgou tal competência ao Tribunal de Contas da União.⁷⁴

Houve, nesse mesmo tema, a rejeição de controle do Legislativo local sobre a atividade do Tribunal de Contas, ao julgar ação proposta pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil impugnando normas da Constituição do estado do Tocantins inseridas pela emenda constitucional no. 16/2006. No caso em tela não se admitiu a interferência do Poder Legislativo no controle de contas realizado pelo órgão estadual: “...e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, inciso II, CF/88. Precedentes. 5. Na segunda hipótese, o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo...”⁷⁵

O tribunal analisou a constitucionalidade da lei federal no. 11.738/08 que criou o Piso Nacional de Salários para professores de ensino fundamental da rede pública, tendo proferido a seguinte decisão: “O Tribunal deferiu parcialmente a cautelar para fixar interpretação conforme ao artigo 2º, da Lei nº 11.738/2008, no

⁷¹ Ag. Reg. na Medida Cautelar na Reclamação no. 6702-5-PR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. aos 04 de março de 2009, pleno, v.u.

⁷² ADI 3307/MT, Relatora: Min. Carmen Lúcia, julgamento: 02/02/2009, Pleno, v.u..

⁷³ ADI 2884 / RJ, Relator(ç): Min. Celso de Mello, Julgamento: 02/12/2004, Pleno, v.u.

⁷⁴ ADI 916/MT, Relator: Min. Joaquim Barbosa, julgamento: 02/02/2009, Pleno, v.u.

⁷⁵ ADI 3715 MC / TO , Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 24/05/2006, Pleno, v.u.

sentido de que, até o julgamento final da ação, a referência do piso salarial é a remuneração; deferiu a cautelar em relação ao § 4º do artigo 2º; e deu interpretação conforme ao artigo 3º para estabelecer que o cálculo das obrigações relativas ao piso salarial se dará a partir de 01 de janeiro de 2009, vencidos parcialmente o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que também deferia a cautelar quanto ao inciso II do artigo 3º, e o Senhor Ministro Marco Aurélio, que deferia integralmente o pedido de cautelar. Tendo em conta as ausências da Senhora Ministra Cármen Lúcia e do Senhor Ministro Eros Grau, que se retiraram após terem proferidos seus votos, e antes da tomada do voto do Senhor Ministro Cezar Peluso...”⁷⁶

A ação foi proposta por vários governadores de estado, capitaneados pelo estado de Mato Grosso do Sul e tendo como litisconsortes os governadores dos estados do Paraná, de Santa Catarina, do estado do Rio Grande do Sul e do estado do Ceará e obteve a declaração liminar parcial de inconstitucionalidade do art. 2º., § 4º., da Lei no. 11.738/2008⁷⁷, por violação da previsibilidade orçamentária (CF, art. 169).

Por iniciativa do Procurador-Geral da República foi proposta ação contra lei do estado do Espírito Santo que aumentava a remuneração dos policiais civis do estado tendo ocorrido a declaração de inconstitucionalidade, por quebra da reserva do Executivo.⁷⁸

⁷⁶ Méd. Cautelar em ADI no. 4.167-3, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado aos 17.12.2008, Pleno, com votos vencidos parciais.

⁷⁷ “Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no [art. 62 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996](#), que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. § 1º O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais. § 2º Por profissionais do magistério público da educação básica entendem-se aqueles que desempenham as atividades de docência ou as de suporte pedagógico à docência, isto é, direção ou administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais, exercidas no âmbito das unidades escolares de educação básica, em suas diversas etapas e modalidades, com a formação mínima determinada pela legislação federal de diretrizes e bases da educação nacional. § 3º Os vencimentos iniciais referentes às demais jornadas de trabalho serão, no mínimo, proporcionais ao valor mencionado no caput deste artigo. § 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos...”

⁷⁸ ADI 2192 / ES, Relator: Min. Ricardo Lewandowsky, Julgamento: 04/06/2008, Pleno, vu.

A Emenda Constitucional no. 2/1991 do Estado do Rio de Janeiro, que dispôs sobre regime jurídico dos servidores militares, por ser originária de projeto de iniciativa da Assembléia Legislativa, foi fulminada pelo fato de a matéria ser de iniciativa do chefe do poder executivo.⁷⁹

O sistema de substituição do Chefe do Poder Executivo também é tema recorrente na jurisprudência da excelsa Corte pátria. Em precedente originário do Estado do Maranhão julgou-se inconstitucional a necessidade de prévia autorização da Assembléia Legislativa, bem como desconsiderar a ausência do Chefe do Executivo, por determinado prazo, impondo-se a substituição pelo Vice-Governador.⁸⁰

A instituição de aposentadorias e pensões para ex-governadores e seus dependentes também tem sido rejeitadas, sendo paradigma decisão originária de norma do estado do Mato Grosso do Sul, afirmando o tribunal: “...Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, caput, 25, § 1º, 37, caput e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República). 5. Precedentes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul....”⁸¹

Um interessante precedente permite a ampliação da reclamação constitucional (art. 102, I, I)⁸² para os Tribunais de Justiça, tendo legitimado norma regimental do Tribunal de Justiça da Paraíba, por ser baseada em norma oriunda da norma da Constituição Estadual (Art. 105, I, e e f),⁸³ embora a Constituição estadual se refira a representação e não a reclamação.⁸⁴

⁷⁹ ADI 858 / RJ, Relator: Min. Ricardo Lewandowsky, Julgamento: 13/02/2008, Pleno, v.u.

⁸⁰ ADI 3.647-5/MA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, julgamento: 17.09.2007, Pleno, v.u.

⁸¹ ADI 3853 / MS, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 12/09/2007, Pleno, maioria, vencido o Ministro Eros Grau.

⁸² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:... I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;...”

⁸³ “art. 105. Compete ainda ao Tribunal de Justiça: I – processar e julgar: a).....e) a representação para assegurar a observância de princípios indicados nessa Constituição; f) a representação para

2.4

Do Poder Legislativo Estadual.

2.4.1

Intróito.

A existência embrionária do Parlamento, como órgão legislativo, remonta a 1215, ano em que os nobres ingleses delimitaram os poderes de João, Rei da Inglaterra, em documento reconhecido posteriormente como a Magna Carta, formando-se, desde então, o célebre princípio *no taxation without representation*.

É na França, contudo, como fruto da Revolução Francesa, de nítida coloração burguesa, que a Assembléia Nacional passou a deter, com exclusividade, a prerrogativa da criação da lei, expressão da vontade geral da Nação, como proclama a Declaração de Direitos de 1789.

Dois anos antes, na sua Constituição, os Estados Unidos da América investiam o Congresso Nacional de todos os poderes legislativos.⁸⁵

O Brasil adotou, em 1891, o sistema bicameral americano, sendo o Poder Legislativo Federal composto da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, este órgão reunindo os representantes dos Estados Federados.

A partir da Constituição de 1934, os Estados Federados que tinham, até então, a possibilidade de adotar mais de um órgão legislativo, tiveram de limitar-se a apenas um.⁸⁶

prover a execução de lei, no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária emanada do próprio Tribunal, de juiz de direito ou de auditor militar estadual;...”

⁸⁴ ADI 2480 / PB , Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 02/04/2007, Pleno, maioria, vencido o Min. Marco Aurélio.

⁸⁵ Constituição, Artigo I, Seção I. "All Legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States"

⁸⁶ TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 135.

2.4.2

Assembléia Legislativa

Atualmente, o Legislativo Estadual é constituído por uma Assembléia Legislativa, composta por Deputados eleitos para o exercício de um mandato de quatro anos, permitida a reeleição.

Quanto ao número de membros das Casas Legislativas Estaduais este é dependente da representação legislativa do Estado na Câmara Federal, correspondendo ao triplo dessa representação quando existirem doze Deputados Federais. Caso a representação seja superior a doze, o número de Deputados Estaduais corresponderá à adição de cada um que exceda esse número.⁸⁷

A Assembléia Legislativa é administrada por uma Mesa Diretora, composta de Presidente, Vice-Presidentes e Secretário Geral, cuja eleição é organizada segundo normas insertas na Constituição Estadual e no Regimento Interno do Poder Legislativo.

Compete à Mesa a direção dos trabalhos da Assembléia, quer no concernente ao processo de criação das leis, quer na supervisão dos serviços que lhe incumbem.⁸⁸

2.4.3

Competência Legislativa.

A competência legislativa das Assembléias tem parâmetros determinados pela Constituição Federal, quando esta fixa as atribuições do Poder Legislativo Federal, observados termos e limites inerentes à simetria federativa.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo, Malheiros, 2006, p.. 524. O referido autor oferece o seguinte exemplo esclarecedor: "... se a representação de determinado estado, na Câmara Federal, for de quarenta e dois Deputados, sua Assembléia Legislativa terá trinta e seis Deputados mais tantos quantos foram os Deputados Federais nele eleitos acima de doze: ou seja: extraíam-se 12 de 42 e some-se o resultado a 36, ter-se-á $36 + (42 - 12) = 66...$ "

⁸⁸ FILHO, João de Oliveira. *Legislativo: Poder Autêntico*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 103.

A atual Constituição, promulgada em 1988, além das atribuições legiferantes normais, outorgou poder constituinte decorrente às Assembléias Estaduais, consoante permissivo inserto no artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A referida atribuição é historicamente deferida às Assembléias e sua atuação normativa depende do maior ou menor grau de centralização que exista na Federação.⁸⁹

Inegavelmente, o Poder Constituinte atribuído às Assembléias Legislativas é decorrente do exercido pelo Congresso Nacional na elaboração da Carta Federal e, portanto, subordinado,⁹⁰ embora a maior parte dos doutrinadores entenda que, atualmente, a Lei Maior não estabelece comando para que os Estados se organizem simetricamente acordes com a organização da União Federal e dos seus Poderes⁹¹.

No entanto, mesmo admitindo que os limites do Poder Constituinte decorrente não sejam tão rígidos, este não pode estabelecer regras que colidam com dispositivos considerados imutáveis pelo legislador constituinte originário (CF, art. 25 e § 1º).⁹²

Ao discorrer sobre o tema, José Afonso da Silva afirma que os limites do constituinte estadual estão circunscritos aos princípios constitucionais sensíveis e aos princípios constitucionais estabelecidos.

Quanto aos primeiros, que constituem os apontados no texto constitucional de forma clara, os mesmos estão enumerados no artigo 34, VII,⁹³ e que implicam a adoção dos seguintes pontos: a) forma republicana de governo; b)

⁸⁹ TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 141.

⁹⁰ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 136.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 514. O Autor refere-se aos princípios constitucionais extensíveis que, no seu entendimento, praticamente eliminou sua aplicação.

⁹² “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição...”

⁹³ “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; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.”

sistema representativo e regime democrático; c) direitos da pessoa humana; d) autonomia municipal; e) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

Os estabelecidos devem ser objeto de perquirição no corpo do texto constitucional federal, sendo certo que alguns afloram com mais facilidade como os identificados nas normas dos artigos 37 a 41, de obediência compulsória para Estados e Municípios.⁹⁴

Sobre o tema, ainda, relata o autor as limitações expressas, implícitas e as decorrentes dos sistema constitucional.⁹⁵

As expressas, por sua vez, são divididas em vedatórias e mandatórias. As primeiras proíbem os Estados de adotar determinado procedimento (CF, Arts. 19, 150 e 152); as segundas são disposições que determinam aos Estados a observância de princípios de forma obrigatória (v.g. organização de municípios, sua criação, incorporação, fusão e desmembramento, por lei estadual; sobre servidores militares; sobre a organização da Justiça Estadual etc.).⁹⁶

No que concerne às limitações implícitas, poder-se-iam distinguir também as vedatórias e as mandatórias. Ao arrolar as matérias de estrita competência da União, no artigo 21, o texto constitucional federal vedou, implicitamente, a atuação do legislador constituinte estadual. O mesmo ocorre com o artigo 22 (competência privativa da União) e com o artigo 30 (competência dos Municípios).

Outro princípio inarredável é o da separação de poderes, inscrito no Art. 2º, da Lei Maior.⁹⁷

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.515.

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 516.

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 516. O autor relaciona outras hipóteses que qualificariam as limitações de natureza mandatória.

⁹⁷ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

As limitações decorrentes do sistema constitucional adotado, no dizer de José Afonso da Silva, são as seguintes: a) do princípio federativo decorre a igualdade constitucional das unidades federadas; b) do mesmo princípio decorre o fato de que nenhuma das unidades federadas poderá utilizar-se de qualquer meio de coerção em relação às outras; c) do princípio do Estado Democrático de Direito decorre o princípio da legalidade e do respeito à dignidade humana; d) do mesmo princípio decorre a obrigatoriedade de adoção de regular processo de formação das leis, incluindo a iniciativa popular; e) do princípio democrático redonda o respeito aos direitos fundamentais e suas garantias; f) dos princípios da ordem econômica e social decorre o dever da valorização do trabalho, da justiça social, da saúde e da educação como direitos de todos e obrigação das entidades estatais.⁹⁸

2.4.4

Legislatura e Período das Sessões

A Assembléia Legislativa tem sede na capital do Estado Federado devendo reunir-se, em sessão legislativa ordinária, na data fixada na Constituição Estadual, não contendo o texto federal parâmetros sobre o seu funcionamento, deixando aos legisladores estaduais a disposição sobre o assunto.

O Congresso Nacional reúne-se, anualmente, de 15 de fevereiro até 30 de junho e de 1º de agosto até 15 de dezembro, o que caracteriza a divisão da sessão ordinária em dois períodos. Os Estados não necessitam seguir tal figurino, devendo, no entanto, fixar um período anual no qual se realizarão os trabalhos, eis que existem atividades que nele devem ser desempenhadas pelo órgão legislativo.⁹⁹

As reuniões podem ser diárias, de segunda a sexta-feira ou segundo agenda fixada pelo constituinte estadual, observado um *quorum* mínimo de presença, que não se confunde com o *quorum* necessário para as deliberações.

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 517/518.

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 524.

Quanto ao horário de funcionamento das Casas Legislativas também não há qualquer óbice, podendo aquelas estabelecer horários diurnos, vespertinos ou noturnos.

2.4.5

Sistema Organizacional da Assembléia Legislativa. O Plenário. Mesa Diretora e as Comissões

Constitui estrutura comum a todas as Casas Legislativas a existência de um órgão deliberativo, um órgão diretivo e órgãos opinativos.¹⁰⁰

Além desses órgãos que compõem a estrutura normal do órgão legislativo, outros podem ser criados para finalidades específicas, denominadas Comissões Especiais, dentre as quais avultam as Comissões Parlamentares de Inquérito.

As regras para instalação e composição das Comissões Parlamentares de Inquérito estaduais estão inseridas na Constituição Federal (art. 58)¹⁰¹ circunstância que acarretou a declaração de inconstitucionalidade de normas do Regimento Interno da Assembleia Legislativa de São Paulo: “...Pedido julgado procedente para declarar inconstitucionais o trecho "só será submetido à discussão e votação decorridas 24 horas de sua apresentação, e", constante do § 1º do artigo

¹⁰⁰ FARHI, Rachel. *Sistema Organizacional da Câmara de Vereadores. O Plenário, a Mesa Diretora e as Comissões, in o Papel do Vereador e a Câmara Municipal*, Coordenação de Diogo Lordello de Mello, 2a. Edição, Ibam, Rio De Janeiro, S/data, pág. 39.

¹⁰¹ “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. § 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa; II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições; IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas; V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão; VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer. § 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores...”

34, e o inciso I do artigo 170, ambos da Consolidação do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo”¹⁰²

Impõe-se, nessa linha, uma breve incursão sobre a organização interna da Assembléia Legislativa.

2.4.5.1

Do Plenário.

É o plenário o órgão deliberativo da Assembléia, sendo formado pelo conjunto dos Deputados Estaduais que devem se reunir, segundo os parâmetros do Regimento Interno do Corpo Legislativo, em sessões ordinárias ou extraordinárias, para votar os temas incluídos em pauta previamente comunicada aos legisladores.

Representa o plenário o autêntico Poder Legislativo Estadual e suas decisões devem ser tomadas de acordo com o *quorum* estabelecido na Constituição Estadual ou em caso de omissão, no Regimento Interno da Casa Legislativa.

São suas atribuições de índole política, político-administrativas e regimentais.¹⁰³

Do exercício das atribuições políticas emanam as leis estaduais, propriamente consideradas, fruto de regular processo legislativo; as atribuições político-administrativas originarão os Decretos Legislativos e as Resoluções, bem como atos inominados de rejeição ou aprovação de proposições submetidas à sua apreciação; e no desempenho das atividades regimentais, ocorre a expedição de atos administrativos concernentes ao serviço interno e servidores do Corpo Legislativo.

¹⁰² ADI 3619 / SP , Relator: Min. Eros Grau, Julgamento: 01/08/2006, Pleno, vencido o Min. Marco Aurélio.

¹⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 468. A lição, dirigida ao Poder Legislativo municipal, mas de inteira aplicação ao Poder Legislativo Estadual. No mesmo sentido inúmeras outras referências que serão utilizadas no texto.

O local para a realização das reuniões do plenário é a sala das sessões da Assembléia, recinto que poderá ser modificado face à existência de motivo de força maior que impossibilite a sua utilização, desde que a mudança seja efetuada nos moldes regulados no Regimento Interno da Casa Legislativa e, em caso de omissão, através da manifestação do próprio plenário, devendo, outrossim, ocorrer a cientificação de todos os Deputados.

2.4.5.2

A Mesa. Composição e atribuições

A Mesa é o órgão de direção administrativa da Assembléia Legislativa, e sua organização segue o modelo estabelecido pela Mesa da Câmara Federal, estabelecida sua competência com base no princípio da simetria.

A título de referência, a Mesa da Câmara dos Deputados Federais é composta de Presidência e de Secretaria, constituindo a primeira de Presidente e de dois Vice-Presidentes e a segunda de quatro Secretários (Art. 14, do Regimento Interno), sendo eleita na segunda sessão preparatória da primeira sessão legislativa de cada legislatura, às quinze horas do dia 2 de fevereiro, para o cumprimento de mandato de dois anos, vedada a recondução para o mesmo cargo, na eleição subsequente. (Art. 5º. e parágrafos do Regimento Interno).

Tal redação foi entendida pelo STF no julgamento da ADIN no. 792-1/600-RJ, de 1992, como de não imposição aos Estados-membros, em precedente criado em interpretação do art. 99, II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que permite reeleição.

O órgão diretivo do Poder Cameral Federal reúne-se quinzenalmente, de forma ordinária, podendo ser convocado extraordinariamente pelo Presidente.

A competência de cada um dos membros da Mesa é por ela própria fixada até a realização de trinta sessões.

Constituindo-se em modelo, compete à Mesa da Câmara dos Deputados (art. 15, do Regimento Interno): I - dirigir todos os serviços da Casa durante as

sessões legislativas e nos seus interregnos e tomar as providências necessárias à regularidade dos trabalhos legislativos, ressalvada a competência da Comissão Representativa do Congresso Nacional; II - constituir, exceto o Presidente, alternadamente com a Mesa do Senado, a Mesa do Congresso Nacional; III - promulgar, juntamente com a Mesa do Senado Federal, emendas à Constituição; IV- propor ação de inconstitucionalidade, por iniciativa própria ou a requerimento de Deputado ou Comissão; V - dar parecer sobre elaboração do Regimento Interno da Câmara e suas modificações; VI - conferir aos seus membros atribuições ou encargos referentes aos serviços legislativos e administrativos da Casa; VII - fixar diretrizes para a divulgação das atividades da Câmara; VIII - adotar medidas adequadas para promover e valorizar o Poder Legislativo e resguardar seu conceito perante a Nação; IX- adotar as providências cabíveis, por solicitação do interessado, para a defesa judicial ou extrajudicial de Deputado contra ameaça ou a prática de ato atentatório do livre exercício e das prerrogativas constitucionais do mandato parlamentar; X - fixar, no início da primeira e da terceira sessões legislativas da legislatura, ouvido o Colégio de Líderes, o número de Deputados por Partido ou Bloco Parlamentar em cada Comissão Permanente; XI - elaborar, ouvido o Colégio de Líderes e os Presidentes de Comissões Permanentes, projetos de Regulamento Interno das Comissões que, se aprovado pelo Plenário, será parte integrante deste Regimento; XII - promover ou adotar, em virtude de decisão judicial, as providências necessárias, de sua alçada ou que se insiram na competência legislativa da Câmara dos Deputados, relativas aos Arts. 102, I, q e 103, § 2º. da Constituição; XIII - apreciar e encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado, nos termos do Art. 50, § 2º., da Constituição; XIV - declarar a perda do mandato de Deputado, nos casos previstos nos incisos III, IV e V do Art. 55, da Constituição, observado o disposto no § 3º. do mesmo artigo; XV - aplicar a penalidade de censura escrita a Deputado ou a de perda temporária do exercício do mandato de Deputado, consoante o § 2º. do Art. 245 e o § 2º. do Art. 246, respectivamente; XVI - decidir, conclusivamente, em grau de recurso, as matérias referentes ao ordenamento jurídico de pessoal e aos serviços administrativos da Câmara; XVII - propor, privativamente, à Câmara, projeto de resolução dispondo sobre sua organização e funcionamento, polícia, regime jurídico do pessoal, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções e fixação da respectiva remuneração, observados os

parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; XVIII - prover os cargos, empregos e funções dos serviços administrativos da Câmara, bem como conceder licença, aposentadoria e vantagens devidas aos servidores, ou colocá-los em disponibilidade; XIX - requisitar servidores da administração pública direta, indireta ou fundacional para quaisquer de seus serviços; XX - aprovar a proposta orçamentária da Câmara e encaminhá-la ao Poder Executivo; XXI - encaminhar ao Poder Executivo as solicitações de crédito adicionais necessários ao funcionamento da Câmara e dos seus serviços, XXII - estabelecer os limites de competência para as autorizações de despesas; XXIII - autorizar a assinatura de convênios e de contratos de prestação de serviços; XXIV - aprovar o orçamento analítico da Câmara; XXV - autorizar licitações, homologar seus resultados e aprovar o calendário de compras; XXVI - exercer fiscalização financeira sobre as entidades subvencionadas, total ou parcialmente, pela Câmara, nos limites das verbas que lhe forem destinadas; XXVII - encaminhar ao Tribunal de Contas da União a prestação de contas da Câmara de cada exercício financeiro; XXVIII - requisitar reforço policial, nos termos do Parágrafo único do Art. 270; XXIX - apresentar à Câmara, na sessão de encerramento do ano legislativo, resenha dos trabalhos realizados, precedida de sucinto relatório sobre o seu desempenho.

O Presidente, apesar de integrar a Mesa, possui diversas atribuições específicas, relacionadas no Art. 17, do Regimento Interno, dentre as quais avultam todas as relacionadas à direção dos trabalhos nas sessões plenárias, decidindo questões de ordem, concedendo e cassando a palavra dos parlamentares, suspendendo ou levantando a sessão, quando necessário e representando judicial e extrajudicialmente o Poder Legislativo.

Relacionada à Mesa existem atribuições específicas, localizadas no inciso IV, do já citado artigo 17 que são: a presidência das reuniões; participação nas discussões e deliberações do órgão, com direito a voto; distribuir matéria que dependa de parecer; e executar as decisões do órgão, se a atribuição não for deferida a outro membro.

O Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, como assinalado antes, possui disposições semelhantes às constantes no dispositivo normativo aplicável aos Deputados Federais.

Assim, a eleição da Mesa Diretora será realizada às quinze horas do dia dois de fevereiro, para mandato de dois anos, sendo permitida a reeleição (Art. 5o.).

A Mesa é composta de Presidência e Secretaria, sendo a primeira integrada pelo Presidente e por quatro Vice-Presidentes e a segunda integrada por quatro Secretários, com quatro suplências (Art. 14, § 1º., do RI).

2.5

Poder executivo estadual. Competências

Os Estados Federados repercutem a organização da União, compreendendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O modelo padrão utilizado é aquele vindo dos Estados Unidos que nasceram como confederação de Estados soberanos e, posteriormente, constituíram-se em uma federação. No Brasil, ao contrário, a concentração de um império unitário transitoriamente dividido em províncias, foi seguida por uma desconcentração de poder configurada em uma Federação Republicana.

Nessa linha, pelo sistema tradicional de competências, os Estados remanescem com o que não foi cometido à União Federal, o que está expresso nos arts. 21 a 24, da atual Constituição.¹⁰⁴ Uma análise singela das disposições citadas

¹⁰⁴ Competência exclusiva: “Art. 21. Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; II - declarar a guerra e celebrar a paz; III - assegurar a defesa nacional; IV - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; V - decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal; VI - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico; VII - emitir moeda; VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada; IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito

Federal e dos Territórios; XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio; XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional; XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão; XVII - conceder anistia; XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações; XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso; XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação; XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional; b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa; XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho; XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.

Competência exclusiva legislativa: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; II - desapropriação; III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; V - serviço postal; VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; VIII - comércio exterior e interestadual; IX - diretrizes da política nacional de transportes; X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; XI - trânsito e transporte; XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização; XIV - populações indígenas; XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros; XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; XVII - organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes; XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais; XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular; XX - sistemas de consórcios e sorteios; XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares; XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais; XXIII - seguridade social; XXIV - diretrizes e bases da educação nacional; XXV - registros públicos; XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza; XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional; XXIX - propaganda comercial. Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Competência comum: “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; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos

identifica uma clara hipertrofia do governo central, em detrimento dos demais integrantes da federação, repousando nas competências da União Federal as que são da maior relevância na estruturação do estado.

Quando ocorre a análise da discriminação constitucional das competências tributárias, expressas nos arts. 145/162 é que sobressai, ainda mais, o poder central, bastando verificar-se o rol de tributos da União.¹⁰⁵ A isso se acresce a possibilidade de imposição de um vasto rol de contribuições (CF, art. 149)¹⁰⁶, além do poder de instituir empréstimos compulsórios (CF, art. 148).¹⁰⁷

Essa concentração encontra limites quantitativos na repartição dos valores arrecadados com impostos, espécie tributária, na linha do disposto no arts.

hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Competência concorrente; “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II - orçamento; III - juntas comerciais; IV - custas dos serviços forenses; V - produção e consumo; VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX - educação, cultura, ensino e desporto; X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI - procedimentos em matéria processual; XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; XIII - assistência jurídica e Defensoria pública; XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV - proteção à infância e à juventude; XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis. § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

¹⁰⁵ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: I - importação de produtos estrangeiros; II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; III - renda e proventos de qualquer natureza; IV - produtos industrializados; V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; VI - propriedade territorial rural; VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar...”

¹⁰⁶ “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

¹⁰⁷ Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b". Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

157/162, da CF.¹⁰⁸ Por força dessa circunstância, a União Federal tem lançado mão de aumento na arrecadação de outros tributos, bem como tem reduzido alíquotas de impostos, mas não de contribuições.

O Poder Executivo é o administrador do orçamento e, também, aquele que libera verbas, inclusive para os outros Poderes. O controle da arrecadação tributária é tarefa cometida a órgão de Fazenda, tanto nos tributos próprios, no caso aqui em foco, estaduais, bem como do repasse das parcelas dos tributos federais. Normalmente tais verbas não são suficientes para manter a máquina

¹⁰⁸ “Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal: I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; II - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I.

Art. 158. Pertencem aos Municípios: I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios; IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios: I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Art. 159. A União entregará: I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer; d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados. III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo. § 1º - Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157, I, e 158, I. § 2º - A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o inciso II, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido. § 3º - Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II. § 4º Do montante de recursos de que trata o inciso III que cabe a cada Estado, vinte e cinco por cento serão destinados aos seus Municípios, na forma da lei a que se refere o mencionado inciso.

administrativa e realizar obras, gerando alianças entre os governos locais e o central, buscando novos recursos para garantir o bem-estar da população, bem como novas reconduções ao exercício de mandatos políticos.

As Constituições Estaduais brasileiras normalmente replicam o modelo expresso na Constituição Federal, havendo a obediência do princípio da simetria no que concerne às competências executivas e legislativas. O Poder Judiciário estadual tem regras centralizadas e uniformes na Constituição e também na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e na obra de interpretação do Conselho Nacional de Justiça, expressa em variegados instrumentos normativos. As Constituições Estaduais limitam-se a organizar a estrutura do Judiciário, com a referência aos órgãos de atuação e ao seu número, bem como aos magistrados que compõem os tribunais e os órgãos de primeiro grau. Há clara limitação orçamentária com base na lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000), que foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em votação ocorrida por pequena margem, no julgamento da Adin 2238 proposta pelos Partidos Comunista do Brasil e dos Trabalhadores, embora algumas de suas disposições tenham sido declaradas inconstitucionais. O ponto fundamental, ressaltado pelo aresto, foi que não houve, no texto legislativo, quebra do princípio federativo, segundo a maioria do tribunal (seis votos a cinco, tendo o Ministro Marco Aurélio retificado o seu voto e modificado, com isso, o resultado do julgamento).¹⁰⁹

Essa decisão, no mínimo peculiar, aceitou a internalização de modelo de controle típico de estado unitário, cuja nota fundamental é o centralismo. A Lei de Responsabilidade Fiscal foi instituída na Nova Zelândia, um pequeno país na Oceania, utilizado, com frequência, como uma espécie de laboratório para os defensores do neoliberalismo.¹¹⁰ O projeto, idealizado pela equipe do Ministro da Fazenda Pedro Malan, pretendeu controlar, no Brasil, os gastos públicos de todos os entes federados e de todos os Poderes da República. A interpretação vitoriosa no STF permitiu a realização de tal desiderato.

¹⁰⁹ Consoante certidão do julgamento ocorrido em 2000.

¹¹⁰ SILVA, Francis Waleska Esteves da Silva. A Lei de Responsabilidade Fiscal e os seus Princípios Informadores. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

2.6

A Democracia

O estudo da democracia remonta, consoante entendimento consensual, à Grécia antiga sendo o padrão das cidades-estado, como Atenas, Esparta, Tebas etc.

Há quem afirme que a democracia somente foi possível nos estados gregos dada a sua territorialidade diminuta e ao número pequeno de cidadãos, não ultrapassando, nas cidades-estado mais populosas, vinte mil pessoas aptas a votar.¹¹¹

Os autores clássicos, dentre eles Aristóteles, além dessas características, aduzem ser essencial a visibilidade, o que pode ser traduzido no direito à informação,¹¹² circunstância considerada fundamental nas democracias modernas. Essa questão indica, também, a necessidade de exame da influência dos grupos empresariais da área de comunicação na formação da denominada opinião pública. Esse domínio ganha novos contornos com os instrumentos que surgiram com a internet, como as redes de relacionamento e de discussão, bem como os diários eletrônicos (*blogs*) e outros como o *orkut*, o *facebook* e o *twitter*. No Brasil, alguns movimentos tem sido convocados pela internet, surpreendendo as autoridades pela reunião repentina de pessoas em determinado local, para manifestações, normalmente protestos políticos ou sociais.

O seu desenrolar no tempo deságua no sistema moderno, com a utilização do voto, como instrumento de participação popular, embora não único, mas que serve de esteio para o que se denomina democracia representativa, sendo o processo de escolha direcionado ao exercício de mandato popular.

¹¹¹ SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. *Democratização Pelos “Mass Media”?* – O Direito de ser Informado e os Limites Fáticos à sua plena eficácia in *Democracia, Direito e Política – Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Muller* (Org. Martonio Mont’alverne Barreto Lima e Paulo Antonio De Menezes Albuquerque), Florianópolis/Sc: Editora Conceito, 2006, Pp. 59/60.

¹¹² SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. *Democratização Pelos “Mass Media”?* – O Direito de ser Informado e os Limites Fáticos à sua plena eficácia in *Democracia, Direito e Política – Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Muller* (Org. Martonio Mont’alverne Barreto Lima e Paulo Antonio De Menezes Albuquerque), Florianópolis/Sc: Editora Conceito, 2006, Pp. 59/60.

Como bem lembra N. Bobbio, a democracia repousa sobre uma concepção individualista de sociedade e, por força disso, ocorreu o seu desenvolvimento nos locais onde deu-se a proteção constitucional dos direitos de liberdade, daí decorrendo uma associação de indivíduos que busca organizar o poder sem características tirânicas.¹¹³

Desde priscas eras, no entanto, as oligarquias costuram instrumentos de dominação das classes populares sob variegados pretextos, sendo notórios os textos de Platão, sempre invocados por aqueles que pretendem manipular e estabelecer limites para as classes populares impedindo o seu efetivo acesso ao poder político. O poder das elites é reconhecido pelos cientistas políticos. Uns, entendendo que a elite é indispensável, como Gaetano Mosca. Outros defendendo que o regime democrático mantém-se pela concorrência de diversas elites.¹¹⁴

Não se deve esquecer que o estado moderno convive, ainda, com setores que trafegam no campo do ilícito, identificado por Bobbio, como o poder invisível desempenhado pelas diversas espécies de máfia, pela maçonaria, pelos serviços secretos.¹¹⁵ Essa situação colide frontalmente com o princípio da transparência que é inerente à democracia. Embora o autor focalize sua preocupação com a realidade italiana, existem inúmeros grupos mafiosos nas principais democracias ocidentais. No Japão, a Yakuza. Na Rússia, a Bratva (irmandade), representa os interesses da máfia russa. Na Itália, a 'Ndrangheta, da região da Calábria, a Camorra Napolitana e a Cosa Nostra, da Sicília, todas com extensão nos Estados Unidos. Apesar de não ser uma democracia, a China também possui a Tríade, entidade criminosa com tentáculos em todo o mundo, inclusive nas comunidades chinesas do Brasil.

Por outro turno, não se pode separar a democracia moderna do pluralismo, intimamente vinculado ao tema do dissenso. As minorias devem ser

¹¹³ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, pp. 13-14.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, pp. 26-27.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, pp. 28-29.

preservadas em sua liberdade de afastamento das decisões da maioria, embora aceitando o resultado natural desses atos.¹¹⁶

Essa pluralidade de correntes políticas tende à criação de partidos políticos, como seus legítimos representantes. Hans Kelsen, apesar de aceitar tal premissa, critica a possibilidade de os partidos sofrerem da característica de circunscrição à defesa dos interesses exclusivos dos seus membros, sem buscar o desenvolvimento geral da sociedade, violando a perspectiva democrática.¹¹⁷

Apesar disso, os estados democráticos mais desenvolvidos atuam através dos partidos políticos que possuem organicidade ideológica, pautando suas atividades pela defesa de bandeiras que os identificam ora com o modelo capitalista, ora com o modelo socialista, moderado ou radical. Com a extinção da União Soviética e com a queda do muro de Berlim, os Estados de socialismo de estado foram substituídos por democracias nascentes que preservaram, em outros partidos, os remanescentes dos governos comunistas.

Existiram dois movimentos de emancipação. O primeiro, destinado a tornar o camponês cidadão, identificado com o conceito antigo de democracia. Já o segundo, traduzindo um esforço das classes proprietárias contra a monarquia e expresso, embrionariamente, na Magna Carta britânica que conferia direitos aos barões feudais e aos aristocratas ingleses.¹¹⁸

Por essa raiz nasce o novo conceito de afirmação democrática fincado em base censitária. Povo não é conceito amplo, mas aplicado a determinados segmentos sociais que preenchiam requisitos para poder participar do poder político. As multidões estando excluídas e garantidos os proprietários de terras, os portadores de títulos nobiliárquicos e, posteriormente, os portadores de rendas suficientes.¹¹⁹

Prevalece, nesse modelo, a democracia representativa, em detrimento, no início, de qualquer participação popular direta. O modelo de democracia

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, pp. 62-63

¹¹⁷ KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, pp. 40-43.

¹¹⁸ WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia Contra Capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 177.

¹¹⁹ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. São Paulo: UNESP, 2004, pp. 45-51.

representativa tem sido aplicado na maior parte do dito mundo civilizado que aplica o sistema capitalista e é composta pelos países mais ricos do mundo. Tais países, no entanto, também cedem à participação popular, admitindo o referendo, a ação popular, a iniciativa legislativa popular etc.¹²⁰

Essa relação entre democracia e capitalismo tem sido freqüente quando se fala no modelo liberal do sistema, criticado pelo “empobrecimento da cidadania”, não existindo incentivo à participação popular. Busca-se, pois, melhorar a educação do povo, bem como fornecer mais acesso aos meios de comunicação de massa. Por outro lado, o desequilíbrio sócio-econômico também se revela um limitador da atuação dos cidadãos. Resta o embate entre os partidos políticos, grupos econômicos, mídia, sendo esses os atores dominantes do processo político.¹²¹

O modelo clássico tem sido duramente atingido pelo desenvolvimento das mídias e do controle econômico de alguns grupos sobre tais meios de comunicação. Nessa linha, os políticos devem estar aptos a figurar como protagonistas de um espetáculo e possuir técnicas de interpretação para poder sobreviver ao tratamento imposto pelos canais de televisão, que porfiam por expor sob a roupagem que emprestam a seus programas, sejam de auditório ou seriados (no caso americano) ou novelescos (quando se fala de América latina, em geral).¹²² Tudo realizando a “sociedade do espetáculo”, o que também tem atingido diretamente as atividades dos juizes, quando a mídia busca publicizar, com mais freqüência, os eventuais escândalos, ainda que penderes de comprovação, em detrimento do serviço de qualidade prestado pelo Estado-Juiz.

Diante de tal quadro produziram-se os estudos empreendidos pela denominada Escola de Frankfurt, capitaneados por J. Habermas, que estabeleceram a utilização da via comunicativa, como um novo parâmetro para uma democracia, sob nova concepção, denominada deliberativa.

¹²⁰ SILVA, Jose Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51.

¹²¹ SUORDEM. Fernando Paulo da Silva. *O Princípio da Separação de Poderes e os Novos Movimentos Sociais*. Coimbra: Almedina, 1995, pp. 87-89.

¹²² SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. *Democratização pelos “Mass Media”? – O Direito de ser informado e os limites fáticos à sua plena eficácia in Democracia, Direito e Política – Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Muller* (Org. Martonio Mont’alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque), Florianópolis/Sc: Editora Conceito, 2006, pp. 67/68.

Nessa visão deve-se ter em conta a possibilidade de ligação intersubjetiva através do discurso argumentativo devendo ser respeitada a autonomia privada exercida no espaço público.¹²³

Consoante o padrão kantiano a liberdade individual deve conviver com a liberdade de todos; para Habermas a democracia depende da fixação de direitos fundamentais que asseguram a permanência de um membro na associação e a possibilidade de proteção judicial desses direitos.¹²⁴

Dessa concepção deflui a existência de direitos fundamentais à participação, com igualdade de chances, em processos de formação da opinião e na vontade onde os cidadãos exercem sua autonomia política.¹²⁵

A aplicação de critérios de igualdade e liberdade em pequenos grupos, como preconizado por alguns autores,¹²⁶ encontra sérias dificuldades no ambiente familiar, notadamente no relacionamento com filhos menores de dezesseis anos ou incapazes. Nesses relacionamentos não é possível obter o consenso sem alguma imposição. O respeito às minorias, que é próprio da democracia pode implicar, muitas vezes, na ditadura dos filhos em relação aos pais.

Está-se diante das denominadas relações jurídicas entre particulares qualificadas como desiguais, verticais ou de sujeição como afirma, com precisão habitual, Jane Reis Gonçalves Pereira.¹²⁷

Não se nega, contudo, que exista uma relação de igualdade e de solidariedade entre os cônjuges e seja exigido o respeito entre todos os integrantes

¹²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade – Vol I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 154/157.

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade – Vol I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 159.

¹²⁵ Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade – Vol I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 159 in fine.

¹²⁶ GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via: Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da Social-Democracia*, Rio De Janeiro: Record, 2000 *apud* Moraes, Maria Celina Bodin de. *A Família Democrática, In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antonio Augusto Cançado Trindade; Antonio Celso Alves Pereira. (Org.). Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 1043-1070.

¹²⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Intepretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 455.

da família: pai, mãe, filhos. Ocorre que, sem uma relação simétrica entre pai, mãe e filhos não se pode falar em democracia.

A estrutura do sistema jurídico pátrio indica, sobretudo, uma responsabilidade compartilhada entre os pais ou aqueles que detêm a autoridade parental, sem que haja predominância de qualquer deles. A negociação, pois, pode ou não atingir os filhos e isso somente ocorrerá se houver algum grau de maturidade deles e o objeto não for ilícito ou imoral.

Nessa linha se o filho desejar ser garoto de programa ou a filha, prostituta, não é de se admitir a anuência dos pais a essa atividade, mesmo considerando o fato de que as pessoas possam ter direito ao próprio corpo. Note-se que, aqui, não se está falando em exploração sexual das crianças ou adolescentes, mas, sim, de conflito entre o desejo dos filhos e daqueles que sobre eles possuem autoridade.

A democracia no âmbito dos casais também padece de dificuldades geradas pelo novo modelo de família. Com efeito, com a extinção do modelo patriarcal, o papel da mulher torna-se complexo, indicando Manuel Castells as possíveis opções de comportamento: “...mulheres heterossexuais dedicam-se a quatro tipos de objetivos: filhos, como objeto de seu instinto maternal; redes de relação feminina, como sua principal fonte de apoio emocional; homens, como objetos eróticos; e, homens, como provedores da família...”¹²⁸

O quarto objetivo vem-se enfraquecendo pela ampliação do mercado de trabalho feminino, impondo que a renda do seu trabalho seja, invariavelmente, um elemento essencial para a sobrevivência do núcleo familiar.¹²⁹ Não raras vezes, a mulher assume funções de maior relevo e melhor remuneração do que os seus companheiros, o que acarreta um desequilíbrio em favor do poder feminino interno e, por conseqüência, impede, ou pelo menos dificulta, a aplicação do modelo democrático nessas relações privadas.

¹²⁸ CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, Volume 2, *O Poder da Identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 208.

¹²⁹ CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, Volume 2, *O Poder da Identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 208.

Apenas para reforçar o argumento, Hans Kelsen, ao descrever a democracia assim se refere ao tema: “...Na medida em que o pai é arquétipo da autoridade, pois que a experiência original de toda autoridade, a democracia é, de acordo com a concepção que nela predomina, uma sociedade sem pai. Tem por objetivo constituir uma comunidade de iguais....”¹³⁰

2.6.1

Democracia e Sufrágio – Regime Francês e Regimes Inglês e Americano

Na tradição liberal capitaneada por Benjamin Constant o voto deveria ser da classe de proprietários/ricos.

Também seguia tal linha de atuação, Aléxis de Tocqueville. Na tradição liberal era contra o Estado interferindo em direitos individuais e, do mesmo modo, não admitia a intervenção para proteger direitos sociais. Analisando a experiência norte-americana, elogiava o sistema eleitoral em níveis (a Câmara eleita diretamente e o Senado eleito pelos membros da Câmara). Do mesmo modo era contra a eleição direta, mas não admitia a solução censitária de Constant.¹³¹

Diz Hans Peter Schneider, quanto à Constituição alemã, que esta corresponde à estruturação de uma ordem democrática liberal, reconhecendo a dignidade humana como critério vinculante de todo poder estatal, garantindo as liberdades individuais, limitando o controle institucional do poder político e conferindo uma ampla proteção judicial.¹³² O mesmo pode ser aplicado à democracia americana.

Alguns aspectos da democracia americana devem ser ressaltados: a) os delegados à Convenção foram designados pelos Estados; b) os requisitos de participação impostos pelos Estados eram serem proprietários ou pagadores de

¹³⁰ KELSEN, Hans. *A Democracia*, São Paulo: Martins Fontes, 1993, P. 189.

¹³¹ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. São Paulo: UNESP, 2004, pp.17-22.

¹³² SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia Y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madri, 1991, P. 37.

tributos; c) a característica do sistema era a adoção de um critério censitário; d) em alguns Estados, entretanto, o critério era o da religião protestante.¹³³

Observando os fatos sob uma perspectiva histórica, é possível perceber que, sendo proprietários de terras, os pais fundadores não poderiam pregar uma universalização do voto e da participação popular, sob pena de contrariarem os seus próprios interesses. Nessa linha, o projeto de representação partidária partindo de critérios censitários e criando um Senado eleito indiretamente demonstram, no mínimo, como razoável tal interpretação.

Outras indicações surgem e são relacionadas no texto em foco: a) inexistência de proibição expressa quanto à escravidão; b) ausência de garantia do sufrágio universal; c) sistema de escolha do Presidente da República; d) eleição indireta dos Senadores; e) representação proporcional do Senado; f) ausência de limitação dos poderes do Judiciário para declarar inconstitucionais as leis; g) os poderes do Congresso limitados em assuntos econômicos fundamentais.¹³⁴

O mote dos pais fundadores, valendo, como exemplo, Hamilton, era o controle do povo que seria turbulento e inconstante e invejoso propenso a atacar a propriedade.¹³⁵

Deve ser observado que nessa quadra histórica, o voto, além dos pressupostos já referidos, somente poderia ser exercido por membros do sexo masculino e branco.

Nesse processo o papel da Suprema Corte americana era, claramente, o de legitimar os padrões conservadores implantados.

O desenrolar do processo democrático, contudo, teve necessidade de integrar novos atores; foi conflituoso, mas culminou na extensão do voto aos negros, aos brancos pobres e aos imigrantes, no último caso após admitir-se sua naturalização.

¹³³ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. São Paulo: UNESP, 2004, pp 23-25.

¹³⁴ DAHL, Robert. *How Democratic Is American Constitution*, Yale: Yale University Press, 2002, p. 15/20.

¹³⁵ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. São Paulo: UNESP, 2004, pp. 48-49.

A clássica expressão *No taxation without representation* induz o seu contraponto *No representation without taxation*, traduzindo, com clareza, a restrição quanto à participação política, com base na renda, o que, pouco a pouco, encontrava acirrada oposição.

Para superar as divergências surgiria a restrição com base no conhecimento aferido mediante aplicação de testes de aritmética e alfabetização, o que atingia, por óbvio, os pobres, de qualquer origem étnica (negros, brancos e asiáticos).

Além disso, vingaria a concepção do voto plural, com discriminação dos trabalhadores braçais e privilégios para comerciantes, banqueiros etc.

Com o final da Guerra de Secessão, os negros assumiram poderes políticos que logo foram restringidos pelos brancos.

Com os imigrantes ocorreu o mesmo processo. Após idas e vindas, em 1928 nenhum não-americano participava de eleições.

Os brancos pobres foram atingidos pelo imposto eleitoral (*poll-tax*) e pelo *literacy test*, este também aplicado aos negros.¹³⁶

Somente em 1966 a Suprema Corte declarou inconstitucional as normas do imposto eleitoral e da alfabetização.

Embora possa ser encontrada referência anterior, Sièyes já defendia o trabalho forçado da multidão sem instrução. Burke, autor inglês, também entendia que o trabalhador rural era equiparado a escravo. Em comum a ambos a discriminação do trabalhador.¹³⁷

Os excluídos da cidadania são estrangeiros. Com tal padrão, buscava-se definir a diferença como critério de discriminação, daí surgindo as atividades colonialistas patrocinadas por diversos países ocidentais.

¹³⁶ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, pp. 42-43.

¹³⁷ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, pp.45-51.

Até o Séc XIX a Inglaterra definia as suas Câmaras representativas por influência dos Lordes.

As etapas percorridas para a conquista do sufrágio universal podem ser identificadas por três momentos fundamentais: a) 10 de agosto de 1792; b) Revolução de fevereiro de 1848; c) Agitações revolucionárias na Rússia em 1917.¹³⁸

Somente em 1920 a constituição americana sofreu emenda proibindo a discriminação de sexo. Isso proveio das influências decorrentes da Primeira Guerra e da Revolução russa (ingresso da mulher no processo produtivo).¹³⁹

Coube a Luis Napoleão restabelecer o sufrágio universal na França . Institucionalizado na Constituição francesa de 1852. A partir desse momento histórico passa a haver interesse na organização das massas, desde que devidamente tuteladas pelo seu dirigente máximo.¹⁴⁰

A responsabilidade de controlar as massas passa ao líder carismático. Cabendo-lhe impedir a organização das massas populares de forma autônoma. Há um processo de personalização do poder e de heroicização solitária.¹⁴¹

Assim, o Bonapartismo sofreu processo de expansão, sendo Napoleão III comparado a Bismarck. Nesse desenrolar, concessões são feitas às massas, mas, ao mesmo tempo, porque provocadas pela excitação nacionalista/chauvinista.¹⁴²

Não houve estado de exceção, admitindo-se a liberdade de imprensa, com controle sobre os excessos. No entanto, existiu coerção sobre grupos oposicionistas, inclusive com desforço físico.

¹³⁸ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, pp. 56-60.

¹³⁹ Emenda Constitucional no. 19. "the right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by an State on account of sex." Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation"

¹⁴⁰ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, pp. 61-67.

¹⁴¹ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, pp. 67-73.

¹⁴² LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, pp. 67-73.

Na Inglaterra, Disraeli, um renomado político de ascendência judaica, conhecido como “*a racial thinker*”, defendeu os ingleses como povo eleito, justificando-se, a partir dessa premissa, um processo de colonização.¹⁴³

A colonização tornou-se um meio de exportação do conflito entre as classes proprietárias e as massas, educadas para identificar nos colonizados uma situação de inferioridade (metade crianças/metade diabos – visão de Kipling).

Nos Estados Unidos, T. Roosevelt afirmava que as raças inferiores equivaliam a criminosos. Quer fossem crianças, bárbaros ou criminosos, os colonizados não deveriam possuir quaisquer direitos.

Na França, ao mesmo tempo em que os trabalhadores eram alçados à humanidade, os exércitos franceses atacavam os argelinos, tidos como animais maléficos.

Na Itália o mesmo ocorria com a conquista da Líbia, ampliando-se a aquisição de cidadania mediante a prestação do serviço militar.

Surgiram, então, os defensores da Psicologia das Multidões, aduzindo que as multidões são femininas (argumento de exclusão social).¹⁴⁴

Alguns pensadores (Le Bon, Constant, Taine) excluíam os intelectuais sem posses do sufrágio. Nietzsche chama os intelectuais revolucionários de “tarântulas venenosas”.¹⁴⁵

A solução de tais impasses seriam os instrumentos de persuasão: a) afirmações concisas; b) repetidas continuamente; c) propaganda, a origem da propaganda política estando na propaganda comercial.¹⁴⁶

Era basicamente através da propaganda que os regimes “democráticos” deveriam manipular as massas e controlá-las.

¹⁴³ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, p. 83.

¹⁴⁴ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, p. 87.

¹⁴⁵ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, pp. 89-92.

¹⁴⁶ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, pp. 89-92.

Havia um permanente embate entre as perspectivas democráticas liberais e a simpatia das classes dominantes pelo modelo de ditadura de origem romana.¹⁴⁷

A tradição liberal clássica, como modo de convencimento admitia a suspensão, em momentos excepcionais, das garantias fundamentais, o que se convencionava chamar de estado de exceção.¹⁴⁸

Com o desenvolver da classe operária e sua organização em sindicatos, que estabeleciam meios de comunicação alternativos, o embate mais violento se travava.¹⁴⁹

A situação se agravou com a Revolução Russa de 1917 que radicalizou as posições e levou o Ocidente a duas Grandes Guerras e, posteriormente, à Guerra Fria.

O monopólio das Forças Armadas, a concentração dos meios de informação, a repressão a jornais populares, bem como concessões de vários níveis às classes operárias foram instrumentos que permitiram a continuação do exercício do poder predominantemente pelas classes proprietárias.¹⁵⁰

Surgiram, ademais, os partidos, como atores no cenário político, com estruturas burocratizadas que, em aliança com os demais instrumentos de controle, passaram a constituir mais um degrau que impedia o acesso das massas ao poder político.¹⁵¹

O Cesarismo ou Bonapartismo desenvolveu-se em todos os países ocidentais onde, fosse presidencialista ou parlamentarista, as democracias dependiam de líderes com alto grau de carisma.¹⁵²

Nos modelos de Bonapartismo era possível admitir a renovação dos líderes, embora programaticamente nenhum deles possuísse diferenças substanciais.

¹⁴⁷ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, pp. 105-108.

¹⁴⁸ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, pp. 138-139.

¹⁴⁹ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, pp.159-161.

¹⁵⁰ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, pp.147-165.

¹⁵¹ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, pp. 162-165.

¹⁵² LOSURDO, Domenico. *Democracia ou Bonapartismo*. Sao Paulo: UNESP, 2004, pp. 95-145.

As teorias elitistas continuaram defendendo que as massas são maleáveis e manipuláveis. Nas democracias liberais era possível a troca de líderes, desde que fossem originários da mesma classe social ou admitidos pela classe dominante.

Quando isso não ocorria a solução freqüente era o conflito armado. O monopólio das Forças Armadas pelo Estado e, por conseqüência, da classe dominante, era instrumento que dificultava os movimentos populares de alçarem-se ao poder pela via da violência.

Ao fim e ao cabo, o estudo da democracia sempre permitiria, obviamente, várias leituras. Desde o seu surgimento na Grécia até os dias atuais, o regime conheceu avanços e recuos havendo até quem tenha entendido que a derrota do socialismo soviético tenha acarretado o fim da história com a vitória do capitalismo e da democracia liberal.

A contemporaneidade tem ensinado, entretanto, que a derrocada do modelo soviético ocorreu mais pelos seus defeitos estruturais do que pelas virtudes do modelo capitalista.

No entanto, deve-se admitir que a democracia possui defeitos que são de origem, mas é o regime que melhor permite a participação popular, desde que sejam superados os óbices que foram instalados no sistema com o propósito deliberado de manipulação da vontade das massas.

O objetivo é, certamente, utópico, na medida em que a mídia contemporânea tem profundo poder de convencimento em uma sociedade naturalmente acrítica e sem meios materiais de obter informações por outras vias.

O modelo socialista a ser perseguido, por outra ótica, ainda não se apresentou com as credenciais adequadas para indicá-lo como vencedor desse embate com um modelo de capitalismo que mais e mais retorna à suas origens predatórias de exploração, sem peias, do homem pelo homem e do homem sobre a natureza.

De outra via, surge, no final do século XX, segundo diz Cláudio Pereira de Souza Neto, o conceito de democracia deliberativa, contrapondo-se às

concepções elitistas de democracia que foram predominantes nos Estados mais desenvolvidos. Nessa linha, existem pontos comuns entre os vários intérpretes dessa teoria, como “a exigência de que a democracia abarque um momento pré-decisório e a relação de cooriginariedade entre a soberania popular e o estado de direito.”¹⁵³

Pode-se, nesse campo, distinguir entre os adeptos do modelo substantivo, como Rawls e aqueles que defendem o procedimentalismo, linha seguida por Habermas. Assim, há necessidade de estabelecer limites à deliberação, de acordo com princípios previamente instituídos, para a teoria material. Por outro lado, os adeptos de Habermas defendem que a democracia está intimamente vinculada ao sistema de direitos fundamentais estabelecido no âmbito do estado de direito.

Também nesse tema releva aduzir a posição dos defensores da *Constituição dirigente* que, no dizer de Canotilho, traduz a ordenação fundamental da vida coletiva no seu conjunto e contém os princípios do ordenamento jurídico que, para se concretizarem, dependeriam do legislador ordinário e da Justiça constitucional.¹⁵⁴

A liberdade dos cidadãos é pressuposto para o exercício da soberania popular, considerada como esfera pública autônoma. Resta evidente que deve vir acompanhada da igualdade e, como dizem os liberais igualitários, como Dworkin, é primordial a igualdade de oportunidades.¹⁵⁵

Há de se admitir, no que concerne ao princípio da igualdade, concordando com Fernanda Duarte Lucas que : “Em linhas gerais, a igualdade, então, passa a ser vista em termo de igualdade de chances ou de oportunidade, ou ainda para Bobbio (citado por Taborda, 1998: 257), de pontos de partida, a partir

¹⁵³ NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática in A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil* – Livro Comemorativo dos 25 Anos de Magistério do Professor Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 44.

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, 2000, p. 1 *apud Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática in A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil* – Livro Comemorativo dos 25 Anos de Magistério do Professor Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 57.

da concepção de que “toda a vida social é considerada como uma grande competição para a obtenção de bens escassos”.¹⁵⁶

E, ainda, diz a autora citada : “Com o objetivo de colocar todos os membros da sociedade em condições iguais de competição pelos bens da vida considerados essenciais, se faz necessário, muitas vezes favorecer uns em detrimento de outros. “¹⁵⁷

É o que, aliás, encontra-se como esteio para a fixação do sistema de cotas, sejam raciais, econômicas ou, mesmo, ainda, sexuais, buscando acudir segmentos da sociedade antes discriminados pela via econômica. Negros, índios, estudantes de escolas públicas merecem um sistema que possibilite o seu acesso às escolas públicas de nível superior, gratuitas, a que somente são acessíveis aos estudantes de escolas particulares ou mesmo públicas de qualidade, estas últimas em número insignificante para a demanda popular. O Supremo Tribunal Federal ainda não analisou o tema quanto à sua constitucionalidade, havendo, entretanto, Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁵⁸ atacando norma estadual,¹⁵⁹ mas diversos instrumentos normativos já, há alguns anos, regulam o tema.

A igualdade não pode ser meramente formal, permitindo-se a participação ativa dos cidadãos na vida política, com o fornecimento de recursos materiais pelo próprio Estado, sob pena de os agentes políticos controladores do Estado originarem-se somente das classes abastadas, remontando-se, na prática política, ao sistema censitário.

Não basta, contudo, a equiparação econômica. Também se afigura necessário o incentivo à participação popular através de incentivo de inclusão das

¹⁵⁶ SILVA, Fernanda Lopes Lucas da. *Princípio Constitucional da Igualdade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, , 2001, p. 61.

¹⁵⁷ SILVA, Fernanda Lopes Lucas da. *Princípio Constitucional da Igualdade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 61.

¹⁵⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) 3197-0, Origem: Rio de Janeiro Entrada no STF: 03/05/2004, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Distribuído: 03/05/2004, Partes: Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN (CF 103, IX), Requerido: Governadora do Estado do Rio de Janeiro Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁵⁹ Lei Estadual nº 4151, de 04 de setembro de 2003, do Estado do Rio de Janeiro. Institui naquele Estado da Federação o "sistema de cotas" ou de "reserva de vagas" para o ingresso de candidatos ao ensino superior ministrado pelas universidades públicas estaduais fluminenses.”

minorias étnicas, econômicas, bem como da discriminação positiva com percentuais de candidatos para as mulheres e outros grupos que são subdimensionados no universo político-partidário.

Por outro viés, Maria da Assunção Esteves indica que o pensamento de Dworkin também sustenta o *judicial review* e a necessidade de posturas contra-majoritárias em uma sociedade democrática. Isso porque a democracia não pode retirar a independência dos cidadãos quanto às suas convicções éticas e políticas.¹⁶⁰

As diversas correntes deliberativas buscam, pois, diante da pluralidade de opiniões, o consenso.

2.7

O Estado Democrático de Direito no Brasil

Historicamente, o Brasil conviveu com governos democráticos, alternados com regimes ditatoriais, desde a proclamação da República em 1889, instaurada através de um golpe de força do Marechal Deodoro da Fonseca. Em 1891 promulgou-se a primeira Constituição Republicana que, apesar de conter previsão quanto aos três Poderes, não fazia menção à democracia.

O primeiro presidente do Brasil, Marechal Deodoro da Fonseca governou de 1889 até 1891. Muito doente, várias vezes delegou funções para seus Vice-Presidentes Ruy Barbosa e Benjamin Constant. Ruy também ocupou a pasta da Fazenda e com os seus atos de desconcentração do poder monetários e incentivo ao mercado de capitais, tornou-se um dos que causaram grave crise financeira e a derrocada do primeiro governo republicano, que renunciou em 1891.¹⁶¹ Nesse ínterim, Ruy Barbosa já havia renunciado à Vice-Presidência, assumindo o cargo o Marechal Floriano Peixoto, que sucedeu Deodoro da Fonseca e que governaria até 15 de novembro de 1894.

¹⁶⁰ Esteves, Maria da Assunção. *Legitimação da Justiça Constitucional e Princípio Maioritario in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional* – Colóquio Do 10º. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, p. 130

¹⁶¹ QUADROS, Jânio e ARINOS, Afonso. *História do Povo Brasileiro*, vol 5. São Paulo: J. Quadros Editores, 1968, pp. 18/23.

A crise que deflagrou a renúncia de Deodoro resultou do conflito entre este e o Congresso que o havia eleito, com 129 votos contra 97 conferidos a Prudente de Moraes, logo após a promulgação da Constituição de 24 de fevereiro de 1891.¹⁶² No dia 03 de novembro Deodoro dissolveu o Congresso, que reagiu logo no dia 04 e provocou um processo de resistência protagonizado pelo Exército, pela Marinha e pelos congressistas, em torno do Vice-Presidente Floriano Peixoto. Pequenas escaramuças ocorreram, o que levou à renúncia de Deodoro em 23 de novembro.¹⁶³

O primeiro presidente civil foi Prudente de Moraes e Barros que, com o advento da República, fora nomeado, por Deodoro da Fonseca, Chefe da Junta Governativa que governou São Paulo, de onde era natural. Em seguida, foi nomeado Governador do Estado, permanecendo nesse cargo até o ano de 1890, quando passou a ser Senador da República. Disputou a eleição indireta para a Presidência com o Marechal Deodoro, perdendo por larga maioria. Tornou-se, posteriormente, presidente após vencer as eleições diretas e tomou posse aos 15.11.1894.

O primeiro presidente civil era legítimo representante da oligarquia cafeeira paulista, tendo enfrentado diversos movimentos internos, alguns separatistas, como a Revolução Federalista do Rio Grande do Sul; outras, de cunho religioso, como o movimento de Canudos. O seu mandato findou em 1898, sendo sucedido pelo presidente Campos Salles, também político paulista que aprofundou a presença das oligarquias civis no comando do governo. O seu governo findou em 1902.

O presidente Rodrigues Alves tomou posse em 1902 e governou até 1906. O seu substituto foi o Vice-Presidente Afonso Pena que tomou posse em 1906 e governou até 1909, falecendo durante o mandato. No mesmo ano foi sucedido pelo seu Vice-Presidente, Nilo Peçanha, que completou o mandato em 1910, tendo apoiado o Marechal Hermes da Fonseca que, coincidentemente, era

¹⁶² QUADROS, Jânio e ARINOS, Afonso. *História do Povo Brasileiro*, vol 5. São Paulo: J. Quadros Editores, 1968, p. 30.

¹⁶³ QUADROS, Jânio e ARINOS, Afonso. *História do Povo Brasileiro*, vol 5. São Paulo: J. Quadros Editores, 1968, pp. 34-37.

sobrinho do Marechal Deodoro da Fonseca, para suceder-lo no quadriênio de 1910-1914.

Após foi eleito Venceslau Brás, que governou no período de 1914 a 1918. O presidente eleito a seguir, Rodrigues Alves não tomou posse em virtude do seu falecimento. No período de 1918-1919 foi presidente Delfim Moreira e, em seguida, assumiu Epitácio Pessoa que governaria até 1922. Artur Bernardes (1922/1926) seria predecessor de Washington Luís Pereira de Sousa, que foi deposto pela revolução de 1930. Aqui findou nossa denominada República Velha.

Nesse período o voto possuía características censitárias. É também o momento de domínio dos “coronéis”, como indica Victor Nunes Leal, caracterizando o domínio político dos chefes locais, com efeitos na “privatização” do Estado e sendo a raiz do mandonismo, do filhotismo, da utilização fraudulenta do voto.¹⁶⁴

Esse regime dos “coronéis” funciona também com a aliança daqueles que terminaram o ensino superior e intitulados “doutores”, compondo a elite rural e, depois, urbana, criando o regime de voto de cabresto, obtido nos currais eleitorais e direcionados para candidatos previamente escolhidos, não sendo dado ao eleitor comum qualquer escolha.¹⁶⁵

O papel do fazendeiro é primordial na sociedade brasileira que é, nessa época, eminentemente rural. Por outro lado, o grau de informação e formação do povo brasileiro é extremamente precário. O certo, contudo, é que os latifúndios inicialmente surgidos foram transformados em pequenas e médias propriedades pelo próprio sistema de esgotamento da terra até então utilizado e, também, pela colonização que surgiu com a importação de mão de obra, já no período posterior a 1930.

O ano de 1930 marca a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, também pela via de golpe de estado. Pretendeu o novo governo instituir eleições sob supervisão externa, nascendo, com isso, a Justiça Eleitoral. Também, através do

¹⁶⁴ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. Rio de Janeiro: Alfa-Omega, 1975, p. 20.

¹⁶⁵ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. Rio de Janeiro: Alfa-Omega, 1975, p. 23.

Decreto no. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 (Código Eleitoral), foi conferido direito de voto pra as mulheres. Tal estrutura duraria até que houvesse a edição da Carta de 1937.

O novo governo veio a sofrer resistências a partir da revolução constitucionalista de 1932, causa determinante da Constituição de 1934, suprimida pelo Estado Novo que outorgou a Constituição de 1937, vigente até 1946.

O desmonte, a partir de 1930, do sistema político vigente na República Velha ocorreu com a nomeação de prefeitos nos municípios e de interventores nos estados federados, que contavam com o auxílio de conselhos consultivos. O regime ditatorial varguista iria sucumbir em 1945. Em 1946, seria eleito Eurico Dutra, com mandato até 1950. Getúlio Vargas voltaria eleito, em 1950, para um novo mandato presidencial, findo em 1954, com o seu suicídio.

A partir daí, foi eleito Juscelino Kubitschek de Oliveira, com seu discurso desenvolvimentista, terminando o seu mandato em 1960. Seu sucessor foi Jânio Quadros que renunciou em agosto de 1961, assumindo, após muita resistência, o Vice-Presidente João Goulart. Em março de 1964, o governo Goulart foi deposto e instaurada uma ditadura militar.

No início, uma Junta Militar assumiu o governo provisoriamente, sendo composta pelo general Artur da Costa e Silva, o almirante Augusto Rademaker e o brigadeiro Francisco Correia de Melo.¹⁶⁶ A primeira medida tomada pelo grupo militar foi a decretação do Ato Institucional nº 1. (AI – 1). Na verdade, o ato não foi numerado porque não se projetavam novos instrumentos dessa natureza.¹⁶⁷ Com a edição de sucessivos atos institucionais passou a ser conhecido como o de número um. Em seu texto estava prevista a realização de eleições para outubro de 1965. No entanto, houve a indicação do Marechal Castello Branco, que tomou

¹⁶⁶ QUADROS, Jânio e ARINOS, Afonso. *História do Povo Brasileiro*, vol 6. São Paulo: J. Quadros Editores, 1968, p. 282.

¹⁶⁷ QUADROS, Jânio e ARINOS, Afonso. *História do Povo Brasileiro*, vol 6. São Paulo: J. Quadros Editores, 1968, p. 286.

posse aos 11 de abril de 1964 e governou até 1967, por força da aprovação de emenda constitucional prorrogando o seu mandato.¹⁶⁸

Uma das conseqüências imediatas do golpe de 1964 foi a cassação de querenta e um mandatos de parlamentares federais, de vários partidos, mas concentrados nos membros do Partido Trabalhista. Além deles, foram cassados os direitos políticos de líderes políticos de vários matizes, como Jânio Quadros, João Goulart, Luis Carlos Prestes, Miguel Arrais, Darci Ribeiro, Celso Furtado e centenas de outros cidadãos.¹⁶⁹

Em outubro de 1965, ocorreram as eleições para governadores de vários estados, pelo sufrágio direto. No Estado da Guanabara foi eleito Negrão de Lima e, em Minas Gerais, Israel Pinheiro, ambos vencendo os candidatos do regime que era capitaneado pelos militares que seriam Magalhães Pinto e Carlos Lacerda.¹⁷⁰

Sucedeu o Marechal Castello Branco, o General Artur da Costa e Silva que foi responsável pela edição do Ato Institucional no. 05, teve problemas de saúde e foi substituído pelo General Emílio Médici, época em que ocorreu rápido crescimento econômico e dura repressão aos movimentos oposicionistas, especialmente aos que se levantaram em armas.

Em 1974 foi empossado o General Ernesto Geisel, responsável por fazer a transição do regime dos militares para os civis, sendo figura de prestígio nessa época o General Golbery do Couto e Silva. o seu sucessor foi o General João Batista Figueiredo (1979-1985), que consolidou a passagem do poder aos civis, concretizada com a eleição de Tancredo Neves, falecido antes da posse, gerando a assunção do cargo pelo Vice-Presidente José Sarney.

O governo Sarney foi o responsável pela convocação de uma assembléia nacional constituinte que, sob a batuta do Deputado Ulysses Guimarães,

¹⁶⁸ QUADROS, Jânio e ARINOS, Afonso. *História do Povo Brasileiro*, vol 6. São Paulo: J. Quadros Editores, 1968, p. 294.

¹⁶⁹ QUADROS, Jânio e ARINOS, Afonso. *História do Povo Brasileiro*, vol 6. São Paulo: J. Quadros Editores, 1968, pp. 286-288.

¹⁷⁰ QUADROS, Jânio e ARINOS, Afonso. *História do Povo Brasileiro*, vol 6. São Paulo: J. Quadros Editores, 1968, p. 297-298.

promulgou o texto que está, até hoje, em vigor, embora com sessenta e quatro emendas.¹⁷¹

O primeiro Presidente eleito após a Constituição de 1988 foi Fernando Collor de Mello, afastado através de processo de impedimento, aprovado nas duas Casas do Parlamento.

Assenta Adriano Pilatti que a Constituição de 1988 encerrou, formalmente, o processo de transição democrática iniciado pelo Governo Geisel, trazendo para os trabalhos da Constituinte conflitos armazenados durante os anos de repressão política.¹⁷²

É o mesmo autor que referencia o processo democrático, característico da formação do atual texto constitucional, com a participação de partidos de diversos matizes, freqüentemente em blocos, respondendo a grupos de pressão da sociedade civil bem como do próprio governo, na época capitaneado por José Sarney, este interessado direto na manutenção do seu mandato. Apesar da composição majoritária dos partidos conservadores, os partidos de esquerda conseguiram valiosos acordos,¹⁷³ que redundaram em normas progressistas, que podem ser encontradas nas Constituições que surgiram após governos autoritários, como na Espanha e em Portugal.

O art. 1º., da Constituição brasileira proclama a democracia como atributo primeiro do Estado de Direito instituído no país, constituindo-lhe os fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Como é sabido o Estado de Direito nasceu com características liberais, para garantir os direitos da classe burguesa, então ascendente, e com o fito de fazê-la participar do poder político. Posteriormente, diante das injustiças criadas

¹⁷¹ A de número sessenta e quatro, promulgada aos 04.02.2010, modificou o art. 6º, da Constituição.

¹⁷² PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988. progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris/Editora PUC-RIO, 2008, p. 1.

¹⁷³ PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988. progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris/Editora PUC-RIO, 2008, p. 22.

pelo modelo do *laissez faire*, passou-se a estruturar o Estado também como garantidor de direitos sociais.¹⁷⁴

A moderna democracia que se pretende implementar no Brasil, após a promulgação da Constituição da República de 1988, tem por objetivo primordial construir uma sociedade justa, plural e solidária, erigindo a proteção à dignidade da pessoa humana, como seu valor maior.¹⁷⁵

O modelo de democracia que se persegue se oriente pela consecução permanente dos direitos individuais, coletivos, sociais e políticos inscritos na Lei Maior como fundamentais. A questão que deve ser suscitada consiste em indagar-se como realizar todos os direitos assim declarados, consideradas as limitações orçamentárias. É o tema que vincula as decisões judiciais aos seus efeitos econômicos porque os direitos, ou melhor, sua efetivação, tem um custo financeiro.¹⁷⁶

O dilema se avoluma diante da eleição do princípio da dignidade da pessoa humana como prioritário. Carlos Roberto de Siqueira Castro aduz que a efetividade do dito princípio acarreta três ordens de conseqüências: “Primeiramente, condena, com a mácula da inconstitucionalidade, os atos estatais atentatórios a tal princípio. Além disso, impõe ao Poder Público o dever de se abster de praticar atos que desafiem o valor maior da dignidade humana. Por fim, induz a que os órgãos e autoridades competentes, em todos os níveis de governo, e no exercício de suas constitucionais e apropriadas competências, adotem iniciativas conducentes a eliminação das desigualdades sociais e que promovam condições sociais e econômicas propícias à existência digna de todos os seres humanos sujeitos à circunscrição da soberania do Estado....”¹⁷⁷

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 114-119.

¹⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 143-150.

¹⁷⁶ GALDINO, Flávio. *Introdução À Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

¹⁷⁷ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *Dignidade da Pessoa Humana: O Princípio dos Princípios Constitucionais in Direitos Fundamentais – Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres – Daniel Sarmiento e Flavio Galdino (Org.)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 161

Resta evidente que a proteção à dignidade da pessoa humana ganha efetividade na medida em que os cidadãos têm consciência dos seus direitos. Afirma, nesse sentido, Jorge Miranda que somente quem tem consciência dos seus direitos pode ter consciência das vantagens e dos bens que pode usufruir com o seu exercício ou efetivação.¹⁷⁸

Tal circunstância remete à efetiva atuação do Estado no que diga com a proteção aos direitos fundamentais, no desempenho de função que somente pode ser exercida diretamente pelo Poder Executivo, através do fornecimento de meios para realizar as prestações materiais básicas em favor da população ou, ainda, supletivamente, pela intervenção do Poder Judiciário, diante de atitude omissiva da Administração Pública.

Nesse ponto, questiona-se como o que se configura direito ao acesso à Justiça: a garantia de acesso ao Judiciário está intimamente relacionada com a compreensão do princípio do *due process of law*, traduzido pelo constitucionalista português J. J. Canotilho, como sendo um processo justo estabelecido para privar alguém da vida, liberdade ou propriedade.¹⁷⁹

Na concepção do professor de Coimbra a proteção de acesso ao Judiciário é um direito de defesa do particular perante os poderes públicos, quer contra atos administrativos ou contra atos de particulares.

Vinculado aos direitos fundamentais, o acesso à Justiça forma um “núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária”,¹⁸⁰ traduzido na monopolização da coação física legítima, no dever de manutenção da paz jurídica e na proibição de autodefesa. Frise-se que um dos escopos da Jurisdição é preservar a paz social.

O acesso deve ser efetivo e material, o que significa dizer que a resposta apresentada pelo Estado deve dirimir o conflito existente ou legitimar a situação

¹⁷⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 229.

¹⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 448/449.

¹⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 452.

ofertada, em prazo razoável. Tal concepção, no entanto, não afasta a necessidade de preenchimento de determinados pressupostos pertinentes ao exercício do direito de ação e à formação e regular desenvolvimento do processo.¹⁸¹

A demora no fornecimento da prestação jurisdicional é tema que vem sendo perquirido em todo o mundo, dada a existência de conflito entre os valores prestação e segurança jurídicas, havendo até quem entenda, a meu ver com inteira procedência, que a questão da rapidez acima de tudo, na outorga da referida prestação, nada mais é do que um mito.¹⁸²

Apesar disso, a tendência estabelecida na Europa continental é a de punir os Estados que excedam prazos razoáveis para a resolução do processo. Naquele sítio surgiu, a partir de 1950, com a edição da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, um direito ao processo sem dilações indevidas,¹⁸³ sendo tal regra incluída na Constituição espanhola de 1978 (art. 24).¹⁸⁴

Idêntica regra foi inscrita na Convenção Americana sobre Direitos Humanos celebrada na Costa Rica em 1969.¹⁸⁵

A responsabilidade civil do Estado por demora na prestação jurisdicional no Brasil, no entanto, não tem sido admitida pelos pretórios.

¹⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 452. O autor refere-se genericamente a pressupostos processuais. Os mesmos podem existir desde que sejam dotados de razoabilidade e não impeçam a atividade jurisdicional.

¹⁸² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Futuro da Justiça: alguns Mitos*. Revista de Processo 99: 141/150, 2000.

¹⁸³ TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 103.

¹⁸⁴ “Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa...” (grifos nossos).

¹⁸⁵ “Artigo 8º - Garantias judiciais. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (grifos nossos).

Outra discussão recentemente estabelecida no direito pátrio diz respeito à possibilidade de a lei restringir o acesso à justiça, impedindo o deferimento, pelo magistrado, de medidas liminares com conteúdo cautelar ou de tutela antecipada.

Como sabido, a tutela cautelar tem por escopo proteger coisa litigiosa, ao passo que a tutela antecipada objetiva a satisfação do autor antes do advento da coisa julgada, sendo esta sujeita a requisitos estabelecidos em norma inscrita no art. 273 do Estatuto de Ritos.¹⁸⁶

O texto constitucional permite o acesso à justiça quando a parte é lesionada ou está ameaçada de sê-lo. Isso justifica a proteção cautelar e as medidas liminares que caracterizam os denominados provimentos antecipatórios.

O Supremo Tribunal Federal afastou essa interpretação, decidindo Ação Direta de Constitucionalidade, ao analisar as regras da Lei nº. 9.494/97, fruto da convalidação da Medida Provisória nº. 1570/96, que determinou regras restritivas quanto à concessão de medidas liminares cautelares e de tutela antecipada, em relação a causas pertinentes a verbas alimentares devidas pela Fazenda Pública. Além disso, definiu, em liminar proferida em Ação Direta de Constitucionalidade, que a Suprema Corte teria direito ao poder geral de cautela conferido pelo art. 798 do CPC.¹⁸⁷ Com essa decisão houve efeito vinculante em relação às demais decisões de primeiro e segundo grau sobre a matéria.

¹⁸⁶ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588. § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. “

¹⁸⁷ “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

A decisão do Sumo Areópago foi proferida antes do advento da lei que regulamentou o procedimento das ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade (Lei no. 9.868, de 10.11.99).

A Ação Direta constitui-se como processo objetivo, prevalecendo o interesse público fundado na defesa da Constituição, erigindo-se o Tribunal no seu julgamento em um instrumento de controle de natureza política que recai apenas sobre os atos normativos do Poder Público, sendo sua fiscalização realizada após a publicação de Lei, federal ou estadual, portanto *a posteriori*.

Outrossim, se violado preceito normativo caberá o controle abstrato da Lei, conforme prevê o art. 103 da Constituição Federal da República.¹⁸⁸

No que se refere à concessão de liminar em providência cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme consta no art. 102, I, p, da Constituição Federal¹⁸⁹ e no art. 170 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal¹⁹⁰ é impositiva a deliberação por maioria dos seus Ministros.

¹⁸⁸ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; 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. § 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

¹⁸⁹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: ... p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;...”

¹⁹⁰ “Art. 170. O Relator pedirá informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, bem como ao Congresso Nacional ou à Assembléia Legislativa, se for o caso. § 1º Se houver pedido de medida cautelar, o Relator submetê-la-á ao Plenário e somente após a decisão solicitará as informações. § 2º As informações serão prestadas no prazo de trinta dias, contados do recebimento do pedido, podendo ser dispensadas, em caso de urgência, pelo Relator, ad referendum do Tribunal. § 3º Se, ao receber os autos, ou no curso do processo, o Relator entender que a decisão é urgente, em face do relevante interesse de ordem pública que envolve, poderá, com prévia ciência das partes, submetê-lo ao conhecimento do Tribunal, que terá a faculdade de julgá-lo com os elementos de que dispuser.

Tal condição de deliberação se coaduna com a própria objetividade da natureza jurídica do processo de ação de inconstitucionalidade, eis que os efeitos da decisão pretoriana alcançam toda a coletividade.

É necessário ressaltar a eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal estende-se para além dos interessados na relação processual objetiva, tornando-se, assim, oponível *erga omnes*, além de produzir efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.¹⁹¹

A natureza jurídica da decisão proferida em processo objetivo é declaratória, produzindo efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, eis que conforme já assinalado o Tribunal, pelo regime da nova Lei n.º 9.868/99, possui autonomia para dispor sobre os efeitos de sua decisão, inclusive em sede liminar quando examina o cabimento da medida cautelar.

A fiscalização da constitucionalidade pode ser declarada parcialmente com possibilidade de redução do texto, conforme influência do Direito alemão, bem como, para salvar a norma impugnada, o Tribunal poderá estabelecer a interpretação que se coadune com a Constituição, evitando-se, assim, a declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica posta sob exame.

Atualmente, assume o Tribunal, em suas decisões, uma maior ênfase no sistema de interpretação constitucional. Nesse campo, Luís Roberto Barroso¹⁹² aduz que os princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, o da unidade, da razoabilidade, da efetividade, da interpretação conforme a constituição, devem embasar a estrutura da análise e julgamento das leis perante o texto constitucional.

¹⁹¹CF, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 150-244.

Esse debate tem sido muito aceso em relação à efetividade do direito à saúde, com a internação compulsória de pacientes, bem como na hipótese do fornecimentos de remédios aos doentes. Como paradigma de decisão sobre a efetividade das normas constitucionais, deve ser citado o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (RE (AgRg) 271.286-RS), tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, tendo por objeto o fornecimento de medicamentos para portador da doença SIDA(AIDS). Seguindo a ementa:

“PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.”

Pode-se, analisando as decisões judiciais emitidas pelos nossos mais importantes Tribunais, inferir que: a) existe um direito constitucional á saúde; b)

de tal direito surge o dever estatal de fornecer medicamentos de forma gratuita; c) o direito é transindividual permitindo a atuação do Ministério Público; d) o dever de fornecimento é de todas as entidades federativas (União, Estados, distrito Federal e Municípios); e) é possível a tutela de urgência (CPC, art. 273).

Após a Constituição de 1988, o Estado brasileiro sofreu dura provação para firmar-se como democracia real, ao se deparar com o primeiro processo de impedimento de um Presidente da República (até o presente momento, o único), julgado, segundo as regras constitucionais, com a acusação admitida pela Câmara dos Deputados, por 448 votos a favor e somente 23 contrários e o julgamento realizado pelo Senado Federal, sob a presidência do Ministro Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de acusado judicialmente pela prática de reiterados crimes, notadamente de corrupção, não sobreveio posterior condenação nos vários julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal. Sintomático o acórdão prolatado na Ação Penal no. 307/DF, sendo relator o Ministro Ilmar Galvão, julgada, pelo plenário do STF, aos 31.12.94, conclusivo pela improcedência da denúncia, em relação ao Presidente Fernando Collor, dentre outros crimes, o de corrupção passiva, ao fundamento da falta de provas, tendo o tribunal, incidentemente, declarado ilícitas várias das provas colhidas.¹⁹³

¹⁹³ Constitui excerto da decisão: "... Crimes de corrupção passiva (art. 317, caput) atribuídos, em concurso de pessoas, ao primeiro, ao segundo e ao terceiro acusados, e que, segundo a denúncia, estariam configurados em três episódios distintos: solicitação, de parte do primeiro acusado, por intermédio do segundo, de ajuda, em dinheiro, para a campanha eleitoral de candidato a Deputado Federal; gestões desenvolvidas pelo primeiro acusado, por intermédio do Secretário-Geral da Presidência da República, junto a direção de empresas estatais, com vistas a aprovação de proposta de financiamento de interesse de terceiros; e nomeação do Secretário Nacional dos Transportes em troca de vultosa quantia que teria sido paga por empreiteira de cuja diretoria participava o nomeado, ao segundo acusado, parte da qual teria sido repassada ao primeiro. 1.1. Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos (art. 5., LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5., X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arripio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5., X e XI, da CF). 1.2. Improcedência da acusação. Relativamente ao primeiro episódio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido. No que concerne ao segundo, pelo duplo motivo de não haver qualquer referência, na degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e

O Presidente Fernando Collor cumpriu a pena de oito anos, de suspensão dos direitos políticos, decorrente do processo de impedimento e, após decorrido o período da punição, foi eleito Senador, pelo Estado de Alagoas que já havia governado nas eleições de 2006, tendo tido o mandato início aos 1º.02.2007, em sucessão à Senadora Heloisa Helena que, candidata ao cargo de Presidente da República, não logrou eleger-se.

Essa dura provação não mais foi renovada tendo, desde o mandato de Fernando Henrique Cardoso, que obteve a reeleição, até hoje, com os governos de Luis Inácio Lula da Silva, sido mantida íntegra a ordem constitucional, sem conhecer rupturas de qualquer natureza. A situação de governos eleitos democraticamente também persevera na América latina, ensejando inclusive a ocorrência de alguns de esquerda nos países do cone sul. Apesar disso, eventos como o movimento golpista que quase afastou o Presidente Chavez, na Venezuela e o da destituição do Presidente de Honduras, Manoel Zelaya, mantêm acesas as possibilidades de retorno a instabilidades democráticas nos países da América do Sul e Central.¹⁹⁴ Há quem atribua às sucessivas possibilidades de reeleição, aprovadas na Venezuela, o condão da circunstancia que impede o pleno desenvolvimento da democracia na América Latina.

utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5., X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arripio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5., X e XI, da CF). 1.2. Improcedencia da acusação. Relativamente ao primeiro episódio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comercio como segundo, ao terceiro e ao quarto acusados. 2.1. Improcedencia da denuncia referentemente ao crime do art. 343, posto não haver resultado demonstrado haverem os acusados dado, oferecido ou prometido, qualquer vantagem as testemunhas apontadas, nem, tampouco, que lhes houvessem eles sequer induzido a prestação de falso testemunho; ao do art. 344, face a ausência de prova de uso de violência ou de grave ameaça contra as ditas testemunhas, por qualquer dos acusados; e, no que tange ao do art. 305, não apenas por falta de prova da destruição de documentos (recibos de pagamento de aluguel de veículo), mas também da propria existência destes, aliada a circunstancia de não serem eles indisponiveis....” grifos nossos.

¹⁹⁴ O Coronel Hugo Chavez liderou um movimento golpista, em 1992, tendo sido preso. Posteriormente foi libertado e eleito Presidente da Venezuela. Em 2002 foi derrubdo por um golpe, e retornou uma semana após, resgatado pelos seus companheiros de Exército, notadamente da Brigada Paraquedista. Fonte: Eliézer Rizzo De Oliveira. O Retorno do Presidente Hugo Chavez* in www.unicamp.br, acessado aos 18.11.09.

2.8. A Separação de Poderes

O conceito de separação de poderes nasce vinculado à proteção da liberdade como instrumento ou barreira de limitação do poder que, no dizer de Locke, deve ficar em diferentes mãos. Na visão clássica, deveriam coexistir os Poderes Legislativo, Executivo e Federativo, com a concentração de poder no soberano que, apesar disso, detinha a administração do Estado e o poder judicial.¹⁹⁵

Autores contemporâneos, como Bruce Ackerman, professam que três ideais de legitimidade norteiam a manutenção da separação de poderes: a) democracia; b) competência profissional; c) proteção e ampliação dos direitos fundamentais.¹⁹⁶

O modelo americano de separação de poderes é considerado clássico e eficiente, opinando Ackerman, primeiro, que somente funciona nos Estados Unidos, e, segundo, que também merece reforma para ensejar assento a parlamentarismo limitado como existente em outros países como a Índia, o Canadá, a África do Sul, a Espanha e a Alemanha.¹⁹⁷

Um dos problemas que pode surgir nesse modelo é o impasse entre órgãos do Legislativo e do Executivo, quando dominados por partidos diferentes. Isso tem sido muito comum na realidade norte-americana, com Presidentes democratas convivendo com Congressos republicanos e vice-versa. Excepcionalmente, o atual governo americano liderado pelo Presidente Barack Obama, elegeu maioria, tanto na Câmara dos Deputados, como no Senado Federal. Projetos polêmicos, no entanto, impedem que a maioria política seja convertida em ações positivas e, apesar de contar com uma maioria composta de 248 deputados, somente 215 votaram, de início, a favor do projeto presidencial que modifica o sistema de saúde americano.¹⁹⁸

¹⁹⁵ SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O Princípio da Separação de Poderes e os Novos Movimentos Sociais*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 32.

¹⁹⁶ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 7.

¹⁹⁷ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 8.

¹⁹⁸ O Globo Digital, acessado Aos 13.11.2009.

O impasse, normalmente, leva a negociações ou barganhas, causando, normalmente, um emperramento em decisões de governo que dependam do Poder Legislativo.

Outra questão importante diz respeito à possibilidade de um poder querer impor-se aos demais, o que tem gerado, principalmente na América latina, o surgimento de governos caudilhistas.¹⁹⁹

Pode ocorrer, também, o domínio pleno de um partido, em todos os Poderes, por sucessivas eleições, ao que B. Ackerman denomina de modo de autoridade plena.²⁰⁰ No modelo francês, as idas e vindas do processo eleitoral têm gerado o episódio de coabitação, quando o Presidente convive com Primeiro Ministro de partido oposicionista. Três vezes os franceses conheceram tal situação na prática política. No biênio 1986/1988, o Presidente Mitterrand coabitou com o Primeiro Ministro J. Chirac. No de 1993-1995, o Primeiro Ministro foi Balladur, também do partido oposicionista. Quando Jacques Chirac foi eleito Presidente, teve de coabitar com o Primeiro Ministro socialista Lionel Jospin. Atualmente o presidente Nicolas Sarkozy, eleito em 2007, vencendo uma candidata socialista, convive com o Primeiro Ministro François Villon. Ambos pertencem ao partido de centro-direita, UMP (União por um Movimento Popular).

Aparentemente, o sistema de separação de poderes francês é mais fraco do que o americano, na medida em que o Presidente pode convocar eleições gerais para a Assembléia e o Senado francês não tem muita influência política.²⁰¹ No mesmo sentido, o Poder Judiciário francês não tem grande influência, sendo uma de suas causas a existência de um Conselho Constitucional, cuja composição é renovada de três em três anos.

O sistema americano tem eleições regulares a cada dois, quatro e seis anos para a Câmara, Presidência e Senado, respectivamente. Tal circunstância impõe que um partido vença eleições pelo período de dez anos para conseguir

¹⁹⁹ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 15.

²⁰⁰ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17.

²⁰¹ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 19.

autoridade plena. A Suprema Corte americana também é um importante ator nesse panorama.²⁰²

Não se pode olvidar o liame existente entre a separação de poderes e a contradição que opõe o liberalismo e o totalitarismo, como aponta Fernando Paulo da Silva Suordem.²⁰³ É que o componente básico da democracia representativa traduz-se no princípio da separação de poderes, que bloqueia a centralização do poder em um único órgão, ao contrário do que ocorre no regime absolutista. Erige-se, assim, a separação em um instrumento de controle e, pois, de limitação do poder.

Todavia, a influência do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo, com a imposição de pautas de conduta, parece ser mais uma característica do estado moderno e não um aspecto característico de estado ditatorial. Não importa, aqui, se o regime é presidencialista ou parlamentarista.²⁰⁴

Paralelamente a isso, houve o desenvolvimento da independência do Poder Judicial, sendo projeto dos revolucionários franceses transferir tal poder para as massas, substituindo as classes privilegiadas que, anteriormente, ocupavam os cargos de juizes. Informa Mauro Cappelletti que, no regime anterior, os juizes compravam ou herdavam os seus cargos. Houve, como um dos primeiros atos da Revolução Francesa, a proibição de venda ou herança dos cargos de juiz, bem como a fixação de sua remuneração pelo Estado e não mais pelas partes, além de terem sido abolidos tribunais que julgavam segundo a origem classista (nobres, burgueses etc.), estabelecendo-se a gratuidade de Justiça.²⁰⁵

²⁰² ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 20.

²⁰³ SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O Princípio da Separação de Poderes e os Novos Movimentos Sociais*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 65.

²⁰⁴ SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O Princípio da Separação de Poderes e os Novos Movimentos Sociais*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 65.

²⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Europa-America, 1974, pp. 39-41.