

## **PAINEL I – OS DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL**

---

**RIOGRANDINO TABAJARA BARBOSA ALVES BRANCO**  
*Mestre-de-Cerimônias do Superior Tribunal de Justiça*

Reiniciamos os trabalhos desta *Jornada Jurídica em Homenagem ao Professor Jorge Miranda: Os 20 Anos da Constituição Brasileira de 1988*. Para tratar do tema *Os Direitos Humanos e a Proteção Constitucional*, convidamos para compor a Mesa os expositores: o Professor-Doutor Dilnei Lorenzi, do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Secretário Executivo da Associação Nacional de Educação Católica no Brasil (Anec); o Professor-Doutor Alexandre Coutinho Pagliarini, das Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil); e a Exma. Sra. Juíza Zilah Maria Callado Fadul Petersen, Juíza Auditora da Justiça Militar. Comunicamos que, por motivo de força maior, o Exmo. Sr. Ministro Francisco Rezek não pôde comparecer nesta manhã.

Para presidir o primeiro painel desta manhã, convidamos a Dra. Célia Cristina dos Santos Silva, Assessora Jurídica do Gabinete da Sra. Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, do Superior Tribunal Militar.

A Presidente desta Mesa, Dra. Célia Cristina dos Santos Silva, é graduada em Direito, pela Universidade de Brasília, no ano de 1987; ocupou, de 1994 a 2007, os cargos de Subchefe Adjunta, Assessora, Assessora Especial e Chefe de Gabinete da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República; exerceu, entre outras atividades, as de organização e promoção de ações de capacitação do Centro de Estudos e da Revista Jurídica Virtual da Presidência da República; integrante da Comissão responsável pela consolidação da legislação federal passou a Coordenadora Executiva do Grupo Executivo de Consolidação dos Atos Normativos, incumbida de dirigir esse trabalho no âmbito de todo o Poder Executivo Federal; atuou, ainda, como Coordenadora na Secretaria Executiva do Conselho Federal de Entorpecentes (Confen), nomeada para participar da comissão de trabalho do Fundo das Nações Unidas para o controle do abuso de drogas;

atualmente, é Assessora Jurídica no Gabinete da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, no Superior Tribunal Militar.

Com a palavra a Dra. Célia Cristina dos Santos Silva.

**CÉLIA CRISTINA DOS SANTOS SILVA**

*Assessora da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e  
Presidente da Mesa*

Dando continuidade a esta jornada jurídica em homenagem ao querido Professor Jorge Miranda e aos 20 anos da Constituição de 1988, quero dizer que é uma honra participar desta Mesa com tão ilustres autoridades. Saúdo os organizadores do evento e a todos os participantes.

Cabe-me proferir apenas algumas palavras sobre o tema deste primeiro painel: *Os Direitos Humanos e a Proteção Constitucional*. A [Constituição Federal de 1988](#) incluiu, em seu texto, um amplo rol de direitos e garantias fundamentais e deu abertura para os tratados de direitos humanos. O § 2<sup>o1</sup> do art. 5<sup>o</sup>, por exemplo, protege a dignidade da pessoa humana, tanto no plano interno como no internacional. A [Emenda Constitucional nº 45](#), de 2004, inovou ao introduzir o § 3<sup>o2</sup> nesse mesmo art. 5<sup>o</sup>, trazendo a possibilidade de os tratados serem aprovados com o **quorum** das emendas constitucionais, reformando, portanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que conferia aos tratados de direitos humanos o **status** de lei ordinária. De igual modo, a referida Emenda incluiu o § 4<sup>o3</sup> para submeter o Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Assim, após vinte anos da sua promulgação, a Constituição, chamada de Constituição Cidadã, resguarda com propriedade todos os direitos sociais, à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados, em seu texto, que podem ser traduzidos como direitos fundamentais da pessoa humana.

---

<sup>1</sup> § 2<sup>o</sup> - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>2</sup> § 3<sup>o</sup> Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Decreto Legislativo com força de Emenda Constitucional)

<sup>3</sup> Cf. § 4<sup>o</sup> O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Antes de passar a palavra à Dra. Zilah Maria Callado Fadul Petersen, queria fazer um breve resumo do seu currículo. É Juíza Titular da Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar, da Justiça Militar da União, sediada em Brasília, Distrito Federal, desde 1996; bacharelada em Direito, pela Universidade Federal do Pará, de 1968 a 1972; doutorada em Direito, pela Universidade de São Paulo, e pós-doutorada em Direito, pela Universidade de Paris, de 1989 a 1991. Integra várias entidades científicas e culturais, das quais é membro associado, sendo titular da Academia Paraense de Letras Jurídicas, ocupando a Cadeira nº 39. É Diretora da Escola Nacional da Magistratura, no âmbito do Direito Penal Militar, de 2004 a 2008.

Passo a palavra à Dra. Zilah Maria Callado Fadul Petersen.

**ZILAH MARIA CALLADO FADUL PETERSEN**

*Doutora e Juíza-Auditora da Justiça Militar*

Doutor Dilnei Lorenzi, Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini, Dra. Célia Cristina dos Santos Silva, em nome de quem cumprimento todos aqueles que aqui estão presentes e abrilhantam este evento. Senhoras e senhores, cumprimento os coordenadores desta jornada jurídica, organizada em homenagem ao Professor Jorge Miranda e aos 20 anos da Constituição brasileira de 1988, e, em especial, à Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, a quem agradeço o gentil e honroso convite para aqui falar.

O tema deste primeiro painel tem como título *Os Direitos Humanos e a Proteção Constitucional*, sobre o qual pretendo fazer uma reflexão em face de um dos direitos, que corresponde à liberdade individual, olhando a Constituição naquilo a que se refere, especificamente, que pode ser correlacionado a um direito especializado, como o Direito Penal Militar e o Direito Processual Penal Militar, aplicados atualmente e configurados em códigos distintos, Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, promulgados por meio do Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, anteriores, portanto, à própria vigência da Constituição Federal atual.

Para desenvolver tal reflexão, vamos observar somente algumas questões, dentre os diversos pontos de conflito que ressaltarei ao pensar no assunto.

Inicialmente, antes de destacar uma dessas questões, gostaria de dizer que, quando falamos em Constituição e em legislação infraconstitucional, obviamente, voltamo-nos ao sistema jurídico, o qual devemos visualizar como um sistema lógico. No momento em que fizermos tal visualização, verificaremos que nesse sistema jurídico encontraremos normas e princípios jurídicos que se interligam de forma escalonada e hierarquizada, que apresentam obviamente uma norma que será o fundamento de validade de todas as demais normas e princípios que, no âmbito do Direito positivo, se trata da Constituição vigente, mas, no âmbito lógico, está acima dela, porque a própria Constituição vigente, para que apareça como norma fundamental de um sistema jurídico, precisa que sua validade seja garantida por uma outra norma, que não será positiva, que, para Hans Kelsen – possui uma teoria conhecida por todos –, será a norma fundamental, configurada por meio de um suposto lógico hipotético.

Observamos no sistema jurídico essa hierarquização, em que as normas constitucionais estão acima de tudo, e vemos que o princípio da supremacia da constituição decorre não apenas porque se trata de uma norma constitucional, mas porque essa norma é oriunda de um poder tido como originário, que se distingue do poder derivado que a Constituição autoriza a funcionar, validando-o.

Verificamos que, em primeiro lugar, todos esses aspectos deverão ser visualizados no sistema jurídico vigente, mas devemos visualizar também um outro elemento: a impossibilidade lógica de incompatibilidade entre as normas e os princípios. Qual o motivo desse elemento? Se falo em normas constitucionais, se falo em supremacia lógica dessas normas em relação a todas as normas infraconstitucionais, se posso mesmo falar na supremacia dessas normas constitucionais enquanto originais em relação à feitura de emendas a essa Constituição, porque autorizadas pelo constituinte originário, que devem respeitar as normas estabelecidas na

Constituição, devo concluir que todas essas normas têm de ser coerentes, compatíveis.

Assim, chegamos em outro ponto: a compatibilidade das normas e dos princípios jurídicos, aquelas normas que integram o mesmo sistema jurídico. É certo que não vamos falar como se verifica tal compatibilidade, porque seria objeto de uma palestra autônoma, porém, falaremos em compatibilidade pelo fato de nos referirmos a uma lei infraconstitucional anterior à vigência da nova Constituição, a um instituto que todos conhecem, chamado de recepção do Direito.

A nova Constituição tem um poder revogatório total em relação à Constituição anterior. A Constituição de 1988, obviamente, substituiu a Constituição anterior e os atos institucionais que estavam nela garantidos. Não entrarei em considerações sobre se era necessário a Constituição garantir a vigência desses atos ou não, porque, pessoalmente, entendo que os atos relativos a um período revolucionário e originários de um poder revolucionário sobrepujam-se à própria Constituição, visto as características próprias dessa Constituição. O dizer na Constituição de que tais atos eram mantidos em vigor, significava apenas dar o ar de um Estado democrático diante da inexistência real de democracia, que não é o ponto importante a ser tratado.

Dissemos que a nova Constituição substitui a anterior, assim como todas as normas constitucionais que então existiam; se decidir manter algo expressamente previsto na Constituição anterior, poderá dizer, mas normalmente não diz, poderá afirmar, e passará a ser o novo fundamento de validade daquela norma em relação à hierarquia constitucional.

No que se refere às normas infraconstitucionais, sabemos simplesmente que podem ser mantidas ou não pela Constituição, que podem ser mantidas de forma expressa, mas não é a regra geral. A regra geral é a manutenção tácita de normas infraconstitucionais anteriores. Quando essas normas são incompatíveis com a nova ordem constitucional vigente, dizemos simplesmente que haverá uma inconstitucionalidade superveniente, que aquela norma se tornou inconstitucional em decorrência da nova ordem vigente.

Temos uma série de exemplos no Direito brasileiro relativamente à Constituição de 1988 e aos direitos e à liberdade individual. Temos, nesse ponto, algo que deve ser realçado. Quando a incompatibilidade for material, a inconstitucionalidade é evidente. Portanto, se está no conceito próprio daquele Direito, a incompatibilidade entre a nova ordem constitucional e a ordem infraconstitucional anterior, não importa sequer perguntar se ordem infraconstitucional anterior tinha um fundamento de validade na Constituição anterior, o que seria ótimo, mas deixou de ter, pois passou a ser inconstitucional. Se a incompatibilidade é formal, isto é, se diz respeito a um aspecto processual, o que verificamos é o contrário: aquela regra continua sendo mantida.

Atualmente, está em vigor uma série de decretos-leis que deixaram de existir desde 1988, mas não se mostraram, em seu conteúdo material, incompatíveis com a nova ordem constitucional, pelo fato de continuarem vigentes. Existem vários códigos promulgados por meio de decretos-leis e que, atualmente, continuam perfeitamente aplicáveis, válidos e garantidos pela própria Constituição. Essa é a situação do Direito Penal Militar e do Direito Processual Penal Militar.

Mais grave ainda é o fato de que o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, quando promulgados por meio de um decreto-lei, ocupavam a Presidência da República, simplesmente, pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Então, os decretos-leis que promulgaram esses dois Códigos estão assinados pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Poderíamos dizer que foi um momento revolucionário? Foi um absurdo manter aplicável, nos dias atuais, um decreto-lei que foi promulgado nesses termos? Ao que responderia que a resposta já foi dada. A incompatibilidade é formal e, diante disso, vigora exatamente o princípio que vai tratar do **tempus regit actum**. Em termos formais, é mantida a validade que existia à época. Em termos materiais, existem algumas colisões materiais que, de modo peremptório, direto e exposto, sem qualquer dúvida, se afasta a validade, a vigência e a eficácia da norma infraconstitucional, como é o exemplo da expedição de mandado

de prisão que, na Constituição anterior, seria a ordem de prisão por autoridade competente, e, na Constituição de 1988, passou a ser por autoridade judiciária competente. É uma diferença enorme: antes, o delegado de polícia ou o encarregado de um inquérito policial militar podia expedir uma ordem de prisão porque era autoridade competente; a partir de 1988, deixaram de sê-lo. Então, todas as ordens expedidas antes do início da vigência da Constituição de 1988 são válidas. A partir daquele momento somente poderiam ser expedidas as ordens, de forma escrita e fundamentada, por autoridade judiciária competente.

Verificamos, simplesmente, que aquelas normas que constavam no Código de Processo Comum ou no Código de Processo Penal Militar tornaram-se inconstitucionais, não podendo mais ser aplicadas, perderam a eficácia, podem ainda constar formalmente no Código, pois nada impede que estejam totalmente sem eficácia ou sem aplicabilidade enquanto perdurar a Constituição com aquela regra material que ali existe.

Dentro desse quadro, faremos uma primeira abordagem voltada para um direito fundamental: o direito à liberdade individual. Trata-se da autorização constitucional de prisão do agente de crime propriamente militar independentemente de ordem judiciária. Falamos em liberdade individual, a **jus libertatis**, o direito à liberdade que envolve garantias e restrições na ordem constitucional. Garantias as maiores possíveis e restrições por que necessárias. Não podemos conviver juridicamente se imaginarmos estar com liberdade absoluta para fazer tudo o que pretendermos, pois socialmente isso não existe. Basta observarmos os conceitos mais antigos do Direito, como o do Direito romano, para verificarmos que sempre há o direito de um impedindo o direito absoluto do outro. Como fazer essa separação consiste na mágica do Direito, na inclusão de restrições que são necessárias para que a realização do Direito possa ser feita por todos nós.

Ao falamos em direitos humanos é preciso saber que tratam de prerrogativas inerentes à dignidade da espécie humana, mas não apenas a ela pelo fato de ser, também, espécie animal; portanto, é preciso acrescentar algo mais à dignidade dessa espécie, é preciso ser

diferenciada das outras espécies animais. Há muito tempo procurou-se suscitar alguns desses direitos, e a história nos mostra. Mais recentemente, sabemos que órgãos internacionais procuraram declarar esses direitos, apesar de já existir a [Declaração Universal dos Direitos Humanos](#), sem falar na declaração que fundamentou a própria Revolução Francesa e que é bem anterior a essa Declaração Universal.

Existem declarações que foram surgindo e finalmente, em 1948, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que consiste em uma resolução da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), que não foi formalizada em tratado. Diante disso, é interessante notar que, por tal fato, tal Declaração não obriga os Estados partícipes daquela organização; entretanto, propiciou, estimulou a criação de diversos tratados regionalizados, como o [Pacto de São José da Costa Rica](#), que é, exatamente, um reflexo dessa declaração universal de direitos.

Ao falar de direitos, podemos falar na sua geração, mas, tradicionalmente, os direitos humanos foram considerados em três gerações porque interligados ao lema da Revolução Francesa: “Liberdade, igualdade e fraternidade”. Temos a primeira geração ligada à liberdade do ser humano, a segunda à igualdade do ser humano e a terceira à fraternidade ou solidariedade do ser humano. Posteriormente, surgiram outras gerações de direitos e vamos, a cada momento, criando mais uma geração, que, na realidade, é puramente doutrinário enquadrar em uma ou em outra geração.

Veremos que a questão dos direitos humanos sempre esteve presente na Constituição brasileira não da forma como está atualmente, porque a declaração de direitos sempre foi posterior à estruturação do Estado brasileiro e à distribuição de competências. Na parte final da Constituição anterior declaravam-se os direitos e garantias fundamentais, mas na Constituição atual, no seu preâmbulo<sup>4</sup>, temos a indicação da liberdade.

---

<sup>4</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e

Nos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil o art. 1º, inciso III<sup>5</sup>, destaca a dignidade da pessoa humana, o que é muito importante para nós. O art. 5º<sup>6</sup> trata, exatamente, de alguns direitos fundamentais, com diversos incisos que tratam do direito à liberdade, que é o direito que está importando para a exposição a ser feita a partir deste momento.

Gostaria de realçar, quanto ao tema suscitado, o inciso LXI do art. 5º, que diz: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, (...) – até aí é lindo! – salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Embora como Juíza de uma Justiça especializada, como a Justiça Militar da União, só consigo entender essa ressalva feita nesse importante direito fundamental da pessoa humana, que é a liberdade, como uma vingança do constituinte contra os militares. Não sou e não tenho nenhuma possibilidade de ser militar, tendo em vista a minha noção e a forma como vivo essa liberdade individual, mas entendo que o constituinte quis resguardar-se daqueles longos anos de um regime militar que vivenciamos e simplesmente colocou isso, esquecendo que, assim o fazendo, não estava se voltando contra os chefes militares, mas contra outra classe de militar, a que está subordinada a outras, a um escalonamento, a uma hierarquia de autoridade.

Vejam que na expressão “salvo nos casos de transgressão militar” temos uma lei específica que vai tratar disso, ou na expressão “ou crime propriamente militar definidos em lei”, não se trata de uma transgressão militar que alguém inventará, pois tem que constar de lei. Mas veremos que é tratada em um decreto. Mas por que dizer em lei? Porque o decreto é uma manifestação legal, tecnicamente, é uma norma legal. Então, está perfeitamente abarcado pelo preceito ora lido.

---

internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

<sup>5</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>6</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Analisando a expressão “crime propriamente militar”, perguntaremos: o que é um crime militar? Não será um crime comum, aparecerá como uma infração penal especializada, configurada num código também especializado, o Código Penal Militar, que trará, como todo e qualquer código penal, uma parte geral, na qual verificaremos que o crime militar pode ser para tempo de paz ou para tempo de guerra. Já estará diferente e poderemos indagar: estamos em tempo de paz ou de guerra? Quem diz o tempo em que estamos? Se ninguém disser nada, é tempo de paz, porque o tempo de guerra tem que estar expresso, tem que haver uma declaração de guerra, além de que deverão ser respeitadas todas as prescrições constitucionais para configurar um tempo de guerra. Ele é a exceção. O geral é o tempo de paz. Nada é dito sobre o tempo em que estamos, e estamos em tempo de paz. Assim, veremos que, naquela parte inicial, haverá a configuração do crime militar em tempo de paz e, em seguida, em tempo de guerra. Na parte especial, temos um tempo de paz e um tempo de guerra.

Temos alguns tipos penais, como o crime propriamente militar em tempo de paz, que é o que interessa, e estão no Código Penal. A doutrina fará uma diferenciação entre o crime militar propriamente dito, ou seja, o crime essencial ou propriamente militar e o crime impropriamente militar ou acidentalmente militar. A regra geral é a de que o crime propriamente militar é aquele que corresponderá às questões que são essenciais da órbita militar e praticados também por militares.

Quando o constituinte colocou a expressão “crime propriamente militar”, recepcionou a distinção entre crime acidentalmente militar e propriamente militar, retirando desse último a obrigatoriedade de utilização de ordem judicial escrita e fundamentada e da autoridade competente para prender o agente desse crime. Ao fazer essa ressalva, está deixando de lado o flagrante delito, por não ser necessária a existência dessa ordem.

Esse crime militar, como foi dito, é processado e julgado em uma jurisdição militar, especializada, e, para nós, surgiu em 1º de abril de 1808, com um alvará que tinha força de lei, que criou os conselhos de

justiça àquela época em âmbito nacional, pois já existia no Brasil antes de 1908, apenas não era em âmbito nacional.

Temos, como crime propriamente militar – e ressalvo que haveria muitos outros, mas daria para escrever um tratado –, o crime de deserção, com vários tipos penais que permitem que seja aperfeiçoado com o nome de deserção, de casos assimilados e outros mais, mas que se voltam ao tipo central deserção, que está previsto no art. 187 do Código Penal Militar que diz: “Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias: Pena (...) – não é grave: de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada”.

De acordo com o Código de Processo Penal Militar, quando o praça sem estabilidade – e é o que vou tratar, porque os outros envolvem outras considerações – deserta, será excluído imediatamente do serviço ativo da Força e voltará a ser civil. Então, para praticar o crime de deserção é necessária a condição de militar em atividade, pois se estiver licenciado não pode praticar tal crime. Como civil, a lei militar traz o momento em que o crime de deserção prescreve quando o desertor atinge a idade de 45 anos ou, se oficial, de sessenta. Se morrer antes acabou. Tendo em vista a autorização constitucional de prisão, poderá apresentar-se voluntariamente ou ser capturado, como diz outro artigo da lei.

Se a Constituição autoriza a prisão sem que haja uma ordem judicial, estará, implicitamente, autorizando que, em qualquer momento, até a prescrição do crime, a autoridade militar pode prender aquele desertor, onde quer que se encontre, salvo se estiver em seu domicílio, em sua residência, tendo em vista outro princípio constitucional que considera a casa asilo inviolável e só admite o ingresso nela, com as ressalvas ali colocadas, ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e durante o dia.

Na realidade, temos um poder da autoridade militar imenso em relação ao desertor até que atinja 45 anos de idade, se praça, ou sessenta, se oficial. Onde quer que se encontre será preso e, sendo preso, sujeitar-se-á a uma prisão chamada de processual, mas, na realidade, é

uma prisão provisória de sessenta dias. Caracterizada a prisão, será preso como um civil – por não estar estável, por não estar na ativa –, e não como um militar, e será submetido a uma inspeção de saúde, mas, se considerado apto, será reincluído na Força e ficar preso até sessenta dias. Mas que tipo de prisão é essa? É uma prisão simplesmente enclausurada, em cela. Indaga-se da possibilidade de conceder a ele a liberdade provisória durante aqueles sessenta dias. O Superior Tribunal Militar tem sido rígido na não-admissibilidade, afirmando que a norma é imperativa. Poderíamos observar o que a Constituição determina: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Verificamos, então, que há liberdade provisória quando a lei permitir, diz a Constituição.

Diante disso, olhamos o Código de Processo Penal Militar verificamos o que diz o art. 270: “O indiciado ou acusado livrar-se-á solto no caso de infração a que não for cominada pena privativa de liberdade”. Não é o caso.

Consta no parágrafo único:

“Parágrafo único: “Poderá livrar-se solto:

a) no caso de infração culposa, (...) – também não é o caso, porque a deserção é um crime doloso;

b) no caso de infração punida com pena de detenção não superior a dois anos, (...) – é o caso, pois a deserção é punida com pena máxima de dois anos – salvo as previstas nos arts. (...)” – e dentre esses artigos está o 187: a deserção.

Com isso, vemos que a própria lei diz que não cabe a liberdade provisória, portanto, recepcionada pela Constituição, quando diz: “nos termos da lei”. E ela é a lei aplicável, é uma lei que está em vigência, que tem eficácia.

Poderíamos indagar, também, se o desertor que foi preso, não poderia ficar impedido no quartel, em menagem no quartel. A par das inúmeras decisões que, pessoalmente, profiro para deixar alguns desertores ou a maior parte em menagem, se observarmos o que diz o

Código sobre a possibilidade de managem para certos crimes, veremos que está disposto que se tem que atentar à natureza do crime, mas está querendo dizer que não há managem para a deserção, pois não há a liberdade provisória. Dirá mais ainda, que a managem fica, na realidade, para a decisão final da autoridade militar, em que aquele militar ficaria impedido, que vai dizer se concorda ou não. Logo, não é poder do juiz conceder ou não a managem nesse caso previsto na lei.

Na realidade, teríamos, em termos de direitos humanos, uma série de outros elementos a realçar. Em relação ao crime de insubmissão, por exemplo, é pior ainda, porque o seu agente é civil, quem pratica o crime de insubmissão é civil, não podendo ser praticado por militar e, mesmo assim, digo que é considerado pelo tribunal como crime propriamente militar para justificar a possibilidade de prisão a qualquer momento até que prescreva, e começa a prescrever quando o conscrito atinge a idade de trinta anos, pela autoridade militar sem ordem judicial ou sem ordem do Poder Judiciário competente.

Se não for considerado crime propriamente militar, teremos um grande problema, pois a autoridade militar prende um insubmisso, um conscrito sem ordem judiciária, e o tribunal mantém esse tipo de prisão que, também, é considerada processual, mas provisória. Embora seja a managem um impedimento com managem no quartel, é uma restrição à liberdade individual, não podendo sair do quartel, e também tem os sessenta dias como limite se o processo não for julgado até aquele momento e, nos dois casos, se o desertor ou o insubmisso não tiver dado causa à demora naquele julgamento.

Para concluir, entendo que temos como justificar determinado rigor da legislação penal militar a partir de uma ressalva a direitos que são fundamentais do ser humano, e ressalva que consta da própria Constituição.

Quando disse “vingança do constituinte” verificamos que, no caso da transgressão disciplinar, pode ser preso sem ordem judiciária, mas, quando a punição disciplinar é feita, o constituinte, da forma mais absurda possível, esqueceu quem é que sofre isso e disse: “Não cabe **habeas**

**corpus** para punições disciplinares militares”, o que, no meu entender, depõe contra o constituinte de 1988.

Entendo a finalidade de vingança, mas o resultado é drasticamente contrário à vingança, porque são os garotos, os soldados, os praças que sofrem mais diante dessa imposição, porque, no momento dessa ressalva, houve a recepção de um direito infraconstitucional, Código criado em 1969, em plena revolução militar que tinha uma finalidade naquela época, que não existe mais. Entendo que merece uma pequena revisão nesse ponto, tanto da nossa Constituição – o que seria mais fácil – como da nossa legislação infraconstitucional, a dizer: penal e processual penal militar. Temos muitas questões a tratar, mas deixo aquelas que, certamente, serão tratadas pelos senhores.

Muito obrigada a todos.

**CÉLIA CRISTINA DOS SANTOS SILVA**

Muito obrigada Dra. Zilah pelas sábias palavras. Não poderia ser diferente a exposição de tão respeitada magistrada da nossa Justiça Militar da União.

## **CÉLIA CRISTINA DOS SANTOS SILVA**

Farei um breve relato do currículo do Professor Alexandre Coutinho Pagliarini. É Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Universidade de Lisboa; Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC); Mestre em Direito do Estado pela mesma PUC, São Paulo; ex-Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil, Faculdade Integrada no Brasil, aprovada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), em 2006; Coordenador-Geral de pós-graduação **latu sensu** em Direito da UniBrasil; Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil; Professor do Curso de Direito da Faculdade Internacional de Curitiba (Facinter), após ter residido e trabalhado por dois anos na Inglaterra, Rennes e Paris, na França.

### **ALEXANDRE COUTINHO PAGLIARINI**

*Professor e Doutor da Unibrasil*

É uma honra estar presente a este evento, que trata da temática: *Os Direitos Humanos e a Proteção Constitucional*. A palestra que apresentarei pautar-se-á pela seguinte lógica: lerei breves enunciados e, a partir deles, desenvolverei meu raciocínio, dentro do tempo e na forma do decreto.

Também é uma honra estar presente neste momento de homenagem ao Professor Jorge Miranda, o grande jurista de nossa língua, que veio ao Brasil, pela primeira vez, durante o processo de derrubada do ditador Salazar, em Portugal, e chegou em Belo Horizonte, onde morava um tio meu, que era Diretor da Revista Brasileira de Estudos Políticos, Orlando Magalhães Carvalho, Reitor da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), criador da Escola de Constitucionalistas Mineiros, depois seguido por Raul Machado Horta e José Alfredo de Oliveira Baracho. A partir desse momento, Jorge Miranda começou a freqüentar o Brasil, quase como um refugiado, já que era uma das personalidades que havia derrubado Salazar em Portugal – o que deve ter sido muito interessante –, porque passou a fazer parte do Conselho da Revolução, ou seja, do Poder Constituinte originário que foi criado posteriormente a

Constituição portuguesa de 1976. Interessante pelo fato de ocorrer a seguinte curiosidade: alguns consideravam o Professor Jorge Miranda como grande constitucionalista, e deveria ser questionado sobre como seria o controle de constitucionalidade em Portugal – apesar de ser um poder constituinte originário que, também, é político –, e quando seria a próxima revolução. Jorge Miranda é o único constitucionalista que conheço que, ao mesmo tempo, foi revolucionário e constitucionalista, por isso possui uma experiência única no mundo, a quem franqueio minhas homenagens.

Francisco Rezek, que está ausente, desenvolveria alguma temática sobre os direitos humanos, aproximando-o ao Direito Internacional. Lastimo a ausência de Sua Excelência, porque em português, francês ou inglês, no Brasil, em Paris ou na Inglaterra, é considerado um dos maiores palestrantes que encontrei na vida, nada se compara à palestra do Sr. Ministro Francisco Rezek, a quem também rendo minhas homenagens.

Começarei a desenvolver a minha fala sobre a validade da Constituição e o seu submetimento à norma hipotética fundamental.

Passamos vários anos no curso de Direito falando mal de Kelsen, que passou a ser vítima de mal-entendidos, diziam que era nazista, mas era judeu; diziam que ajudou o regime totalitário, mas como se, quando estava refugiado em Genebra, ministrava aula, em perfeito francês, quase que fantasiado para não ser reconhecido, foi chamado para opinar sobre a criação do Estado da Tchecoslováquia. No livro *Teoria Pura do Direito* e na tradução brasileira do seu último livro, chamado *Teoria Geral das Normas*, ninguém conseguiu entender a denominada norma hipotética fundamental – algo que estava acima da Constituição. Então, seria Deus, uma entidade, um pai-de-santo ou alguma coisa, mas ninguém conseguiu entender. Os nossos professores, por conta das péssimas traduções de Kelsen em português também não souberam explicar. Dessa forma, passamos praticamente cinco anos na escola sem entendermos Hans Kelsen, tampouco a norma hipotética fundamental. Assim, passamos para a teoria do pai-de-santo que, evidentemente, não é aplicável no Direito.

Quando morava em Genebra, ministrava aulas no *Institut de Droit International de Justice*, Kelsen explicou que, ao dar um parecer, justificando a criação do Estado da Tchecoslováquia, o seu monismo, o monismo jurídico, ou seja, o Direito único, tinha no topo a chamada norma hipotética fundamental. O que seria essa norma hipotética fundamental, que está, inclusive, acima das constituições dos países? Explicou ele: “Nada mais é do que o *droit coutumier international*”, ou seja, o Direito costumeiro internacional. Está explicada a tão temida norma hipotética fundamental. Como, se Kelsen é positivista, e Direito costumeiro é direito do Papai Noel e do coelhinho da Páscoa. Direito costumeiro é direito positivo.

Nos meus livros coloco da seguinte forma: qual a diferença entre direito escrito e direito não escrito? Por exemplo: qual é a diferença entre um tratado, que é escrito, e um costume que está a vagar sobre a minha cabeça; não há diferença alguma. Primeiramente, costume não é Papai Noel, não é coelhinho da Páscoa e não é Direito natural. Aliás, não existe direito natural.

Dois elementos somados formam o costume:

1) uma conduta reiterada. Por exemplo: se eu bater na Sra. Célia, que está presente nesta Mesa, todos considerarão essa conduta repulsiva; reiteradamente repulsiva até o final dos dias. Se a Sra. Célia, em legítima defesa, der-me um murro no rosto, todos irão considerar a sua conduta brilhante, merecedora de aplausos. Por isso, o ataque é proibido e a defesa é permitida, porque é assim que acontece: ninguém gosta de apanhar e quem apanha pode bater. Logo, trata-se do *droit coutumier*, direito costumeiro;

2) crença na licitude da conduta, **opinio vel veritatis**. O que o Direito costumeiro internacional representa no mundo se, atualmente, tudo é escrito? Para se ter uma idéia, o Brasil possui 40 milhões de analfabetos; portanto, não sei se interessa o fato de tudo ser feito por escrito.

Para se ter uma idéia, o País mais rico e importante culturalmente do mundo, em 1789, era, evidentemente, a França, que possuía apenas

quinze por cento de alfabetizados. Logo, o Direito costumeiro é Direito positivo, com a diferença de que aquele que é escrito, é preciso que seja assim, é um suporte físico. Tanto o Direito costumeiro internacional quanto o Direito costumeiro local não têm suporte físico. Logo, a diferença entre Direito escrito e Direito costumeiro é o suporte físico, mas ambos são Direitos positivos. Não se deve confundir Direito costumeiro com Direito natural. O que vem a ser Direito natural? Por exemplo, a caneta irá desprover-se do suporte físico de minha mão, logo, incidirá sobre a caneta a Lei da Gravidade, de Isaac Newton, que não acontece no Direito. Por isso, a ordem jurídica da Arábia Saudita é de uma forma, pelo jeito de ser que possuem, a do Paraguai é outra e assim por diante. A lógica da natureza não explica a lógica do Direito e nem o inverso, porque o direito é um objeto cultural prescriptor de condutas que está em nossas cabeças a partir de nossas atuações e exigências.

Espero ter explicado a norma hipotética fundamental de Hans Kelsen, que é simplesmente o direito costumeiro internacional.

Faço um parêntese para agradecer a presença da Sra. Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Em continuidade, falarei sobre a lógica da leitura e da explicação. Assuntos constitucionais:

- 1) estruturação da comunidade política;
- 2) proclamação e garantia de direitos fundamentais.

A Constituição, desde o final do século XVIII, que representa o constitucionalismo moderno, criou a prática de tratar de dois assuntos magnos constitucionais, que são papéis a serem cumpridos por ela:

- 1) estruturar a comunidade política, ou seja, o Estado. Prefiro usar o termo comunidade política porque, daqui a pouco, falarei sobre constituição mundial e o mundo é uma comunidade política. A União européia, por exemplo, é uma comunidade política;

- 2) proclamar e garantir direitos humanos, ou seja, direitos fundamentais, quer dizer, direitos fundamentais do homem, liberdades públicas, direitos individuais, direitos sociais, o que causa uma confusão

terminológica. Os direitos fundamentais: direitos humanos? Há expressões querendo dizer a mesma coisa; por isso chamo de confusão terminológica: direitos humanos, direitos fundamentais do homem, direitos fundamentais, direitos individuais, liberdades públicas, em seguida, direitos sociais. Tudo quer dizer a mesma coisa.

Sabemos que a primeira função da Constituição é estruturar a comunidade política e a segunda é proclamar e garantir direitos fundamentais. Não há diferença entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos ou direitos fundamentais do homem. É como falar: “pasta, chuta e macarrão”; é tudo a mesma coisa. Por isso, a doutrina brasileira não é citada nem em Portugal, pois gosta de criar neologismos. O autor fulano lança um livro de vinte páginas com algumas expressões. Daí, o autor beltrano tem que usar aquelas expressões modificando-as, utilizando as teclas Ctrl+C e Ctrl+V, para escrever umas vinte páginas a mais. Assim, ocorre sucessivamente, e ninguém cria coisa alguma e ninguém nos cita. Por tal fato, perdemos tempo escrevendo milhares de páginas com essa confusão terminológica.

Mas se falarmos em gerações de direitos humanos, veremos que há algumas delicadezas que devem ser consideradas, que são as seguintes: a primeira geração, a dos burgueses, da liberdade, que corresponde aos direitos individuais; a segunda geração, influenciada pela Comuna de Paris, pelo que houve na Rússia, pelos direitos sociais, que está bastante clara; a terceira geração ou dimensão é aquela marcada pela solidariedade, pelo zelo ao meio ambiente, pelo velho, pela criança, pelo adolescente, ou seja, difusos e coletivos; a quarta geração, então, seria uma democracia mais participativa; a quinta geração traz a paz; a sexta geração faz aparecer a geração *Black Power*, algo referindo-se aos anos 70, ao *Rock and Roll*, não sei bem, mas são classificações extremamente vendedoras de livros. Historicamente, deve-se saber o seguinte: uma é de cunho individualista e a outra é de cunho coletivista. O resto é história ou um grande desejo de vender livros.

Portanto, está esclarecida a confusão terminológica. Não se preocupem, pois cabe até recurso para os concursos que se queira fazer.

Tratei de direitos fundamentais, mas o examinador queria ouvir direitos humanos, não há problema, pois são a mesma coisa.

No Paraná, falamos *vina* quando queremos dizer salsicha e significam o mesmo objeto cilíndrico que os alemães adoram.

*Civil rights versus human rights.* A *civil rights* é o sistema brasileiro, ou seja, é o sistema romano franco-germânico, adotado pela maioria dos países do mundo. E a *human rights* é como os ingleses se referem à coisa, tendo em vista que têm um sistema, que também influencia os Estados Unidos, a Austrália, o Canadá e etc. chamado *comom low*. Muito mais ligado ao *droit coutumier international*, ao direito costumeiro local ou internacional, do que à tradição escrita.

Estou dando ênfase, agora, ao sistema dos Estados Unidos e ao da Inglaterra pelo fato de que, como disse a Dra. Zilah, houve a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU, aprovada por resolução em 1948, que é muito discutida por países arbitrários e abusados, como os Estados Unidos e a Rússia, que já disseram, em reuniões da ONU, que não cumprem e não têm de cumprir a Declaração, porque não foi objeto de consentimento deles em tratado, portanto não houve o **pacta sunt sevanda** – expressão que há cinco anos nunca conseguiram explicar, gastaram 350 mil páginas e ninguém explicou na faculdade o seu significado –, que significa dizer: combinou tem de cumprir.

A Declaração da ONU é obrigatória? Obviamente que sim, trata de uma resolução, e não de uma bula de remédio para dor de cabeça, é um instrumento natural em que não se expressa o consentimento como no tratado; entretanto, numa resolução, dada numa Assembléia Geral das Organizações Unidas de Nova York tem que ser levada a sério, ou então, o mundo é constituído por pessoas acerebrais. Logo, a partir dessa resolução da ONU multiplicaram-se – como disse a primeira palestrante, com muito brilho, Dra. Zilah –, os tratados internacionais de direitos humanos, *all over the world*, por todo o mundo. Então, não seguir os direitos humanos atualmente é feio, pega mal. Seguir os direitos humanos hoje é bonito, é esperado. Diante disso, temos aí os dois elementos. Elemento nº 1: conduta reiterada e crença na licitude. Portanto, para

quem não aceita que os direitos humanos a partir da resolução da ONU de 1948, tem força jurídica, afirmo que tem sim, senão como resolução, então como *droit coutumier international*, ou seja, como direito costumeiro internacional, ou seja, como **jus cogens**, que significa o Direito costumeiro internacional que se torna absolutamente imperativo para todos os 192 países existentes no mundo.

Cito um exemplo do **jus cogens**: o direito à legítima defesa de um Estado injustamente atacado por outro. O Iraque, por exemplo, até hoje injustamente atacado há muitos anos seguidos por outro país, cujo nome recuso-me a mencionar pelo fato de não respeitar os direitos humanos. Cito outro exemplo de **jus cogens** que tem de respeitar regionalismo: a mulher árabe sofre muito, pois, naquele enorme calor, elas têm de usar a burca. Então, é direito humano da mulher árabe não usar a burca e é muito submissa ao marido, ou ao companheiro – imagine se mulher árabe pode ter companheiro, ao marido, é claro –, tem o direito a não se submeter mais ao marido. Vejam, desde Maomé, que apareceu em 622 d.C., ou seja, de 2008 para 622 é um bocado de tempo e, em todo esse tempo, a cultura árabe é assim. Não pode invocar direitos humanos para falar que a mulher árabe não pode usar a burca. O não uso de burca não é **jus cogens**.

Em alguns países do Norte da África é feita a esterilização forçada das mulheres. Não se trata de uma burca, não se trata de cultura, é uma maldade mesmo. E dói! Seja no Paraguai, no Brasil, na Argélia, seja onde for. Pode-se sim, nesse caso, falar que é **jus cogens**, a proteção que deve ser dada a essas mulheres, não é cultura árabe, pois o Alcorão não manda cortar ninguém, muito menos mulheres.

O fato de a mulher árabe ser submissa e usar burca é algo cultural, só que o Alcorão, em nenhum momento, diz que a mulher é um subser e que ela não tem o direito ao corpo.

Internacionalização do Direito constitucional e constitucionalização do direito internacional. Pelo fato de eu ter dupla nacionalidade, posso votar também na França e lembro-me que, na época em que estavam discutindo a Constituição europeia, os franceses disseram rotundo não à

Constituição europeia, mas a França e a Alemanha são as mães da Constituição europeia e da União Europeia, como um todo. França e Alemanha são como São Paulo e Minas, aqui para nós, politicamente, insubstituíveis. A França disse não, e ninguém mais falou no assunto. A Constituição europeia foi um assunto discutido e bastante criticado pelo fato de representar uma internacionalização da Constituição, entretanto, esqueceram-se de que a própria Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, teve que ser ratificada pelos Estados-membros, o que representa algo que não é um poder constituinte tão “nacional”, vamos dizer assim.

Então, são esses alguns raciocínios sobre Direito Constitucional e direitos humanos; Direito Internacional e direitos humanos. Espero que as minhas palavras tenham servido para um raciocínio de todos os presentes.

Muito obrigado e parabéns pelo evento.

**CÉLIA CRISTINA DOS SANTOS SILVA**

Doutor Alexandre Coutinho Pagliarini, agradeço pela palestra e pelos argumentos expostos de forma tão lógica a respeito dos direitos humanos.

### **CÉLIA CRISTINA DOS SANTOS SILVA**

Lerei brevemente o currículo do Professor-Doutor Dilnei Lorenzi, do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Secretário Executivo da Associação Nacional de Educação Católica do Brasil (Anec). Possui graduação em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, mestrado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e é Doutor pela mesma Universidade Católica de São Paulo; é Professor do UniCEUB, Professor convidado da *Universidad Nacional de La Plata*, da Argentina, membro da Associação Nacional de Pós-Graduação em Filosofia, tem experiência na área de Filosofia do Direito, com ênfase em epistemologia jurídica, atuando principalmente nos seguintes temas: Direitos Fundamentais e Lógica Jurídica, Pensamento Contemporâneo.

### **DILNEI LORENZI**

*Professor-Doutor do Centro Universitário de Brasília*

Primeiramente, quero manifestar o prazer de compor esta Mesa com os nobres colegas, Dra. Zilah Maria Callado Fadul Petersen e o Professor Alexandre Pagliarini; parabenizar a Sra. Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, a Dra. Célia Cristina dos Santos Silva e a Professora Samantha Ribeiro Meyer-Pflug pelo carinho com que coordenaram este evento, do qual pude participar e verificar o empenho com o qual foi realizado.

Sempre ressalto a importância da realização de eventos como este, pois é representativo para a comunidade jurídica como um todo e possibilitam participar, ouvir, retomar idéias, além de, particularmente, vermos o quanto aprendemos, como, no dia de hoje, com a Dra. Zilah, com a sua precisão jurídica, e com o Professor Alexandre, que me fez ver o motivo de nunca ter aprendido o significado da norma fundamental – não fiz a recuperação do segundo estágio.

A proposta da minha fala é a de filosofarmos um pouco, pois tivemos dois grandes técnicos jurídicos apresentando, com uma precisão incrível, suas idéias. Mas prometo ser breve, não quero ser como aqueles

filósofos chatos, principalmente para mapearmos a idéia da proteção constitucional aos direitos humanos.

A Dra. Zilah apresentou as questões práticas das implicações da Justiça Militar, o Dr. Alexandre mostrou como funciona, quais são as limitações e as lacunas que podemos encontrar em situações que nos levam a refletir sobre a questão dos direitos humanos.

Por fim, quero fazer um mapeamento de forma filosófica, ou seja, definir o momento em que começamos a pensar a questão da proteção constitucional aos direitos humanos e quais as implicações, de forma prática, dessas questões quando pensamos os direitos humanos e todo o conjunto de lacunas que pode pairar quando refletimos a idéia de uma internacionalização do Direito, via questão dos direitos humanos.

Permito-me fazer uma leitura do texto, porque quero dar precisão ao conjunto de idéias e acredito que o seu encadeamento lógico seja mais fácil nesse sentido.

Intitulei o trabalho como *Os Direitos Humanos dos Homens no Estado de Direito*

O humanismo jurídico, elogiado pela filosofia do Iluminismo, não se traduziu somente pelos ímpetus da monofilia, consecutivos à Revolução Francesa, mas, como pensamento liberal, depositou uma enorme esperança no sistema normativo que organiza o espaço político do Estado; atribuiu-se ao programa e também ao combate de realizar a promoção e salvaguardar os direitos do homem. Há, evidentemente, aí um sinal dos tempos.

A filosofia do Direito político clássico, de Platão a Boudin e mesmo a Hobbes, procurava, numa boa Constituição, o meio institucional de transpor a res pública à problemática metafísica do uno e do múltiplo, para tanto insuflava, no melhor governo, um princípio de ordem traduzido como base do Estado por sua soberania uma indivisível.

À medida que a filosofia política moderna adquiriu mais segurança, fez-se icnoclasta e pretendeu-se inovadora. Então, deslocou o móbil fundamental do direito político. Como uma máxima primordial de um

governo que tenha princípios e regras, ela logo estabeleceu o critério de validade de um regime na sua capacidade de defender o espírito de liberdade. Assim, na hora em que o Iluminismo ascendia-se na Europa, a idéia de liberdade, mais ou menos, estreitamente associada à idéia de progresso, adquiriu um lugar eminente no pensamento do Direito político. Certamente, lembravam-se bem, como Montesquieu dissera de que “não há palavra que tenha recebido mais significados diferentes e tenha atingido o espírito de tantas maneiras quanto a de liberdade”. Mas também compreenderam que a liberdade política não consiste em fazer o que se quer e que não se confunde com a independência.

Na época da Revolução da Inglaterra, John Locke entrevira a necessidade de construir, mediante as leis, a liberdade dos cidadãos, e abrir assim a via à corrente liberal do Direito político. Preocupado em por as instituições a serviço da liberdade e autonomia dos indivíduos, por outro lado, Rousseau, mais ou menos, bem compreendia, permitiu aos homens da Revolução Francesa inventar uma forma de liberdade civil, cuja herança, recebida pela teoria jacobina e, mais tarde, pela doutrina socializante.

Qualquer que tenha sido no curso dos tempos, o antagonismo continuamente ressurgente dos liberalismos e dos socialismos, tiveram a pretensão de ser, uns e outros, defensores da liberdade. E se, nas críticas recíprocas, não pararam de dirigirem-se fica evidente que não entendem a idéia de liberdade da mesma maneira. É sempre, contudo, contra a dominação do poder que apresenta sua defesa.

Em sua defesa da liberdade, a razão liberal não organiza o direito para uma finalidade transcendental, que o superaria, quaisquer que sejam as modificações múltiplas que descobrimos de John Locke ou de Montesquieu, de Adam Smith, de Tocqueville a Hayek, ou aos libertários anglo-saxões de nossa época. A razão liberal pauta-se pelo Humanismo, caro aos filósofos do século XVIII e em seu nome privilegia um individualismo, no qual devem ser respeitados, na imanência, os direitos e liberdade de cada um.

Seguramente, cumpre reconhecer que, tanto nas análises como nos projetos dos liberais, existem variantes tão profundas que o Liberalismo filosófico e constitucional dos seus fundadores, John Locke, Montesquieu, Jefferson, Constant, Laboulaye, Tocqueville, na verdade, fragmentou-se nas correntes do ordoliberalismo alemão, conservador no conjunto, assim como nos ímpetus do liberalismo norte-americano, que, muito mais radical, elevando o individualismo ao extremo, enfatiza, misturando temas muitos diversos, os direitos e as liberdades individuais, o estado mínimo, o indeterminismo histórico, a livre empresa etc. E revela-se bem mais político e ideológico do que jurídico e filosófico. Em todo o caso, é digno de nota que o florescimento dos liberalismos apresenta-se sempre com uma reação contra a vontade do estatismo centralizador e "legicentrista", mesmo que, desde o século XVIV, as idéias liberais chocam-se com o surto pretório das diversas correntes socializantes bem decididas em nome do progresso a fazer dos direitos sociais, baseados em positivismo e em cientificismo, o contraponto dos direitos individuais e politicamente do socialismo, antítese do liberalismo.

O tema, segundo o qual o dispositivo institucional e legislador do Estado moderno deve assegurar a proteção e a promoção dos direitos humanos, firma-se de uma maneira que declaramos naturalmente indiscutível, mas então, vimos a defesa das liberdades individuais ser progressivamente substituída pelo credo dos direitos do homem.

Na ideologia normalizadora do século XVIII, a idéia dos direitos dos homens foi cercada de tal prestígio que, em geral, se reconhece nela o berço do Estado de direito, no sentido, via de regra, utilizado hoje em dia, segundo o qual esse tem o encargo de promover e salvaguardar os direitos e liberdade dos cidadãos. Entretanto, ainda há uma tese aparentemente clara e simples que envolve tremendas dificuldades filosóficas, que a evolução das idéias políticas e do direito positivo só faz crescer.

A idéia dos direitos dos homens não cabe no pensamento antigo e não se encontra esboço algum de seu conceito nos institutos ou no **Corpus Juris Civilis**. De acordo com Michael Villy a expressão **jura**

**omnium** teria aparecido pela primeira vez em 1537 na história diplomática **rerum batavarium**. A data desse texto indica, por si só, que o vocábulo e a idéia dos direitos dos homens pertencem à aurora da modernidade e se insere na evolução progressiva que acompanha a vida do Direito e modifica o seu conceito. Mas não indica, em nada, um programa por realizar e, ainda menos, um combate por travar para fazer triunfar certa idéia do homem e dos direitos subjetivos que lhe seriam naturalmente inerentes.

No entanto, no terreno em que Maquiavel pisa e no qual logo avançara sistematicamente Hobbes, deveria desenvolver-se a idéia e, como nota Hegel, colocar-se no século XVIII sob o signo do "erionismo" para tornar-se o catecismo dos direitos do homem. É como tal que ela impõe-se ao Direito político na hora que a liberdade e a coexistência das liberdades constitui-se seu modo essencial.

Quais foram as mutações, do conceito dos direitos dos homens ao longo desse tempo? Mesmo desenvolvendo as virtualidades semânticas contidas no ecletismo original do conceito deles, as transformações da idéia dos direitos do homem manifestam-se no corpo das regras do Direito político e se inserem, doravante, às idéias dos direitos do homem; à mudança de estado de espírito, sobrevinda no decurso dos dois últimos séculos, são elas, sobretudo, que explicam a torrente de reivindicações dirigidas na segunda metade do século XX ao Estado de direito.

Quando as declarações norte-americanas e francesas selavam o reconhecimento aos direitos de que o homem é portador, o sentido histórico e os objetivos políticos eram, aqui e ali, muito diferentes. Os Estados Unidos, fundamentalmente liberais, acreditavam como a Inglaterra, de John Locke e Hilmi, nos direitos naturais e nos interesses individuais. A França também aspirava a liberdade, mas, ligada, por sua história e por suas doutrinas políticas, à idéia de lei, considerava, como Rousseau, que cabe ao Estado forçar o cidadão a ser livre. Também os homens de 1789 associavam a nobreza dos direitos naturais à eminente dignidade dos direitos cívicos, mais preocupados com o Direito político e com a legislação do que com a ética. Os redatores do texto de 26 de

agosto de 1789, sem nunca negar as liberdades fundamentais inseridas na natureza humana, queriam, sobretudo, proclamar os direitos que a lei vinculava ao sujeito de direito e que, com a integridade física da pessoa, a liberdade de expressão ou de circulação à propriedade etc. são, para cada um, na medida em que é igual a qualquer outro, inalienáveis e sagrados. Nem por isso, pensavam em exprimir os ímpetos de uma ideologia igualitarista, fundada em uma filosofia individualista e universalista.

Os constituintes que procuravam, sobretudo, os meios de fazer uma barreira contra os abusos da Monarquia Francesa, cujo absolutismo tornara-se opressivo, queriam, na França vindoura, que tinha consciência de preparar e salvaguardar os direitos dos cidadãos franceses, como escreve Raymond Aron: "A declaração de 1789 não se separa nem da revolta burguesa contra o antigo regime, nem da filosofia particular e não universal que a inspira". É importante, portanto, prestar atenção à liberalidade do seu título, notar que o art. 3º refere-se à soberania nacional, que o art. 6º define o direito político de cada cidadão, que o direito à segurança é uma liberdade civil, que o art. 16 sublinha a obrigação do poder constituinte de garantir os direitos, mesmo que o texto de 1789 não tenha, no momento de sua edição, valor constitucional.

Será diferente com as disposições que garantem os direitos incorporados na Constituição de 1791. Ele reconhece, acima de tudo, os direitos que cabem ao elemento civil do povo-nação; o respeito que os direitos impõem à inseparável lealdade dos cidadãos e da obrigação cívica, que é o testemunho de sua liberdade e responsabilidade; os direitos do homem, que dizemos da primeira geração, exprimem, sob o manto da lei civil, a liberdade inviolável, implica pela dignidade de todo cidadão, quando das virtualidades éticas da pessoa humana forem transpostas para o regime constitucional, a declaração citará explicitamente os direitos no âmbito jurídico-político em que existem mais que indivíduos no sentido naturalista do termo: homens cidadãos, por definição, integrados no corpo público e ligados ao Estado do qual dependem.

No século XIX, a marcha da história fez aparecer nos textos jurídicos outro tipo de direito, os chamados de segunda geração, que têm

uma conotação social econômica. Manifestou-se uma tendência cada vez mais nítida direcionada à consagração não só legislativa, mas constitucional da existência jurídica deles. A ampliação do conceito dos direitos dos homens, em sua extensão, modificou sua compreensão. Tal transformação correspondia seguramente aos progressos que conhecera a ideologia socializante desde as revoluções européias de 1848 e a difusão das teses marxistas que traduzia um estado de espírito hostil à soberania do indivíduo. Mas correspondia também, tanto em sua expressão quantitativa como em sua forma qualitativa, ao desenvolvimento das formas sociais de existência ao que o Direito político do Estado não podia ficar indiferente.

O legislador, devido oramente admitir que, tendo os direitos do homem assumido uma conotação social e econômica, cabia ao Direito não só assegurar as suas disposições, como em 1789, a proteção das liberdades fundamentais de todo cidadão, mas permitir a decência do nível de vida dos trabalhadores e, correlativamente, referir-se às condições econômicas de sua existência.

É fato que a inflação dos direitos do homem, no Estado de direito, assim tornado Estado providência, provocou, em meio a dificuldades teóricas e práticas, inúmeras perdas de controle do governo. Ocorre hoje, por imprecisão da verdadeira natureza dos direitos, que se deturpe o sentido do preceito enunciado no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. É essencial que os direitos do homem sejam protegidos por um regime de direito e chega-se a considerar que o Estado legislador deve prover a tudo.

Como não ver o intervencionismo do Estado providência que, em todos os campos, aniquila a autonomia das vontades, ou seja, a responsabilidade sujeitos do direito? Não será um sofismo reclamar tudo do Estado, quando se pretende promover o respeito à dignidade própria da pessoa humana? Ademais, a proliferação dos direitos provoca a sua desvalorização, de sorte que, se tudo é direito, nada mais é direito. Assim como Hegel, denunciava a vertigem do nada que ameaça a absolutização da liberdade, assim também é preciso denunciar o vazio criado pelo

exagero dos direitos do homem. Esse pluralismo sem limites gera um desamparo trágico, desamparo jurídico, já que o conceito de direito dissolve-se no movimento descontrolado das infundáveis reivindicações, desamparo ontológico, pois o fato de o ser humano declinar de sua responsabilidade social em proveito de uma responsabilidade dita coletiva gera a irresponsabilidade. Como o que é fundamental no homem, já não é reconhecido como valendo a pena ser proibido ou protegido. É uma admissão, um desamparo axiológico, pois a permissividade total que está no horizonte da superprodução, delirante dos direitos, contém o germe de uma passagem aos extremos, em que o descomedido e o excesso acarretam pesos que se aparentam como uma torre niilista.

Concluindo, avalia-se a gravidade do risco corrido. Ou só há direito pela autoridade do Estado devedor, então, a ameaça do totalitarismo, ainda que flexível, surge inevitavelmente no horizonte. Ou a liberdade fica exposta a uma distorção que, sob os ímpetus orquestrados pelos protestos dos grupos sociais, conduz da liberdade liberal à liberdade libertária. A ameaça é dupla ou anarquia.

As metamorfoses do direito do homem parecem, portanto, ser o espelho em que se reflete a problemática inerente ao Estado de direito.

Muito obrigado.

**CÉLIA CRISTINA DOS SANTOS SILVA**

Obrigado, Professor Dilnei Lorenzi, é sempre bom ouvir um filósofo, porque as suas idéias ficam ecoando nos nossos pensamentos.

Com essas reflexões encerro este painel, agradecendo mais uma vez à Dra. Zilah, aos Drs. Alexandre e Dilnei e aos membros da organização desta jornada na pessoa da Sra. Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

## **PAINEL II – A SEPARAÇÃO DOS PODERES NO TEXTO CONSTITUCIONAL**

---

### **RIOGRANDINO TABAJARA BARBOSA ALVES BRANCO**

Dando continuidade aos trabalhos desta manhã e para tratar do tema *A Separação de Poderes no Texto Constitucional*, convidamos para compor a Mesa os expositores Professor-Doutor José Levi do Amaral Júnior, da Universidade de São Paulo (USP) e do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB); o Professor-Doutor Alexandre de Moraes, da Universidade de São Paulo; o Professor-Doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, da Universidade de São Paulo.

Para presidir o segundo painel desta manhã, convidamos a Dra. Patrícia Rosset, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC).

A Professora Patrícia Rosset é doutoranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC); é mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, em 2004; é mestre em Filosofia do Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC), em 2006; é membro fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas (ABCD), Seção Brasileira do Instituto Ibero-americano de Direito Constitucional; é membro associada do Instituto Jurídico Interdisciplinar (IJI), de Portugal, do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC) e do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA); Assessora Técnico-Jurídica da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP), desde 1982; é Professora do Instituto do Legislativo Paulista (ILP) e da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC); é membro efetivo da Comissão de Acompanhamento Legislativo da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo; é Consultora e Advogada.

Ouviremos a Dra. Patrícia Rosset.

### **PATRÍCIA ROSSET**

*Doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e  
Presidente da Mesa*

Em primeiro lugar, gostaria de desejar bom dia a todos, agradecer o convite formulado pela Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e pela

Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha para participar deste evento em homenagem ao Professor Jorge Miranda, que na minha vida profissional e na minha vida acadêmica teve grande influência. Comentava com o Professor Manoel Ferreira sobre a primeira vez que ouvi o Professor Jorge Miranda na USP, em que ouvi pela primeira vez a expressão Direito Parlamentar, e, como trabalho no Legislativo, foi quase que um mestre o tempo todo para determinadas situações que tivemos de enfrentar.

Ressalto que o painel do dia de ontem foi maravilhoso e ensinou o andamento para o tema de hoje, que será bastante discutido. Sem mais delongas, convido para fazer a exposição o Professor Alexandre Moraes, que é Doutor e livre docente em Direito Constitucional da USP; atualmente, exerce o cargo de Secretário de Transporte de São Paulo, acumulando as presidências da São Paulo Transporte S/A (SPTRANS) e do Conselho da Companhia de Engenharia de Tráfego (CET); foi membro da primeira composição do Conselho Nacional de Justiça, de 2005 a 2007; Secretário do Estado de Justiça, de 2002 a 2005; e Promotor de Justiça de 1991 a 2002; é Professor associado da USP, é Professor titular do Mackenzie, autor de várias obras jurídicas e co-diretor da Revista de Direito Administrativo (RDA).

Agradeço ao Professor Manoel Ferreira por ter cedido a troca de apresentações constante da programação.

**ALEXANDRE DE MORAES**

*Professor e Doutor da Universidade de São Paulo*

Quero, inicialmente, agradecer o convite, pois estou muito honrado de participar deste encontro, organizado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Superior Tribunal Militar, em homenagem ao Professor Jorge Miranda. Cumprimento todos os professores presentes, na pessoa da Sra. Patrícia, quero também agradecer e cumprimentar o Professor Manoel Gonçalves pela troca nas apresentações, que continua sendo meu Professor, foi meu Professor na graduação e na pós-graduação; participou da minha banca de livre docência, é um dos culpados por eu falar impunemente para os senhores. Quero também cumprimentar meu colega, Professor José Levi, da Faculdade de Direito do Largo de São

Francisco, que muito me honra com sua presença neste painel. Na minha banca de livre docência também estava presente o Professor Baracho, que tem a sua filha presente a este evento, de forma que estendo os cumprimentos à família.

Dentro do tempo designado, quero comentar um tópico específico relacionado à separação de Poderes nesses vinte anos e, mais do que isso, tenho absoluta certeza de que será o grande tema de embate da separação de Poderes no Brasil para os próximos anos.

Outros temas serão tratados, como a questão das medidas provisórias, que é uma invasão total e sem parâmetros no mundo. No Legislativo, basta ver que os brasileiros estranharam como o plano econômico instituído pelo Presidente Bush foi rejeitado pela Câmara. No Brasil, não teria o mínimo problema ocorrer isso, porque, no dia seguinte, sairia uma medida provisória com força de lei, não havendo a necessidade desse debate parlamentar. Então, é algo que afeta e continua afetando demais o equilíbrio entre os Poderes, independentemente de partidos e ideologias. O presidente que assume, não consegue resistir à tentação das medidas provisórias, talvez esse seja um tema importante.

Outro tema importante que nós da área jurídica pouco discutimos está relacionado ao equilíbrio de Poderes, mas quando passamos a exercer alguns cargos no Executivo, verificamos, na prática, como desequilibra. Ensinamos e repetimos para os nossos alunos que uma das grandes armas do Congresso Nacional, do Poder Legislativo é a lei orçamentária, o controle do dinheiro. Dez dias depois sai um decreto contingenciando tudo, mudando tudo, aplicando o que quer e como quer, e o orçamento é uma mera peça de ficção legislativa, o que causa um grande desequilíbrio e pouco se discute esse tema em congressos. Até pelo tempo, penso que o maior desequilíbrio que estamos verificando daqui para frente não é propriamente entre os Poderes Legislativo e Executivo, mas entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

A meu ver, o que os Estados Unidos discutiram muito nas décadas de 20 e 30, que é o excesso do ativismo judicial, temos a obrigação, todos aqueles que vêm defendendo nesses vinte anos da Constituição, do

fortalecimento do Poder Judiciário, do fortalecimento dos direitos fundamentais, do fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, de defender o equilíbrio do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal, balizamentos relativos à atuação do Judiciário, sob pena de termos, às vestes de um ativismo judicial, um grande avanço de um único órgão do Poder do Estado, Supremo Tribunal Federal, em relação a um outro Poder que é o Poder Legislativo, independentemente – por isso coloco como um desafio – de serem boas as decisões do Supremo e as lacunas suprimidas. Não é essa a questão, por isso fica mais difícil, às vezes, balizarmos. Essa decisão foi boa, afinal o Congresso poderia ter feito isso há quinze anos; essa decisão amplia os direitos, mas da mesma forma que hoje é boa, da mesma forma que hoje amplia, amanhã pode não ser. Há uma frase clássica que diz: “A pior das ditaduras é a ditadura da toga”, porque não há para quem se recorrer.

O grande problema que teremos daqui para frente é o de que não estamos acostumados a limitar o poder decisório de um órgão de cúpula, como o Supremo Tribunal Federal, a analisar as suas decisões, a criticar juridicamente, apontando aquilo que, eventualmente, não concordamos, desde a escolha dos ministros do Supremo, passando pelo Senado Federal, até a aprovação unânime pela doutrina e, depois, elogios. Há no nosso meio quase uma angústia de se criticar um ministro ou uma decisão do como se fosse algo pessoal, o que acaba evitando balizamentos. Uma grande parcela desse problema decorre do fato de a maioria dos doutrinadores e dos advogados terem sido contra a súmula vinculante, ignorando que foi aprovada, que está sendo aplicada e continuam contra, considerando-a um absurdo, que tolhe isso ou aquilo.

Em vez de passar para outro ponto – dado que pretendo aprofundar-me mais –, de como estabelecer esse mecanismo dentro da separação de Poderes, que já existe e mais possibilitará um desequilíbrio entre os Poderes Legislativo e Judiciário e também entre os Poderes Judiciário e Executivo e que, na verdade, é um mecanismo muito forte de desequilíbrio do Judiciário em relação aos outros dois Poderes, o que funciona – fazendo um paralelo –, pois é uma medida provisória, só que não provisória, mas uma medida definitiva do Supremo Tribunal Federal.

À medida provisória, pelo menos, cabe ação direta de inconstitucionalidade, o que não acontece com a súmula vinculante. Para que a medida provisória e a ação direta de inconstitucionalidade sejam declaradas inconstitucionais é preciso haver voto de seis ministros; súmula para ser revista é preciso haver oito.

Se perceberem, todas as súmulas até agora foram de ofício. No caso da ação direta de inconstitucionalidade, limitação que Kelsen trazia desde 1928, a grande limitação ao tribunal constitucional é que não pode agir de ofício, pois alguém provocou, mas os legitimados eram poucos. Súmula não possui essa limitação.

A limitação é que precisam de reiteradas decisões, de controvérsias, como o caso das algemas. Falo com absoluta tranquilidade, porque, desde o momento em que tramitava no Congresso Nacional, sempre me manifestei a favor das súmulas vinculantes. Entendo que, da forma como é estruturado o Direito brasileiro e mais a lentidão da Justiça brasileira, por uma série de motivos, a culpa é de todos, mas é um mecanismo importante e falo com absoluta tranquilidade.

No caso da súmula das algemas são três as decisões e cada uma sobre um assunto. Uma bem anterior do Ministro Francisco Rezek, de 1994, outra da Ministra Carmem Lúcia, que se refere a um dispositivo específico do Código de Processo Penal Militar, que trata da questão de conselheiros do Tribunal de Contas poderem ou não ser algemas e uma terceira sobre Plenário do Júri. São três casos esparsos ocorridos no Supremo Tribunal Federal, que se consolidaram em uma súmula, mas não são, pois, pela forma abstrata de ser, se trata de um texto normativo.

Gostaria de salientar o ponto importante desse equilíbrio: todos nós, operadores do Direito, estudantes, estudiosos do Direito, aqueles que querem fortalecer as instituições, não podemos mais ignorar a existência das súmulas; elas existem, começaram tímidas, ampliam-se e há uma tendência de ampliação cada vez maior com uma discussão cada vez menor. Se os senhores recordarem-se as três primeiras súmulas foram muito discutidas. Uma delas, a súmula dos bingos, a meu ver, nem precisaria existir – diz que apenas lei federal ou estadual pode legislar

sobre bingos e jogos de azar, mas não lei distrital –, e digo que, a meu ver, não haveria necessidade porque já era decidido por meio de ação direta, que já possui efeitos vinculantes e a súmula tem a idéia da transposição do controle difuso para o controle concentrado, mas, independentemente disso, na discussão, no dia da sessão plenária, tive a oportunidade de acompanhar, o Sr. Ministro Marco Aurélio solicitou que se retirasse um termo dessa súmula, não me recordo exatamente qual: se loteria, jogos de azar ou outro termo, porque nenhum dos precedentes que o Supremo Tribunal Federal havia julgado e que haviam embasado a súmula, nenhum dos precedentes se referia a esse jogo de azar, referia-se a esse jogo de azar, conseqüentemente, a súmula não poderia vincular, o que ocorreu na Súmula nº 2.

A súmula das algemas tinha como precedentes a autoridade com foro privilegiado e Plenário do Júri; são três os precedentes. Como se dá a súmula? Independentemente de concordarmos ou não com o mérito, pois não importa. Mesmo que digamos que ninguém precisa ser algemado, não é a questão do mérito, mas a súmula se vincula aos precedentes. Como se deu a súmula? A súmula, a partir de três precedentes esparsos, em que cada um fala de uma coisa, diz que ninguém pode ser algemado, a regra é essa, salvo se houver risco à segurança, se for fundamentado. Um ato administrativo que era gestual tornou-se escrito e motivado.

Como vamos transportar alguém condenado, como, por exemplo, o Fernandinho Beira-Mar do presídio para o fórum? Qual a regra da súmula? A regra é sem algema, mas algum precedente previu alguém já condenado, algum participante do crime organizado? Havia algum precedente? Não. Então, como pode ser súmula? O que na Súmula nº 2 em que se retirou um termo que não havia sido discutido em plenário, nos precedentes, na Súmula nº 11, das algemas, simplesmente se ampliou e virou um texto normativo nos mesmos moldes da alteração do Código de Processo Penal. O mesmo texto e os mesmos requisitos que o Congresso exigiu e alterou o Código de Processo Penal em relação ao júri acabou virando uma súmula, mais ou menos, como se pegasse o texto do Código de Processo Penal e dissesse que esse texto que vale para o júri, vale para tudo, agora com efeitos vinculantes. Mas não é esse o papel das

súmulas, pois se assim for, aí sim, estaremos, claramente, aceitando uma invasão do Poder Judiciário no Poder Legislativo.

Se firmarmos o posicionamento de que as súmulas podem fazer isso, servem para isso, se for esse o posicionamento, o Supremo Tribunal Federal está autorizado e terá um cheque em branco para invadir a função legislativa. Saindo do tradicional papel – e sabemos que mesmo sendo tradicional, existiam várias exceções – de tribunal negativo que o controle de constitucionalidade traz. Lógico que, a partir do momento em que se permite uma interpretação conforme, uma declaração parcial de nulidade sem redução de texto, sempre há uma margem para se construir, mas, a partir do momento que o art. 103-A<sup>7</sup> da Constituição permite a edição de súmulas vinculantes para vigência e eficácia, até esse ponto estamos no tradicional papel de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal, só que também no de interpretação.

O que é uma súmula vinculante? Sobre o assunto constitucional de uma interpretação genérica, se for específica, ainda está no papel de jurisdição constitucional. Caso extremamente específico é a transposição que se pretendia de um controle difuso – histórico no Brasil, tradicional, mas, infelizmente, sem efetividade – que demorava para chegar ao Supremo Tribunal Federal seis, sete, oito anos, que, mesmo declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade não abrangia a todos, motivo pelo qual se criou essa transposição nos moldes do Tribunal Constitucional português, que tem a possibilidade de, após três decisões difusas, retirar a vigência da lei, a idéia foi a de fortalecer, mas o específico. Se não fortalecermos o específico e possibilitarmos o fortalecimento do genérico, teremos a edição, por parte do Supremo Tribunal Federal, de leis interpretativas – espécie muito conhecida por todos nós. A súmula genérica nada mais é do que uma lei interpretativa. No momento em que a legislação diz que o uso de algemas será regulamentado por lei,

---

<sup>7</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

entende-se – e não tiro a razão dos fundamentos nesse caso – que há substrato constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à honra, encontra-se o substrato, mas, a partir disso, interpreta-se que precisa desses requisitos, em abstrato, genericamente, o órgão que faz isso está editando uma lei interpretativa. Súmula genérica – a meu ver – é lei interpretativa, só que, com uma diferença gigantesca, enquanto que para a lei interpretativa vigora a presunção de constitucionalidade, mas relativa, que pode ser derrubada pelo Judiciário, como disse no início, por seis votos, no caso do Supremo Tribunal Federal, a presunção é quase absoluta, pois terá que ser revista, se for editada uma lei, fatalmente será declarada inconstitucional. O Supremo terá que rever por oito votos e haverá um engessamento muito grande.

Volto a insistir: independentemente do objeto. Há um caso clássico e sempre o repito para demonstrar como precisamos aprender a tratar as súmulas para evitar que o ativismo judicial invada a seara congressual. Digamos que amanhã – e já houve ação direta de inconstitucionalidade por omissão, há uma argüição de descumprimento de preceito fundamental – se edite uma súmula vinculante sobre o salário mínimo, dizendo quais os valores devam constar. É muito mais do que uma lei. Para se derrubar uma emenda constitucional, precisa-se de seis votos. Para se derrubar uma súmula, são necessários oito votos. Sendo que precisa de oito votos quem editou a súmula, porque também há uma diferença grande. Seis de quem não editou a emenda é uma coisa, oito de quem a editou é outra.

Não estamos acostumados, esse tema é estudado nos templos ingleses, depois da faculdade, de jurisprudência, como o tradicional caso do bode: num condado inglês, onde há fazendas todas iguais, com cercas da mesma altura, com a mesma proteção, um bode conseguiu pular – no sentido real da palavra – as duas cercas e comeu a plantação de chicória, de acelga de um inglês. O inglês entrou com uma ação, dizendo que a negligência do proprietário do bode permitiu que invadisse a sua fazenda e causasse prejuízo. O dono do bode disse que teve o mesmo dever de diligência que ele, que as cercas eram iguais, tudo era igual e não tinha culpa. Após o debate, o juiz decidiu que o inglês realmente deveria ser

indenizado, porque o dono do bode teve culpa, independentemente da proteção do outro ser ou não igual.

Tempos depois, um ciclista, no mesmo condado, perdeu a direção na rua de terra e invadiu uma cerca de outro fazendeiro e também destruiu parte da plantação. Para o juiz inglês, o advogado citou o precedente do bode. Causou, por culpa, prejuízo. E o juiz inglês questionou: O que o bode teria a ver com o ciclista? No Brasil, daria indenização por danos morais, chamar o ciclista de bode. O precedente é específico, a súmula deve ser específica. Qual seria o precedente? Dentro da mentalidade da *civil law*, que precisamos adaptar a efeitos vinculantes. Qual seria o precedente no caso do bode? Quem, por dolo ou culpa, causa dano a outrem tem o dever de indenizar. Isso é precedente? Isso é súmula? Isso é lei. É lei porque é genérica, e o que é genérico ou invade a seara do Congresso Nacional, que é quem, constitucionalmente – com todos os problemas que tem, todos os Poderes têm problemas – foi eleito para isso. Ou por ser genérica a súmula, ou genérico o precedente, não serve para coisa alguma. Porque, ao ser genérico, permitirá o mecanismo que também precisamos aprender da *common law*, o mecanismo da distinção.

À medida que há uma súmula vinda de vários precedentes, pelo tradicional mecanismo da distinção, o juiz pode, ao aplicar a súmula – nesse caso, deixa de aplicar a súmula porque não se refere a ele especificamente, uma vez que os precedentes foram estes –, fazer a distinção.

Súmulas genéricas levam ao total desequilíbrio entre os Poderes: uma atrás da outra, “leis” interpretativas nos levarão a um desequilíbrio. Não adianta, a meu ver, com absoluto e óbvio respeito a todas as posições em contrário, dizer que isso fará com que o Congresso Nacional atue e edite leis. Quem conhece o mecanismo congressual, parlamentar, sabe que não é uma decisão judicial que mudará o ritmo parlamentar, assim como não é uma alteração legislativa que mudará o ritmo da Justiça. Os dois lados erram: primeiro, o Congresso Nacional ao vir com um pacote de novas normas, pensando que, em três meses, finalizou o

problema da Justiça; de outro lado, a Justiça acreditar que, com duas ou três súmulas, vão influenciar o Congresso Nacional de forma a ser pautado pela Justiça.

Não é dessa maneira que se levará o Congresso Nacional a atuar de modo diferente, o que não leva ao debate de idéias. Apesar dos precedentes do Supremo Tribunal Federal em que seus efeitos vinculantes não vinculam o Poder Legislativo no Brasil, obviamente – cito a questão das algemas porque é a súmula mais genérica, além de haver outra genérica que, a meu ver, também, não deveria ser súmula, sobre a questão da aplicação do art. 97<sup>8</sup> da Constituição Federal, assim, teríamos que fazer uma súmula para cada artigo da Constituição Federal –, se precisarmos de súmula para dar efetividade à Constituição Federal estaremos perdidos. Cumpra-se o art. 97, caso contrário a decisão será nula, o que não fará diferença, pois, para quem não cumprir, o Supremo Tribunal Federal terá que determinar que se cumpra.

Além dessa, a súmula mais genérica que trata da questão das algemas, foi editada agora. Há um projeto de lei do Deputado Marcelo Itagiba a respeito das algemas, colocando exatamente o inverso, a regra: sempre algemas; a exceção: não algemas – a súmula não vincula o processo legislativo, não vincula aprovação. Alguém tem alguma dúvida de que, aprovado esse projeto, argüida a inconstitucionalidade, no dia seguinte será declarada a sua inconstitucionalidade? Se os onze ministros do Supremo Tribunal Federal editarem uma súmula dizendo que, pela interpretação constitucional, a respeito das algemas, a regra é a não utilização, alguém terá dúvida de que será declarada inconstitucional? Lógico que não.

O argumento de que o Supremo Tribunal Federal não está invadindo o Poder Judiciário, mas está na inércia do Poder Legislativo, suprindo uma lacuna para efetivar um direito até que o Legislativo exerça o seu papel, fica extremamente falho, a meu ver, no momento em que

---

<sup>8</sup> Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

haverá necessidade de completarmos: o Supremo Tribunal Federal editou uma súmula porque o Poder Legislativo não cumpriu seu papel. Quando o Poder Legislativo cumprir seu papel, desde que cumpra de acordo com o que o Supremo Tribunal Federal editou, estará tudo bem, não haverá necessidade de editar uma súmula, mas se o Poder Legislativo cumprir em desacordo, o Supremo Tribunal Federal declarará inconstitucional. Na verdade, não precisará mais atuar, pois o Supremo Tribunal Federal só aceitará o posicionamento do Congresso Nacional se for a favor do que decidiu, portanto estará vinculando-o. Nesse caso, a invasão no Poder Legislativo será muito maior.

À época quando isso foi dito por vários parlamentares, considerei e ainda considero um verdadeiro absurdo, mas volta a ser repetido, mostrando essa conflituosidade que o Tribunal Constitucional Federal alemão chama de guerrilha institucional, mas está ampliando, que o atraso de um Poder justifica a invasão do outro. Então, vamos pegar os milhares de processos atrasados no Supremos e distribuiremos entre os 513 parlamentares. Em um ano acaba o atraso do Judiciário. É um absurdo pensar nessa hipótese, como seria há anos pensar na hipótese de o Judiciário poder legislar de forma genérica.

O ponto que gostaria de destacar, em conclusão, para a reflexão de todos: o mecanismo existe, veio para ficar, temos que lembrar que não foi também o Supremo Tribunal Federal que inventou esse mecanismo, foi o mesmo Congresso Nacional, que hoje reclama muito da edição de súmulas, entregou as súmulas e entregou mais até do que muitos queriam, não só sobre a vigência e a eficácia, mas também sobre a interpretação. Se entregou, não sairá mais. Então, temos que saber balizar para evitar que o excesso do ativismo judicial acabe criando um desequilíbrio gigantesco entre os Poderes e, conseqüentemente, o que é mais terrível, principalmente para nós que, nesses vinte anos de Constituição Federal, conseguimos fortalecer as instituições. A meu ver, a grande conquista de vinte anos da Constituição Federal foi o fortalecimento das instituições, o que não podemos deixar se perder porque, à medida que o Judiciário vai avançando no Legislativo, em

determinado momento a reação poderá ser do descumprimento, a desobediência civil dos demais poderes, que não cumprirão.

É importante, a meu ver, o mecanismo da súmula desde que específica. Aí, sim, chegou até o Supremo Tribunal Federal, interpretou a Constituição, é algo específico, há vários precedentes, não é justo também – por isso que sempre defendi súmulas vinculantes – não só pela insegurança jurídica, mas pelo desrespeito ao princípio da igualdade, que naquele benefício do INSS que o Supremo Tribunal Federal já disse que é inconstitucional, milhões de segurados não consigam afastar esse recálculo porque não conseguem chegar até o Supremo Tribunal Federal, mas trata-se de algo específico, diferentemente, de se editar uma súmula impondo regras para o INSS, estabelecendo como deve ser a estrutura, porque aí é lei.

Para garantir um equilíbrio maior entre os Poderes, é obrigação de todos que façamos uma boa aplicação das súmulas, de mostrar a necessidade das súmulas serem específicas, de aplicar, seja nas petições, nos trabalhos, nos estudos, nas decisões, a distinção. Nos casos em que não houver absolutamente nada a ver com a súmula, deixamos de aplicar, o que não é desobediência civil, e é diversa a hipótese que muitos estão fazendo, como ocorreu recentemente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com uma reclamação direta ao Supremo Tribunal Federal que suspendeu a decisão, pois o Tribunal de Justiça, simplesmente, afirmou que não concordava com a súmula e deixara de aplicar, saindo da regra do jogo. Mas se realmente ao aplicarmos a distinção, possibilitamos que, ao chegar no Supremo Tribunal Federal, este faça uma nova análise e verifique que, realmente, em nenhum momento essa situação foi analisada, o que não consta na súmula, deixando o Supremo Tribunal Federal atuar na função jurisdicional.

Para encerrar essa necessidade, cito outro caso de uma súmula cujo mérito é corretíssimo sobre a questão do nepotismo. É exatamente o mesmo texto do qual tive a honra de participar da edição no Conselho Nacional de Justiça, proibindo o nepotismo. Não se inventou o grau de parentesco, foi tirado da legislação que seria até o terceiro grau; porém,

editamos duas resoluções, dois enunciados com mais de trinta tópicos e foram mais de quinhentos casos específicos incidindo em cada caso. Veio uma súmula absolutamente genérica dizendo: a Constituição proíbe o nepotismo. Ou não se aplica ou vai-se aplicar de forma errônea. Tanto que muitos Poderes municipais, principalmente, não estão aplicando, como no caso um prefeito que ficou noivo, pois essa situação não foi analisada, porque a súmula não tinha um caso específico.

Independentemente do mérito, ninguém de bom senso é contra o mérito do combate ao nepotismo, mas, ao se editar uma súmula extremamente genérica, estaremos legislando ou simplesmente não cumprindo, porque se cumprir estará criando a injustiça total.

Quem é concursado e está em cargo em comissão – a Constituição exige que um percentual dos cargos em comissão seja de quem é concursado – se for parente, porque seu pai foi eleito depois prefeito ou governador, terá que abrir mão? A súmula não diz, é extremamente genérica e não trata dessa situação, mas deveria ter pontuado, pois a sua função é ser aplicada e não invadir a separação de Poderes.

Gostaria de agradecer novamente o convite, a atenção de todos e a cortesia do Professor Manoel Gonçalves de alterar a ordem das apresentações.

Muito obrigado.

**PATRÍCIA ROSSET**

Agradecemos a brilhante palestra do Professor Alexandre de Moraes, mas gostaria apenas de lembrar de que a medida provisória não precisava ser aprovada no Congresso Nacional, bastava o silêncio pois já estava rejeitada, e ficamos cinco anos editando medida provisória para um plano de governo.

## **PATRÍCIA ROSSET**

Passo a palavra ao Professor-Doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo, em 1957; é doutorado em Direito pela Universidade de Paris, em 1959; Professor titular aposentado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; é Presidente do Instituto Pimenta Bueno da Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

### **MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO**

*Professor e Doutor da Universidade de São Paulo*

Cara Professora Patrícia Rosset, meus caros colegas Professores Alexandre de Moraes e José Levi do Amaral Júnior; caros professores que me assistem como o eminente e ilustre Professor Ney Prado; minhas senhoras, meus senhores, meus caros estudantes.

Vou falar sentado, nem tanto pela minha propecta idade, mas pelo hábito de professor, exatamente, porque pretendo usar de alguns instrumentos que ficariam um pouco mal equilibrados na tribuna.

Como foi explicado pela Dra. Patrícia Rosset, cedi a oportunidade de usar da palavra ao Professor Alexandre de Moraes, o que, de certa forma, descoloca o meu pronunciamento, porque, tendo sido indicado para falar em primeiro lugar, preparei uma exposição genérica que serviria de ponto de partida para a discussão de aspectos específicos.

Iniciarei por uma observação, a de que procurarei mostrar a separação dos Poderes tal qual é vivenciada na ordem constitucional não aquela que é simplesmente desenhada no texto constitucional. Na verdade, as constituições, com o tempo, mudam quando não sofrem mutações completas, mudança que deriva de vários fatores: seja da jurisprudência, da doutrina jurídica, das diferentes ideologias, da cultura, daquilo que poderíamos chamar do ar do tempo e até, por paradoxal que pareça, pela edição de leis infraconstitucionais. Esse fato é notório para quem meditar sobre a Constituição, editada em 1988, e como ela funciona como Constituição em 2008.

A segunda observação que faço, apesar de ser a primeira observação específica concernente ao tema, é a de que a Constituição de

1988 possui uma peculiaridade em relação às anteriores, pois é a primeira que consagra a separação dos Poderes como cláusula pétrea. Como se sabe, o art. 60, § 4º, inciso III<sup>9</sup>, da Constituição Federal coloca a separação dos poderes como um ponto “inabolível” da estrutura constitucional brasileira. Mas essa colocação sugere uma indagação: o que significa separação de Poderes e, particularmente, o que significa separação de Poderes na Constituição brasileira de 1988? Nesse ponto, não é de muito auxílio recorrer à Montesquieu e à doutrina clássica exposta no livro *O Espírito das Leis*, exatamente, porque possui um sentido completamente diferente daquele que se tornou o sentido normal de separação de Poderes.

Quem ler o Capítulo VI do Livro Décimo Primeiro, de *O Espírito das Leis*, intitulado *Da Constituição da Inglaterra*, verificará que Montesquieu não teve nenhuma intenção de basear a sua divisão de Poderes em um critério científico, mas, sim, como uma receita de arte política, baseada em um absoluto equilíbrio entre três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. A melhor prova disso está em um texto contido neste mesmo Capítulo, em que ele afirma que esses Poderes sendo iguais poderiam paralisar-se mutuamente, o que levaria a formar um repouso ou uma inação (citação textual), mas como, pelo movimento necessário das coisas, serão constrangidos de ir em frente, serão forçados a ir de concerto. Aqui me parece estar a chave da concepção de Montesquieu como política: os Poderes têm que agir de concerto, um podendo paralisar o outro.

Como se sabe, a separação de Poderes ganha sentido diferente com a doutrina liberal associada ao positivismo jurídico, porque ela procurou enfatizar, exatamente, a representação política – primeiro a manifestação do ideal democrático –, que se dava no seio do Legislativo, nos primeiros estados constitucionais, que conviviam, em geral, com a Monarquia e, conseqüentemente, o Executivo era, na visão do tempo, o poder do monarca.

---

<sup>9</sup> Art. 60 (...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)  
III - a separação dos Poderes; (...)

A visão liberal da separação dos Poderes encontrou plena satisfação no positivismo jurídico, porque para este a lei é que determina a atuação dos Poderes Executivo e Judiciário. O Poder Executivo age de acordo com a lei e o Poder Judiciário julga segundo a lei. Assim sendo, o poder que faz a lei torna-se o Poder preponderante, o Poder comandante da atuação do Estado. Essa visão ainda se acentua na medida em que se exalta a lei como expressão da vontade geral, indo buscar no texto famoso de Jean-Jacques Rousseau a expressão.

A visão da prevalência da lei quanto ao Executivo e ao Judiciário traduz, exatamente, a visão do positivismo jurídico, que, todavia, no plano político, sofreu modificação no curso do século passado na medida em que, aberta ou disfarçadamente, o Executivo passou a legislar e lembre-se que, logo depois do final da Segunda Guerra Mundial, veio a Constituição italiana que consagrou, por um lado, a lei delegada e, por outro, a medida provisória. Conseqüentemente, quem passou, por esses instrumentos, a fazer o Direito na Itália e, depois, por reflexo, em outros países, exatamente, foi o Poder Executivo. Assim, a expressão "separação de Poderes", analisada doutrinariamente, não vai muito longe e não oferece uma resposta satisfatória para exegese do preceito constitucional.

Acrescente-se ainda que, embora se possa discutir a natureza específica das três funções, como tantos juristas o fizeram, na concretização da separação dos Poderes em todas as constituições, houve uma partilha de atribuições e, assim, por exemplo, o Legislativo que deveria fazer leis sempre é o Poder incumbido de desenvolver o processo dos crimes de responsabilidade do Presidente da República. No Parlamentarismo, pelo jogo da responsabilidade política, pode afastar o gabinete. Igualmente, o Judiciário deve julgar, mas, mesmo na visão ortodoxa do positivismo jurídico em que é a boca da lei, administra os seus próprios serviços. Conseqüentemente, é observando a Constituição que se pode ter a idéia do que significa a separação de Poderes.

Na verdade, a separação de Poderes significa na Constituição brasileira uma homenagem daquelas que o vício presta à virtude. Se examinarmos o que cabe aos Poderes, especialmente em função dos

fatores que aponte de início, atualmente, assistiremos ao predomínio absoluto e ostensivo do Poder Executivo, que é decorrente da proeminência do Presidente da República na vida política brasileira, o que decorre de vários fatores: primeiro, sem dúvida, é o fato de que, eleito o Presidente da República diretamente pelo povo, devendo obter a maioria absoluta, pelo menos no segundo turno de votação, é o detentor do máximo de legitimidade democrática que pode existir no país; em segundo lugar, entra em ação o elemento cultural, que é o fato de que, na cultura política nacional, tudo se espera do Presidente da República, que é uma espécie de Taumaturgo ou de Demiurgo, que deve resolver todos os problemas de todos e o mais rapidamente possível.

Se conferirmos o que cabe ao Presidente da República, na Constituição efetiva do Brasil, vamos, evidentemente, em primeiro lugar, encontrar aquilo que qualquer livro de Direito Constitucional aponta, ou seja, ser o Presidente da República, Chefe de Estado e, portanto, encabeçar a unidade nacional; o Presidente da República ser o Chefe do Governo para estabelecer a orientação política e geral do País; o Comandante das Forças Armadas; o Dirigente das Relações Exteriores e o Superintendente da Administração, o que já é muito, porque os desdobramentos de cada uma dessas cinco funções, brevemente aludidas, importa numa latitude de atuação extremamente grande.

O que os livros não dizem, e está implícito na Constituição brasileira, é que, além de tudo isso, o Presidente da República é o comandante da economia nacional, porque, na medida em que a política financeira é capitaneada pelo Banco Central, que a rege, ainda que indiretamente, que a política econômica depende da política financeira quanto aos juros, de estímulos que venham ou não de sua boa vontade, e dependem de financiamentos que procedem, muitas vezes, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) ou do Banco do Brasil, que são seus, traduz o comando da economia e some-se a esse último ponto o peso que tem a Petrobrás e outras estatais, que ele também controla.

Ademais, o Presidente da República é o provedor dos mais pobres, tem nas mãos o sistema previdenciário, o sistema unificado de saúde, programas assistenciais, como a bolsa saúde e outros; é o patrão de todos que emprega a imensa máquina estatal e paraestatal, porque quando as mesmas entidades descentralizadas sofrem os pedidos de melhorias salariais de seus empregados é, em última instância, ao Presidente da República que se endereça.

Em desdobramento mais recente, o Presidente da República é também o grande irmão, que tudo pode investigar pela Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) e pela Polícia Federal (PF).

Se isso bastasse, outro elemento, evidentemente, tem de ser mencionado, que consiste exatamente nas medidas provisórias, que tornam o Presidente da República o principal legislador. Sim, porque o Presidente da República pode editar medidas provisórias com força de lei que têm vigência e eficácia imediata. Quer dizer, desde o instante em que são promulgadas começam a produzir efeitos, muito antes que se possa exercer o controle por parte do Poder Legislativo.

Sem dúvida, a [Emenda Constitucional nº 32](#), de 2001, diminuiu a gravidade dessa concessão das medidas provisórias, mas não a eliminou, porque, freqüentemente, elas produzem efeitos que são de difícil desfazimento. Invertendo-se o que estava na Constituição de 1988, a Emenda Constitucional nº 32 presume, embora diga que não aprovada a medida provisória seus efeitos são desconstituídos **ex tunc**, prevê exatamente o contrário, porque estabelece um prazo para que seja editado um decreto legislativo que desfaça, eventualmente, os efeitos da medida provisória não convertida em lei. Verifique-se que aí está uma completa inversão do processo legislativo tal qual Montesquieu desenha no famoso Capítulo VI, do Livro Décimo Primeiro, em *O Espírito das Leis*.

O processo legislativo contido na obra de Montesquieu atribui a faculdade de estatuir, que dizer, o estabelecimento do conteúdo da lei ao Poder Legislativo, dá uma interferência sim ao Poder Executivo pela faculdade de impedir, que seria o veto. No quadro que hoje se estabelece a inversão é total, porque a faculdade de estatuir é do Presidente da

Republica e a faculdade de vetar é do Poder Legislativo. Dir-se-á que é uma exigência da vida nacional e do quadro político contemporâneo. Tenho para mim que isso não seja verdade, porque há países que vivem perfeitamente sem medidas provisórias e são capazes de enfrentar situações de emergência. O fato de, nos Estados Unidos, um plano de emergência ser submetido ao Congresso Nacional mostra que, pelo menos, potencialmente lá se entende que a atuação do Congresso pode obviar a uma necessidade.

Gostaria de chamar a atenção para outro aspecto decorrente das medidas provisórias, que surge da Emenda Constitucional nº 32, é o de que o Congresso Nacional passou a atuar, atualmente, no ritmo das medidas provisórias. Como todos sabem, decorrido o prazo, sem a deliberação sobre a medida provisória, paralisa-se a pauta, até que a matéria seja votada e, conseqüentemente, a função deliberativa relativa às medidas provisórias paralisa outras atividades deliberativas por parte do Congresso Nacional, o que indubitavelmente produz um esvaziamento do Poder Legislativo.

O Poder Legislativo, atualmente, está reduzido a um Poder de controle relativizado da atuação do Poder Executivo, porque se concentra não em soluções concretas corretivas de enganos ou erros, mas na atividade investigativa das Comissões Parlamentares de Inquérito. Ora, esses são instrumentos extremamente úteis para o Congresso Nacional, desde que estejam direcionadas às finalidades de sua atuação, ou seja, à elaboração de medidas legislativas, porque, fora desse campo, ela se torna uma espécie de espetáculo para a videodemocracia, de que fala o Professor Giovanni Sartori: a videopolítica.

Tal situação fica bem clara pelo fato de que os meios de comunicação de massa não enfatizam, na atividade do Congresso, pondo de lado a apreciação das medidas provisórias, senão as Comissões Parlamentares de Inquérito, que freqüentemente não levam a nada, porque conduzem a conclusões que não podem ser executadas por parte do Poder Legislativo.

Se o Poder Legislativo fenece nesse quadro real da separação de Poderes brasileiros, o Poder Judiciário floresce, e, perdoe-me se agora vou aludir alguns aspectos que foram brilhantemente demonstrados pelo Professor Alexandre de Moraes. Esse florescimento no Poder Judiciário, em primeiro lugar, possui um aspecto paradoxal, porque, se o Poder Judiciário, indubitavelmente, está prestigiado não é pelo desempenho de suas funções tradicionais, diria normais, porque todos sabem que as demandas judiciais duram muito tempo, apesar do princípio da celeridade, inscrito agora na Constituição, e dado a esse retardamento a satisfação dos direitos dos indivíduos e a punição dos crimes eventualmente cometidos, fica extremamente afastada e às vezes completamente frustrada. O Judiciário não brilha na sua função tradicional, mas brilha em uma função política de determinador de políticas públicas, em um papel político de legislador e até de constituinte.

O primeiro aspecto, na verdade, não alcança apenas os mais altos tribunais, vem desde a base. É comum que, na Primeira Instância, sejam determinadas políticas públicas, de modo geral ou individual, aludo ao fato de que, diariamente, existem decisões de Primeira Instância que estabelecem sistemas de quotas, determinando que o Poder Executivo propicie algumas vantagens a minorias, que conceda tratamentos a pessoas que reclamam atendimento a sua saúde. Esse é um fenômeno que se alastrou pelo País e não deixa de ter um aspecto preocupante, pelo fato de que, quando o juiz toma decisões determinantes de políticas públicas, não tem de levar em consideração o orçamento e a [Lei de Responsabilidade Fiscal](#). Inclusive, em matéria de Direito de saúde, os senhores sabem que estão ocorrendo abusos notórios, já se acusam laboratórios de propiciar demandas judiciais para que sejam concedidos a doentes determinados remédios. Como é comum, na verdade, serem até dadas medidas que não estão dentro daquelas que a própria Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) autoriza normalmente, ponto que não pode ser descurado: o Judiciário passou a determinar políticas públicas – tema que, sozinho, daria uma conferência.

Segundo ponto: o Judiciário está substituindo o Poder Legislativo, editando normas que têm força de lei a respeito de assuntos que

deveriam ser objeto de legislação. O Professor Alexandre de Moraes referiu-se às súmulas vinculantes e vou um pouco mais longe para apontar exatamente o que tem ocorrido em razão de mandados de injunção por parte do Supremo Tribunal Federal ou por parte de consultas pelo Tribunal Superior Eleitoral. O exemplo fala mais do que uma dissertação.

Os senhores sabem que, no ano passado, apreciando um mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal determinou que se aplicasse, ao direito de greve do servidor público, a legislação trabalhista, o que, substancialmente, é uma “legisferação”, o estabelecimento de uma norma para reger tal direito. Dir-se-á que isso responde a uma omissão do Poder Legislativo. Talvez no caso concreto, sim, mas gostaria de observar que quando a Constituição submete uma matéria à edição de uma lei para que o Poder Legislativo a regule, ela está propiciando ao Poder Legislativo a apreciação política da conveniência e da oportunidade, que, em tese, é um juízo político por parte do Poder Legislativo e não cabe ao Poder Judiciário.

O outro exemplo é exatamente o caso do Tribunal Superior Eleitoral ao apreciar uma consulta sobre a relação entre o prefeito, o Executivo e o partido pelo qual ele se elegeu. Como sabem, na verdade, o Tribunal entendeu que existia implícita uma fidelidade partidária na Constituição brasileira.

Perdoem-me os eminentes membros dos tribunais, mas, se usássemos o argumento histórico, veríamos exatamente o contrário, porque, penso que o Professor Ney Prado, que acompanhou de perto a elaboração da Constituição, não vai contestar a minha afirmação de que, em 1988, se algum deputado tivesse suposto que haveria fidelidade partidária, teria votado contra a Constituição e não teria sido aprovada. Mas não vamos discutir esse aspecto porque, afinal de contas, o Supremo Tribunal Federal corroborou essa indicação, votando vários mandados de segurança. Qual foi o passo seguinte? O Tribunal Superior Eleitoral editou uma resolução regulando a matéria. Ora, tal resolução só tem de

resolução o nome, porque, na verdade, é uma lei e importantíssima para a conformação do próprio sistema político brasileiro.

Terceiro ponto: só vou aludir de passagem, concerne às súmulas vinculantes. Realmente, a [Emenda Constitucional nº 45](#), de 2004, ao criar as súmulas vinculantes, concedeu ao Supremo Tribunal Federal um poder político de ordem legislativa, demonstrado facilmente tanto pelos fundamentos que a súmula vinculante deve ter, concernentes à relevância ou ao interesse público, que é tudo, como ao fato de que a medida, para a súmula vinculante, é aprovada pela maioria qualificada de dois terços, ao passo que a inconstitucionalidade é declarada por maioria absoluta. Já se vê que é um *plus* de ordem política. Essas súmulas vinculantes constituem, como disse o Professor Alexandre de Moraes, verdadeiras leis interpretativas de caráter reforçado, porque, como também bem lembrou, uma súmula não pode ser revogada simplesmente sem o recurso a um procedimento especial que também exige uma deliberação qualificada por parte do Supremo Tribunal Federal.

Diria que isso não é o mais importante, porque, na verdade, súmula, de uma forma ou de outra, o Supremo Tribunal Federal já editou. A meu ver, o ponto mais importante não está na Constituição nem na [Emenda Constitucional nº 45](#), mas no art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, e é repetida **ipsis literis** no art. 11 da Lei nº 9.882, de 1999. E está, insisto, numa lei, e não foi posto na Constituição, nem na Emenda Constitucional nº 45. Por isso que, no início, falei que as constituições mudam, inclusive, em função, às vezes, de leis infraconstitucionais.

Estou aludindo o que, elegantemente, se chama modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Os senhores sabem que, atualmente, o Supremo Tribunal Federal pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tem eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Ora, restringir os efeitos da declaração é uma maneira delicada de dizer que aquilo que é inconstitucional continua sendo constitucional, para todos os efeitos práticos, seja até o momento fixado pelo Supremo Tribunal Federal seja indefinidamente. Essa modulação corresponde, sem dúvida, a uma

apreciação de gravidade, digamos assim, mas também corresponde, por outro lado, à atribuição ao Supremo Tribunal Federal de um poder constituinte derivado, porque pode mudar a constituição e já poderia, como diria o professor Alexandre de Moraes, pelas súmulas, mas o pode, agora, de modo claro pela modulação dos efeitos.

A questão torna-se mais importante, doutrinariamente, porque vai contrariar tudo aquilo que a doutrina brasileira ensinou desde Ruy Barbosa sobre o ato inconstitucional ser nulo e de nenhum efeito. Porém, a utilização dessa modulação também tem sido, na minha opinião, um pouco exótica. Há tempos, assisti uma deliberação do Supremo Tribunal Federal acerca de uma lei que criava irregularmente cargos no Estado de Tocantins, em que não houve discussão jurídica, pois era pacífico o entendimento de que a lei era inconstitucional. Houve a discussão sobre a modulação: se seria aplicada desde o início ou se a partir daquele momento. Prevaleceu a decisão que - ouvi a frase - para fins pedagógicos, deveria ser retroativa. Claro que fins pedagógicos estão no elevado interesse social que justifica a modulação.

O grande problema que vejo na solução de um papel político pelo Judiciário, o fenômeno da judicialização da política que, na verdade, apontei em um trabalho de 1993, é a contrapartida inexorável da politização do Judiciário, que começa na Primeira Instância, quando o judiciário é chamado a decidir políticas públicas, e, evidentemente, acentua-se quando chega no Supremo Tribunal Federal, porque está habilitado, por normas a que fiz referência, a tomar decisões de conteúdo intrinsecamente político. É claro que até hoje isso não ocorreu, mas levanto uma hipótese diabólica, que é a de algum partido político perceber que, tendo oportunidade de nomear ministros do Supremo Tribunal Federal, possa resguardar uma posição de influência na política nacional, mesmo não tendo mais os votos que o conduziram ao Governo. Repito que isso não ocorreu, mas há o risco que venha a ocorrer, e onde vai parar só Deus sabe.

Tais observações completam-se com uma que havia esquecido, mas que me parece importante, dado o contexto. Quando falei de

separação dos Poderes não mencionei a relativização da lei que, atualmente, ocorre em face dos princípios cogentes que a Constituição consagra e, portanto, devem ser aplicados por todos e, particularmente, pelo juiz. Idéia que corresponde àquilo que a doutrina chama de constituição aberta, uma constituição de regras e princípios, mas a possibilidade de aplicar princípios acima de regras ou aplicar princípios ignorando as regras é um fenômeno muito delicado, porque aborda a questão da segurança jurídica.

Há presente o art. 37<sup>10</sup> da Constituição que exige legalidade, moralidade, impessoalidade etc. Quando podemos avaliar, por antecipação, que a decisão será tomada em termos de legalidade ou de moralidade? É, realmente, um fortalecimento do papel do magistrado, porque cabe a ele não apenas seguir a lei, mas aplicar eventualmente o princípio. Está levando ao paradoxo de que, daqui a pouco, os cursos de Direito só terão aulas de Direito Constitucional, porque o Direito Civil o Direito Processual, Direito do Trabalho e outros estão todos constitucionalizados.

Agradeço a atenção, perdoem-me o descosido da minha palestra e por tê-los mantido presos neste auditório até tão tarde.

Muito Obrigado.

## **PATRÍCIA ROSSET**

Professor Manoel, a sua palestra resumiu praticamente toda esta Jornada. O Senhor falou de todos os temas polêmicos com uma proficiência que lhe é peculiar, até pela sua própria experiência de vida, e respondeu a quase todas as questões desses dias de debates. Falou de política pública, de controle, da questão de divisão de competência na Constituição, pois as pessoas não sabem o que é e acham que o Legislativo possa deflagrar processo legislativo em matérias que são afetas ao Executivo, como servidor público, política pública e, mais ainda, no Estado de São Paulo houve o julgado de uma lei que foi da inconstitucionalidade até a data da liminar, porque já tinha sido realizado

---

<sup>10</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

concurso público, já havia se efetivado os servidores, então, os moldes da aplicação de uma ação direta de inconstitucionalidade vai sempre variar de acordo com o caso. E mais, medida provisória, como disse o Sr. Ney Prado, como falar para o seu cliente que, hoje, posso garantir isso, mas amanhã pode mudar em questão de segundos, e o Poder Legislativo está refém de toda essa estrutura. Desculpem falar, mas é pelo fato de que essa palestra está fechando com chave de ouro esta jornada.

Passamos a palavra, agora, para o Professor Dr. José Levi do Amaral Júnior, Doutor na USP, em 2003; Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 2001, em Direito do Estado; bacharel em Ciências Jurídicas Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1999; é Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo e possui mestrado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília; é Procurador da Fazenda Nacional de Categoria Especial, cedido ao Governo do Estado de São Paulo; é membro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Instituto Pimenta Bueno; foi assessor da Casa Civil da Presidência da República, de 2000 a 2003, do Governo do Estado de Minas Gerais, de 2003 a 2005, e da Câmara dos Deputados, de 2005 a 2008; é autor dos livros *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade*, de 2002, *Medida Provisória e sua Conversão em Lei*, de 2004, ambos publicado pela editora Revista dos Tribunais e *Memórias Jurisprudencial*, Ministro Aliomar Baleeiro, de 2006, publicado pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a palavra o Professor José Levi.

**JOSÉ LEVI DO AMARAL JÚNIOR.**

*Professor e Doutor na Universidade de São Paulo e do  
(UniCEUB)*

Gostaria de iniciar saudando o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, a Dra. Patrícia Rosset, que preside esta Mesa e agradecer aos organizadores do evento, em especial na pessoa da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, que leva a efeito a organização deste encontro.

Pretendo ser bastante breve na minha exposição. Queria que fosse encarada não como uma exposição em si, mas como um debate com base nos elementos agitados pelos Professores Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Alexandre de Moraes. Desejo ser bastante objetivo e, nessa objetividade, apenas refletir sobre alguns assuntos que foram, com muito

maior competência, aprofundados pelos Professores Manuel Gonçalves e Alexandre Moraes.

Tive a alegria de ser aluno do Professor Manoel Gonçalves e acredito que tenha aprendido um pouco sobre Montesquieu, que é um dos autores que gozam da predileção do Professor Manoel Gonçalves e a quem dedica boa parte dos seus estudos. Gostaria de fazer uma abordagem inicial relativa a Montesquieu, em especial, para verificar em que ponto a Constituição brasileira aproxima-se ou não de Montesquieu. Adianto que a conclusão que vou demonstrar é a de que a Constituição brasileira é, absolutamente, diferente daquilo que se chama de separação de Poderes a partir de Montesquieu, que nem sequer utiliza essa expressão, que é um rótulo utilizado em tempo subsequente, em especial, para explicar a Constituição americana, e várias outras constituições acabam repetindo esse rótulo, inclusive a brasileira, mas são, substancialmente, diferentes, umas das outras.

O Supremo Tribunal Federal tem total lucidez no que se refere a esse aspecto e em vários julgados diz que a separação de Poderes é aquela que está na Constituição, não é, por exemplo, a de Montesquieu. Encontramos isso, por exemplo, na [Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367](#), Relator o Sr. Ministro Cezar Pelos, relativa à constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em que foi alegado que o CNJ deturpou a separação de Poderes, o que não é verdade, apenas modificou a separação de Poderes, tal qual prevista na Constituição brasileira, que, por si só, já era diferente de Montesquieu, que não é um tipo ideal a ser replicado para todo o sempre. Montesquieu – acredito que tenha aprendido com o Professor Manoel Gonçalves – foi um modelo de separação de Poderes, que teve um propósito histórico e, desde então, isso deve ser compreendido, mas não deve ser tomado como um dogma e ser replicado, repetido e mantido para todo o sempre.

Montesquieu abre o célebre Capítulo VI, do Livro Décimo Primeiro, de *O Espírito das Leis*, dizendo que “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do

direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil”.

O primeiro, chama simplesmente de Poder Executivo, o poder de legislar, chama de Poder Legislativo e o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil, chama de poder de julgar, o que acabei de mencionar está disposto nos dois primeiros parágrafos os quais mencionei.

Em seguida, Montesquieu expõe a tese, aquilo que o Professor Manoel Gonçalves chamou de arte política, que possui o objetivo de limitar o poder, uma fórmula para limitar o poder e, em especial, para prevenir o absolutismo. Montesquieu é um autor que escreve na seqüência das revoluções liberais, que foram levadas a efeito contra o absolutismo, pretenderam mecanismos de limitação do poder, em que um deles diz respeito a limitar o Estado por dentro, que é a chamada separação de Poderes, em geral, atribuída a Montesquieu.

Essa estruturação, em Montesquieu, culmina com dois parágrafos, que, na minha opinião, são o coração da sua tese. O Professor Manoel Gonçalves citou um desses parágrafos e, também, externou a opinião de que esse parágrafo é nuclear. Mas antes de ler esse parágrafo, gostaria de mencionar o anterior.

Depois que Montesquieu expõe a tese, apresenta o seguinte em caráter conclusivo: “Eis então a constituição fundamental do governo de que falamos. Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, (...) – câmara alta e câmara baixa – (...) uma prende a outra com sua mútua faculdade de impedir”. Ou seja, uma câmara aprova, a outra rejeita ou vice-versa. Não importa. Se uma aprova e a outra rejeita, morre o processo decisório. Todas as duas, na hipótese de as duas concordarem, serão paralisadas pelo Poder Executivo, que também tem uma faculdade de impedir, qual seja, o veto. O Poder Executivo, por sua vez – conclui Montesquieu –, também o será travado pelo Poder Legislativo. Aqui, terminou o primeiro parágrafo dos dois que reputo como nucleares à tese de Montesquieu.

Na seqüência, vem o parágrafo que o Professor Manoel Gonçalves já mencionou: “Estes três poderes (...)”, que Montesquieu menciona – faço um pausa – não são do primeiro e do segundo parágrafos do Capítulo VI, do Livro Décimo Primeiro. O contexto desses três Poderes é a câmara alta, a câmara baixa e o rei, ou, como diriam os clássicos, inclusive o próprio Montesquieu, que passa a se referir ao governo misto, que é a tese do equilíbrio entre os três princípios sociais: o rei é a Monarquia, a câmara alta é a Aristocracia e a câmara baixa é a Democracia, ideal que se vê nos gregos antigos, que deflui, de certa maneira, de Aristóteles e, talvez, já em uma transição do pensamento grego para o romano, com mais clareza, observamos em Políbio, em que o Estado equilibrado é aquele em que convivem os três princípios sociais: a Monarquia, a Aristocracia e a Democracia. Quando Montesquieu centra ou conclui o seu raciocínio citando o rei, a câmara alta e a câmara baixa, esses três Poderes do contexto que mencionei, no fundo está nos remetendo ao governo moderado ou regime misto.

Onde ficou o Judiciário na conversa de Montesquieu? O Judiciário é um Poder neutro em Montesquieu, enquanto que o Executivo e o Legislativo neutralizam-se reciprocamente. Porém, no que toca ao Judiciário, em Montesquieu, está neutralizado nele próprio, por dois mecanismos que o próprio Montesquieu explica: primeiro, pela composição e pela forma de decidir do Judiciário, que, em Montesquieu, o Judiciário é um Poder efêmero: se reúne, julga um caso e se dissolve. Como se reúne? Existe no texto de Montesquieu uma nota de rodapé muito lacônica que diz assim: “Como em Atenas”. Os magistrados, em geral, em Atenas, na democracia antiga, eram escolhidos democraticamente, que não era por meio de eleição. Eleger alguém para os gregos antigos era um método aristocrático de escolher. Se escolher entre A ou B, o B, no meu exemplo, é porque reputo B melhor do que A. A técnica democrática de escolha para os gregos antigos era sortear quem ocuparia a magistratura por um breve período de tempo. A mais importante magistratura ateniense, a de presidente ou de diretor da assembléia popular, era extremamente efêmera, durava apenas um dia. A

idéia é que pelo menos uma vez na vida um cidadão pudesse, talvez, ocupar a magistratura mais importante da comunidade.

Creio que tenha explicado como Montesquieu neutraliza, estruturalmente, o Judiciário. Que para ele, na verdade, não é uma estrutura institucional: são júris que se reúnem, julgam um caso e se dissolvem, e o julgamento é feito aplicando as sentenças que já estão na lei. Conforme Montesquieu: “Os juízes não são mais do que a boca que pronunciam as sentenças que constam da lei, seres inanimados que não podem medir nem a sua força nem o seu rigor”.

Montesquieu, de certa maneira, lança as bases da chamada escola da exegese, ou seja, o juiz completamente amarrado ao texto da lei. Dessa forma é que neutraliza o Judiciário, o poder de julgar, estruturalmente, sendo um poder efêmero que se reúne para julgar um caso e se dissolve e, pelo modo de decidir, qual seja, totalmente, apegado à letra da lei. O juiz é praticamente um robô que repete aquilo que já consta na lei.

O País que mais se aproxima de Montesquieu, ainda hoje, são os Estados Unidos da América, o que posso afirmar, com certa tranqüilidade, até porque, quando os pais fundadores americanos buscam explicar a organização dos Poderes na Constituição americana, no federalista, consta o seguinte: nesta matéria, de coordenação dos Poderes, o oráculo que costumamos consultar é Montesquieu. Só que na Constituição americana, o Judiciário não possui nada de neutro, e essa talvez seja a diferença maior em relação ao próprio País que mais se aproxima de Montesquieu e à sua doutrina. Nos Estados Unidos, o Judiciário também foi dotado de um poder de impedir, qual seja a declaração de inconstitucionalidade, que é um tipo de poder de veto, de impedir que foi confiado ao Poder Judiciário, que se construiu nos Estados Unidos.

O que vou falar agora não foi inventado por mim, pois Nicola Matteucci fala isso em um dos livros mais importantes do constitucionalismo contemporâneo que trata do tema poder e liberdade, no qual diz que curiosamente, aquilo que há de mais diferente no modelo americano relativo à Montesquieu, matriz teórica dos próprios países

fundadores americanos, vai ao encontro da sua própria tese, porque quer travar o poder do Estado. Ora, os americanos descobriram mais um elemento para travar o poder do Estado, basta lembrar do *New Deal* firmado pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt, aprovado pelo Congresso, em que várias as leis que o compunha foram declaradas inconstitucionais no primeiro momento pela Suprema Corte Americana. Só num segundo momento, depois de vários meses de discussões e, especialmente, após as trocas dos membros da Suprema Corte, é que o governo americano conseguiu aprovar as leis que combateram a grande crise de 1929.

Reconheço que os Estados Unidos é o País que mais se aproxima de Montesquieu, na formulação de um sistema que trava os poderes, e, mesmo lá, temos uma diferença muito grande, qual seja o Poder Judiciário no sistema institucional não é neutro, participa tanto do poder de impedir quanto do de estatuir, à medida que a Suprema Corte declara inconstitucional as leis do congresso, a qual é o grande mecanismo de atualização da Constituição americana.

No Brasil, aquilo que chamamos de separação de Poderes jamais pode ser confundido com o entendimento de Montesquieu, pois o que temos é uma coisa bem diversa, como o Professor Manoel Gonçalves Siqueira Filho desenvolveu com muito mais proficiência que poderia fazer, mas apenas quero mencionar alguns fatos. A separação de Poderes, na Constituição brasileira, não é baseada no entendimento de Montesquieu, no mínimo, por cinco razões: primeiro, o Presidente da República Brasileira possui iniciativa legislativa, inclusive para certas matérias só ele tem iniciativa legislativa, e Montesquieu, expressamente, cogita, no Capítulo VI do Livro Décimo Primeiro, se o rei não deve ter iniciativa legislativa, e conclui que não, basta que participe pela sua função.

Nos Estados Unidos da América, o Presidente da República, o todo poderoso, não tem iniciativa legislativa, nisso o modelo americano aproxima-se muito de Montesquieu, pois tem de pedir para um deputado ou senador apresentar um projeto de lei. No Brasil, o Presidente da

República não só tem iniciativa legislativa como, em muitas matéria, só ele tem.

Segunda diferença: no Brasil, o Presidente da República pode editar leis delegadas, que é algo bastante forte do ponto de vista legislativo. Está certo que, no caso, ele legisla se autorizado previamente pelo Congresso Nacional.

A terceira diferença refere-se à medida provisória, que é absolutamente diferente de Montesquieu e é completamente contrária à organização de Poderes, tal qual deflui de Montesquieu.

Quarta diferença: o bicameralismo brasileiro é desigual, enquanto que no modelo de Montesquieu é rigorosamente igual. Por exemplo, se uma casa aprova e a outra rejeita, acabou o processo legislativo, não tem seqüência. No Brasil, a casa de origem pode prevalecer sobre a casa revisora; se a casa revisora rejeita, o projeto está morto, mas se simplesmente o modifica, volta para a casa de origem, que o aprova com ou sem as modificações. Se a casa de origem rejeita as modificações, prevalece o seu texto original.

Também admitimos a derrubada do veto, o que no Brasil exige maioria absoluta e não é tão difícil de conseguir, mas em Montesquieu não existe a idéia da derrubada do veto. Qualquer faculdade de impedir manifestada, seja pela câmara alta ou baixa, seja pelo rei, em Montesquieu, que no caso do rei, chama-se veto, não há como superar. No modelo americano, o veto é superável; porém, é muito difícil superá-lo nos Estados Unidos, pois se exige dois terços dos votos dos parlamentares. No Brasil, é mais simples, apesar de não ser muito freqüente.

Mencionei cinco grandes diferenças e se quisesse mencionar outra, naturalmente, comentaria sobre o Poder Judiciário, pois, no Brasil, tal qual ocorre nos Estados Unidos, é muito diferente do modelo que encontramos em Montesquieu, porque o Poder Judiciário também não é neutro e exerce, no mínimo, a faculdade de impedir tal qual a Suprema Corte americana, convocado no caso, na declaração de inconstitucionalidade.

Quero fazer uma breve transição para chegar ao final do meu comentário. Quando copiamos o modelo institucional de controle de constitucionalidade dos Estados Unidos, não veio junto o chamado *stare decisis*, que é um princípio cultural que existe nos Estados Unidos, segundo o qual, uma vez decidido um caso concreto pela Suprema Corte, há uma tendência natural de os demais juízes americanos seguirem a mesma decisão.

Tocqueville disse que a Suprema Corte não decide casos, em tese, em abstrato. Porém, as leis que são declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte americana, pela sucessão de estocadas que leva caso a caso, acaba sendo, na prática, colocadas em desuso, o que ocorre, especialmente, pelo *stare decisis*. É curioso que a Suprema Corte americana, que decide casos concretos, um caso em geral sobre cada matéria, essa decisão da Suprema Corte tende a se universalizar por força do chamado *stare decisis*.

Quando o modelo difuso americano foi copiado pelo Brasil, em 1890, adotado posteriormente pela Constituição brasileira de 1891, não veio o *stare decisis*, porque é um dado cultural, e dados culturais não se copiam ou não se copiam com muita facilidade; copiou-se o seu modelo difuso, mas não se trouxe o seu elemento de harmonização, *stare decisis*. Arrisco a dizer que a evolução do Poder Judiciário no Brasil, no ponto de vista do processo constitucional, é uma verdadeira busca dos *stare decisis*, do elemento que faltou.

Vejam alguns exemplos: primeiro, a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, adotada pela Constituição brasileira de 1934, foi o primeiro sucedâneo de ordem normativa à falta do *stare decisis*; depois, ainda na Constituição de 1934, a norma constitucional, que atualmente consta do art. 97 da Constituição atual, segundo a qual só em Plenário podem os tribunais declarar inconstitucional uma lei, hoje se diz também pelos seus órgãos especiais, essa norma também é um mecanismo de uniformização, ainda que interno aos tribunais, mas que funciona como uma espécie de *stare decisis* interno ao tribunal em causa.

O terceiro passo em busca do *stare decisis* entre nós é a própria adoção da representação de inconstitucionalidade pela [Emenda Constitucional nº 16](#), de 1965. A guinada que o sistema institucional brasileiro deu para o controle concentrado é, de certa maneira, também, uma busca daquela uniformidade que não alcançamos pela falta de *stare decisis*.

A [Emenda Constitucional nº 7](#), de 1977, que foi uma reforma do Poder Judiciário, adotou a chamada representação interpretativa, que, regulamentada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, tinha força de lei, outro sucedâneo normativo à falta do *stare decisis* entre nós.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade da Constituição de 1988, quando amplia a legitimação ativa para deflagrar o controle concentrado, também funciona como um sucedâneo ao *stare decisis*, porque acentua o acesso, pela via concentrada ao controle de constitucionalidade no Brasil.

Logo depois, na [Emenda Constitucional nº 3](#), de 1993, vem o efeito vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, outro sucedâneo normativo ao *stare decisis* entre nós.

O Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho mencionou a Lei nº 9.868, que estende o efeito vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade, e a Lei nº 9.882, que reconhece o efeito vinculante à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), também militam nesse sentido.

Por fim, a adoção da súmula vinculante é o último elemento que a última reforma do Poder Judiciário nos trouxe como sucedâneo normativo à falta do *stare decisis* no País.

O nosso sistema de controle de constitucionalidade ou as reformas do Poder Judiciário, do ponto de vista do processo constitucional, podem ser interpretados como uma verdadeira busca do *stare decisis*, elemento que nos faltou e que, no modelo americano, funciona como um instrumento de uniformização e de harmonização das decisões do Poder Judiciário.

Na minha opinião, no momento, nada disso é a grande novidade em matéria de controle de constitucionalidade, de processo constitucional ou de evolução da separação de Poderes no que toca o Poder Judiciário no Brasil. A grande novidade em matéria de processo constitucional é a nova composição do Supremo Tribunal Federal, que trouxe um dado fundamental, que é a revisão de uma série de entendimentos jurisprudenciais que, no caso do Brasil, eram bastante antigos. Não faço nenhum juízo de valor, se isso foi bom ou mal, pois depende da ótica do jurisdicionado interessado, apenas quero examinar o fato das modificações de jurisprudência.

Vamos a alguns exemplos: a primeira jurisprudência que mudou no Supremo Tribunal Federal diz respeito ao regime de cumprimento de pena integralmente fechado nos casos crimes hediondos, que surgiu de uma lei de 1990 e ficou a valer até tempos recentes, ou seja, ficou em vigor em torno de quinze anos, e o Supremo Tribunal Federal, em um julgado de 2007, passou a entender que o regime fechado integral para o cumprimento de penas decorrentes de crime hediondos era inconstitucional. Tanto foi uma novidade radical que o Supremo decidiu com eficácia para o futuro, **ex nunc**. Embora ainda não tenha sido decidida ainda, mas tudo indica que o Supremo vai visitar o seu entendimento sobre a prisão civil do chamado depositário infiel.

Outro exemplo bastante interessante é o da fidelidade partidária, que o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho já exauriu. O Supremo Tribunal Federal também trouxe uma modificação de jurisprudência bastante interessante no que se refere ao controle de medidas provisórias que abrem crédito extraordinário na [Ação Direta de Inconstitucional nº 4.048](#), que é uma grande novidade também, mais uma alteração profunda da jurisprudência anterior.

Talvez aquele que seja o exemplo mais marcante e didático é o do mandado de injunção, que servia apenas para modificar o poder omisso da sua inércia, para tentar influenciá-lo de forma a que se movesse, e passou a ter um perfil, digamos, mais ativo, ou mais ativista, como alguns prefeririam.

Essas são as modificações de jurisprudência que citaria, que certamente são muito mais agudas do que aquelas trazidas em nível positivo por leis ou emendas constitucionais que alteraram a Constituição. Com isso o Supremo Tribunal Federal passou a ter uma atividade decisória muito mais marcante do ponto de vista da vida do cidadão comum. No fundo, o que aconteceu foi um aprofundamento daquilo que o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, desde 1993, em um artigo de título muito sugestivo acenava *A Politização do Judiciário e a Judicialização da Política*, ou seja, cada vez mais questões políticas são levadas ao Judiciário e decididas por ele ou assume o protagonismo na decisão de questões que originalmente eram ou deveriam ser políticas.

Como lidar com isso? Aproveito para concluir, mas não sem antes contar um fato bastante dramático referente a esse assunto. Em certos círculos é conhecido o caso de um deputado que, certa vez, foi identificado no plenário do Supremo Tribunal Federal. As semanas se passavam e esse deputado sempre estava presente no plenário do Supremo Tribunal Federal, até que, indagado: "Deputado, por que o Senhor está aqui, quarta ou quinta-feira e não lá no plenário da Câmara dos Deputados, uma vez que está acontecendo sessão deliberativa?" E a resposta do deputado foi: "Eu integro um partido cuja bancada é composta por um único deputado, eu. É muito melhor eu acompanhar as decisões do Supremo Tribunal Federal e manejar Ação Direta do que ficar lá votando, sendo que meu voto não mudará em nada".

De fato, o Supremo Tribunal Federal funciona como uma terceira Casa legislativa. Diria que é um legislador negativo. Câmara dos Deputados e Senado Federal elaboram leis, e quando são inconstitucionais, a terceira Casa legislativa, o Supremo Tribunal Federal as desfaz. Atualmente, o Supremo Tribunal Federal não só desfaz leis inconstitucionais como possui também decisões ditas aditivas, que agregam um direito novo à ordem jurídica brasileira. Como lidar com isso?

Na minha conclusão cito o último livro de um autor bastante cultuado no Brasil atualmente, Ronald Dworkin, que, traduzindo do inglês, é algo do tipo *É Possível uma Democracia Aqui? – Is Democracy Possible*

*Here?* Enfim, é um livro bastante crítico à democracia americana, mais ou menos na linha de um autor que o Professor Manoel Gonçalves gosta muito, chamado Robert Alan Dahl, que tem um livro bastante crítico à democracia americana em que o título também é uma pergunta: *Quão Democrática é a Constituição Americana?*

Um parêntese: tive notícia de que há uma tradução para o espanhol do último livro do Dworkin, com o título bastante interessante, *La Democracia Possible, A Democracia Possível*. Curiosamente, o título de um dos livros do Professor Manoel Gonçalves, livro bastante corajoso, que ele escreveu em plena década de 70, no contexto que sabemos, porque propunha um modelo bastante radical de democracia, construída a partir das bases populares.

Vou apenas citar uma proposta **de lege ferenda** que Ronald Dworkin faz referente ao Poder Judiciário, a qual introduz da seguinte maneira? Conta Ronald Dworkin que o Presidente Dwight David Eisenhower, quando saiu da Presidência dos Estados Unidos da América, declarou que havia cometido dois erros maiúsculos em sua presidência, e os dois estavam na Suprema Corte americana.

O Presidente Eisenhower referia-se ao *Chief Justice* que indicara, Warren Court, e a um juiz associado à Suprema Corte, que também indicara, William Joseph Brennan, que eram identificados como conservadores e passaram a ter atitudes muito liberais do ponto de vista do Presidente Eisenhower.

Diz Dworkin que o grande drama na Suprema Corte americana é que lá não há regra de aposentadoria compulsória, seus membros permanecem até pedirem aposentadoria, até morrerem ou até perderem o *good behavior*, um bom comportamento, que é aferido em nível parlamentar e pode, eventualmente, implicar *impeachment* do membro da Suprema Corte americana. É muito comum a prática dos seus membros deixarem para se aposentar quando sobrevenha uma presidência do mesmo partido do presidente que o indicara, porque existe a busca de um equilíbrio entre os dois partidos dominantes dos Estados Unidos em relação às indicações para a Suprema Corte americana. Em especial,

considerando que uma vez indicado e empossado um *chief justice*, ele se mantém durante muito tempo na Corte influenciando a sua jurisprudência.

Dworkin considera que o grande problema da Suprema Corte americana é a longevidade da permanência dos seus membros, influenciando as gerações. Quando a escolha, porventura tenha sido equivocada, o erro se protraí muito no tempo. Qual a solução oferecida por Dworkin – o que é bastante curioso – é a mesma que os europeus encontraram, é estabelecer o prazo do mandato para os membros da Suprema Corte americana, que ele propõe algo em torno de quinze anos.

Aprofundando-me nessa questão, se realmente quisermos um Judiciário, em especial um Supremo Tribunal Federal, mais ativista como se diz é preciso aproximá-lo mais de um modelo de tribunal constitucional. Engraçado, comecei a falar de Suprema Corte e agora falo de tribunal constitucional. Mas a Suprema Corte é um tribunal constitucional. Não é à toa que Dworkin pretende para a Suprema Corte americana uma solução européia de tribunal constitucional, qual seja, o de estabelecer o mandato. Não é o mandato em si; o importante é que os mandatos não sejam coincidentes e implique em trocas e em rodízios. Por exemplo, a Corte Constitucional italiana, não digo tribunal constitucional, porque ela própria se chama Corte Constitucional italiana, que possui quinze membros e todos eles têm nove anos de mandato. A cada três anos um quinto é trocado; ou seja, nunca há trocas bruscas de maioria, para que fique muito acentuado que as jurisprudências são da Corte e não dos seus membros. Mais do que isso, para que não se proporcione ao mesmo Governo trocar, de repente, a maioria da Corte, de forma que haja previsibilidade nas suas decisões e se acentue o valor da segurança jurídica; em especial para que se preserve aquilo que Hans Kelsen já apontava como uma das principais missões do tribunal constitucional, o seu papel contra majoritário, ou seja, declarar inconstitucionais os eventuais abusos da maioria parlamentar.

Além disso, aqui olho para Kelsen – pois Dworkin não chega a acentuar esse ponto, porque não é um problema dos Estados Unidos –, mas antes de pensar qualquer coisa dessa natureza para o Brasil,

pensaria, sobretudo, em aumentar a maioria de aprovação dos membros do Supremo Tribunal Federal, antes de pensar em mandatos, mandatos não coincidentes, rodízio etc., que é algo muito sofisticado.

Atualmente, essa maioria é absoluta. Quanto maior essa maioria, por exemplo, dois terços, que é a maioria exigida para aprovar membros indicados ao Tribunal Constitucional alemão, ou quatro quintos, a maioria de aprovação de aprovação de membros do Tribunal Constitucional espanhol, maior é a obrigação de os diferentes grupos partidários se entenderem quanto à indicação. Jamais um partido consegue impor um nome. O importante é que haja acordo. O resultado disso na Alemanha é que, em geral, são juristas que são indicados para o seu Tribunal Constitucional alemão, o que, de certa maneira, se repete em vários outros países, notadamente, Itália, Espanha e, em boa medida, também, em Portugal e, enfim, normalmente a indicação recai sobre um sujeito reconhecido, legitimado por diferentes grupos partidários porque, se não fosse assim, a maioria muito elevada de aprovação não permitiria aprovação de uma pessoa comprometida.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro é um caso muito interessante. Nos últimos sete anos, foram trocados nove membros, contando só no Governo Luiz Inácio Lula da Silva foram trocados sete membros. O Presidente Fernando Henrique indicou no ano 2000 a Ministra Ellen Gracie Northfleet e, no ano de 2001, o Ministro Gilmar Mendes e depois outros sete ministros foram indicados pelo Governo Lula. O Supremo Tribunal Federal, se forem analisadas as últimas decisões, é um tribunal constitucional – não nego ao supremo este rótulo – que exerce muito bem o seu papel contra majoritário, basta lembrar duas medidas provisórias do atual Governo que o Supremo Tribunal Federal não hesitou em declarar inconstitucionais. Refiro-me à [Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.964](#), relatada pelo Sr. Ministro Carlos Ayres Britto e [Ação Direta nº 4.048](#), relatada pelo Sr. Ministro Gilmar Mendes.

Não tenho dúvida de que o Supremo Tribunal Federal exerce papel contra majoritário, o que não nos impede de pensar em um Supremo Tribunal Federal ainda mais ajustado do ponto de vista institucional, em

especial, no que toca a um Tribunal que exercita poderes decisórios aditivos. Por que não pensar, então, numa maioria de aprovação dos indicados ao Supremo Tribunal Federal e, no momento subsequente, por que não pensar também em mandatos para os membros do tribunal, renovados em rodízio.

Até que ponto detemos ver com bons olhos passar o Poder Legislativo do Congresso para o Judiciário em geral e para o Supremo Tribunal Federal em particular. É uma coisa boa? Certamente, muitos estão pensando que o Congresso não decide, porque há uma crise decisória no Congresso Nacional. Então, a solução seria qualificarmos cada vez mais o Congresso Nacional. O problema é pensar eleição pós-eleição. É uma questão de aprendizado democrático. E a nossa democracia é muito jovem ainda e a democracia somente se constrói na medida em que houver perseverança em torno da democracia.

Vou encerrar com uma meditação é do Michelangelo Bovero, discípulo do Norberto Bobbio, que diz: “Minimizar ou menosprezar a importância da deliberação parlamentar não é o modo de tornar a democracia mais eficiente, mas sim de torná-la menos democrática”. Por exemplo, passando o Poder Legislativo para o Supremo Tribunal Federal, aceitando um mandado de injunção, que funciona como medida provisória, ou a súmula vinculante, que funciona como a verdadeira medida provisória, com a diferença de fazer coisa julgada e não vão a conversão em lei.

Com isto mais uma vez agradecendo aos organizadores do evento e pedindo perdão pelo caráter prolixo da minha fala, agradeço a atenção de todos.

Muito obrigado.

**PATRÍCIA ROSSET**

Gostaria de agradecer ao Professor Levi pela excelente palestra e, para finalizar, agradeço à Dra. Célia Cristina Santos Silva e o Professor Dilnei Lorenzi pelo convite aqui formulado e por me dar oportunidade de presidir uma Mesa tão brilhante.

Muito Obrigada.

**RIOGRANDINO TABAJARA BARBOSA ALVES BRANCO**

Encerramos os trabalhos desta manhã.