



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

ORLANDO FLORES DE MIRANDA

PRINCÍPIOS FEDERATIVOS E O NEOCONSTITUCIONALISMO

ESTUDO DE PRECEDENTE: ADIN N.º 3.756-1/600-DF

GASTO COM PESSOAL NO ÂMBITO DO DISTRITO FEDERAL

Brasília
2013

ORLANDO FLORES DE MIRANDA

PRINCÍPIOS FEDERATIVOS E O NEOCONSTITUCIONALISMO

ESTUDO DE PRECEDENTE: ADIN N.º 3.756-1/600-DF

GASTOS COM PESSOAL NO ÂMBITO DO DISTRITO FEDERAL

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Gestão Pública: Novas Tendências do Direito Público.

Orientador: **Prof. Msc Rui Magalhães Piscitelli**

ORLANDO FLORES DE MIRANDA

PRINCÍPIOS FEDERATIVOS E O NEOCONSTITUCIONALISMO

ESTUDO DE PRECEDENTE: ADIN N.º 3.756-1/600-DF

GASTOS COM PESSOAL NO ÂMBITO DO DISTRITO FEDERAL

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu*.

Orientador: **Prof. Msc Rui Magalhães Piscitelli.**

Brasília, 22 de março de 2013.

Banca Examinadora

Prof. Msc. André Pires Gontijo

Prof. Dr. Gilson Ciarallo

Dedico este trabalho a todos os meus
professores e colegas que me ajudaram a trilhar
o caminho do conhecimento.

AGRADECIMENTOS

A
Maria Isabel, minha esposa,
pelo apoio incondicional.

Aos
Meus filhos, Letícia e Lester,
com afeto e a dedicação de sempre.

A
Nicole, minha Neta, pela inocência.

A
meus irmãos, Milton, Evando, Dinair e Sônia,
por me mostrar que a vida não pode deixar de ser,
também, uma aventura.

As memórias de
Geraldo Pereira Flores e Isabel Rosa de Miranda.

Aos
colegas de trabalho, Cíntia, Ronan, Gabriela e Tatiane e Fernando,
pelo apoio e por suportarem minhas ausências.

Ao
Professor Orientador Msc. Rui Magalhães Piscitelli,
agradecimento especial, pelo incentivo e pela confiança
que depositou, desde o início, neste trabalho.

CONQUISTA

“Ama-se mais o que se conquistou com mais trabalho”. – Aristóteles.

RESUMO

O estudo pretende identificar os princípios federativos sob a ótica do neoconstitucionalismo, a modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, quando declarada a constitucionalidade dos dispositivos impugnados; a situação político-administrativa do Distrito Federal, na república federativa do Brasil; e por fim, se há ou não vinculação dos agentes públicos e privados, aos pareceres emitidos pelos Tribunais de Contas. Para alcance desses objetivos foi utilizada a metodologia do estudo de precedente, feito a partir da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.756-1/600-DF e revisão bibliográfica, que consiste na consulta a manuais, cursos e artigos de doutrinadores consagrados na literatura de direito constitucional brasileiro e nas constituições brasileiras de 1891 a 1988. Essa revisão consiste no estudo de princípios federativos e hermenêutica constitucional, com enfoque no novo direito constitucional, para compreensão da análise da ADI n.º 3.756-1/600-DF, na coleta e análise de dados nas constituições brasileiras no período de 1891 a 1988, especialmente, para identificação da personalidade jurídico-administrativa do Distrito Federal, na Constituição de 1988 e análise dos dados no sentido de identificar se houve simetria do status constitucional identificado com o enquadramento feito pela Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000. O estudo foi desenvolvido a partir da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.756-1/600/2006-DF, proposta pela Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Essa análise possibilitou identificar como se processou a modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade dos dispositivos impugnados; a análise da consulta feita ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, no sentido de se esclarecer sobre a vinculação ou não do Parecer emitido. Assim, o estudo permitiu chegar às seguintes conclusões: que o Distrito Federal é parte integrante da unidade federativa do Brasil, com status de Estado, que as decisões dos Tribunais de Contas têm natureza jurídica vinculante, com efeitos “*erga omnes*” e que, a modulação dos efeitos sobre lei declarada constitucional é o seu enquadramento conforme disposição legal.

Palavras-chave: Princípios Federativos. ADIn n.º 3.756-1/600-DF. Controle Externo. Efeitos das decisões do STF.

ABSTRACT

The study aims to identify the principles from the perspective of the federal neoconstitutionalism, modulation effects of the decision of the Supreme Court, when declared the constitutionality of the challenged provisions, the political and administrative situation of the Federal District, the federal republic of Brazil, and finally, whether or not linking the public and private agents, the opinions issued by the Court of Accounts. To achieve these goals we used the methodology of the previous study, done from the analysis of the Direct Action of Unconstitutionality n. ° 3.756-1/600-DF and literature review, which consists of consulting manuals, courses and articles of scholars devoted in the literature of constitutional law in Brazil and Brazilian constitutions from 1891 to 1988. This review is the study of principles and federal constitutional hermeneutics, focusing on new constitutional right, to understand the analysis of ADI n. ° 3.756-1/600-DF, collecting and analyzing data in Brazilian constitutions in the period from 1891 to 1988, especially to identify the juridical-administrative character of the Federal District, in the 1988 Constitution and analyze data to identify whether there were constitutional status of symmetry identified with the framing done by Complementary Law. 101 of May 4 2000. The study was developed to calve analysis of Direct Action of Unconstitutionality n. ° 3.756-1/600/2006-DF proposed by the Bureau of Legislative Chamber of the Federal District. This analysis enabled us to identify sued as modulating the effects of the declaration of constitutionality of the challenged provisions, the analysis of the query made to the Court of the Federal District, in order to clarify whether or not the binding of the Opinion. Thus, the study led to the following conclusions: that the Federal District is part of the federal unit of Brazil, with the status of State, that the decisions of the Courts of Accounts have legal binding with effect "erga omnes" and that the modulating effects on law declared constitutional framework as is his legal provision.

Keywords: Principles Federated. ADIn n. 3.756-1/600-DF thereof. External Control. Effects of the decisions of the Supreme Court.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMB	Associação dos Magistrados do Brasil
AGU	Advocacia Geral da União
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF	Constituição Federal
CLDF	Câmara Legislativa do Distrito Federal
CADE	Conselho Administrativo em Defesa da Economia
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
GDF	Governo do Distrito Federal
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia
LC	Lei Complementar
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MLDF	Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal
MPF	Ministério Público Federal
MPDFT	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
STF	Supremo Tribunal Federal
RA	Região Administrativa
RCL	Receita Corrente Líquida
TCU	Tribunal de Contas da União
TCDF	Tribunal de Contas do Distrito Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 PRINCÍPIOS FEDERATIVOS E O NEOCONSTITUCIONALISMO.....	15
1.1 Teorias desenvolvidas.....	15
1.1.1 A teoria Tópica.....	15
1.1.2 A teoria da argumentação jurídica.....	15
1.1.3 Teoria da Hermenêutica constitucional: considerações gerais, conceito e métodos de interpretação constitucional.....	16
1.1.3.1 O método jurídico (= hermenêutico clássico).....	17
1.1.3.2 O método tópico-problemático.....	19
1.1.3.3 O método científico-espiritual.....	20
1.1.3.4 O método normativo-estruturante.....	21
1.2 Princípios e regras.....	22
1.2.1 Considerações gerais e conceituação de princípios e regras.....	22
1.3 Critérios de distinção entre princípios e regras.....	24
1.4 Princípio republicano.....	31
1.5 Princípio do Estado Democrático de Direito.....	32
1.6 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	34
1.7 Princípio da separação dos poderes.....	36
1.8 Princípio da segurança jurídica.....	40
1.8.1 Princípio da irretroatividade da lei.....	42
1.8.2 Ato jurídico perfeito.....	42
1.8.3 Direito adquirido.....	44
1.8.4 Coisa julgada.....	46
1.9 Princípio da razoabilidade e proporcionalidade.....	47
1.9.1 Origem.....	47
1.9.2 Questões terminológicas preliminares.....	49
1.9.3 Proporcionalidade e razoabilidade.....	50
1.9.4 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	51
1.9.5 A regra da proporcionalidade e seus elementos.....	53

1.9.5.1 Adequação.....	54
1.9.5.2 Necessidade.....	56
1.9.5.3 Proporcionalidade em sentido estrito.....	57
1.9.5.4 A regra da proporcionalidade no direito brasileiro.....	58
1.10 Neoconstitucionalismo: o novo direito constitucional.....	59
1.10.1 Marco histórico do neoconstitucionalismo.....	62
1.10.2 Marco filosófico do neoconstitucionalismo.....	63
1.10.2.1 Jusnaturalismo: Direito Natural.....	65
1.10.2.2 Juspositivismo: Direito positivo.....	65
1.10.3 Marco teórico do neoconstitucionalismo.....	67
2 APRESENTAÇÃO DA ADIn N.º 3.756-1/600-DF.....	71
2.1 Legitimidade para propor Ação direta de Inconstitucionalidade.....	72
2.1.1 Legitimidade ativa.....	72
2.1.2 Legitimidade passiva.....	73
2.2 Objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.756-1/600/2006.....	73
2.2.1 Da inconstitucionalidade.....	74
2.3 Dos fundamentos do direito.....	74
2.3.1 Da responsabilidade Fiscal e a autonomia dos entes federativos: necessidade de uma relação harmoniosa.....	74
2.3.2 Limites das despesas com pessoal: limite global e sua repartição entre os órgãos de um ente federativo.....	75
2.3.3 Da suspensão liminar da eficácia da norma.....	78
2.3.3.1 Do periculum in mora.....	79
2.3.3.2 Do <i>fumus boni iuris</i>	80
2.3.3.3 Das causas de pedir.....	81
2.4 Do pedido.....	83
2.5 Das entidades intimadas a se manifestarem no processo.....	84
2.5.1 Manifestação do Ministério Público do Distrito Federal.....	84
2.5.2 Manifestação do Congresso Nacional.....	86
2.5.3 Parecer da Advocacia Geral da União- AGU.....	89
2.5.4 A participação da Procuradoria-Geral da República.....	91
2.6 Amicus Curiae.....	92
2.6.1 Conceito e Natureza Jurídica do Amicus Curiae.....	94

2.6.2	Possibilidade de sustentação oral.....	95
2.7	Voto do Ministro Carlos Ayres Britto.....	97
2.8	Dos Embargos Declaratórios.....	99
2.9	Efeitos da Decisão do Supremo Tribunal Federal.....	102
3	O DISTRITO FEDERAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	104
3.1	Histórico da criação do Distrito Federal.....	104
3.2	Caracterização do Governo do Distrito Federal.....	105
3.3	Poder Legislativo.....	106
3.4	Poder Executivo.....	107
3.5	Poder Judiciário.....	108
3.6	Tribunal de Contas do Distrito Federal.....	109
3.6.1	Competências dos Tribunais de Contas	109
3.6.1.1	Considerações iniciais.....	109
3.6.2	A contribuição de Lock.....	110
3.6.3	A contribuição de Montesquieu.....	110
3.6.4	A contribuição dos Federalistas.....	111
3.7	Competências do Tribunal de Contas do Distrito Federal.....	112
3.8	Objeto da consulta.....	115
3.8.1	Fundamentos do objeto da consulta.....	115
3.9	Da aproximação do distrito Federal com os Estados.....	115
3.10	Da aproximação do Distrito Federal com os Municípios.....	118
3.11	Lei de Responsabilidade Fiscal.....	119
3.12	O Parecer do Tribunal de Contas do Distrito Federal Vincula.....	120
	CONCLUSÃO.....	123
	REFERÊNCIAS.....	126

INTRODUÇÃO

A partir dos ideais iluministas que culminaram na revolução francesa de 1789, a sociedade passou a buscar valores coletivos, tais como: culturais, éticos, morais, religiosos, sociológicos e filosóficos. Esses ideais deram impulso ao fenômeno do neoconstitucionalismo. Significa dizer, uma nova proposta para a prática do direito, emergido do convívio social, no mundo real.

Dentre as características do neoconstitucionalismo pode-se destacar o deslocamento do direito constitucional para o centro dos ordenamentos jurídicos. Nesse contexto, o intérprete do Direito dará preferência à aplicação das normas e regras constitucionais. O hermeneuta na solução dos casos concretos dará preferência a utilização das regras constitucionais ao invés de leis infraconstitucionais.

É nesse contexto que emerge o objetivo central desse trabalho. Este consiste em compreender a aplicação prática do instituto da modulação dos efeitos em leis declaradas constitucionais a partir do estudo de precedente do Supremo Tribunal Federal, e verificar a maneira como se dá essa modulação, no que diz respeito à limitação dos gastos com pessoal no âmbito do Distrito Federal.

Esse objetivo foi subdividido em três objetivos específicos, quais sejam:

1) Analisar os princípios constitucionais que sustentam a proposta do Novo Direito Constitucional, como elemento de sustentação do Estado Democrático de Direito;

2) Contextualizar a declaração de constitucionalidade da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, em razão da redução dos gastos com pessoal de seis por cento para três por cento; e

3) Demonstrar os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, quando a Lei foi declarada constitucional.

Com fins de alcançar os objetivos supra, foi realizada revisão bibliográfica, onde se buscou traçar um panorama geral sobre os princípios constitucionais e a teoria constitucional; em seguida proceder-se a identificação da situação político-administrativa do Distrito Federal, a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.756-1/600-DF, e por fim, análise sobre o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Para se chegar à definição da personalidade jurídica do Distrito Federal foi realizada análise das constituições brasileiras de 1891 a 1988, com coleta de dados e comparação das estruturas político-administrativas do Distrito Federal, para identificar o correto enquadramento na Lei Complementar n.º 101/2000.

A partir do estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade foram tabuladas informações no sentido de demonstrar o cenário político-administrativo do Distrito Federal, voltado para as dimensões: aproximação com os Estados-membros e aproximação com os Municípios e suas conseqüências para efeito da limitação dos gastos com pessoal.

Por fim, o trabalho foi desenvolvido a partir do estudo de precedente, qual seja, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.756-1/600/2006, proposta pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, com atenção especial para verificação do instituto da modulação dos efeitos de lei declarada constitucional pela Corte Suprema.

Espera-se demonstrar com este estudo a importância da aplicação da Lei Complementar n.º 101/2000, para a estabilidade do sistema financeiro da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. A fixação dos limites dos gastos com pessoal revelou-se instrumento importantíssimo para o equilíbrio das contas públicas, pois assegura investimentos em programas e políticas públicas de relevância social.

Do ponto de vista social, esta reflexão contribuirá para esclarecer e divulgar os conceitos do novo direito constitucional, especialmente, nos seus marcos teórico, histórico e filosófico. Contribuirá também, para o entendimento dos fundamentos normativos, metodológicos, axiológicos e organizacionais da Constituição Federal e da Lei Complementar n.º 101/2000.

Sob a ótica acadêmica, a presente pesquisa traz ao debate as transformações pelas quais passou o Distrito Federal em face da declaração de constitucionalidade da Lei Complementar n.º 101/2000. A definição da personalidade jurídica do Distrito Federal, propõe discussões de temas como: a utilização dos princípios federativos, a vinculação do Parecer do Tribunal de Contas do Distrito Federal, a definição de receita líquida para efeito dos gastos com pessoal.

Do ponto de vista pessoal, o interesse pelo tema nasceu da perspectiva em definir de modo conclusivo a personalidade jurídica do Distrito Federal, libertando-o da concepção patrimonial e individualista, para uma nova concepção de gestão pública. Da

vontade de libertar o Gestor Público das amarras burocráticas, capazes de embargar projetos especiais de interesse social.

Os temas de interesse da pesquisa foram estruturados em três Capítulos:

No Capítulo 1 os estudos foram centrados na compreensão do tempo histórico e sua transcendência para o tempo real, a partir da análise dos princípios constitucionais e da teoria constitucional e aplicação prática pelo Supremo Tribunal Federal.

No Capítulo 2 preocupação foi no sentido estudar o precedente com o objetivo de entender a aplicação prática do elemento da ponderação na solução de casos especiais. Para alcançar esse objetivo foi analisada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.756-1/600/2006, que teve por objeto impugnar o inciso II do § 3º do art. 1º combinado com os incisos II e III do art. 20 da Lei Complementar n.º 101/2000, que dispõe sobre a fixação de limites de gastos com pessoal para União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Por último, no Capítulo 3 dedicou-se a estudar dois temas de interesse para o estudo: o primeiro consiste em identificar o Distrito Federal na estrutura federativa do Brasil, no que tange à identificação do status na organização do Estado. O segundo se refere à função controle com a preocupação de identificar as suas competências, especificamente no que diz respeito à vinculação ou não dos entes às suas decisões.

1. PRINCÍPIOS FEDERATIVOS E O NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1 Teorias desenvolvidas

1.1.1 A teoria tópica

A teoria tópica se dedica a examinar o momento que antecede a formação da vontade decisória, a busca e o manejo das premissas decisórias.

O que a teoria pretende mostrar é que essas premissas não são necessariamente materiais que é muito mais presa aos fatos, aos problemas concretos, do que aos conceitos dogmáticos do sistema normativo.

Trata da necessidade da argumentação racional no Direito e de substituir a lógica formal impessoal por uma lógica do razoável, para uma disciplina que, definitivamente, se baseia na intersubjetividade humana e na justiça que há de guiar toda alteridade buscando solucionar os problemas da convivência social.¹

1.1.2 A teoria da argumentação jurídica

A teoria da argumentação jurídica constitui-se o maior desafio dado ao operador do direito e constitui na melhor interpretação: quando advogado ou promotor, na busca dos interesses de seu cliente e da sociedade, respectivamente; quando magistrado, no melhor empenho de adequação objetivando um sentido de correção para atendimento da tutela jurisdicional.

Os novos rumos dados aos princípios como fonte interpretativa acalorou debates na era pós-positivista sob o prisma de se efetivar justiça de forma justa, sempre levando em conta a transcendência da interpretação positivista, mormente no estabelecimento dos conflitos dos institutos; regras e princípios.

¹ Disponível em: <http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/1174266>. Acesso em: 3 abr. 2012, 20:05.

1.1.3 Teoria da Hermenêutica Constitucional: Considerações gerais, conceito e métodos de interpretação constitucional

São os postulados hermenêuticos para que o intérprete possa fazer uma boa interpretação, ou seja, uma interpretação segura, consistente, constitucionalmente adequada. Esses métodos e postulados geralmente não se excluem antes se complementam.

Aliás, um bom exercício hermenêutico é fazer uma “prova dos nove”: testar mais de um método para saber se é possível chegar a um mesmo significado.²

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes³, em citação feita a Gomes Canotilho, para quem a questão do “método justo”, em direito constitucional, é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística, devemos enfatizar que, atualmente, a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos e de princípios⁴, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas, diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares).

Em virtude dessa variedade de métodos hermenêuticos e do modo, até certo ponto desordenado, como eles são utilizados pelos seus operadores, o primeiro grande problema a ser enfrentado pelos intérpretes da Constituição parece residir, de um lado, e paradoxalmente, na riqueza desse repertório de possibilidades e, de outro, na inexistência de critérios que possam validar a escolha dos seus instrumentos de trabalho.

Segundo Walber de Moura Agra, não há um procedimento único para o processo interpretativo que vincula o operador de forma obrigatória. Na realidade, existem vários métodos interpretativos que podem ser usados pelo operador para realizar a concretização das normas constitucionais. Elas podem ser classificadas como métodos tradicionais, presentes no texto das normas, como a interpretação gramatical, histórica,

² Sugestão feita pelo Professor: CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Roteiro de interpretação constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2300, 18 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13682>>. Acesso em: 17 maio 2012, 20:10.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 2008, p. 97. A respeito do “método justo”, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., (2ª reimpressão). Coimbra, Portugal, Almedina, 2003, p. 1210.

⁴ Não é objeto desse estudo a análise dos princípios, estes receberão tratamento especial oportunamente, portanto, serão analisados apenas os métodos de interpretação.

sistemática, teleológica, e em métodos não convencionais, como, por exemplo, a tópica de Viehweg e a metódica estruturante de Müller⁵.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada. Sugerem-se aqui três dimensões importantes da interpretação da constituição:

- 1) interpretar a constituição significa procurar o direito contido nas normas constitucionais;
- 2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma atividade – actividade complexa – que se traduz fundamentalmente na “adscrição” de um significado a um enunciado ou disposição linguística (“texto da norma”); e
- 3) o produto do acto de interpretar é o significado atribuído.

Em referência feita a TARELLO, o constitucionalista Português traz a seguinte definição para interpretação constitucional:

A definição do texto põe em relevo a componente adscritivo-decisória da interpretação, afastando-se de uma concepção de interpretação como actividade meramente cognoscitiva ou dirigida ao conhecimento. A actividade do intérprete (“discurso do intérprete”) conduz-se à seguinte forma standard: “T” significa “S”, em que T é a variável do texto normativo (enunciados) e S a variável do sentido ou significado atribuído pelo intérprete ao texto.⁶

Em síntese, a interpretação constitucional consiste num processo intelectual por meio do qual enunciados linguísticos que compõem a constituição transformam-se em normas (princípios e regras constitucionais), isto é, adquirem conteúdo normativo.

1.1.3.1 O método jurídico (= hermenêutico clássico)

O conceito de hermenêutica se diferencia do conceito de interpretação.⁷ Hermenêutica é o estudo científico da interpretação, com um método e um objeto previamente definidos e interpretação é a busca apelo verdadeiro alcance da lei, almejando os meios que concretizem o objetivo traçado na norma.

Os métodos clássicos de interpretação constitucional, são os seguintes:

⁵ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 58.

⁶ Cfr. Por ex., Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, Cap. I, apud CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 1201.

⁷ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 57.

- a) Interpretação literal: é a interpretação consistente em analisar a norma de forma restrita, verificando apenas o valor do seu sentido, buscando sua exatidão e fidelidade;
- b) Interpretação gramatical: é a que toma por base a semântica das palavras e sua função gramatical. Esse método de interpretação tem significativa importância para o aprimoramento da redação das normas;
- c) Interpretação histórica: baseia-se na investigação dos antecedentes fáticos que deram ensejo à norma;
- d) Interpretação lógica: resulta de uma interpretação baseada em métodos lógicos, como a presunção, a indução e a dedução;⁸
- e) Interpretação lógico-sistemática: toma como vetor o sistema no qual o texto normativo está inserido e procura estabelecer a concatenação entre este e os demais elementos componentes;⁹
- f) Interpretação sociológica: tem a finalidade de adaptar a lei às necessidades sociais, concebendo o direito como um processo de interação constante com a sociedade.¹⁰

O método jurídico parte da consideração de que a constituição é, para todos os efeitos, uma lei. Interpretar a constituição é interpretar uma lei (tese da identidade: interpretação constitucional = interpretação legal). Para se captar o sentido da lei constitucional devem utilizar-se os cânones ou regras tradicionais da hermenêutica. O

⁸ Ensina Ronaldo Poletti: “O método lógico, no entanto, tem uma dimensão maior do que a análise lógica da frase. Implica não somente a interpretação da norma como também a ciência do direito, na descoberta de seus fundamentos. A analogia resulta de uma operação lógica, assim como a presunção (ilação de um fato conhecido para aplicar a outro desconhecido). A analogia legis, a analogia iuris, a descoberta de indícios, as presunções legais ou fáticas, bem como as classificações, as definições, todas são operações lógicas”. POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 2. ed., São Paulo : Saraiva, 1994, p. 303, apud AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 63. Ver também: EMERIQUE, Lilian Balmant. *Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da hermenêutica constitucional*. In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 631-665.

⁹ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 23. ed., São Paulo : RT, 1995, p. 373, apud AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 63. Ver também: EMERIQUE, Lilian Balmant. *Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da hermenêutica constitucional*. In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 631-665.

¹⁰ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 63. Sobre os métodos clássicos de interpretação constitucional, consultar por todos: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. (2ª reimpressão). Coimbra, Portugal, Almedina, 2003, p. 1210-1211.

sentido das normas constitucionais desvenda-se através da utilização como elementos interpretativos:¹¹

- 1) Do elemento filológico (= literal, gramatical, textual);
- 2) Do elemento lógico (= elemento sistemático);
- 3) Do elemento histórico;
- 4) Do elemento teleológico (= elemento racional); e
- 5) Do elemento genético.

A articulação destes vários factores hermenêuticos conduzir-nos-á a uma interpretação jurídica (= método jurídico) da constituição em que o princípio da legalidade (= normatividade) constitucional é fundamentalmente salvaguardado pela dupla relevância atribuída ao texto:

- 1) Ponto de partida par a tarefa de mediação ou captação de sentido por parte dos concretizadores das normas constitucionais;
- 2) Limite da tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito¹².

1.1.3.2 O Método tópico-problemático

O método tópico foi desenvolvido pelos juristas alemães Theodor Viehweg e Josef Esser. A primeira obra sobre o assunto, denominada "Tópica e Jurisprudência", de autoria de Viehweg, foi publicada em 1953.¹³

O método tópico caracteriza-se como uma "arte de invenção" e, como tal, uma "técnica de pensar o problema", elegendo-se o critério ou os critérios recomendáveis para uma solução adequada.

Referindo-se ao método tópico, Paulo Bonavides faz a seguinte ponderação:

Da tópica clássica, concebida como uma simples técnica de argumentação, a corrente restauradora, encabeçada por aquele jurista de Mogúncia, compôs um método fecundo de tratar e conhecer o problema por via do debate e da

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. (2ª reimpressão). Coimbra, Portugal, Almedina, 2003. P. 1210-1211. Veja-se que o Professor lusitano fala em elementos de interpretação constitucional diferentemente do Professor Walber de Moura Agra.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. (2ª reimpressão). Coimbra, Portugal, Almedina, 2003, p. 1210-1211. Ver também: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 2008, p. 98-99.

¹³ NUNES JUNIOR, Armandino. Teixeira. A moderna interpretação constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1nov. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3497>>. Acesso em: 15 maio 2012, 21:07.

descoberta de argumentos ou formas de argumentação que possam, de maneira relevante e persuasiva, contribuir para solucioná-lo satisfatoriamente.¹⁴

A principal crítica feita ao método tópico é a de que "além de poder conduzir a um casuismo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas." Com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado: são rebaixados à condição de meros pontos de vista ou "tópoi", cedendo lugar à hegemonia do problema.

1.1.3.3 O Método científico-espiritual

O método integrativo ou científico-espiritual foi desenvolvido por juristas alemães, capitaneado por Rudolf Smend, que assinala:

La Constitución no puede ser comprendida sólo como un estatuto de la organización, que estructura el Estado y que faculta e impone ciertas actividades al mismo, sino a la vez, como una forma vital de los ciudadanos que participan en la vida del Estado.¹⁵

Na doutrina de Rudolf Smend, a base de valoração, vale dizer, os valores expressos e tutelados pela Constituição (econômicos, sociais, políticos e culturais) operam como valores de interpretação coletivos dos cidadãos e, destarte, devem ser compreendidos e aplicados.

Como acentua o professor Paulo Bonavides:

A concepção de Smend é precursoramente sistêmica e espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta.¹⁶

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 498-501, apud NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A moderna interpretação constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3497>>. Acesso em: 15 maio 2012, 21:15.

¹⁵ SMEND, Rudolf, apud ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Hermenêutica e supremacia constitucional*. RDP, v. 77, n. 19, jan/mar/1986, págs. 36-37, apud NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A moderna interpretação constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3497>>. Acesso em: 15 maio 2012, 20:20. Veja-se também: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. (2ª reimpressão). Coimbra, Portugal, Almedina, 2003, p. 1212; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 2008, p. 104.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed., atualizada (em apêndice texto da Constituição Federal de 1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 67, de 22.12.2010). São Paulo, Malheiros, 2011, p. 477-480, apud NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A moderna interpretação constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3497>>. Acesso em: 15 maio 2012, 20:45. Consultar também: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 1212; MENDES,

Adiante, aduz o professor cearense:

O intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à "concretude" da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração.¹⁷

1.1.3.4 O Método normativo-estruturante

A premissa básica deste método é a de que existe uma vinculação estreita entre o programa normativo e o âmbito normativo, ou seja, entre o comando do texto e os fatos que ele pretende regular. Tal conexão se dá de tal forma que Friedrich Müller, citado por Inocêncio Mártires Coelho, afirma que a normatividade (atributo dos comandos jurídicos, segundo clássica doutrina) não é produzida pelo seu texto, resultando de dados extralinguísticos, como os fatores sociais.¹⁸

Ainda, aqui se entende que um caso concreto não é regulamentado pelo teor literal de uma norma constitucional, mas sim pela atuação dos órgãos estatais (legislativos, executivos e do Judiciário) – cujas decisões são elaboradas com a ajuda da doutrina, dos precedentes, do direito comparado – e pelo direito consuetudinário, o que demonstra que os cultores desse método também são adeptos da teoria da concretização das normas.

O teor literal da norma é só um dos aspectos a serem levados em consideração pelo aplicador na interpretação da Constituição, sendo que o aspecto mais importante é aquele constituído pelas relações jurídicas diárias, pelos casos concretos sobre os quais a norma pretende incidir, pelo que Friedrich Müller denomina "âmbito normativo".¹⁹

Claro fica, pois, a diferenciação que os cultores desse método fazem entre norma e texto da norma. Aquela é bem mais ampla, por abarcar os fatos contidos no âmbito normativo e não dedutíveis do programa normativo. A consideração dessa realidade

Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 2008, p. 104.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed., atualizada (em apêndice texto da Constituição Federal de 1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 67, de 22.12.2010). São Paulo, Malheiros, 2011, p. 487-496. Consultar também: NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. A moderna interpretação constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3497>>. Acesso em: 15 maio 2012, 21:10.

¹⁸ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 2008, p. 167. Ver também: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 507-509.

¹⁹ MÜLLER, apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 2008, p. 167. Ver também: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 166-168 e 507-509.

fática que circunda o texto da norma é de suma importância na interpretação do direito constitucional tributário, especialmente no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais do contribuinte.

1.2 Princípios e regras

1.2.1 Considerações gerais e conceituação de princípios e regras

De acordo com o anunciado nas linhas introdutórias, com o objetivo de melhorar a compreensão dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, necessário se faz, ainda que de forma breve, a discussão do tema princípios e regras constitucionais, em especial os critérios de distinção e sua aplicabilidade.

Para orientar a discussão sobre os princípios constitucionais, vejamos as lições do Professor Gilmar Ferreira Mendes, que propôs a estruturação dos princípios em quatro grandes grupos: princípios da ordem política, princípios da ordem tributária e orçamentária; princípios da ordem econômica e financeira; e princípios da ordem social.²⁰ O grupo que interessa para efeito do presente estudo é o dos princípios da ordem política, que serão apresentados após a análise dos princípios e regras.

Contudo, o estudo dos princípios constitucionais não é tarefa fácil, pois, o universo se revela extenso e seus desdobramentos são imensuráveis. Daí a escolha dos princípios da ordem política que, para efeito do presente estudo se amoldam ao objetivo central, ou seja, aqueles afetos à análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.756-1/600-DF, que tem por objeto a fixação do limite de gastos com pessoal no governo do Distrito Federal.

Antes, porém, se faz necessário traçar um panorama da evolução da distinção entre princípios e regras e analisar os critérios de distinção. Vários são os autores que propuseram definições de determinadas regras e princípios, que tiveram repercussão na cultura jurídica do Brasil. O objetivo deste trabalho não é investigar todas essas definições, mas, algumas que sejam importantes para que se tenha uma visão geral do ordenamento constitucional contemporâneo.

Para Josef Asser, “princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires Coelho, BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito*. 2. ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 2008, p . 147.

no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa.”²¹

No mesmo caminho, Karl Lorenz define os princípios como sendo:

normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.²²

Os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica.²³

De acordo com essa concepção, a proposta conceitual das regras e dos princípios seria:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.²⁴ (Grifo apostro).

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.²⁵ (Grifo Aposto).

Foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição.²⁶ Em Estudo de Dworkin, com a finalidade de fazer um ataque geral ao Positivismo, sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios²⁷.

²¹ ASSER, Josef. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4ª tir., p. 51, apud ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed., São Paulo : Malheiros, 2004, p. 27.

²² LORENZ, Karl. Richtiges Recht, p. 26, e Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. ed., p. 474, apud ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed., São Paulo : Malheiros, 2004, p. 27.

²³ ÁVILA, Humberto . *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., p. 27.

²⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., 70.

²⁵ *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., p. 70.

²⁶ DWORKIN, Ronald. “The model of rules”, *University of Chicago Law Review* 35/14 e ss, apud ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., 28.

²⁷ DWORKIN, Ronald. “The model of rules”, *University of Chicago Law Review* 35/14 e ss, apud ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., 28. “Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são

Segundo Ronald Dworkin, o princípio é “um padrão que deve ser observado, não por quê vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.²⁸

Para ele as regras são aplicadas no modo tudo ou nada, no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida.

Continua Dworkin ao sustentar que os princípios, ao contrário não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso, demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.²⁹

Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre os princípios; nesse caso, a solução não se resolve com determinação imediata da prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.³⁰

1.3 Critérios de distinção entre princípios e regras

Segundo Alexy a distinção entre princípios e regras, não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação conforme proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário

estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.”

²⁸ EMERIQUE, Lilian Balmant. Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da Hermenêutica Constitucional. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 640.

²⁹ “The model of rules”, *University of Chicago Law Review* 35/14 e ss, apud ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., 28.

³⁰ ALEXY, Robert. “Rechtsregeln und Rechtssystem und praktische Vermunft”, in. *Recht, Vermunft, Discurs*, pp. 216-217; e *Theorie der Grundrechte*, 2. ed., p. 77 e ss, apud ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed., São Paulo : Malheiros, 2004, p. 28/29.

das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia.³¹

Essa evolução doutrinária, além de indicar que há distinções fracas e fortes entre princípios e regras, demonstra que os critérios usualmente empregados para a distinção são os seguintes:³²

a) O primeiro critério refere-se ao caráter *hipotético-condicional*, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão sendo aplicadas ao modo *se*, então enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto.

Em primeiro lugar, porque o critério é impreciso. Embora seja correta a afirmação de que os princípios indicam um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção ulterior da regra, essa distinção não fornece fundamentos que indiquem o que significa dar um primeiro passo para encontrar a regra.

Em segundo lugar, porque a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação lingüística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa.

Por último, mesmo que determinado dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo Poder Legislativo, isso não significa que não possa ser havido pelo intérprete como um princípio.

b) O segundo critério refere-se ao *modo final de aplicação*, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos.

O modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo,

³¹ ALEXY, Robert. “Rechtsregeln und Rechtssystem und praktische Vernunft”, in. *Recht, Vernunft, Discurs*, pp. 216-217; e *Theorie der Grundrechte*, 2. ed., p. 77 e ss, apud ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed., São Paulo : Malheiros, 2004, p. 30. A respeito da distinção entre princípios e regras e sua aplicação, consultar o excelente trabalho de: EMERIQUE, Lilian Belmant. Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da hermenêutica constitucional. In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 638-650.

³² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., p. 30/31. A respeito da distinção entre princípios e regras e sua aplicação, consultar o excelente trabalho de: EMERIQUE, Lilian Belmant. Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da hermenêutica constitucional. In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 644-645.

coerentemente intensificadas) pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar. Muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso.³³

c) O terceiro critério refere-se ao *conflito normativo*, que se fundamenta na idéia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles.

Não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso. A ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento, enquanto sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática.³⁴

d) O quarto critério refere-se ao *fundamento axiológico*, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.

Conclui Humberto Ávila ao afirmar que, todos esses princípios são importantes, pois apontam para qualidades dignas de serem examinadas pela ciência do Direito. Porém, deixa a crítica de que isso não nos impede de investigar modos de aperfeiçoamento desses critérios de distinção, não no sentido de desprezar sua importância e, muito menos ainda de negar o mérito dos autores que o examinaram; mas em vez disso, naquele de confirmar sua valia pela forma mais adequada para demonstrar consideração e respeito científicos.³⁵

O Quadro a seguir ilustra os critérios de distinção entre princípios e regras e sua aplicação:

³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., p. 36.

³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., p. 44.

³⁵ Idem, p. 44.

	Princípios	Regras
Dever imediato	Promoção de um estado ideal de coisas	Adoção da conduta descrita
Dever mediato	Adoção da conduta necessária	Manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores
Justificação	Correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas	Correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato
Pretensão de decidibilidade	Concorrência e parcialidade	Exclusividade e abarcância

Quadro n.º 1: Critérios de distinção entre princípios e regras e sua aplicação.

Fonte: ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3.ª edição, São Paulo : Malheiros, 2004, p. 70.

Além dos critérios acima mencionados, acrescenta-se que a diferença entre regras e princípios também ocorre nos seguintes aspectos:

a) Natureza do comportamento prescrito – as regras são normas imediatamente descritivas, uma vez que estabelecem obrigações, permissões e proibições através da definição da conduta a ser tomada. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, pois fundam um estado de coisas que para realização torna-se necessária a adoção de determinados comportamentos. Constituem fins a serem atingidos, ordenam a promoção de um estado ideal de coisas, bens jurídicos, que impõem condutas imperiosas à sua preservação ou realização. Possuem caráter deontico-teológico.³⁶

b) Natureza da justificação exigida – as regras exigem avaliação da correspondência entre construção conceitual da norma e dos desígnios que amparam. Princípios demandam avaliação da correlação entre estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes do comportamento entendido como forçoso. As regras consistem em normas imediatamente descritivas e mediamente finalísticas, a justificação da decisão da interpretação será feita mediante avaliação conceitual da norma.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas e mediamente de conduta, a justificativa da decisão de interpretação será feita pelo cálculo dos efeitos da conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas posto pela norma como meta a ser atingida.

³⁶ Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Op. cit., p. 63-65. A respeito da distinção entre princípios e regras e sua aplicação, consultar o excelente trabalho de: EMERIQUE, Lilian Belmont. Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da hermenêutica constitucional. In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 638-650.

As regras possuem caráter retrospectivo, pois descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador. Os princípios possuem caráter prospectivo, porque determinam um estado de coisas a ser construído.³⁷

c) Medida de contribuição para decisão – os princípios são normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que não têm a pretensão de gerar uma resposta exclusiva, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a decisão. As regras são normas preliminarmente decisivas e abarcantes, pois têm a aspiração de gerar uma solução característica para o conflito entre razões.³⁸

Seguindo o caminho da distinção entre regras e princípios, vale destacar os três componentes e generalidades do neoconstitucionalismo, apontadas por Lilian Belmant Emerique:

a) Ponderação ao invés de subsunção³⁹ – A subsunção é o método de interpretação e aplicação, geralmente, requerido pelas regras. Ao passo que a ponderação ou balanceamento refere-se ao particular método de interpretação e aplicação demandado, comumente, pelos princípios.

A aplicação dos princípios passa por três etapas:

1) Operação interpretativa para localizar os princípios pertinentes para serem empregados no caso concreto;

2) Depois de localizados são sopesados e postos em relação de hierarquia axiológica para a solução do caso concreto examinado, de maneira que o princípio de maior peso prevaleça sobre o princípio de menor peso;

3) A hierarquia instaurada pelo intérprete não figura em abstrato, mas em concreto e está relacionada apenas ao caso difícil a ser resolvido.

³⁷ Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Op. cit., p. 65-68. A respeito da distinção entre princípios e regras e sua aplicação, consultar o excelente trabalho de: EMERIQUE, Lilian Belmant. Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da hermenêutica constitucional. In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 638-650.

³⁸ Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Op. cit., p. 68-69. A respeito da distinção entre princípios e regras e sua aplicação, consultar o excelente trabalho de: EMERIQUE, Lilian Belmant. Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da hermenêutica constitucional. In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 638-650.

³⁹ EMERIQUE, Lilian Belmant. Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da hermenêutica constitucional. In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 646.

b) Constituição ao invés de independência do legislador⁴⁰ – A independência do legislador fica subordinada aos comandos estatuídos na constituição. Ocorre uma expansão do texto constitucional, de forma que este já não trata apenas da distribuição e organização dos poderes, mas também inclui um conteúdo substancial que condiciona a validade das normas infraconstitucionais e restringe a atividade do legislador ordinário.

c) Os julgadores e a liberdade de conformação do legislador⁴¹ – A liberdade de conformação do legislador será analisada à luz da triagem exercida pelo juiz. Na medida em que o juiz adéqua a legislação às determinações constitucionais, ocorre uma interpretação criativa expressa na jurisprudência. Deste modo, o julgador deve interpretar o direito conforme as exigências de justiça representadas no caso concreto. O papel peculiar exercido pelo juiz coloca-o na condição de elemento racionalizador do sistema jurídico.

Os princípios servem para implementar uma feição sistêmica ao conjunto de normas que formam a Constituição.⁴² Eles representam um norte para o intérprete que busca o sentido e o alcance das normas e formam o núcleo basilar do ordenamento jurídico.⁴³

Em síntese apertada podemos afirmar que as diferenças básicas entre princípios e regras são: os princípios ocupam importantíssimo papel no ordenamento jurídico. Por meio de sua interpretação, até mesmo as questões políticas podem ser alvo de decisões judiciais.⁴⁴ Eles possuem um teor de abstração mais intenso; possuem a força jurídica das regras⁴⁵; possuem autonomia própria⁴⁶; funcionam como elemento de conexão entre a realidade social e o Texto Constitucional.

⁴⁰EMERIQUE, Lilian Belmant. Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da hermenêutica constitucional. In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 646.

⁴¹ EMERIQUE, Lilian Belmant. Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da hermenêutica constitucional. In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 646.

⁴² AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 89/90.

⁴³ A partir da Revolução francesa de 1789, com o movimento neoconstitucionalista, os princípios ganharam força nos ordenamentos constitucionais de vários países, especialmente nos Estados Unidos da América, França, Itália, Alemanha, Espanha e Portugal. A aplicação dos princípios nos casos concretos, nos dias atuais é quase que consenso. Os doutrinadores reconhecem que os princípios possuem força normativa e autonomia própria, funcionam como elemento de conexão entre a realidade social e o Texto Constitucional.

⁴⁴ Afirmativa de DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo : Martins Fontes, p. 101, apud AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. cit., p. 89.

⁴⁵ Na resolução dos casos concretos integra normas infraconstitucionais, impedindo lacunas e antinomias.

Na Constituição de 1988, os princípios formam as estruturas políticas da sociedade, delineando a feição do Estado, como a forma de governo, a forma de Estado, o sistema de governo e a separação de poderes.

As regras não têm elevado teor abstrato são previamente moldadas para casos específicos. As regras definem e circunscrevem os casos determinados onde se dará a sua aplicação. O seu espaço de adequação aos fatos sociais são predeterminados pelo legislador. Portanto, possuem conteúdo preciso.

A principal diferença entre princípios e regras “é que estas nos fornecem o critério de nossas ações, dizendo como devemos ou não devemos nos comportar, como podemos agir em situações específicas, de acordo com a estipulação prevista no seu conteúdo.”⁴⁷

Os princípios não dizem como os cidadãos devem se comportar de forma direta, eles apenas fornecem critérios para o posicionamento em situações a priori indeterminadas. As regras podem ser observadas e aplicadas mecanicamente, mas os princípios não: diante de cada caso específico, deve ser mensurada a carga valorativa presente em seu conteúdo.⁴⁸

E continua o autor, ao enumerar as características dos princípios e das regras:

Características dos princípios: a) têm uma função hermenêutica, sinalizando como as regras devem ser aplicadas; b) ensejam um vínculo de ligação com as diversas normas do ordenamento jurídico, proporcionando uma feição de conjunto ao todo constitucional; c) funcionam no processo integrativo, colmatando as lacunas diante de um caso concreto; d) possuem uma natureza político-jurídica; e) permitem maior adequação com a realidade social, que sofre constantes alterações.

Características das regras: a) têm um uso específico e determinado; b) não dispõem de função hermenêutica; c) sua natureza jurídica é predominante; d) não exercem função na estrutura sistêmica da Constituição; não permitem contato com a realidade social.⁴⁹

Ressalte-se que, para um conhecimento adequado da Carta Política é necessário o estudo de todos os princípios.

46 Sem necessitar para a sua incidência da aplicação de uma regra.

47 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto ...*, p. 149, apud AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. cit., p. 91.

48 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto ...*, p. 149, apud AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 91.

49 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto ...*, p. 149, apud AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 91/92.

1.4 Princípio republicano

O princípio republicano está estampado no caput do art. 1º da Constituição de 1988.⁵⁰ Esse princípio traduz a nossa opção por uma república constitucional, ou seja, por uma forma de governo na qual, em igualdade de condições ou sem distinções de qualquer natureza, a investidura no poder e o acesso aos cargos públicos em geral, do Chefe do Estado ao mais humilde dos servidores, são franqueados a todos os indivíduos que preencham tão-somente condições de capacidade estabelecidas na própria Constituição ou, de conformidade com ela, em normas infraconstitucionais.

Neste sentido, o princípio republicano opõe-se radicalmente ao princípio, pois enquanto nas repúblicas os dirigentes são escolhidos pelo povo, diretamente ou através dos seus representantes, para o exercício de mandatos temporários, já nos regimes monárquicos, mesmo naqueles que se consideram modernos porque são regidos por constituições normativas, como é o caso da Espanha e da Suécia, por exemplo, ainda aí essa investidura é de caráter hereditário e vitalício, recaindo, por sucesso, em algum membro da família reinante⁵¹.

Os traços característicos da forma republicana de governo se decompõe nos seguintes elementos específicos:

a existência de uma estrutura político-organizatória garantidora das liberdades civis e políticas; a elaboração de um catálogo de liberdades, em que se articulam o direito de participação política e os direitos sob a forma federativa, como no Brasil e nos Estados Unidos, seja pelo estabelecimento de autonomias regionais ou locais, como na Itália ou em Portugal, respectivamente, a legitimação do poder político, consubstanciada no princípio democrático de que a soberania reside no povo, que se autogoverna mediante leis elaboradas preferencialmente pelos seus representantes, e, afinal, a opção pela eletividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade, como princípios ordenadores do acesso ao serviço público em sentido amplo, cargos, empregos ou funções, e não pelos critérios da designação, da hierarquia e da vitaliciedade típicos dos regimes monárquicos.⁵²

Embora estejam presentes os aspectos de caráter geral, os traços característicos da forma republicana de governo podem ser decompostos em elementos específicos, tais como: estrutura político-organizatória garantidora das liberdades civis e políticas; a elaboração de um catálogo de liberdades; o reconhecimento de corpos territoriais

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO; Inocêncio Martires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev., e atual., São Paulo : Saraiva, 2008, p . 147.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. cit., 148. Sobre o princípio republicano consultar também CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 223; e SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. cit., p. 102.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 2008, p. 148).

autônomos; a legitimação do poder político, consubstanciada no princípio democrático de que a soberania reside no povo, que se autogoverna.⁵³

1.5 Princípio do Estado democrático de direito

Considerado um dos fundamentos da República, este princípio estruturante do Estado brasileiro se encontra inscrito no caput do art. 1º da Constituição de 1988, tal como acontece com outras leis fundamentais⁵⁴. Inclusive na recente e polêmica Constituição da União Européia, cujo artigo I-2º vale transcrever-se a seguir, em razão de revelar valores fundamentais do Estado Constitucional contemporâneo.

A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito dos direitos, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre mulheres e homens.⁵⁵

Em que pese pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. E destaca:

(...) o Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos liberal e social que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História.⁵⁶

Segundo o Mestre Canotilho, constitucionalista português, o Estado Constitucional não deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma “linha maginot” entre “Estados que têm uma constituição” e “Estados que não têm uma constituição”, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito.

53 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 148.

54 Destaca Gilmar Ferreira Mendes que este princípio aparece inscrito nas constituições da Espanha, França, Índia, Itália e Portugal.

55 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 148.

56 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., 148/149. Consultar também SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. cit., p. 112-122.

E continua o Mestre:

Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos”.⁵⁷

O constitucionalista português afirma que, se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos temos de distinguir claramente duas coisas:

(1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político⁵⁸ O Estado “impolítico” do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. (...).”

Afinal, o que significam, no fundo, estas persistentes angústias perante a simbiose de Estado de direito e Estado democrático no Estado Constitucional?

Responde o Mestre português, com a perspicácia de sempre: “o Estado de direito e democracia correspondem a dois modos de ver a liberdade. No Estado de direito concebe-se a liberdade como *liberdade negativa*⁵⁹, ou seja, uma “liberdade de defesa” ou de “distanciação” perante o estado. É uma liberdade liberal que “curva” o poder. Ao Estado democrático estaria inerente a *liberdade positiva*⁶⁰, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a liberdade democrática que legitima o poder.”⁶¹

57 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 97/98.

58 Cfr., BRITO, Carlos Ayres de. “Poder Constituinte Versus Poder Reformador”. In: AMAUES (org.), *Constituição e Democracia*, p. 39 ss. apud CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 100.

59 BERLIN, Isaiah. *Com toda liberdade*. Coleção Debates Filosofia. Dirigida por J. Guinsburg. Tradução: Fany Kon. São Paulo : Perspectiva, 1996, p. 68/69. Liberdade negativa é “ausência de coerção”, ou seja: é ausência de barreiras que lhe impeçam de realizar algo. Neste conceito cabem todas aquelas liberdades que existem por si mesmas – e que continuarão a existir desde que ninguém as tome de você. A liberdade de expressão, portanto, é uma liberdade negativa. Para que ela exista, basta que não haja ninguém lhe impedindo de falar. Outro exemplo é a liberdade de decidir sobre como utilizar sua propriedade. Você sempre a terá, e só a perderá se algum agente externo interferir sobre ela. Para consultar o texto original: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade*. Uma antologia de ensaios. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo : Companhia das Letras, 2002, p. 226 /272.

60 BERLIN, Isaiah. *Com toda liberdade*. Coleção Debates Filosofia. Dirigida por J. Guinsburg. Tradução: Fany Kon. São Paulo : Perspectiva, 1996, p. 68/69. Liberdade positiva é a “possibilidade de agir”, ou seja, é a capacidade de realizar algo de fato. Nem toda liberdade negativa implica em uma liberdade positiva. Se você tem o direito à propriedade, mas não possui uma propriedade, você não pode exercer seu direito. A liberdade positiva, portanto, não existe por si mesma. Para que ela exista, é preciso que as condições para o seu exercício estejam presentes na realidade. Ou seja: a liberdade positiva tem um preço. Ela não existe de graça: alguém precisa criá-la. Isso precisa ser enfatizado: toda liberdade positiva tem um preço. Em outras palavras: a possibilidade de agir depende que alguém crie as condições para que a ação seja possível. Alguns exemplos: a liberdade de ter um carro só pode existir quando alguém trabalhou para construir um carro. A liberdade de ter acesso a serviços médicos só existe por causa do trabalho dos próprios médicos. Para consultar o texto original: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade*. Uma antologia de ensaios. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo : Companhia das Letras, 2002, p. 226 /272.

1.6 Princípio da dignidade da pessoa humana

O conceito de dignidade da pessoa humana não é um conceito a priori, que sempre existiu ao longo do tempo, mas foi sendo construído paulatinamente, fruto de diversas circunstâncias históricas, concretizando um dos principais direitos para a espécie humana.⁶²

Na antiguidade, segundo afirmação de Krystian Complak:

O conceito de dignidade da pessoa humana estava ligado ao mérito, que poderia ser aferido pelo dinheiro título de nobreza, capacidade intelectual etc.” Os gregos acreditavam que o que diferenciava os homens dos animais era a capacidade de empreender um pensamento lógico, utilizando uma linguagem própria, que era designado pela palavra *locus*, que representava a linguagem, a razão, advindo, assim, a necessidade de respeito aos homens por essa capacidade e distinção.⁶³

Com o advento da ideologia cristã, em que o homem passa a ser concebido à imagem e semelhança de Deus, a dignidade passou a ser mérito de todos os seres humanos, independentemente de suas qualidades; como seres concebidos à igualdade e semelhança de Deus, a integridade dos homens faz parte da essência divina, merecendo, portanto, ser respeitada. A raiz cristã sustenta que há uma unidade entre o homem e Deus, sintetizada na dignidade humana.

E conclui Walter de Moura Agra, que o homem é um ser único, sem possibilidade de sua repetição, em que sua singularidade deve ser protegida e favorecida seu desenvolvimento segundo seu livre arbítrio; no que advém a ligação entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade.⁶⁴

Desta forma, a dignidade da pessoa humana passa a ser à base do ordenamento jurídico, seu elemento central, como dispõe a Constituição alemã de 1949 ao afirmar

61 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 99.

62 A etimologia da palavra provém do latim dignitas, significando tudo aquilo que merece respeito, consideração, estima.

63 COMPLEK, Krystian. “Dignidad Humana como Categoria Normativa em Polonia”. In: *Questiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 14, p. 72, enero-junio, 2006, apud AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p.109. A respeito das dificuldades conceituais de dignidade da pessoa humana, consultar TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 538-542. Consultar ainda, SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.º 52, de 8.3.2066. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 172-196.

64 AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 2006, Op. cit., p. 109. Ver também: BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed., São Paulo : Saraiva, 2010, p. 250-254.

que a dignidade da pessoa humana se configura inviolável. Logo, o homem é considerado como o valor mais importante do ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana representa um complexo que são inerentes à espécie humana, sem eles o homem se transformaria em coisa, res. São direitos como a vida, lazer, saúde, educação, trabalho e cultura que devem ser propiciados pelo Estado. Esses direitos servem para densificar e fortalecer os direitos da pessoa humana, configurando-se como centro fundante da ordem jurídica.

A concepção adotada pela Constituição de 1988 parte do pressuposto de que todos os homens possuem a mesma natureza, sendo dotados, assim, de idêntico valor, independente de sua posição social econômica, cultural ou racial, devendo, portanto, ter sua dignidade assegurada.

Em virtude da relevância dada à dignidade humana, podem-se apontar três características importantes, são elas:

inata porque não depende de qualquer tipo de condição para sua realização, seja jurídica ou metajurídica. Inalienável em razão de que não pode ser cedida, nem mesmo por meio de contrato ou por livre vontade. Absoluta, pois não pode ser objeto de mitigação, a não ser em casos específicos em que haja necessidade de compatibilização, adequando-se ao princípio da proporcionalidade.⁶⁵

As condições de dignidade da pessoa humana devem ser propiciadas pelo Estado,⁶⁶ mas não são prerrogativas outorgadas pelas entidades governamentais. A dignidade humana preexiste ao estado, advindo da qualidade inata dos seres humanos, o Estado apenas atestou a sua existência e se comprometeu a velar por ela, não se pode atrelar a dignidade humana às condições financeiras, contudo, é inegável que sem certos pressupostos econômicos não se pode assegurar a ninguém respeito à sua integridade.

Ingo Sarlet afirma que a dignidade da pessoa humana possui força normativa mais intensa que uma simples norma, que, além do seu enquadramento na condição de princípio (valor) fundamental, é alicerce de mandamento definidor de direito e garantia, mas também de deveres fundamentais.⁶⁷

Assim, podemos afirmar que não existe determinação criteriosa de conceituação do que seja dignidade da pessoa humana nem de sua definição. As declarações de direitos fundamentais, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa (de 1789), a Declaração do Povo Trabalhador e Explorado da

65 AGRA, Walber de Moura, Op. cit., p. 110.

66 É para isso que pagamos a carga tributária.

67 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2001, apud AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*, Op. cit., p. 110.

Revolução Bolchevique (de 1917), a Constituição Mexicana (de 1917) e a Declaração dos Direitos do Homem (da ONU, de 1948) são as direcionantes de tal direito, nada impedindo que qualquer Constituição possa ampliá-lo.

Não obstante a dificuldade de definirmos o que seja dignidade da pessoa humana, problema complicado é a definição do fundamento que torna o princípio da dignidade da pessoa humana elemento central do ordenamento jurídico. Walter de Moura Agra com a lucidez que lhe é peculiar, apresenta de forma geral, as principais teorias a respeito do tema.

Segundo a teoria histórica, sua base de fundamento consiste nas condições específicas de determinada sociedade, localizada em preciso marco temporal e geográfico.

De acordo com a escola funcionalista, seu alicerce estaria baseado em sua missão de manter a homogeneidade social, no que impediria o aparecimento de desigualdades sociais e suas consequências maléficas, como a pobreza, a violência, dentre outras.

Na concepção religiosa, a dignidade da pessoa humana é a base do ordenamento jurídico porque o homem é a imagem e semelhança de Deus, obrigando a inviolabilidade de sua essência em virtude de seu caráter sagrado.

Em sentido laico, a fundamentação está ligada à natureza do ser humano, considerado como o ser vivo mais perfeito e complexo existente no nosso planeta. Essa sua importância biológica, o faz dotado de direitos invioláveis, sem os quais se processaria um retrocesso, retornando ao status de coisa.

Os jusnaturalistas postulam que existem direitos intrínsecos ao gênero humano, invioláveis, eternos e imutáveis, que não necessitam do reconhecimento do Estado para o seu reconhecimento ou eficácia.

A escola positivista considera essa discussão superada, pois quando os Textos Constitucionais passaram a agasalhar em seus dispositivos o mencionado preceito. Uma vez garantida sua validade jurídica, a obrigatoriedade de seu cumprimento estaria assegurada pela força normativa do ordenamento jurídico.⁶⁸

Ressalte-se por importante, que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa também integram os fundamentos da dignidade da pessoa humana. A constituição de 1988 enfoca que o trabalho e a livre-iniciativa se destinam a um engrandecimento social, e não podem ser considerados apenas como um processo de acumulação pessoal.

A finalidade do trabalho não pode ser apenas à manutenção do cidadão e de sua família, mas ele também tem uma função social.

1.7 Princípio da separação dos poderes

A Teoria dos Três Poderes foi consagrada pelo pensador francês Montesquieu. Baseando-se na obra Política, do filósofo Aristóteles, e na obra Segundo Tratado do

68 AGRA, Welber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*, Op. cit. p. 111.

Governo Civil, publicada por John Locke. Montesquieu escreveu a obra O Espírito das Leis, traçando parâmetros fundamentais da organização política liberal.

O filósofo iluminista foi o responsável por explicar, sistematizar e ampliar a divisão dos poderes que fora anteriormente estabelecida por Locke. Montesquieu acreditava também que, para afastar governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer a autonomia e os limites de cada poder.

Criou-se, assim, o sistema de freios e contrapesos, o qual consiste na contenção do poder pelo poder, ou seja, cada poder deve ser autônomo e exercer determinada função, porém o exercício desta função deve ser controlado pelos outros poderes. Assim, pode-se dizer que os poderes são independentes, porém harmônicos entre si.

Essa divisão clássica está consolidada atualmente pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)⁶⁹ e é prevista no artigo 2º na nossa Constituição Federal.⁷⁰

No Brasil, as funções exercidas por cada poder estão divididas entre típicas (atividades freqüentes) e atípicas (atividades realizadas mais raramente).

O Poder executivo tem como função típica: administrar a coisa pública (república) e como funções atípicas: legislar e julgar. As funções típicas do legislativo consistem em legislar e fiscalizar e funções atípicas administrar (organização interna) e julgar.

Por último, o poder judiciário tem como função típica: julgar, aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses e, como funções atípicas: as de natureza administrativa e legislativa.

Ressalte-se por importante que, atualmente fala-se no Brasil a respeito da existência de um quarto poder, exercido pelo Ministério Público, o qual é o responsável pela defesa dos direitos fundamentais e a fiscalização dos Poderes Públicos, garantindo assim, a eficiência do sistema de freios e contrapesos. Cumpre ressaltar, contudo, que há divergência de opiniões a respeito da existência deste quarto poder.

A respeito da separação dos poderes é oportuno trazer os ensinamentos do Ministro Cezar Peluzo, do Supremo Tribunal Federal – STF, Relator da ADI n.º 3.367-1/DF, de 13/04/2005, Plenário, publicado no D. J. de 22/9/2006, p. 29, com pedido de liminar, movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, voltada contra os

69 Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

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

artigos 1º e 2º da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que tem por objeto a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

O Ministro Relator (Cezar Peluzo, em voto no Plenário, 2006), afirma que “o argumento radical da autora vem da regra da separação, com os corolários da independência e harmonia entre os três Poderes de República (art. 2º da Constituição Federal).

Segundo a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, a instituição de órgão funcionalmente voltado ao “controle da atuação administrativa e financeira” do Judiciário e do “cumprimento dos deveres funcionais” dos magistrados, mas composto por membros na origem alheios ao mesmo Poder, dois dos quais indicados pelo Legislativo, violaria a cláusula pétreia da separação dos poderes, em cujo ventre reside a garantia da independência do Judiciário.⁷¹

E continua o Relator, prometendo analisar à luz da permanente idéia da separação dos poderes, a alegação de que a criação do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, com a estrutura e as competências outorgadas pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, atentaria, mais que contra a norma do art. 2º da Carta Política, contra o autêntico sistema constitucional da separação dos poderes.⁷²

O Mestre Charles-Louis de Secondatt, ou simplesmente (Charles de Montesquieu, 1962), em sua obra clássica *do espírito das leis*, inicia o Capítulo VI, sob o título: Da Constituição da Inglaterra⁷³, com a seguinte afirmativa:

Há, em cada Estado, três espécies de podêres: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.⁷⁴

E prossegue o Mestre na definição das funções de cada poder:

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas.

Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões.

Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.⁷⁵

71 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, Distrito Federal, 2006, p. 208. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 15 abr. 2012, 20:30 horas.

72 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF. cit., p. 210. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 15 abr. 2012, 19:51 horas.

73 Nota n.º 3: Observamos também que os princípios que Montesquieu apresentará encontram-se no Tratado do Governo Civil de Locke, no cap. XII. Na origem encontramos Aristóteles (Política, VI, XI-I).

74 MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*. Texto organizado com introdução e notas de Gonzague Truc, Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 1.º Volume, São Paulo : Difusão Européia do Livro, 1962, p. 180.

75 MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*. cit., 1962, p. 180.

E conclui o Mestre:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tirânicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se tivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.⁷⁶

No mesmo sentido ouça-se Carré de Malberg:

Aliás, toda a argumentação de Montesquieu gira em torno desta idéia principal: assegurar a liberdade dos cidadãos, dispensando-lhes, por meio da separação dos poderes, a garantia de que cada um deles será exercido legalmente. (...) Portanto, somente a separação dos poderes pode dar aos governados uma garantia séria e uma proteção eficaz.⁷⁷

Também, a Hans Kelsen:

A significação histórica do princípio chamado “separação de poderes” encontra-se precisamente no fato de que ele opera antes contra uma concentração que a favor de uma separação de poderes.⁷⁸

Mais enfáticos são Zafaroni e Tércio Sampaio Ferraz Júnior. O primeiro acentua:

(...) as palavras de Montesquieu são muito mais claras se forem consideradas como provindas de um sociólogo e não como teto dogmático porque parte ele do reconhecimento de um fenômeno humano que não pode ser esquecido na medida em que se conserve um mínimo de contacto com a realidade: **todo poder induz ao abuso.**” (Destaque apostro).
(...)

Entendendo Montesquieu sociológica e politicamente, e não jurídica ou formalmente, não resta dúvida de que ele quer significar que o poder deve estar distribuído entre órgãos ou corpos, com capacidade de regerem-se de forma autônoma com relação a outros órgãos ou corpos, de modo que se elida a tendência “natural” ao abuso.⁷⁹

Remata o segundo:

Montesquieu, na verdade, via na divisão dos poderes muito mais um preceito de arte política do que um princípio jurídico. Ou seja, não se tratava de um princípio para a organização do sistema estatal e de distribuição de competências, mas um meio de se evitar o despotismo real. (...) Nesse sentido

76 MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*. cit., 1962, p. 181.

77 MALBERG, Carré de. *Contribution a la théorie générale de l'état*. Paris: Sirey, 1922, t. II, p. 7, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF. Plenário. Relator Ministro Cezar Peluzo. 2006, p. 214.

78 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes/Universidade de Brasília, 1990, p. 274, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF. Plenário. Relator Ministro Cezar Peluzo. 2006, p. 214.

79 ZAFARONI. *Poder judiciário, crises, acertados e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 81-83, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF. Plenário. Relator Ministro Cezar Peluzo. 2006, p. 214.

o princípio não era de separação de poderes, mas de inibição de um pelo outro de forma recíproca.⁸⁰

De todo exposto dúvidas não há de que se trata de um dos princípios basilares do sistema constitucional brasileiro. Foi essa, a maneira encontrada para que o Estado de Direito pudesse ser consolidado no Brasil.⁸¹ Os poderes independentes e harmônicos entre si cuidam de proteger a sociedade contra atos arbitrários de governantes inescrupulosos.

Em conclusão, o Ministro Relator Eros Grau afirma que o princípio da separação dos poderes constitui um dos mitos mais eficazes do Estado Liberal, coroado na afirmação, inscrita no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, de que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem constituição.”⁸²

1.8 Princípio da segurança jurídica

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVI, dispõe que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Estes institutos surgiram da necessidade de impedir a retroatividade das leis, obstando os seus efeitos onde há uma situação jurídica consolidada, tudo em prol da segurança jurídica, pois fere mortalmente o equilíbrio moral e material do indivíduo se, após a incorporação de um direito em seu patrimônio, houver a abrupta modificação do mesmo. Deste modo, surgem como limites à retroatividade das leis os institutos que iremos analisar.

Não é tarefa fácil determinar a amplitude do princípio da segurança jurídica. Em sentido amplo, o Professor André Ramos Tavares afirma que poderá abranger:

- i) a garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; ii) a garantia contra restrições legislativas dos direitos fundamentais (proporcionalidade) e, em particular, contra a retroatividade de leis punitivas; iii) o devido processo legal e o juiz natural; iv) a garantia contra a incidência do poder reformador da Constituição em cláusulas essenciais; v) o direito contra a violação de direitos; vi) o direito à efetividade dos direitos previstos

80 FERRAZ, Tércio Sampaio. *O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* In: Revista trimestral de direito público, vol. 9, 1995, p 41, pud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF. Plenário. Relator Ministro Cezar Peluzo. 2006, p. 215. Ressalte-se por importante que o Montesquieu não propôs a separação do poder, mas sim suas funções, pois, o poder é uno.

81 Não só no Brasil, mas em países de constituições democráticas como: França, Alemanha, Portugal, Espanha e Estados Unidos da América.

82 Voto proferido por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF. Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso. 2005, p. 269.

e declarados solenemente; vii) o direito contra medidas de cunho retrocessivos (redução ou supressão de posições jurídicas já implementadas); viii) a proibição do retrocesso em matéria de implementação de direitos fundamentais; ix) o direito à proteção da segurança pessoal, social e coletiva; x) o direito à estabilidade máxima da ordem jurídica e da ordem constitucional.⁸³

De notar que a respeito desse princípio fala-se em amplitude, porém, há aqueles que arriscam a formar uma definição. Neste sentido, e em síntese apertada podemos definir o princípio da segurança jurídica como: “a estabilidade das relações jurídicas que impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo que tenha ocorrido alguma inconformidade com o texto legal durante sua constituição.”⁸⁴

Muitas vezes o desfazimento do ato ou da situação jurídica por ele criada pode ser mais prejudicial do que sua manutenção, especialmente quanto a repercussões na ordem social. Por isso, não há razão para invalidar ato que tenha atingido sua finalidade, sem causar dano algum, seja ao interesse público, seja a direitos de terceiros.

Há ocasiões em que as anulações e revogações são praticadas em nome da restauração da legalidade ou da melhor satisfação do interesse público, mas na verdade para satisfazer interesses subalternos, configurando abuso ou desvio de poder. Mesmo que assim não seja, a própria instabilidade decorrente desses atos é um elemento perturbador da ordem jurídica, exigindo que seu exame se faça com especial cuidado.⁸⁵

Nesse passo, temos que o Princípio da Segurança Jurídica se encontra intensamente relacionado ao Estado Democrático de Direito, podendo ser considerado inerente e essencial ao mesmo, sendo um de seus princípios basilares que lhe dão sustentação.

Desta feita, é oportuno ressaltar que o Princípio da Segurança Jurídica possui conexão direta com os direitos fundamentais e ligação com determinados princípios que dão funcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como, a irretroatividade da lei, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, a coisa julgada, a proibição do retrocesso, entre outros.

83 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 701.

84 Esta definição foi extraída da internet e adaptada pelo autor sem perda de sua coesão. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/297017/principio-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 20 abr. 2012, 22:05 horas. No mesmo sentido consultar também: CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. O princípio da segurança jurídica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 118, 30 out. 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4318>>. Acesso em: 18 abr. 2012, 19:58.

85 Vide Princípio da estabilidade.

1.8.1 Princípio da irretroatividade da lei

A respeito da irretroatividade das leis informa André Ramos Tavares que a análise de Direito Constitucional comparado permite concluir que algumas constituições vedam peremptoriamente a retroatividade das leis. Cita como exemplo, a Constituição dos E.U.A., em seu art. 1º, seção 5ª, que determina:

O Congresso não poderá editar nenhuma lei com efeito retroativo”, o que vale para os Estados membros (art. 1º, seção 10). Na Constituição francesa de 1795 encontrava-se insculpida idêntica diretriz geral. O mesmo se encontra na Constituição mexicana, de 1948, que em seu art. n.º 14 determinou: “A nenhuma lei se conferirá efeito retroativo.”⁸⁶

E continua o doutrinador ao afirmar que, não é o que ocorre na Constituição brasileira de 1988, que veda a retroatividade em relação à lei penal (incisos XXXVI e XL do art. 5º) e a retroatividade que atinja o direito adquirido, o ato jurídico ou a coisa julgada (inciso XXXVI do art. 5º).⁸⁷

De notar que a retroatividade da lei é causadora direta de grave insegurança jurídica. No entanto, a concessão do status constitucional à diretriz da irretroatividade é relevante na medida em que vincula todos os poderes e, em especial, o legislador.⁸⁸

1.8.2 Ato jurídico perfeito

A Lei de Introdução ao Código Civil em seu art. 6º § 1º informa que: reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. A partir daí, os doutrinadores tentam chegar a uma definição para o que seja ato jurídico perfeito. Nesse sentido vejamos algumas posições a respeito do tema.

Para o Professor (Antônio Henrique Lindemberg Baltazar), ato jurídico perfeito é aquele ato que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, debaixo da lei velha. O ato jurídico perfeito possui definição normativa presente no Art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. “Art. 6º - A lei em vigor terá

86 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 702.

87 Op. cit., p. 702.

88 O art. 5º inciso XXXVI determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A constituição ao proteger essa trilogia, buscou assegurar um mínimo de estabilidade das relações jurídicas. Para tanto, proíbe a eficácia retroativa das leis àquelas situações do passado já consolidadas. Veja-se ainda, o que determina a Lei de Introdução ao Código Civil, ao estabelecer em seu art. 6º, que: “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.” Para conhecer a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF sobre o inciso XXXVI do art. 5º da CF/88, consultar: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo*. 3. ed., Brasília : Secretaria de Documentação, 2010, p. 121 a 142. Disponível também na internet: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 20 abr. 2012, 19:55.

efeito imediato e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada, § 1º - Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”⁸⁹.

Há neste conceito uma tautologia. Pois, o uso do termo “consumado”, na medida que que “o termo “consumado”, em Direito Intertemporal, está consagrado como uma referência às situações jurídicas cujos efeitos se esgotaram, completamente, no passado, como, por exemplo, um contrato totalmente executado pelas partes, com quitação recíproca em relação às respectivas obrigações assumidas”⁹⁰.

No mesmo sentido, veja-se também a seguinte definição:

O título ou fundamento que faz nascer o direito subjetivo é todo ato lícito que tenha a finalidade imediata de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, denomina-se ato jurídico perfeito.

Entende-se então que, ato jurídico perfeito é aquele que sob o regime de determinada lei tornou-se apto para dar nascimento aos seus efeitos desde que seja feita a devida verificação de todos os requisitos que lhe são indispensáveis.

O ato jurídico perfeito é negócio fundado na lei, portanto, não emana dela. Segundo a visão civilista, é um ato jurídico *stricto sensu*.

Ao se analisar a Lei de Introdução ao Código Civil, percebe-se que ela não se limita a uma lei introdutória ao Código Civil, mas, constitui sim, em uma lei de introdução às leis.⁹¹

De concluir que, inexistente ato jurídico perfeito com base em atos ou negócios inválidos. Se, se tratar de ato anulável e, portanto, ratificável, somente após a ratificação, poderá tal ato dar ensejo ao ato jurídico perfeito.^{92 93}

89 Texto extraído da internet. Disponível em:

<http://www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_ordem=assunto&page_id=1770&page_print=1>. Acesso em: 21 abr. 2012, 20:35.

90 RAMOS, Elival da Silva. *A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo. Saraiva, 2003, p. 146, apud TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 703.

91 ONGARATTO, Vinícius. Ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 81, 01/10/2010 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8805>. Acesso em 20 abr. 2012.

92 A nosso sentir, seria um sem sentido, afirmar-se que o ato jurídico perfeito apresente algum vício em sua conformação. O Ato é perfeito enquanto reconhecido pelo direito que já se completou em sua inteireza, ainda que não tenham produzido todos os efeitos previstos no momento de sua finalização.

93 Cabe salientar que de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o instituto do ato jurídico perfeito aplica-se às leis de ordem pública, “em linha de princípio, o conteúdo da convenção que as partes julgaram conveniente, ao contratar, é definitivo. Unilateralmente, não é jurídico entender que uma das partes possa modificá-lo. Questão melindrosa, todavia, se põe, quando a alteração de cláusulas do ajuste se opera pela superveniência de disposição normativa. Não possui o ordenamento jurídico brasileiro preceito semelhante ao do art. 1339, do código civil italiano, ao estabelecer: As cláusulas, os preços de bens ou de serviços, impostos pela lei, são insertos de pleno direitos no contrato, ainda que em substituição das cláusulas diversas estipuladas pelas partes. A inserção de cláusulas legais, assim autorizadas, independentemente da vontade das partes, reduz, inequivocamente, a autonomia privada e a liberdade contratual. Decerto, nos países cuja legislação consagra regra de extensão do preceito transcrito do direito italiano, as modificações dos contratos em cujo conteúdo se introduzam, por via da lei, cláusulas novas em substituição às estipuladas pelas partes contratantes, a aplicação imediata das denominadas leis interventivas aos contratos em curso há de ser admitida, como mera consequência do

1.8.3 Direito adquirido

Outro conceito dos mais difíceis de assimilar é o de direito adquirido. A Lei de Introdução ao Código Civil, mencionada, no referido art. 6º, esboçou um conceito: “§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Para o Professor Elival da Silva Ramos, os direitos adquiridos são aquelas situações subjetivas de vantagem surgidas a partir de determinado fato jurídico que “passam a se vincular de modo tão próximo e intenso ao seu titular que o sistema jurídico lhes atribui um novo status o de direito adquirido, para, com isso, torna-los imunes, em seus aspectos nucleares ou essenciais, aos efeitos da legislação posterior àquela sob a qual se constituíram”⁹⁴.

No mesmo sentido, leciona o Professor Celso Ribeiro Bastos que:

Constitui-se num dos recursos de que se vale a constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constante mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais de segurança do homem na terra.⁹⁵

O Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF Celso de Mello faz crítica sobre a falta de definição constitucional para o direito adquirido, ao afirmar que: “Não se pode desconhecer, porém, que em nosso ordenamento positivo inexistente definição constitucional de direito adquirido. Na realidade, o conceito de direito adquirido ajusta-se à concepção que lhe dá o próprio legislador ordinário, a quem assiste a prerrogativa

caráter estatutário da disciplina a presidir essas relações jurídicas, postas sob imediata inspiração do interesse geral, enfraquecido, pois, o equilíbrio decorrente do acordo das partes, modo privativo, da autonomia da vontade. Essa liberdade de o legislador dispor sobre a sorte dos negócios jurídicos, de índole contratual, neles intervindo, com modificações decorrentes das disposições legais novas não pode ser visualizada, com idêntica desenvoltura, quando o sistema jurídico, prevê, em norma de hierarquia constitucional, limite à ação do legislador, de referência aos atos jurídicos perfeitos. Ora, no Brasil, estipulando o sistema constitucional, no art. 5º, XXXVI, da Carta Política de 1988, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, não logra assento, assim, na ordem jurídica, a assertiva segundo a qual certas leis estão excluídas da incidência do preceito maior mencionado” (STF-RExtr. 198.993-9/RS). Disponível na internet no seguinte endereço: <http://www.vemconursos.com/opiniao/index.phtml?page_ordem=assunto&page_id=1770&page_print=1>. Acesso em: 21/04/2012, 20:59.

94 RAMOS, Elival da Silva. *A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. p. 146-7, apud TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p.704.

95 BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. Op. cit., p. 43.

de definir, normativamente, o conteúdo evidenciador da idéia de situação jurídica definitivamente consolidada.”⁹⁶

O Professor José Afonso da Silva nos ensina que para melhor compreensão do que seja o direito adquirido, cumpre relembrar o que é direito subjetivo e, assim, o definiu:

É um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava).⁹⁷

Prossegue o Professor José Afonso da Silva ao lecionar que, “se o direito subjetivo não foi exercido, vindo à lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de o titular não o ter exercido antes. Direito subjetivo é a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio. A possibilidade de exercício continua no domínio da vontade do titular em face da lei nova.”⁹⁸

Ponto importante a ser lembrado é que, a Constituição não veda a retroatividade da lei, a não ser da lei penal que não beneficie o réu. O princípio de irretroatividade da lei não é de Direito Constitucional, mas princípio geral de Direito. Decorre do princípio de que as leis são feitas para vigorar e incidir para o futuro.⁹⁹

Por último, cumpre fazer distinção entre direito adquirido e direito público. Não é rara a afirmativa de que não há direito adquirido em face da lei de ordem pública ou de direito privado. A generalização não é correta nesses termos. O que se diz com boa razão é que não corre direito adquirido contra o interesse coletivo porque aquele é manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral. A Constituição não faz essa distinção.

96 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 135.632-4, Relator, Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 24 maio, 1995.

97 SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. Op. cit., p. 434-435. Citou o seguinte exemplo: “quem tinha o direito de casar de acordo com as regras de uma lei, e casou-se, seu direito foi exercido, consumou-se. A lei nova não tem o poder de desfazer a situação jurídica consumada. A lei nova não pode descasar o casado, porque estabeleceu regras diferentes para o casamento.

98 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Op. cit., p. 435.

99 O nosso entendimento é o de que: não só a lei penal, mas, qualquer lei que retroagir no tempo terá que beneficiar. Só pode retroagir para beneficiar. A relação jurídica constituída permanece, porém, pode ser ampliada para melhorar a situação do detentor do bem.

1.8.4 Coisa Julgada

Coisa julgada material é a qualidade da sentença que tornam imutáveis e indiscutíveis seus efeitos substanciais. Verifica-se após o trânsito em julgado da decisão, ou seja, quando há a impossibilidade de se manejar qualquer recurso. Já a coisa julgada formal ocorre quando há a impossibilidade de, no mesmo processo, voltar a ser discutida a decisão. Todavia, aquele que se encontra insatisfeito com a decisão ainda poderá recorrer da decisão proferida. Entende-se que a proteção constitucional aplica-se apenas à coisa julgada material.

Segundo o Professor José Afonso da Silva, o texto constitucional só se refere à coisa julgada material, porque o que se protege é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada. A coisa julgada formal só se beneficia da proteção indiretamente na medida em que se contém na coisa julgada material, visto que é pressuposto desta, mas não assim a simples coisa julgada formal.¹⁰⁰

Prossegue o Professor, ao afirmar que “tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio. A coisa julgada é, em certo sentido, um ato jurídico perfeito; assim já estaria contemplada na proteção deste, mas o constituinte a destacou como um instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica.”¹⁰¹

Contudo, a proteção constitucional da coisa julgada não impede, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional.

Desta forma, dois aspectos merecem ser salientados em relação à coisa julga:

O primeiro aspecto refere-se à ação rescisória, prevista no art. 485 do Código de Processo Civil, ação esta que visa a rescisão de sentença de mérito transitada em julgado, nas hipóteses taxativas previstas no Art. 485 do Código de Processo Civil – CPC.

O segundo aspecto refere-se à Revisão Criminal, prevista no art. 621 do Código de Processo Penal, que possui a mesma finalidade da ação rescisória, só que no âmbito criminal, não tem o condão de ofender a coisa julgada, conforme entendimento unânime da doutrina e jurisprudência pátria.

A própria Constituição Federal, no art. 5º, XL prevê uma espécie de relativização da coisa julgada, ao dispor que a lei penal mais benéfica possua retroatividade de modo

100 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Op. cit., p. 436.

101 Op. cit., p. 436.

a alcançar aquele que já tenha sido condenado e, eventualmente já esteja até cumprindo a pena, ou seja, alcançando uma sentença já transitada em julgado.

Como exemplo, podemos citar o crime de adultério que foi revogado pela lei 11.106, de 2005. Se alguma pessoa tivesse sido condenada por sentença judicial transitada em julgado e estivesse cumprindo pena pelo crime de adultério, após a promulgação desta lei haveria a imediata extinção da punibilidade do crime (art. 107, III do Código Penal), alcançando, então aquela condenação proveniente de uma sentença judicial transitada em julgado.

1.9 Princípio da razoabilidade e proporcionalidade

Nos últimos anos, a regra¹⁰² da proporcionalidade vem despertando cada vez mais o interesse tanto dos doutrinadores como dos acadêmicos e são inúmeros os trabalhos que trazem esse tema para debate. Com efeito, trata-se de tema de suma importância para o Judiciário na distribuição da justiça.

Contudo, hodiernamente, nos deparamos com decisões, na maioria das vezes vagas, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Fazem homenagem ao princípio, sem, contudo, trazer os elementos que integram o conceito. Esses elementos são: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais serão analisados adiante.

1.9.1 Origem

É sempre difícil precisar a origem de qualquer instituto em seu tempo histórico. Contudo, segundo o Professor Luiz Roberto Barroso, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, desenvolvido no Brasil, por parte da doutrina e da jurisprudência, é o produto da conjugação de idéias vindas de dois sistemas diversos: i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão.¹⁰³

¹⁰² Nesse ponto cabe esclarecer que existem duas correntes de pensamento a respeito da proporcionalidade: há uma corrente que diz tratar-se de princípio; e outra, que diz tratar-se de regra. Além disso, há também duas posições em relação a questão proporcionalidade e razoabilidade ser ou não sinônimos. Que fique claro, desde já, que andamos ao lado daqueles que pensam serem expressões que não se confundem, portanto, têm significados diferentes, daqueles que identificam proporcionalidade como regra e não como princípio.

¹⁰³ BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2011, p. 255.

Prossegue o Professor para afirmar que, o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão e modernamente, sua consagração em texto positivo deu-se através das Emendas 5^a e 14^a à Constituição norte-americana de 1215, a partir de onde irradiou como um dos mais ricos fundamentos da jurisprudência da Suprema Corte.¹⁰⁴

Inicialmente, teve caráter puramente processual, abrigo garantias voltadas de início, para o processo penal e que incluíam os direitos de citação, ampla defesa, contraditório e recursos. Depois passou a ter alcance substantivo, por via do qual o Judiciário passou a desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade pelo legislador, tornando-se importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais, especialmente liberdade e da propriedade, em face do poder político.¹⁰⁵

Na Alemanha, ao revés, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade administrativa. A partir de então, a idéia de proporcionalidade passou a ter fundamento constitucional, colhido no princípio do Estado de Direito, convertendo-se o princípio da reserva legem em princípio da reserva de lei proporcional.¹⁰⁶

Em sentido contrário veja-se o que nos diz Humberto Ávila no breve excuroso histórico:

É comum, em trabalhos sobre a regra da proporcionalidade, que se identifique sua origem remota já na Magna Carta de 1215.¹⁰⁷ Esse documento seria a fonte primeira do princípio da razoabilidade e, portanto também da proporcionalidade. Essa identificação histórica é, por diversas razões equivocada. Em primeiro lugar, visto que ambos os conceitos – razoabilidade e proporcionalidade – não se confundem, não há que se falar em proporcionalidade na Magna Carta de 1215. Além disso, é de se questionar até mesmo a afirmação de que a regra da razoabilidade tenha origem nesse documento. Como bem salienta Willis Santiago Guerra Filho, na Inglaterra fala-se em princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra,

¹⁰⁴ Idem, p. 256.

¹⁰⁵ Idem, idem, p. 256.

¹⁰⁶ Op. cit., p. 256-257.

¹⁰⁷ Cf., por exemplo Luís Roberto Barroso, “os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional” p. 65; Pereira de Souza e Pinheiro Sampaio, “O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade”, RF 349 (2000), p. 31 et seq. e 36 et seq. Esses autores sugerem também que a regra da proporcionalidade tem origem com o fim do Estado absolutista inglês. apud SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 29.

não se encontra no longínquo ano de 1215, nem em nenhum outro documento legislativo posterior, mas em decisão judicial proferida em 1948. (...).¹⁰⁸

E conclui o Professor ao afirmar que, “a não identidade entre os dois conceitos fica ainda mais clara quando se acompanha o debate acerca da adoção do Human Rights Act de 1998 na Inglaterra. Somente a partir daí passou a haver um real interesse da doutrina jurídica inglesa na aplicação da regra da proporcionalidade, antes praticamente desconhecida na Inglaterra.”¹⁰⁹

1.9.2 Questões terminológicas preliminares

No Brasil o termo “princípio da proporcionalidade” é mais difundido e, aceito sem grandes controvérsias terminológicas. No entanto, cita trabalho recente de Humberto Bergmann Ávila¹¹⁰ que informa que a questão é mais controversa do que parece e que a utilização do termo “princípio” pode ser errônea, principalmente quando se adota o conceito de princípio jurídico em contraposição ao conceito de regra jurídica, com base na difundida teoria de Robert Alexy.¹¹¹

Embora tenhamos discutido esse assunto, vale retornar nesse ponto, ainda que brevemente, tendo em vista a sua importância para consolidar a diferença entre esses dois institutos tão importantes na aplicação do direito.

Alexy divide as normas jurídicas em duas categorias, as regras e os princípios quanto à estrutura e forma de aplicação. Segundo Robert Alexy regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie* cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes.

Os princípios são, portanto, “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”; são, por conseguinte, mandamentos de otimização.¹¹²

¹⁰⁸ Cf. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. V. Wednesbury* [1948], 1 KB 223, p. 228-230, apud SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 29.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 29.

¹¹⁰ Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e redefinição do dever de proporcionalidade”. RDA 215 (1999), especialmente p. 154-158 e 168-175, apud SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 24. Ver também ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed., São Paulo : Malheiros, 2004, 30-31.

¹¹¹ A respeito da distinção entre princípios e regras, consultar tópico 1.2 *infra*, p. 21-22.

¹¹² SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 25.

Conclui Humberto Bergmann Ávila ao afirmar que, “o problema terminológico é evidente. O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas já que é aplicado de forma constante, sem variações”.¹¹³

No mesmo sentido, Humberto Bergmann Ávila afirma que Alexy, “sem o enquadrar noutra categoria, exclui-o com razão do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência”.¹¹⁴

Em outra afirmativa categórica Humberto Bergmann Ávila alerta que “não é possível fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira”. Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo “princípio” pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é à exigência de proporcionalidade¹¹⁵. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade¹¹⁶ do termo “princípio”, não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica.

Não há como querer, por exemplo, que expressões como “princípio da anterioridade” ou “princípio da legalidade” sejam abandonadas, pois, quando se trata de tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso.

1.9.3 Proporcionalidade e razoabilidade

Aquele que se propõe a analisar conceitos jurídicos tem que ter presentes que nem sempre os termos utilizados no discurso jurídico guardam a mesma relação que possuem na linguagem laica,” e cita o seguinte exemplo:

(...), se um pai proíbe a seu filho que jogue futebol durante um ano, apenas porque este, acidentalmente, quebrara a vidraça do vizinho com uma bolada, é de se esperar que o castigo seja classificado pelo filho – ou até mesmo pelo vizinho ou por qualquer outra pessoa – como desproporcional. Poder-se-á dizer também que o pai não foi razoável ao prescrever o castigo. O mesmo

¹¹³ Idem, p. 25.

¹¹⁴ Idem, idem, p. 25.

¹¹⁵ Nesse sentido, o termo princípio, na expressão princípio da proporcionalidade, é empregado com o significado de “disposição fundamental”, e essa é a acepção mais corrente do termo “princípio” na linguagem jurídica pátria. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 450; José Afonso da Silva, *Curso de Direito constitucional positivo*, p. 95, apud SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 26, Nota n.º 13.

¹¹⁶ Muitos sentidos ou muitas acepções.

raciocínio pode também valer no âmbito jurídico, desde que ambos os termos sejam empregados no sentido laico. Mas, quando se fala, em um discurso jurídico em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. (...).¹¹⁷

A tendência a confundir proporcionalidade e razoabilidade pode ser notada não só na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se verá adiante, mas também em inúmeros trabalhos acadêmicos e até mesmo em relatórios de comissões do Poder Legislativo.¹¹⁸ Luiz Roberto Barroso, por exemplo, afirma que “é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira”.¹¹⁹

Prossegue o Professor para afirmar que, estivesse correta a afirmação, a regra da proporcionalidade nada mais seria do que o nome dado à regra da razoabilidade pelos autores “sob influência germânica”, uma simples questão de preferência terminológica, de acordo com a filiação acadêmica de cada jurista.¹²⁰

Em conclusão, também Suzana de Toledo Barros iguala ambos os conceitos, nos seguintes termos: “O princípio da proporcionalidade, (...) como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos.”¹²¹

1.9.4 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O Professor Luiz Virgílio Afonso da Silva, faz crítica severa ao Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos: “O recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a idéia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam

¹¹⁷ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 26, Nota n.º 27-28.

¹¹⁸ Cf. PEC 264-A/95, cujo relatório foi redigido pelo Deputado Silas Brasileiro, apud SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 26, Nota n.º 28, Nota n.º 18.

¹¹⁹ BARROSO, Luiz Roberto, “Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?)”, RDA 214 (1998), p. 18 (parte do grifo no original); do mesmo autor, “os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional”, p. 69, apud SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 26, Nota n.º 28.

¹²⁰ Idem, p. 28.

¹²¹ Idem, idem, p. 28.

sinônimos.” A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um tópos, com caráter meramente retórico, e não sistemático.¹²²

Prossegue em sua crítica ao afirmar que, na decisão da liminar do sempre citado HC 76.060-4, por exemplo, o Tribunal faz uso da regra da proporcionalidade nos seguintes termos:

O que, entretanto, não parece resistir que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais -, é que se pretenda constringer fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.¹²³

Apesar de salientar a importância da proporcionalidade “para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais”, o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. Na decisão, a passagem mencionada é a única a fazer referência à regra da proporcionalidade. Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.

Conclui ao afirmar que, “o raciocínio aplicado costuma ser muito mais simplista e mecânico. Resumidamente:

- a constituição consagra a regra da proporcionalidade;
- o ato questionado não respeita essa exigência;
- o ato questionado é inconstitucional.¹²⁴

Vários são os julgados citados como exemplos de aplicação da regra da proporcionalidade entre nós, dos mais recentes até julgados do início da década de 50. Na maioria deles, a proporcionalidade nem sequer é citada. No entanto, há julgados em que, pelo menos nominalmente, faz-se referência a ela, como é o caso da decisão do HC 76.060-4 citado anteriormente, salta aos olhos um problema de difícil solução: tanto Gilmar Ferreira Mendes como Suzana de Toledo Barros, quando expõem teoricamente a regra da proporcionalidade, se referem, como não poderia deixar de ser, os exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, as quais serão analisadas nos tópicos seguintes.

¹²² SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 26, Nota n.º 31.

¹²³ Idem, p. 31.

¹²⁴ Idem, idem, p. 31.

1.9.5 A regra da proporcionalidade e seus elementos

A subdivisão da regra da proporcionalidade em três sub-regras, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conquanto praticamente ignorada pelo STF, é bem salientada pela doutrina pátria. Contudo, muitas vezes, a análise dessas sub-regras não tem sido feita de maneira a torna-las compreensíveis e aplicáveis na prática jurisprudencial.¹²⁵

Muitas vezes é fornecido apenas um conceito sintético de cada uma delas, sem que se analise, no entanto, a relação entre elas, nem a forma de aplicá-las. Com isso, são ignoradas algumas regras importantes da aplicação da regra da proporcionalidade impossibilitando sua correta aplicação pelos tribunais brasileiros. Uma dessas regras, trivial à primeira vista, mas com importantes consequências, é a ordem pré-determinada em que as sub-regras se relacionam.¹²⁶

No entanto, Willis Santiago Guerra Filho, adverte que, se simplesmente as enumeramos, independentemente de qualquer ordem, pode-se ter a impressão de que tanto faz, por exemplo, se a necessidade do ato estatal é no caso concreto, questionada antes ou depois da análise da adequação ou da proporcionalidade em sentido estrito.¹²⁷ Não é o caso. A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito.

Conclui o Professor Luiz Virgílio Afonso da Silva ao afirmar que, a real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção.

Em termos claros e concretos, com a subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da

¹²⁵ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 34.

¹²⁶ Idem, p. 34.

¹²⁷ Willis Santiago Guerra Filho, *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 67 e 68, expõe as sub-regras da proporcionalidade na seguinte ordem: proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade. Isso poderia dar a entender que a análise da proporcionalidade em sentido estrito precede as análises da adequação e da necessidade. Em trabalho mais recente, contudo, a análise das sub-regras segue o modelo padrão. Cf. Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria processual da Constituição*, p. 84, apud SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 34.

adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável à análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.¹²⁸

Antes de iniciar a análise individual das sub-regras da proporcionalidade, registre-se que há três tendências diversas quanto a seu número:

A primeira delas, amplamente majoritária, adota a divisão em três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A segunda adotada principalmente pelos críticos do sopesamento como método de aplicação do direito, representados principalmente por Böckenförde e Schlink,¹²⁹ aceita somente a análise da adequação e da necessidade, excluindo o sopesamento que a análise da proporcionalidade em sentido estrito implica.

Por fim, a terceira tendência costuma identificar um elemento adicional que precede a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: a análise da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir. Essa tendência é perceptível principalmente nos autores que se ocupam com a aplicação da regra da proporcionalidade perante a Corte Européia de Direitos Humanos.¹³⁰

1.9.5.1 Adequação

No Brasil, um difundido conceito de adequação sugere que um meio deve ser considerado adequado se for “apto para alcançar o resultado pretendido”.¹³¹ Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, cita decisão do Tribunal Constitucional alemão para fornecer o conceito de adequação, nos seguintes termos: “os meios utilizados pelo

¹²⁸ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 34.

¹²⁹ (...). No Brasil, Gilmar Ferreira Mendes, sempre influenciado pelas lições de Pieroth e Schlink (...). Nota n.º 46, apud SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 35.

¹³⁰ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 35.

¹³¹ Cf. Humberto Bergmann Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, p. 172, apud SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 36.

legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado.”¹³²

Para elucidar a sub-regra da adequação o Professor Luiz Virgílio Afonso da Silva apresentou dois exemplos: o exemplo de n.º 1: referente à ADC 9-6, racionamento de energia e o de n.º 2: referente à ADIn 855-2¹³³, pesagem de botijões de gás. No entanto, para o presente estudo, apenas um é suficiente. Assim, a escolha recai sobre o caso n.º 2: pesagem de botijões de gás. O exemplo foi assim apresentado:

Com o objetivo de proteger o consumidor, uma lei do Estado do Paraná (Lei 10.248/93)¹³⁴ exigia que os botijões de gás fossem pesados na presença do consumidor,¹³⁵ para que possíveis variações no peso do botijão vendido, ou possíveis sobras de gás no botijão devolvido, fossem devidamente ressarcidas ou abatidas do preço do botijão novo.¹³⁶

A autora da ação alegou, genericamente, além de vícios de competência, violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, argumento aceito pelo STF – sem qualquer análise concreta em separado sobre adequação ou necessidade da medida adotada.

No exame da adequação deve-se indagar simplesmente se a medida empregada promoveria a defesa do consumidor. Com base em parecer do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO, afirmou-se que não. Em primeiro lugar, porque o tipo de balança necessária para a pesagem seria extremamente sensível, desgastando-se facilmente, o que poderia acarretar desregulagem. Em segundo lugar, porque a pesagem impediria que o consumidor adquirisse o botijão em local distante do veículo como é feito frequentemente.

¹³² Cf. Gilmar Ferreira Mendes, “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”, p. 371 (grifei); do mesmo autor, In: Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 248. A decisão citada encontra-se em BVerfGE 30, 292 [316], apud SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 36.

¹³³ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>>. Acesso em: 19-06-2012, 19:30.

¹³⁴ Dispõe que é obrigatória a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializarem - GLP - Gás Liquefeito de Petróleo, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro entregue e também do recolhido, quando procedida a substituição, conforme específica. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibirImpressao&codAto=6514>>. Acesso em: 27 jun. 2012, 16:07.

¹³⁵ DJU 09.08.2001. O mérito do pedido foi julgado em 13.12.2001 e o pleno decidiu, vencidos os Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio Mello, manter a decisão cautelar. SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 37, Nota n.º 53.

¹³⁶ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 38.

Nenhum dos argumentos é, contudo, suficiente para decretar a inadequação da pesagem para a proteção do consumidor. Se a balança desregula-se facilmente, basta que haja controle por parte do Poder Público. E o fato de o consumidor ter que andar até o veículo para acompanhar a pesagem pode ser considerado incômodo, mas não altera em nada a efetividade da medida. A medida pode, portanto, ser considerada adequada para promover a defesa do consumidor, porque fomenta a realização dos fins visados.¹³⁷

1.9.5.2 Necessidade

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.¹³⁸

Para elucidar a afirmação se propõe a seguinte situação: Suponha-se que, para promover o objetivo 0, o Estado adote a medida M_1 , que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M_2 que, tanto quanto M_1 seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo 0, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M_1 , utilizada pelo Estado, não é necessária.¹³⁹

A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto.

Nesse ponto vamos retomar ao exemplo 2: ADIn 855-2¹⁴⁰, pesagem de botijões de gás. A exigência de pesagem dos botijões de gás, como foi visto no exame de adequação, é adequada para a defesa do consumidor. Para saber se é necessária, o primeiro passo é, como visto acima, verificar qual direito fundamental está sendo restringido para, num segundo passo, perquirir sobre a existência de medidas

¹³⁷ O epíteto foi construído com adaptações, a partir da obra: SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 38-39, de forma a atender aos objetivos do presente trabalho, no entanto, não houve perda do significado, apenas para melhorar a coesão textual.

¹³⁸ Idem, p. 39-40.

¹³⁹ Essa fórmula corresponde à fórmula de otimização proposta por Vilfredo Pareto e é, por isso, conhecida como eficiência de Pareto. Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 149, nota 222; do mesmo autor, “*Individuelle Rechte und Kollektive Güter*”, p. 259; Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 178-182; Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, p. 112-119. Cf. também Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, p. 51-54. Dechsling sugere também a aplicação do critério de Kaldor-Hicks, com algumas modificações, para a análise da necessidade de uma medida (cf. p. 68), apud SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 38.

¹⁴⁰ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>>. Acesso em: 20 jun. 2012, 07:30.

alternativas que, da mesma forma, protejam o consumidor, mas restrinjam em menor escala o direito em questão.

A autora da ação alegou apenas uma possível restrição a um direito fundamental, a restrição à liberdade de iniciativa, pois a produção de balanças exigiria “investir muitos recursos em tecnologia”, o que poderia levar à “ruína econômica das empresas” distribuidoras.

Como medida alternativa, sugeriu-se que a produção ao consumidor fosse feita por meio de controle do peso dos botijões por amostragem, realizado pelo Poder Público, como é atualmente feito. Alega-se que os consumidores são protegidos e que as empresas não se locupletam com o que resta de gás nos botijões recolhidos, porquanto tais sobras “são levadas em conta na fixação dos preços pelo órgão competente, beneficiando, assim, toda a coletividade dos consumidores finais”.

Mesmo em um cenário de preços controlados, o argumento não é suficiente para decidir pela desnecessidade da medida, uma vez que ela não inclui esse controle por amostragem, mas a ele se soma. Ocorre que, a exigência de pesagem tem também outra finalidade: proteger o consumidor individualmente, para que ele não pague pelo que não recebeu. E, para a consecução dessa finalidade, a exigência de pesagem é certamente mais eficiente do que o controle por amostragem.

Conclui Luiz Virgílio Afonso da Silva ao afirmar que, nesse sentido, a exigência de pesagem na presença do consumidor pode ser considerada como necessária, nos termos da regra da proporcionalidade.

1.9.5.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Seguindo o magistério de Luiz Virgílio Afonso da Silva, ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

O Professor apresenta o seguinte exemplo para demonstrar a importância dessa terceira sub-regra da proporcionalidade: se, para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos devessem fazer exame para detectar uma

possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação:

a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária – nos termos previstos pela regra da proporcionalidade –, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada.¹⁴¹

Prossegue o Professor e afirma que, somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5º e 1º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art. 6º da CF/88).¹⁴²

Veja-se como seria o sopesamento ao retornarmos ao caso ADIn 885-2, pesagem de botijões de gás.

A exigência de pesagem de botijões de gás na presença do consumidor pode ser considerada adequada para fomentar a realização dos fins perseguidos. Dentro das possibilidades da presente análise, a medida pôde também ser considerada como necessária, pois ainda que a medida alternativa de pesagem por amostragem pudesse restringir em menos escala a livre iniciativa das empresas distribuidoras de gás, tal alternativa não parece ter a mesma capacidade de fomentar a proteção do consumidor.

Na análise da proporcionalidade em sentido estrito deve ser questionado se a proteção ao consumidor justificaria essa pequena limitação à liberdade de iniciativa.

1.9.5.4 A regra da proporcionalidade no direito brasileiro

A questão de se saber se a aplicação da regra da proporcionalidade encontra fundamento no direito positivo brasileiro tem recebido respostas diversas.¹⁴³

Em algumas decisões do STF, esse fundamento é meramente pressuposto, o que em nada contribui para o deslinde da questão. Em várias outras, contudo, o Tribunal encontra um fundamento para a proporcionalidade no inciso LIV do art. 5º, da CF/88.¹⁴⁴

¹⁴¹ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 40.

¹⁴² Idem, p. 40.

¹⁴³ Idem, idem, p. 42.

¹⁴⁴ Idem, ibidem, p. 42.

Boa parte da doutrina entende que a regra da proporcionalidade tem seu fundamento no chamado princípio do Estado de Direito.¹⁴⁵

Há também quem encontre o fundamento da proporcionalidade nos mais diversos dispositivos constitucionais, por exemplo: os arts. 5º, II (legalidade), 5º XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional), 1º, caput (princípio republicano, 1º, II (cidadania), 1º, III (dignidade). São ainda citados os institutos do habeas corpus (art. 5º LXVIII), mandado de segurança (art. 5º, LXIX), habeas data (art. 5º, LXII), assim como o direito de petição (art. 5º, XXXIV, a).¹⁴⁶

Depois de apontar vários dispositivos constitucionais, que serve de fundamento para a regra da proporcionalidade¹⁴⁷, finaliza o Professor ao afirmar que, há a tese de que a proporcionalidade integra o direito positivo brasileiro por meio do § 2º do art. 5º, por decorrer do regime e dos princípios adotados na Constituição, defendida especialmente por Willis Santiago Guerra Filho e Paul Bonavides.¹⁴⁸

1.10 Neoconstitucionalismo: o novo direito constitucional

O neoconstitucionalismo é a teoria que abrange e explica o pensar do direito contemporâneo. O neoconstitucionalismo enxerga o direito como ele deve ser: transformador. Muda a forma de pensar, pois pretende superar o debate entre positivistas x jusnaturalistas, lançando mão de uma nova teoria para o direito, tomando como ponto central a Constituição. “Passamos de um direito em que as normas ditam o que fazer para um direito em que os princípios indicam o que se pode fazer”¹⁴⁹

¹⁴⁵ Destaque na literatura nacional para: MENDES, Gilmar Ferreira. “*O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*”, p. 372, citando Hans Schneider, que, no entanto, tem postura crítica acerca da fundamentação da regra da proporcionalidade com base no princípio do Estado de Direito, apud SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 42; e BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed., São Paulo : Saraiva, 2010, p. 255-261.

¹⁴⁶ No mesmo sentido, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed., atualizada (em apêndice texto da Constituição Federal de 1988, com as Emendas Constitucionais até a de n.º 67, de 22.12.2010), São Paulo : Malheiros, 2011, p. 395, como provável inspirador.

¹⁴⁷ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 43.

¹⁴⁸ Cf. Willis Santiago Guerra Filho, “*Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*”, p. 278; do mesmo autor (...); cf. também Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 396. No mesmo sentido citando Paulo Bonavides, cf. Juarez Freitas, “*O intérprete e o poder de dar vida à Constituição*”, p. 233, apud SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abril de 2002, p. 43, Nota n.º 72.

¹⁴⁹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 7), São Paulo : Editora Método, 2008, p. 18.

Mas, afinal, o que é neoconstitucionalismo? Percebe-se de imediato que, não é assim tão fácil encontrar uma definição para a expressão. O neoconstitucionalismo apresenta quatro acepções principais:

Así, Luis Prieto, adoptando el esquema propuesto por Paolo Comanducci, señala cuatro acepciones principales. Em primer lugar, el neoconstitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, surgido a partir de La segunda mitad Del siglo XX em diversas partes Del mundo. Em segundo término, puede designar una teoría Del Derecho, aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo. Em tercer lugar, cabe entender por neoconstitucionalismo La ideología o filosofía política que justifica o defiende La fórmula así designada. Finalmente, el neoconstitucionalismo se proyectaría sobre un amplio capítulo que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del Derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista. (Grifo apostro).¹⁵⁰

Assim, Luis Prieto, adotando o esquema proposto por Paolo Comanducci identifica quatro principais significados. Em primeiro lugar, o neoconstitucionalismo pode incorporar algum tipo de regra do direito, surgiu a partir da segunda metade do século XX em todo o mundo. Em segundo lugar, você pode designar uma teoria jurídica, que a teoria adequada para descrever ou explicar as características deste modelo. Em terceiro ponto neoconstitucionalismo entender ideologia ou filosofia política que justifica e defende a fórmula assim designados. Finalmente, a um neoconstitucionalismo ser projetada sobre o capítulo enorme que afeta questões conceituais e metodológicas relativas à definição da lei, o estatuto dos seus conhecimentos ou a função do jurista.¹⁵¹

Trata-se de um fenômeno gradual de modo que um sistema jurídico pode estar mais ou menos constitucionalizado na medida em que presentes em maior ou menor grau certas regras e condições de constitucionalização. Algumas condições são exigidas no ordenamento jurídico para que subsista o neoconstitucionalismo:

A primeira condição é a presença de uma Constituição rígida, ou seja, ela deve ser escrita e deve ser protegida contra legislação ordinária, no sentido de que a Constituição não pode ser revogada ou alterada, exceto por um procedimento especial de revisão constitucional.

A segunda condição é a garantia jurídica da constituição, a presença de alguns controles sobre a conformidade das leis com a Constituição. Esse controle pode ser a posteriori (como exceção) e, em particular, cada juiz no âmbito de sua própria competência, como nos Estados Unidos para priori (através da ação) e abstrato, exercido por um Tribunal Constitucional ou órgão similar, o modelo francês e, finalmente, a

¹⁵⁰ Texto original de LUIZ PRIETO, Sanchis, com destaque do autor.

¹⁵¹ CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. 1. ed., Editorial Porrúa, Mexico, 2006, p. 1-2. Traduzido livremente com adaptações pelo autor.

posteriori (como exceção) e, em particular, exercido pelo Tribunal Constitucional, seguindo o exemplo da Alemanha, Itália e Espanha.

A terceira condição é a força vinculativa da Constituição, ou seja, considerando todas as normas constitucionais genuínas, como verdadeiro regime jurídico e apta a produzir efeitos.

A quarta condição é a "interpretação abusiva" da Constituição, que ocorre quando ela é interpretada de uma maneira que atraia muitas regras implícitas, não expressa, da aptidão para resolver qualquer aspecto da vida social e política. Quando a Constituição é sobreinterpretada os espaços não são um direito constitucional: há sempre procura de uma norma constitucional de qualquer decisão legislativa.

A quinta condição é a aplicação direta das normas constitucionais, em função, por um lado, da difusão dentro da cultura jurídica da constituição como consequência da moldagem das relações sociais e, por outro lado, como resultado do exposto, a atitude dos juízes que ampliam as normas constitucionais usadas durante qualquer controvérsia.

A sexta condição é a interpretação uniforme das leis e com a interpretação técnica relacionada com o não, da Constituição, mas de direito. A interpretação é aquela que se adapta e combina com a constituição do direito, escolhendo o sentido de evitar qualquer contradição entre a lei e a Constituição. O objetivo dessa interpretação é o de preservar a validade da lei de outra forma, deve ser declarada inconstitucional.

Finalmente, a sétima condição é a influência da Constituição nas relações políticas, de modo que as normas constitucionais são usadas para resolver conflitos políticos e com argumento meramente político para justificar as ações e decisões.

O neoconstitucionalismo é um termo utilizado doutrinariamente para indicar o estado do constitucionalismo contemporâneo, que à semelhança do positivismo jurídico, trata-se de um fenômeno complexo, heterogêneo, porém, concorrente ou contraposto ao positivismo na sua acepção ideológica, metodológica e teoria.¹⁵²

O neoconstitucionalismo identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas, em meio às quais se destacam: o marco histórico, o marco filosófico e o marco teórico, que serão analisadas nos tópicos seguintes.

¹⁵² EMERIQUE, Lilian Balmant. Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da hermenêutica constitucional. In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 636.

1.10.1 Marco histórico do neoconstitucionalismo

O marco histórico do neoconstitucionalismo é controverso. Há os que defendem que o seu marco foi uma resposta aos regimes totalitários desenvolvidos antes da Revolução francesa. Há também os que defendem a idéia de que o seu marco histórico situa-se no período Pós-Segunda Guerra Mundial.

O neoconstitucionalismo, perto dos moldes atuais, deve ser traduzido pelo relevo dado às Constituições no final do século XIX início do século XX, de fundamento liberal e traço distintivo pela limitação dos poderes.

A partir da Segunda Guerra Mundial várias teorias foram desenvolvidas, entre elas a tópica, a argumentação jurídica e a hermenêutica constitucional.

As idéias centrais da Revolução francesa surgidas a partir do movimento iluminista em 1789 (liberdade, igualdade e fraternidade) refletiram nas constituições de todo o mundo. Essas idéias provocam uma mudança expressiva na formatação dos ordenamentos jurídicos, especialmente nos países democráticos, opositores ao sistema monárquico, regimes autoritários e totalitários.

Como consequência da inclusão dessas idéias nos textos constitucionais a constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico, aí então, ocorre o que se convencionou chamar de “a invasão da constituição”, ou seja, um movimento de descodificação dos códigos. As constituições passam a ter aplicação direta e imediata, com prevalência na utilização dos princípios para solução de conflitos.

De acordo com o Professor Luiz Roberto Barroso, as principais referências históricas do desenvolvimento do neoconstitucionalismo são: “a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã) de 1949, a Constituição da Itália, de 1947 e a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978).”¹⁵³

153 BRROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 52-53. No mesmo sentido consultar: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov.2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 27 abr. 2012, 20:01; BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed., São Paulo : Saraiva, 2010, p. 245-246; EMERIQUE, Lilian Belmant. *Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da hermenêutica constitucional*. In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 636/638.

No Brasil, prossegue o Professor, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição.¹⁵⁴

No caso brasileiro a constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país.¹⁵⁵

E finaliza o Professor ao afirmar que “sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Há um sentimento de constitucionalismo no País, o que é algo para ser celebrado.”¹⁵⁶

1.10.2 Marco filosófico do Neoconstitucionalismo

Para discutirmos o marco filosófico do neoconstitucionalismo, proponho acompanharmos as lições do Mestre Luiz Roberto Barroso que com a perspicácia de sempre afirma que:

(...) o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação, ou, talvez, sublimação, dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.¹⁵⁷

154 Idem, idem, p. 52-53.

155 Afirma o Professor Luis Roberto Barroso. Op. cit. p. 53, que: “depois de vinte anos de regime democrático, a sociedade brasileira vivenciou alguns fatos importantes que marcaram a história do país, que vale a pena serem destacados: o impeachment de um Presidente, o escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, a eleição de um Presidente da oposição pelo Partido dos Trabalhadores, denúncias envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares.”

156 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 53. Sobre o marco histórico do neoconstitucionalismo consultar também o consistente trabalho do Advogado e Doutor em direito constitucional: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*, São Paulo : Método, 2008. (Coleção Professor Gilmar Ferreira Mendes): v. 7, p. 23-31.

157 BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 143-164. Consultar, também na internet: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 27 abr. 2012, 19:05; BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed., São Paulo : Saraiva, 2010, p. 245-246.

Para melhor entendimento do que seja pós-positivismo, é oportuno apresentar as diferenças entre jusnaturalismo (direito natural) e positivismo (direito positivo).¹⁵⁸

1.10.2.1 Jusnaturalismo: Direito Natural

Segundo esta corrente do pensamento jurídico uma lei para ser lei deve estar de acordo com a justiça. Mas, o que é o justo? Dizem os jusnaturalistas que o justo é tudo que existe em termos de ideal do bem comum. Ao se indagar se uma norma é justa ou injusta, equivale indagar se a norma é apta a produzir valores que historicamente imprimiram realizações a determinados ordenamentos jurídicos.

Deve-se comparar o que existe no mundo real e no mundo ideal, para saber se a norma é justa ou injusta. Assim se uma lei nega a vontade da justiça, deve ser afastado o seu caráter jurídico. Por exemplo: uma lei que nega direitos às pessoas.

Reconhece-se como Direito unicamente o que é justo. A teoria do Direito Natural é aquela que se considera capaz de estabelecer o que justo e o que é injusto de modo universalmente válido. A partir deste pressuposto é possível indagar se esta pretensão tem fundamento entre os diversos seguidores do Direito Natural, em relação ao que se considera justo ou injusto? A resposta é não.

Para Kant a liberdade era natural, mas para Aristóteles era natural à escravidão. Para Locke era natural a propriedade individual, enquanto para Campanella e Wisntanley a instituição mais adequada é a comunhão de bens.

Se o justo e o injusto não é universal, a quem compete estabelecer o que é justo e injusto?

a) aqueles que detêm o poder, e neste caso se estabelece a certeza do Direito, mas se converte para a doutrina oposta (Juspositivismo); e

b) a todos os cidadãos, mas como os critérios de justiça são diversos, aqueles que desobedecerem à lei porque a julgam injusta, os governantes nada poderiam objetivar, e a segurança da vida civil estaria comprometida ou destruída.

158 GOUVEIA, Alexandre Grassano F. Direito Natural e Direito Positivo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, 23dez. 1998 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6>>. Acesso em: 28 abr. 2012, 21:32. Consultar também: <http://psgaadv.com/sub_paginas/teoriageral_dodireito/JUSNATURALISMO%20E%20JUSPOSITIVISMO.pdf>. Acesso em: 29.04.2012, 21:40. Os textos foram adaptados pelo autor, com base em apontamentos pessoais.

Está no Direito Natural tudo aquilo o que é regido pelas leis naturais e, portanto, distinto do Direito Positivo, e é inegável que sua idéia, ainda que ilusória ou utópica tem contribuído para o desenvolvimento jurídico, até como ideal revolucionário ou de conservadorismo. Como o pensamento de Rousseau (Contrato Social) para fundamentar uma democracia radical, fundada na doutrina da bondade natural dos homens.

Do Direito Natural originam-se os princípios gerais do Direito, comuns a todos os ordenamentos jurídicos, como o direito à liberdade; ao alimento; ao vestuário; à moradia; à constituição de família; à honra. Mesmo sem aceitar a idéia do Direito Natural, é possível reconhecer que as normas jurídicas não podem ser elaboradas com desprezo de dados naturais que se impõem à consciência ética ou científica de todos. Está na natureza das coisas que as crianças não possam casar ou firmar contratos válidos; que o menor de tantos anos não seja imputável.

1.10.2.2 Juspositivismo: Direito Positivo

Para os Jusnaturalistas uma norma não é válida se não é justa. Para o juspositivismo uma norma é justa se for válida, ou seja, se existe ou não como regra jurídica dentro de um determinado sistema jurídico, assim ela deve: i) ser emanada de autoridade competente ou autorizada; ii) estar em vigor; iii) ser compatível com outra.

Na doutrina política de Thomas Hobbes iremos encontrar um exemplo do positivismo jurídico, onde não existe outro critério do justo ou injusto fora da lei positiva ou do comando do soberano.

Para ele, no estado de natureza, como todos estão à mercê dos próprios instintos, não há lei que determine a cada um o que é seu, uma vez que todos têm direitos sobre todas as coisas e nasce a guerra de todos contra todos e que assim é necessário sair deste estado, e, para tanto, os homens devem pactuar entre si, renunciando aos direitos que têm in natura (de decidir cada um segundo os próprios desejos e interesses; aquilo que é justo ou injusto) e transmiti-los a um soberano.

Deverão, portanto, transmitir todos os seus direitos naturais ao soberano, bem como o direito de decidir o que é justo ou injusto. Assim, uma vez constituído o estado civil, o critério do justo ou injusto será o da vontade do soberano. Para Hobbes, a validade de uma norma jurídica e a justiça dessa norma não se distingue, porque a justiça e a injustiça nascem juntas com o direito positivo, isto é junto com a validade.

Quando surge o Estado nasce à justiça, mas esta nasce ao mesmo tempo com o Direito Positivo, de modo que, onde não há direito não há, também, justiça, e onde existe justiça, significa que existe um sistema constituído de Direito Positivo, assim enquanto se permanece no estado de natureza não há direito válido, mas tampouco há justiça.

Qual a conseqüência da aceitação da teoria hobbesiana, a qual tem um significado ideológico do poder absoluto? A redução da justiça à força, uma vez que não existe critério do justo ou injusto além do comando do soberano, ou seja, o que agrada ao mais forte, uma vez que o soberano se não é o mais justo entre os homens, certamente é o mais forte, e permanecerá soberano não enquanto for justo, mas enquanto for o mais forte.

Existem comportamentos humanos que obedecem a certas regularidades ou constâncias, e, assim, dadas certas circunstâncias, é possível prever certos comportamentos e que a vida em sociedade, apesar de sua contínua mudança, apresenta relações estáveis e regulares permitindo uma representação antecipada do que vai ocorrer.

O Direito surge como ciência, quando se constatou existir na sociedade tipos de conduta, e com isto foi possível estabelecer uma visão antecipada dos comportamentos prováveis, estabelecendo-se modelos jurídicos, e, desta forma pode ser discriminado e classificado como lícitos ou ilícitos, facultativos ou obrigatórios determinados comportamentos do homem.

De acordo com Luiz Roberto Barroso, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. E destaca, que:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.¹⁵⁹

E conclui o Mestre ao afirma que “no conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova

159 BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 50.

hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se a reaproximação do direito e a filosofia.”¹⁶⁰

1.10.3 Marco teórico do Neoconstitucionalismo

Superados os temas a respeito do marco histórico e o filosófico passa-se agora, a discussão do marco teórico do neoconstitucionalismo. Mas, antes, é oportuno, traçar a distinção entre a teoria do direito e a metodologia do direito, termos utilizados para definir e caracterizar o neoconstitucionalismo.

Essa distinção é apontada na brilhante obra do Professor Eduardo Ribeiro Moreira. De acordo com sua concepção:

a teoria do direito é de fundamento abstrato, formula certa quantidade de condições jurídicas gerais que exercem influência sobre a aplicação do direito. Essa teoria deve conceder princípios que regem o sistema jurídico, com elementos suficientes para atestar a sua confirmação.¹⁶¹

O Professor indica para definir a metodologia jurídica:

a metodologia jurídica deve ser entendida como o conjunto de procedimentos técnicos de verificação de uma disciplina jurídica. Ela visa garantir ao direito o uso de técnicas eficazes que levem ao resultado desejado. Simplificadamente pode ser entendida como os meios específicos que melhor averigüam a teoria do direito.¹⁶²

160 BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 50. Vide ainda, TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*, 2005, p. 41, apud BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 54. “De uns trinta anos para cá, assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de “virada kantiana” (kantische Wende), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice*, de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias”. Nota n. 8, feita por Luis Roberto Barroso à p. 55, da referência acima.

161 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo : Método, 2008. (Coleção Professor Gilmar Ferreira Mendes : v. 7). p. 34.

162 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. Op. cit. p. 34. Sobre o neoconstitucionalismo teórico, consultar também: FIGUEIROA, Alfonso Garcia. *A Teoria do Direito em Tempos de Constitucionalismo*. In: QUARESMA, Reina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 143-164. Consultar, ainda, na internet: BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 27 abr. 2012, 20:45.

De notar que a metodologia será eminentemente teórica quando se ativer aos pesquisadores e aos professores doutores. Nesse caso, os interlocutores estarão circunscritos no intradebate, isto é, debate para poucos, embora com alto grau de sofisticação.

Dúvidas não há de que o neoconstitucionalismo afeta o estudo da teoria da interpretação jurídica, ao elevar a interpretação constitucional, no Brasil atribuição exercida por todos os juízos, de qualquer natureza, e adverte o autor, ao grande saber da jurisprudência. Nesse sentido, adverte Eduardo Moreira Ribeiro que:

Não somente pela possibilidade de controle difuso, mas pela interpretação dos princípios, pelo exercício da ponderação pela fundamentação com dispositivos constitucionais e por todos os possíveis enquadramentos buscados na Constituição Federal. Para tanto, basta confrontar a utilização dos recursos de hermenêutica constitucional na jurisprudência comparada em relação às demais fontes. Destaque-se que o papel exercido pela doutrina, embora fonte de direito controversa, foi decisiva na guinada constitucional brasileira.¹⁶³

Pode-se concluir que, a interpretação do direito concretizou-se no final do século XX com o assento da interpretação constitucional, que tem como base a Constituição Federal, elevando os princípios constitucionais como fonte primária do direito.

Na lição do Professor Eduardo Moreira Ribeiro “todo o desenvolvimento, desde então, trouxe uma importante constatação: a teoria do direito já não é mais descritiva, e sim prática, real, útil, com uma concretude preocupada com a eficácia verificável exposta pela prática, isto é, a decidibilidade constitucional.”¹⁶⁴

A conclusão do Professor é no sentido de que “o neoconstitucionalismo tem como formação uma teoria do direito eminentemente voltada para o Estado (Constitucional) Democrático de Direito e, ainda mais importante que analisa o direito como pode ser e não apenas como ele é e muito menos como ele deveria ser.”¹⁶⁵

Seguindo ainda, os ensinamentos do Professor Eduardo Moreira Ribeiro, pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo adota uma técnica em que quase não há lacunas. A operação da ponderação é uma justificativa por um direito fundamental em detrimento de outro; portanto, reveste-se também no bojo da técnica uma operação argumentativa. E apresenta a mudança no paradigma da teoria do direito, representada por esse marco teórico, que tem como conseqüências:

1) Todos os poderes estão submetidos à Constituição, não só os poderes públicos, mas, inclusive, os poderes privados.

163 Op.cit. p. 34, Nota n.º 3.

164 Op. cit. p. 35.

165 Op. cit. p. 36.

2) Todos os direitos possíveis ganham em efetividade, os direitos sociais e os direitos prestacionais como um todo antes relegados a um segundo plano, preteridos no discurso dos custos orçamentários e das normas de eficácia limitada pelos direitos de primeira geração.¹⁶⁶ A tendência é a superação da problemática orçamentário-judicial em favor da temática “políticas públicas e tutela judicial.”¹⁶⁷

3) Todos os planos, ultrapassando as fronteiras nacional-estaduais, e levando em conta o plano internacional e as propostas de Constituições continentais e afetam a superestrutura jurídica, em especial noções clássicas como o poder constituinte e a soberania constitucional que passam a ser reconfiguradas.

Conclui o Professor Eduardo Ribeiro Moreira, ao informar que os paradigmas antigos estão superados e que o neoconstitucionalismo teórico pode ser sucintamente resumido pelos pontos a seguir. Em razão de sua extensão, peço desculpas ao leitor para transcrevê-los, tendo em vista sua importância para o entendimento dos novos paradigmas propostos pelo neoconstitucionalismo:

- a) Presença invasora da Constituição, em todas as causas relevantes, em todos os campos jurídicos e nos diversos planos estatal-nacionais; a teoria geral do direito neoconstitucional deve considerar os sistemas interligados e a sobreestrutura se houver;
- b) Maior presença judicial no lugar da autonomia do legislador, como consequência do vínculo entre o direito real e pragmático com o novo paradigma apresentado pelo neoconstitucionalismo teórico;
- c) Revisão completa da teoria da interpretação, da teoria da norma e da teoria das fontes, em que se lança mão das antigas técnicas ao ampliar-se o papel da hermenêutica constitucional e da argumentação jurídica;
- d) Ênfase nos princípios e nos direitos fundamentais, diminuindo a força “o tudo ou nada” das regras, que passam a ser consideradas conjuntamente com os princípios e em conformidade com o texto constitucional. Com recurso das diretrizes constitucionais (princípios, objetivos da Constituição e direitos fundamentais) perdem importância as lacunas, que cada vez são mais raras, alterando a estrutura da teoria do direito;
- e) Mais ponderação, conflito de direitos fundamentais, presente nas decisões judiciais, em prol da subsunção clássica. Com isso, a possibilidade de

166 AS TRÊS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS a) Direitos Humanos de Primeira geração: direitos civis e políticos compreendem as liberdades clássicas – realçam o princípio da LIBERDADE; b) Direitos Humanos de Segunda Geração: direitos econômicos, sociais e culturais. Identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas e acentuam o princípio da IGUALDADE; c) Direitos Humanos de Terceira Geração: titularidade coletiva. Consagram o princípio da FRATERNIDADE. Englobam o direito ao meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, paz, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos; d) Direitos Humanos de Quarta geração. Existe? Biogenética. Nota extraída da Rede Mundial de Computadores (internet), no seguinte endereço: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tertuliano/dhnaidademoderna.html>>. Acesso em 30 abr. 2012, 21:02.

167 Sobre políticas públicas consultar: BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 797-816. Ver também: SOUTO, Marcos Jurema Villela. In: *Neoconstitucionalismo e Controle de Políticas Públicas* In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] – 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 817-834.

enfrentamentos nos casos concretos pela ponderação afasta o uso de técnicas para resolver as antinomias, ou seja, mais uma mudança na teoria do direito, agora diante do Estado ponderador das preferências constitucionais;

f) Importante percepção de pensar o direito fora do âmbito de aplicação judicial, em que o raciocínio jurídico se efetuava com quase exclusividade, para também considerar o momento de formação do direito de elaboração das leis e de suas resultantes jurídicas, momento batizado de fundamentação. O neoconstitucionalismo traça essa posição claramente em pelo menos dois momentos, pois influencia diretamente:

1. As opções legislativas, limitadas pela Constituição, controladas pelo Poder Judiciário e exercidas de forma coerente com os objetivos constitucionais, exigindo-se comportamento positivo do legislador;
2. As políticas públicas, entendidas como vinculadas aos dizeres e preferências constitucionais e que também podem ser passíveis de controle judicial.¹⁶⁸

Nossa conclusão, à luz dos novos paradigmas do neoconstitucionalismo acima expostos, é no sentido de que, para aplicação do direito real, será feita com desvio do foco constitucional para o judiciário, nesse caso, os juízes terão que ter além dos conhecimentos exigidos para a ciência do direito, conhecimentos profundos de filosofia do direito, haja vista que para a solução do caso concreto, terá que legislar na busca da solução mais adequada.

Esse é o verdadeiro direito, que ultrapassa a moldura kelsiana, transcende a teoria tridimensional proposta por Miguel Reale¹⁶⁹, um direito em movimento, dinâmico, flexível e fundado em forte marcos histórico, teórico e filosófico.

168 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. Op. cit. p. 37-39.

169 A Teoria Tridimensional do Direito é uma concepção de Direito, internacionalmente conhecida, elaborada pelo jusfilósofo brasileiro Miguel Reale em 1968, e posteriormente abordada em diversas obras. É importante notar que Reale não foi o primeiro filósofo a postular uma teoria tríplice, sendo que autores como Emil Lask, Gustav Radbruch, Roscoe Pound e Wilhelm Sauer já tinham, em suas obras, abordado, ainda que de forma mais superficial, a tridimensionalidade jurídica. (...) Miguel Reale buscou, através desta teoria, unificar três concepções unilaterais do direito: - O Sociologismo jurídico, associado aos fatos e à eficácia do Direito; - O Moralismo jurídico, associado aos valores e aos fundamentos do Direito; e - O Normativismo abstrato, associado às normas e à mera vigência do Direito. Definição: Segundo a teoria tridimensional, o Direito se compõe da conjugação harmônica dos três aspectos primordiais das distintas concepções unilaterais acima: - O aspecto *normativo*, ou seja, o aspecto de ordenamento do Direito; - O aspecto *fático*, ou seja, o seu nicho social e histórico; e - O aspecto *axiológico*, ou seja, os valores buscados pela sociedade, como a Justiça. A conjugação proposta por Reale pressupõe uma constante comunicação entre o segundo e o terceiro aspectos, que origina e também se relaciona com o primeiro. Esta comunicação é denominada pelo próprio autor como a "dialética de implicação-polaridade", ou, "dialética de complementaridade". Esta dialética consiste na percepção de que fatos e valores estão constantemente relacionados na sociedade de maneira irreduzível (polaridade) e de mútua dependência (implicação). Esta visão pode ser exemplificada a partir da análise de um simples caso, utilizado pelo próprio autor: Na legislação sobre títulos de crédito, há previsão para o pagamento de uma letra de câmbio na data de seu vencimento, caso contrário, a mesma está sujeita à protesto e consequente cobrança do título pelo credor. (...) Como consequência desta teoria, Reale implica seus reflexos na atividade do jurisperito: a análise por parte de advogados e juízes do Direito não deve se manter presa a somente uma, ou mesmo duas destas dimensões, devendo estar constantemente vinculada à interpretação do sistema tridimensional como um todo. O comentário e a definição foram extraídos da internet. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Teoria_tridimensional_do_direito#Defini.C3.A7.C3.A3o](http://pt.wikipedia.org/wiki/Teoria_tridimensional_do_direito#Defini%C3.A7.C3.A3o)>. Acesso em: 06 jun. 2012, 10:08.

2 ESTUDO DE PRECEDENTE: ADIn n.º 3.756-1/600-DF/2006 – GASTOS COM PESSOAL NO ÂMBITO DO DISTRITO FEDERAL

Neste Capítulo será analisada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.756 - 1/600/DF, Publicada no D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006.¹⁷⁰

A Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal – CLDF, inconformada com a negativa de aval do Congresso Nacional – CN, a empréstimos nacionais e internacionais contraídos pelo Distrito Federal, para financiar políticas públicas em benefício da população, com fundamento na letra “a” do inciso I do artigo 102 e no inciso IV do artigo 103 da Constituição Federal, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, com pedido de suspensão liminar da eficácia da norma, junto ao Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF, em face do artigo 20¹⁷¹ da Lei Complementar n.º 101¹⁷², de 4 de maio de 2000.

REQUERENTE(S): MESA DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL

REQUERIDO(A/S): CONGRESSO NACIONAL

REQUERIDO(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADVOGADO(A/S): ADVOGADO DA UNIÃO

INTERESSADO(a/s): TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL

ADVOGADO((a/s): SEBASTIÃO BAPTISTA AFFONSO

INTERESSADO(a/s): SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER LEGISLATIVO E DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL – SINDICAL/DF

ADVOGADO(a/s): JÚLIO CÉSAR BORGES DE RESENDE

O objeto da consulta feita pela Câmara Legislativa do Distrito Federal é saber sobre ser correta a aplicação no Distrito Federal daqueles percentuais de esfera

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 15 abr. 2012, 20:59.

¹⁷¹ O artigo 20 da Lei Complementar n.º 101, de 4/5/2000, também conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal fixa limites globais de gastos públicos com pessoal para a União, Estados e Municípios.

¹⁷² Emenda da lei: “Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.” A Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000 está Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 27 jul. 2012 às 14:34.

municipal, com fundamento no art. 1º, inciso XV, da Lei Complementar n.º 1, de 9.5.1994, regulamentada pelo art. 194, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

2.1 Legitimidade para propor Ação direta de Inconstitucionalidade

2.1.1 Legitimidade ativa

No judiciário, em qualquer que seja a instância, a marcha processual só se inicia, quando cumpridos os requisitos de: legitimidade para propor a ação e capacidade postulatória. Portanto, não se confunde legitimidade com capacidade postulatória.

Segundo o clássico conceito de Enrico Tullio Liebman, a legitimidade para agir é “a pertinência subjetiva da ação”.¹⁷³ Atualmente, muitos autores, com destaque para Cândido Rangel Dinamarco, afirmam que a legitimidade é uma das facetas do interesse de agir, pois sem que as partes sejam legítimas não há como se extrair resultado útil do processo.¹⁷⁴

Diz-se “ordinária” quando a parte atua em nome próprio, em defesa de interesse próprio. Diz-se “extraordinária” quando, por autorização legal, a parte atua em nome próprio, em defesa de interesse alheio “substituição processual”.

Da simples leitura do artigo 103 da Constituição Federal de 1988, (com redação da Emenda Constitucional – EC n.º 45)¹⁷⁵, se depreende que a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal tem legitimidade para propor a Ação direta de Inconstitucionalidade – ADI. A propósito, veja-se jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

É de se reconhecer a legitimidade ativa ad causam da Câmara Legislativa do Distrito Federal, dado que a presente impugnação tem por alvo dispositivos da LC 101/2000. Dispositivos que versam justamente, sobre a aplicação dos limites globais das despesas com pessoal do Poder Legislativo distrital.”¹⁷⁶

¹⁷³ LIEBMAN, Eurico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 159, apud MEGNA, Bruno Lopes. Temas atuais sobre os requisitos de admissibilidade do processo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3172, 8 mar. 2012. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/21233>>. Acesso em: 18 maio 2012, 18:59.

¹⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II. São Paulo : Malheiros: 2010, p. 616, apud MEGNA, Bruno Lopes. Temas atuais sobre os requisitos de admissibilidade do processo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3172, 8 mar. 2012. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/21233>>. Acesso em: 18 maio 2012, 19:10.

¹⁷⁵ Consultar o art. 103 da CF/88 para conhecer os demais legitimados para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *A Constituição e o Supremo*. 3. ed., Brasília: Secretaria de Documentação, 2010, p. 962.

(ADI 3.756-1/600-DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 21/6/2007, Plenário, DJ de 19/10/2007).

2.1.2 Legitimidade passiva

A legitimação passiva, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, não apresenta maior dificuldade: recai sobre os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou ato normativo objeto da ação, aos quais caberá prestar informações ao relator do processo (art. 6º da Lei n.º 9.868/99). Segundo já decidiu o Supremo Tribunal Federal - STF, entidades meramente privadas, porque destituídas de qualquer coeficiente de estabilidade, não podem figurar como litisconsortes passivos necessários em sede de ação direta de inconstitucionalidade¹⁷⁷.

Com a Constituição de 1988, ampliou-se expressivamente o elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta, enunciados nos nove incisos do art. 103, suprimindo-se o monopólio do Procurador-Geral da República.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou uma distinção entre duas categorias de legitimados: os universais, que são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese; e os especiais, que são os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada.

O Governador de Estado, a Mesa de Assembléia Legislativa, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional são considerados legitimados especiais, ou seja, devem comprovar a pertinência temática, consistente na relação de interesse entre o objeto da ação e a classe profissional, social, econômica ou política por eles representada.

Os demais são considerados universais e, portanto, a pertinência temática é dispensada.

2.2 Objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.756-1/600/2006

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, teve por objeto a

¹⁷⁷ STF, *RTJ*, 164:506, 1998, ADInMC1.434-SP, rel. Min. Celso de Mello, apud GOMES, William Akerman. Ação direta de inconstitucionalidade: principais aspectos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3124, 20 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20894>>. Acesso em: 21 maio 2012, 20:35.

submissão do Distrito Federal aos limites de despesas dos Estados, por força do inciso II do § 3º do artigo 1º da LC n.º 101, de 20/5/2000.¹⁷⁸

Portanto, o dispositivo impugnado é o inciso II do § 3º do artigo 1º da LC n.º 101/2000, para fins da aplicação dos limites insertos no artigo 20 da referida lei.

Ressalte-se que, na espécie, não se discute a possibilidade de uma lei complementar federal impor limites de despesas com pessoal a serem observados pelos Estados-membros, mas sim o adequado enquadramento do Distrito Federal em face dos limites previstos.

2.2.1 Da inconstitucionalidade

Os dispositivos sob investigação de constitucionalidade são os incisos II do § 3º do art. 1º¹⁷⁹, bem como os incisos II e III do art. 20¹⁸⁰ da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000.

Conforme se verifica, a partir da simples leitura do parágrafo anterior, por força do inciso III do § 3º do art. 1º, da Lei Complementar n.º 101/2000, o Distrito Federal se submete aos limites de despesas fixados para os Estados.

A Requerente fundamenta a inconstitucionalidade no fato de a Lei de Responsabilidade Fiscal, a propósito da repartição das despesas com pessoal, equiparar o Distrito Federal aos Estados-membros e não aos Municípios.

2.3 Dos fundamentos do direito

2.3.1 Da responsabilidade Fiscal e a autonomia dos entes federativos: necessidade de uma relação harmoniosa

Afirma a requerente que a Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, chamada de Lei de Responsabilidade Fiscal, “estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências”. Seu

¹⁷⁸ No que interessa a ADI em análise, a Lei Complementar n.º 101/2000 estabelece em seu artigo 1º, as normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição Federal e, ainda, de acordo com o inciso II do § 3º do mesmo artigo 1º, definiu o Distrito Federal equiparado aos Estados-membros que compõem a União.

¹⁷⁹ O legislador equiparou o Distrito Federal a Estado ao dispor que: “a Estados entende-se considerado o Distrito Federal”.

¹⁸⁰ O art. 20 dispõe que a repartição dos limites globais da receita líquida não poderá exceder os limites fixados pelo art. 19 da Lei Complementar n.º 101/2000.

fundamento de validade está expresso no inciso I do art. 163¹⁸¹, da Constituição Federal.

No § 2º de seu artigo 1º, a Lei de Responsabilidade Fiscal, delimitou o rol dos destinatários de suas disposições.¹⁸²

Embora a Constituição Federal tenha previsto que lei complementar disporia sobre finanças públicas, o dispositivo inaugural do texto constitucional proclama que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, ao passo que o artigo 18 da Constituição estabelece a estrutura político-administrativa da federação:¹⁸³

Arremata a requerente ao afirmar que conquanto encontre fundamento de validade no texto constitucional a Lei de Responsabilidade Fiscal não pode avançar sobre os contornos que a Constituição Federal traça quanto à autonomia dos entes federativos.¹⁸⁴

2.3.2 Limites das despesas com pessoal: limite global e sua repartição entre os órgãos de um ente federativo

Prossegue a requerente para atacar a Lei de Responsabilidade Fiscal, no que diz respeito à fixação dos limites e sua forma de distribuição e observa que, o artigo 169 da Constituição Federal estabelece que “a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.”¹⁸⁵

¹⁸¹ Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF: "Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar n.º 101, de 4/5/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). MP 1.980-22/2000. (...) Lei Complementar n.º 101/2000. Vício formal. Inexistência. (...) Por abranger assuntos de natureza diversa, pode-se regulamentar o art. 163 da Constituição por meio de mais de uma lei complementar." (ADI 2.238-MC, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 9/8/2007, Plenário, DJE de 12/9/2008.). *Constituição e o Supremo - Versão Completa* : STF - Supremo Tribunal Federal: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>[30/04/2012 16:50:12]>. Acesso em: 22 maio 2012, 21:00.

¹⁸² “§ 2º As disposições desta Lei complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.”

¹⁸³ “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, item II.1 da Petição Inicial, p. 6, do Volume I. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 22 maio 2012, 18:45. A propósito dos avanços sobre os contornos que a Constituição Federal impõe ao intérprete, ver o conceito de Ativismo Judicial na referência: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial* : parâmetros dogmáticos. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 104.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, item II.2 da Petição Inicial, p. 9, do Volume I.

Com fundamento nessa norma constitucional, a Lei de Responsabilidade Fiscal fixou, em seu artigo 19, o limite total da despesa com pessoal a ser observado, ao passo que, no artigo 20, disciplinou a fórmula de repartição do limite global entre os órgãos dos entes federativos.

Em razão da importância desses dispositivos para o entendimento da fixação dos limites, peço permissão ao leitor para reproduzi-los na parte que interessa a fixação e distribuição dos limites globais de gastos com pessoal pelos entes federativos:

Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento);

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

III - Municípios: 60% (sessenta por cento).
(...).¹⁸⁶ (Sem grifo e destaque no original).

“Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

I - na esfera federal:

- a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;
- b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
- c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional nº 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar;
- d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;

II - na esfera estadual:

- a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;
- b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
- c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;
- d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III - na esfera municipal:

- a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;
- b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.
(...).¹⁸⁷

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 15 abr. 2012, 21: 32.

¹⁸⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 21 maio 2012, 21:46.

¹⁸⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 21 maio 2012, 21: 53.

Ressalte-se que, a despeito da conformação acima disposta, o Distrito Federal vinha executando seu orçamento como se município fosse, até porque amparado por consulta ao Tribunal de Contas do Distrito Federal¹⁸⁸, conforme se verá no momento oportuno. Eis, então, o fato que motivou a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade em análise.

Em continuidade à análise da Petição Inicial, a requerente conclui o tópico relativo à fixação e distribuição dos limites de gastos com pessoal advertindo que é importante ter presente que a interpretação literal é a pior forma de captação da vontade da lei. Também convém reter a lição de Karl Larenz de que “toda a interpretação de um texto há de iniciar-se com o sentido literal”, mas “aquilo que é pensado em concreto só se obtém com base na conexão do discurso, da coisa de que ele trata ou das circunstâncias acompanhantes. A estes critérios correspondem, com respeito à interpretação da lei, a conexão de significado, a intenção reguladora e a estrutura do setor material regulado.”¹⁸⁹

A requerente abre o tópico II.3 sob o título: A organização político-administrativa do Distrito Federal no texto constitucional¹⁹⁰ e dedica esforços no sentido de definir a estrutura político-administrativa do Distrito Federal, sempre com o viés de enquadrá-lo como Município. Nesse sentido, faz comparação entre Estados e Municípios para os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, em relação aos órgãos que os compõem.¹⁹¹

¹⁸⁸ A consulta ao Tribunal de Contas do Distrito Federal foi autuada nos autos do Processo n.º 1864/2000 e teve a seguinte ementa: Consulta formulada apela Câmara Legislativa do Distrito Federal. Limites com despesas de pessoal. Repartição dos limites. Aplicação ao Legislativo local da parcela prevista na alínea a do inciso III do art. 20 da Lei Complementar n.º 101/2000, conforme disposto no art. 36, § 2º, da Lei n.º 3573/2000. Para conhecer o inteiro teor da consulta feita pela CLDF ao TCDF consultar: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, p. 35-85, do Volume I. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 21 maio 2012, 19:12.

¹⁸⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 451-2, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, item II.2 da Petição Inicial, p. 13, do Volume I. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 15 abr. 2012, 19:38.

¹⁹⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, item II.3 da Petição Inicial, p. 13-17, do Volume I. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 15 abr. 2012, 19:45.

¹⁹¹ A respeito da organização político-administrativa do Distrito Federal faço remissão do leitor ao Capítulo 3, p. 104 e seguintes deste trabalho, dedicado à identificação da sua personalidade jurídica.

A requerente abre os tópicos II.4, II.5 e II.6, nos quais discorre sobre princípios, todos relacionados à hermenêutica constitucional¹⁹², no entanto, vale destacar o tópico II.7 sob o título Redução sistemática do alcance literal dos artigos 1º, § 3º, inciso II, e 20, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF.

O conteúdo do epíteto destaca que, em face das peculiaridades que marcam a disciplina constitucional da organização político-administrativa do Distrito Federal; do princípio da interpretação conforme a Constituição; do princípio da paridade entre as entidades federativas; e do princípio do equilíbrio federativo, impõe-se a necessidade de uma redução sistemática no alcance literal dos artigos 1º, § 3º, inciso II, e 20, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, de modo a prevalecer à interpretação de que:

- a) A referência da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF aos Estados somente alcança o Distrito Federal quando isso se revelar cabível;
- b) A fórmula de repartição, entre os órgãos dos Estados, do limite global de despesas com pessoal não é aplicável ao Distrito Federal; e
- c) Deve o Distrito Federal observar a fórmula de repartição do limite global prevista para os Municípios, uma vez que com eles guarda identidade quanto à organização político-administrativa.

2.3.3 Da suspensão liminar da eficácia da norma

Ao propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a requerente o fez com pedido de suspensão liminar da eficácia da norma, qual seja o inciso II do § 3º do artigo 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal, que é o dispositivo impugnado.

A título de esclarecimento cabem algumas considerações sobre a natureza jurídica da liminar concedida em sede de controle de constitucionalidade de normas, na forma concentrada.

Preliminarmente, se faz necessário fazer a seguinte distinção: Medida cautelar ou antecipatória de tutela?

Segundo Isabela Moreira de Carvalho, malgrado a Constituição Federal em seu art. 102, I, "p", referir-se a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, da

¹⁹² Também nesse ponto faço remissão do leitor ao Capítulo inicial p. 20-68 deste trabalho, onde foram amplamente discutidos os princípios constitucionais considerados basilares do sistema constitucional brasileiro.

mesma forma o fazendo a Lei 9.868/99¹⁹³, a natureza jurídica da liminar concedida em controle concentrado é de antecipação da tutela. Isto porque, segundo a jurisprudência do STF, o provimento liminar em ADIN é o de suspender, até julgamento da ação, a eficácia da norma atacada, renascendo a disposição legal anteriormente existente. Tratando-se de liminar em ADC, cujo cabimento é admitido pelo STF, à medida tem o escopo de confirmar a eficácia da norma, até decisão final da Corte.¹⁹⁴

O objeto das medidas liminares não é o mesmo da ação meritória originariamente ajuizada, em face de sua exclusiva referendabilidade processual.¹⁹⁵

O objeto é outro. O que se pretende é assegurar que o eventual julgamento com provimento de mérito favorável ao autor, não perca o sentido, garantindo, em última análise, a efetiva existência da matéria à sentença a ser editada, afastando, por completo o eventual risco de qualquer inviabilidade executiva de decisão terminativa de caráter meritório.¹⁹⁶

A respeito da media liminar dois requisitos são necessários para sua concessão. Além dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, é relevante que haja o *periculum in mora* inverso, isto é, a concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável, contra o impetrado ou requerido, como consequência direta da própria concessão da medida liminar deferida ao impetrante ou requerente.

2.3.3.1 Do Periculum in mora

Dos requisitos indispensável este é o mais importante para a concessão de medidas liminares. No caso sob análise a requerente alega que o *periculum in mora* fica evidente em face das graves consequências que podem advir do entendimento de que o Distrito Federal está obrigado a observar os limites de despesas com pessoal impostos aos Estados.

¹⁹³ Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

¹⁹⁴ CARVALHO, Isabela Moreira de. Cabimento, eficácia e consequências da medida liminar em ação declaratória de constitucionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4121>>. Acesso em: 23 maio 2012, 21:07.

¹⁹⁵ A nosso sentir, não é o que acontece no caso sob análise, como se verá. A verossimilhança coincide com o objeto da ação, pois, a ação principal ataca o inciso II § 3º do artigo 1º e a liminar pede a suspensão do mesmo dispositivo. Se declarada a inconstitucionalidade da norma, como consequência temos também a suspensão do mérito da liminar. Assim, o objeto de liminar pugna pela suspensão da mesma ação meritória.

¹⁹⁶ CARVALHO, Isabela Moreira de. Cabimento, eficácia e consequências da medida liminar em ação declaratória de constitucionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4121>>. Acesso em: 24 maio 2012, 21:43.

Somado a isso, há ainda, o risco da interpretação literal das disposições legais ora impugnadas render ensejo à propositura de ações penais com base na Lei n.º 10.028, de 19 de outubro de 2000, o entendimento de que o Distrito Federal deve observar os limites aplicáveis aos Estados dá margem à incidência dos artigos 22 e 33 da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF.

Pondera também que, pelas características de sede da Capital Federal, o Distrito Federal dispõe de área territorial muito inferior a dos Estados e com escassez de parques industriais ou empresas de porte. Deve ser considerada a grande quantidade de bens públicos aqui instalados, mormente federais, insuscetíveis de tributação em razão do Princípio constitucional da Imunidade Recíproca.

Por fim, a requerente alega que a vedação à realização de operações de crédito acabaria por impedir a execução e o prosseguimento de diversos programas sociais de elevada importância para a sociedade do Distrito Federal. Cita como exemplo, procedimento já em curso para a contratação, junto à Caixa Econômica Federal, de empréstimo cujos recursos serão destinados ao financiamento do Programa de Infra-Estrutura e Saneamento Básico no Distrito Federal. Operação essa já autorizada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal.¹⁹⁷

2.3.3.2 Do *fumus boni iuris*

É cediço que para a concessão de medida liminar é necessário provar a essencialidade do *fumus boni iuris*. No caso em comento, a requerente não demonstrou, limitou-se apenas em dizer que o *fumus boni iuris* exsurge plenamente demonstrado, tendo em vista as expressas e inequívocas determinações contidas no artigo 19, inciso III, no artigo 21, inciso XIII; artigo 22, inciso XVII; artigo 32, caput e § 1º; e artigo 48, inciso IX, da Constituição Federal.¹⁹⁸

O objetivo último da providência cautelar, ínsito na medida liminar é exatamente o de antecipar os efeitos da providência definitiva, com o propósito derradeiro de prevenir o dano que, em última instância, poderá advir com a demora natural da solução

¹⁹⁷ Os argumentos acima foram extraídos com adaptações da Petição Inicial e podem ser consultados em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, p. 26-32 do Volume I. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 24 maio 2012, 21:12.

¹⁹⁸ Esse deveria ser o ponto principal da argumentação da requerente em sua peça inicial. Demonstrar a verossimilhança do direito. A nosso sentir não restou demonstrado. Nesse ponto o mérito da principal se confunde com o da liminar.

final do litígio.¹⁹⁹

2.3.3.3 Das causas de pedir

Em seu primeiro argumento, a Câmara Legislativa do Distrito Federal sustenta que “se o Distrito Federal tem seus poderes organizados à semelhança do modelo previsto para os Municípios, não é razoável atribuir-lhe, no que diz respeito à repartição de despesas entre Poderes, o mesmo tratamento dispensado aos Estados, cuja organização é bastante distinta daquela reservada pelo texto constitucional ao Distrito Federal.”²⁰⁰

A propósito, sobre a organização político-administrativa do Distrito Federal, convém trazer a lume, as observações de Professor José Afonso da Silva:

3. Auto-organização

A capacidade de auto-organização do Distrito Federal efetiva-se mediante a elaboração de sua Lei Orgânica, a ser votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e se considerará aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição (art. 32)²⁰¹. Esta Lei Orgânica definirá os princípios básicos da

¹⁹⁹ CARVALHO, Isabela Moreira de. Cabimento, eficácia e conseqüências da medida liminar em ação declaratória de constitucionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4121>>. Acesso em: 23 maio 2012, 22:35. Consultar também: Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29. Op. cit., p. 26-32 da Petição Inicial da Câmara Legislativa do Distrito Federal - CLDF, Volume I. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 21 abr. 2012, 19:55.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, item 3 do Relatório, p. 315, do Volume II. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 15 abr. 2012, 19: 28.

²⁰¹ A respeito da organização político-administrativa do Distrito Federal, veja-se a Jurisprudência do STF: “(...) O Distrito Federal é uma unidade federativa de compostura singular, dado que: a) desfruta de competências que são próprias dos Estados e dos Municípios, cumulativamente (art. 32, § 1º, CF); b) algumas de suas instituições elementares são organizadas e mantidas pela União (art. 21, XIII e XIV, CF); c) os serviços públicos a cuja prestação está jungido são financiados, em parte, pela mesma pessoa federada central, que é a União (art. 21, XIV, parte final, CF). Conquanto submetido a regime constitucional diferenciado, o Distrito Federal está bem mais próximo da estruturação dos Estados membros do que da arquitetura constitucional dos Municípios. Isto por que: a) ao tratar da competência concorrente, a Lei Maior colocou o Distrito Federal em pé de igualdade com os Estados e a União (art. 24); b) ao versar o tema da intervenção, a Constituição dispôs que a ‘União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal’ (art. 34), reservando para os Municípios um artigo em apartado (art. 35); c) o Distrito Federal tem, em plenitude, os três orgânicos Poderes estatais, ao passo que os Municípios somente dois (inciso I do art. 29); d) a Constituição tratou de maneira uniforme os Estados-membros e o Distrito Federal quanto ao número de deputados distritais, à duração dos respectivos mandatos, aos subsídios dos parlamentares, (§ 3º do art. 32); e) no tocante à legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, a Magna Carta dispensou à Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal o mesmo tratamento dado às Assembleias Legislativas estaduais (inciso IV do art. 103); f) no modelo constitucional brasileiro, o Distrito Federal se coloca ao lado dos Estados-membros para compor a pessoa jurídica da União; g) tanto os Estados membros como o Distrito Federal participam da formação da vontade legislativa da União (arts. 45 e 46). A Lei Complementar n.º 101/2000 conferiu ao Distrito

organização dessa unidade federada, suas competências e a organização de seus Poderes governamentais, em situação muito semelhante ao que se passa nos Municípios.²⁰²

Agora, veja-se como foi expresso na Petição Inicial da Câmara Legislativa do Distrito Federal:

(...) a capacidade de auto-organização e autogoverno não envolvem a organização e manutenção de Poder Judiciário, nem de Ministério Público, nem de Defensoria Pública, nem mesmo de polícia civil ou militar ou de corpo de bombeiros, que são organizados e mantidos pela União (art. 21, XIII e XIV), a quem cabe também legislar sobre a matéria. O governo do Distrito Federal não tem sequer a autonomia de utilização das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar, porque só poderá fazê-lo nos limites e na forma que dispuser a lei federal (art. 32, § 4º). Nesse aspecto é que dissemos que a autonomia do Distrito Federal é tutelada. Nisso ele fica muito aquém dos Estados.²⁰³

Daí arrematou a requerente ao afirmar que não se pode interpretar o inciso II do § 3º do art. 1º da LC n.º 101/2000, de modo a concluir que toda e qualquer referência da Lei de Responsabilidade Fiscal aos Estados tenha o condão de alcançar o Distrito Federal.

Em seu segundo e último argumento, a requerente anota que os dispositivos impugnados violam o princípio da isonomia, ou seja, a prevalecer “a interpretação de que toda e qualquer referência da Lei de Responsabilidade Fiscal aos Estados abarca o Distrito Federal, haveria uma dupla violação ao princípio da isonomia, pois, ao impor ao Distrito Federal a repartição observada pelos Estados, a Lei de Responsabilidade Fiscal estaria, ao mesmo tempo, afastando a possibilidade de ser observada a repartição prevista para os Municípios.”²⁰⁴

Federal um tratamento rimado com a sua peculiar e favorecida situação tributário-financeira, porquanto desfruta de fontes cumulativas de receitas tributárias, na medida em que adiciona às arrecadações próprias dos Estados aquelas que timbram o perfil constitucional dos Municípios. Razoável é o critério de que se valerem os dispositivos legais agora questionados. Se irrazoabilidade houvesse, ela estaria em igualar o Distrito Federal aos Municípios, visto que o primeiro é, superlativamente, aquinhoado com receitas tributárias. Ademais, goza do favor constitucional de não custear seus órgãos judiciário e ministerial público, tanto quanto a sua Defensoria Pública, Polícias Civil e Militar e ainda seu Corpo de Bombeiros Militar." (ADI 3.756-1/600-DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 21-6-2007, Plenário, DJ de 19-10-2007.). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>>. Acesso em: 21 maio 2012, 21:02.

²⁰² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.º 52, de 8/3/2006. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 650.

²⁰³ Ação Direta da CLDF, Volume I e p. 315 do Volume II (Relatório). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 21 abr. 2012, 20:38 horas. De notar que há diferença textual nas duas citações do mesmo autor. Isso se deve ao fato de ter feito adaptações, sem indicação da referência ao autor.

²⁰⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29. Op. cit., item 4 do Relatório, p. 316, do Volume II, p. 21 da Inicial, Volume I. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 15 abr. 2012, 19:05.

2.4 Do pedido

Após declinar os fundamentos jurídicos da pretensão de ver julgada procedente a Ação direta de Inconstitucionalidade, a postulante pugna por uma “redução sistemática do alcance literal dos artigos 1º, § 3º, inciso II, e 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal, de modo a prevalecer que:

a) Seja concedida medida liminar para, até o julgamento final da presente ação, a suspensão da eficácia da interpretação que extrai do artigo 1º, § 3º, inciso II, e do artigo 20, inciso II, da Lei Complementar Federal n.º 101/2000 o entendimento de que o Distrito Federal deve observar a fórmula de repartição do limite global de despesas com pessoal prevista para os Estados;

b) Seja intimado o Congresso Nacional, na pessoa de seu Presidente, para prestar informações acerca do ato de sua autoria, ora impugnado, no prazo legal, na forma do artigo 6º da Lei n.º 9.868/1999;

c) Em seguida, sejam intimados o Advogado-Geral da União e o Procurador Geral da República, nos termos do artigo 8º da Lei n.º 9.868/1999;

d) Ao final, seja declarada a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do artigo 1º, § 3º, inciso II, e do artigo 20, II, da Lei Complementar Federal n.º 101/2000, para que, com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, prevaleça a interpretação de que:

i) A referência da Lei de Responsabilidade Fiscal aos estados somente alcança o distrito federal quando isso se revelar cabível;

ii) a fórmula de repartição, entre os órgãos dos Estados, do limite global de despesas com pessoal não é aplicável ao Distrito Federal; e

iii) deve o Distrito Federal observar a fórmula de repartição do limite global prevista para os Municípios, uma vez que com eles guarda identidade quanto à organização político-administrativa.²⁰⁵

²⁰⁵ Consultar os pedidos em: Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29. Op. cit., p. 32-33 da Petição Inicial da Câmara Legislativa do Distrito Federal – CLDF, Volume I e p. 316 do Volume II (Relatório). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 24 maio 2012, 19:56 horas.

2.5 Das entidades intimadas a se manifestarem no processo

Seria um sem sentido, analisar julgados de Cortes Superiores, sem mencionar, ainda que brevemente, a participação de entidades e instituições que foram intimadas para manifestação nos autos. Essa é a proposta para os tópicos seguintes.

2.5.1 Manifestação do Ministério Público do Distrito Federal

A matéria foi submetida, por despacho do Relator Conselheiro José Milton Ferreira, a audiência do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, por meio da Moção n.º 2933/2000,²⁰⁶ de 24/11/2000, de apoio da Câmara Legislativa do Distrito Federal – CLDF ao Tribunal de Contas do Distrito Federal.

O conteúdo da Moção mencionada, expressa preocupação da Câmara Legislativa do Distrito Federal ao Tribunal de Contas do Distrito Federal - TCDF, no que diz respeito à possível redução de recursos do órgão, imposta pela Lei Complementar n.º 101/2000, e de decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.238-5, indeferindo a medida cautelar de suspensão dos efeitos do artigo 20 da referida Lei, o órgão técnico de apoio produziu Informação onde examinou de forma proficiente e percuciente a matéria objeto da consulta e concluiu:

94. A consulta pode ser conhecida pela Egrégia Corte de Contas distrital, por apresentar os requisitos de admissibilidade.

95. A aplicação literal da Lei Complementar n.º 101/2000 resulta em excessiva redução de gastos com pessoal do Poder Legislativo distrital, a ponto de comprometer o exercício de suas competências constitucionais. Lei Complementar não pode estabelecer restrição, ainda que de forma indireta, que inviabilize a continuidade de Poder instituído pela Constituição.

96. Inexistindo na Lei de Responsabilidade Fiscal previsão de todas as situações possíveis, mormente em relação ao Poder Legislativo do Distrito Federal, cabe interpretá-la em harmonia com o ordenamento jurídico vigente.

97. O Legislativo no Distrito Federal em nada se diferencia da condição do Legislativo nos Estados e Municípios, não se podendo destinar a ele, por questões de isonomia, o critério de determinação da Receita Corrente Líquida excepcionado no art. 2º, § 2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, que exclui os recursos recebidos da União para pagamento de pessoal do Distrito Federal, na forma do inciso XIV do art. 21 da Constituição.

98. Uma vez que as transferências afetam única e exclusivamente o Executivo, pois os recursos e as respectivas despesas fazem parte tão-somente da sua parcela no orçamento, não é pertinente estender essa exceção ao Legislativo.

99. A Constituição reservou ao Distrito Federal a natureza de ente federativo autônomo, em virtude de sua tríplex capacidade de auto-organização, autogoverno e auto-administração (CF, arts. 1º, 18, 32 e 34). O Distrito Federal não é Estado-Membro nem Município, tendo porém, em

²⁰⁶ Disponível em: <https://www.tc.df.gov.br/sistemas/Docs/Ord/Decisao/2000/9475.htm>. Acesso em: 31 maio 2012, 20:35.

regra, as competências administrativas, legislativas e tributárias reservadas aos Estados e aos Municípios, excetuando-se as regras previstas no art. 22, inciso XVII, da Constituição Federal, que atribui à União competência privativa para legislar sobre organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes.

100. A equiparação do Distrito Federal a Estados referida no inciso II do § 3º do art. 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF só pode ser aceita no que couber, haja vista, por exemplo, a alínea b do inciso IV do art. 2º da mesma Lei não se aplicar ao Distrito Federal por não ser repartido em Municípios e o próprio § 2º do art. 2º do mesmo normativo estabelecer critério distinto para apuração da Receita Corrente Líquida distrital.

101. Ao Executivo distrital, pela natureza de sua composição orçamentária, tendo em conta a destinação dos recursos oriundos das transferências da União ao Distrito Federal, por força do art. 21, inciso XIV, da Constituição Federal, foi reservado um tratamento diferenciado no tocante ao cálculo da Receita Corrente Líquida, que desconsidera referidas transferências.

102. Em não possuindo a mesma base de cálculo, homogeneamente tratada em todo o art. 20, nada obsta que o limite permaneça em 49%, semelhante ao estabelecido para Estados.

103. Ao Legislativo do Distrito Federal, entretanto, afasta-se a repartição estabelecida para esfera estadual por atentar contra a Constituição, como sobejamente demonstrado neste documento.

104. Ante a inaplicabilidade ao Legislativo local do percentual definido pela Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF para Estados, resta a adoção da parcela de 6% do limite de 60% da Receita Corrente Líquida para despesa total com pessoal do Distrito Federal, prevista na alínea “a” do inciso III do artigo 20 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000.²⁰⁷

Por meio do Parecer n.º 1738/2000²⁰⁸, subscrito pela Procuradora-Geral, Excelentíssima Senhora Doutora Márcia Ferreira Cunha Farias, cuja decisão acompanhou integralmente as ponderações do corpo técnico instrutivo (5ª Inspeção de Controle Externo), razão pela qual opinou no sentido de que o Tribunal acolha as sugestões alvitadas na Instrução.²⁰⁹

O Relator Senhor José Milton Ferreira, após o pronunciamento do Ministério Público do Distrito Federal, com respaldo no Parecer daquela Corte acolheu as sugestões oferecidas na bem elaborada instrução da 5ª Inspeção de Controle Externo, para votar no sentido de que o Tribunal de Contas do Distrito Federal em Plenário:

I – tome conhecimento da Moção n.º 2933/2000, de autoria da Excelentíssima Senhora Deputada Distrital Maria José (Maninha);

II – por atender aos pressupostos de admissibilidade previstos no art. 194 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Distrito Federal - TCDF, acolheu a consulta formulada pelo Presidente da Câmara Legislativa do

²⁰⁷ Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/web/site/por-nr-tcdf#ConsultaDecisao.php?id=4&op=1&txtNrAno=9475/2000&tpsessao=ORD&Pesquisar=Pesquisar>>. Acesso em: 31 maio 2012, 21:32.

²⁰⁸ Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/web/site/por-nr-tcdf#ConsultaDecisao.php?id=4&op=1&txtNrAno=9475/2000&tpsessao=ORD&Pesquisar=Pesquisar>>. Acesso em: 31 maio 2012, 21:45.

²⁰⁹ Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/web/site/por-nr-tcdf#ConsultaDecisao.php?id=4&op=1&txtNrAno=9475/2000&tpsessao=ORD&Pesquisar=Pesquisar>>. Acesso em: 31 maio 2012, 21:55.

Distrito Federal, versando sobre a correta aplicação, no Distrito Federal, dos percentuais estabelecidos na Lei Complementar n.º 101/2000;
 III – esclareça à consulente que este Tribunal considerará, para a verificação do limite máximo da despesa total com pessoal do Poder Legislativo distrital, a parcela prevista na alínea “a” do inciso III do art. 20 da Lei Complementar n.º 101/2000, conforme o disposto no art. 36, § 2º, da Lei n.º 2.573/2000.²¹⁰

2.5.2 Manifestação do Congresso Nacional

Com o objetivo de instruir o Processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3756 – 1/600/2006, por meio da Mensagem n.º 20, de 3 de julho de 2006, a Excelentíssima Senhora Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal, solicitou informações ao Congresso Nacional e ao Presidente da República, que deverão ser prestadas em dez dias e sucessivamente, vista ao Advogado-Geral da União. No prazo de cinco dias.

O Consultor da União, Miguel Pró de Oliveira Furtado, após identificar o objeto e o fundamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, inicia a elaboração de sua Peça (Informações n.º AGU/MP-05/2006) com a seguinte indagação: Mas onde estaria a inconstitucionalidade? Primeiro, diz a requerente, na infração à autonomia dos entes federativos; depois, na violação do “princípio da paridade entre as entidades federativas” e, por fim, na incongruência de uma operação aritmética(!?)

O Conselheiro, em preliminar aponta inconstitucionalidade de interpretação ao afirmar:

Soa de forma estranha e parece não amoldar-se ao texto do art. 101, I, a, da Constituição Federal o pedido de inconstitucionalidade de interpretação. A inconstitucionalidade aí prevista é de lei ou de ato normativo e não de interpretação. Sabe-se que muitos autores já identificaram a lei com sua interpretação, mas isso não passa de força de expressão, sob pena de termos diversas leis com um único texto.

Ou a interpretação em si não constitui lei ou norma – que são os atos atacáveis, de acordo com o art. 102, I, da Constituição Federal – e, portanto, descabe a Ação Direta de Inconstitucionalidade; ou a interpretação confunde-se com a própria lei e, então, em lugar de pleitear-se a inconstitucionalidade da interpretação, o pleito deverá dirigir-se contra a própria lei que, então, seria inconstitucional.

O que não parece possível é o pedido de inconstitucionalidade de interpretação, uma vez que implica pedido de constitucionalidade de lei com outra interpretação, para o que falta legitimidade aos requerentes.

Repita-se: pedido de decretação de inconstitucionalidade de interpretação, é o mesmo que pedir a declaração de constitucionalidade de lei com outra

²¹⁰ Ver o inteiro teor do Relatório e Voto na íntegra: Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/web/site/por-nr-tcdf#ConsultaDecisao.php?id=4&op=1&txtNrAno=9475/2000&tpsessao=ORD&Pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 31 maio 2012, 22:10.

interpretação. Contudo, carece a postulante de legitimidade para a propositura de ação de constitucionalidade.^{211 212}

Prossegue o Consultor da União: E a interpretação conforme à Constituição?

Evidentemente, a interpretação conforme a Constituição encontra limites na própria expressão literal do texto (Gesetzeswortlaut) e no escopo visado pelo legislador (Zweck). Há de se respeitar o significado possível da produção normativa, não se admitindo uma interpretação que viole a estrutura verbal do preceito.²¹³

Ora, pretender que se leia Município, quando a lei manda expressamente que “Nas referências a Estados entende-se considerado o Distrito Federal” (Art. 1º, § 3º, b, II), é sem dúvida violência extrema ao significado da norma, finaliza o Consultor da União.

O ponto seguinte contestado pelo Consultor da União refere-se à Paridade Administrativa. Depois de apresentar um histórico do Distrito Federal nas constituições anteriores em que ressalta a posição bifronte do Distrito Federal afirma que, não satisfeita com essa posição, em que, para efeito de cobrança de tributos, é simultaneamente Estado-membro e Município, quer o Distrito Federal, pela Mesa de sua Câmara Legislativa, gastar na mesma proporção que os Municípios.

Em sendo assim, é de esperar-se que o Distrito Federal, invocando o mesmo princípio da paridade com os Municípios venha pleitear o direito de renunciar ao recebimento dos impostos estaduais.

Despercebeu-se a colenda Mesa de que a mesma acusação por ela irrogada à Lei de Responsabilidade Fiscal de que “estária dispensando tratamento igual a desiguais e tratamento desigual a iguais” seria da mesma forma válida se a Lei a tivesse enquadrado como Município e não como Estado-membro, conclui o Consultor da União.

Continua o Consultor da União, agora para contestar o que denominou de inconstitucionalidade aritmética.

Lembra a Mesa que o art. 169 da Constituição veda aos entes federativos (conforme art. 1º da Constituição) despesas superiores às que forem fixadas em lei

²¹¹ Nesse ponto, peço vênica para discordar do Consultor-Geral da União, pois, os legitimados para Ação Direta de Constitucionalidade são os mesmos para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, previsão expressa no art. 103 da CF/88.

²¹² Reproduzido com adaptações para melhorar a estética e coesão textual, no entanto, sem perda da essência do conteúdo.

²¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. p. 417, 5. ed., Revista e ampl. De acordo com a nova Constituição. S. Paulo: RT, 1988, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, p. 140, Volume I. Pode ser consultado também pela internet. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 31 maio 2012, 22:15.

complementar. Porém, a Lei Complementar n.º 101/2000, de 4/5/2000, após situar o Distrito Federal entre os Estados-membros e de fixar limites percentuais para a União (50%), para os Estados-membros (60%) e para os Municípios (60%), imudenciou-os conforme Quadro a seguir:

	Estados	Municípios
Legislativo	3%	6%
Judiciário	6%	---
Executivo	49%	54%
Ministério Público	2%	---
Total	60%	60%

Quadro n.º 2: Limites de gastos com pessoal para os Estados-membros e Municípios

Fonte: Petição com informações à Advocacia Geral da União – AGU. p. 5. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, p. 140 do Volume I. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 1º junho 2012, 22:40 horas.

E continua o Consultor ao afirmar que à vista disso, pensa a Mesa da Assembléia Legislativa que, se tem o Distrito Federal de ser equiparado a Estado-membro, deveria ser-lhe permitido despender os 60% com o pessoal.

O Distrito Federal pretende ser tratado como Município, porque veria sua margem de despesas com pessoal crescer em cinco pontos percentuais para o Executivo, enquanto o Legislativo passaria a receber exatamente o dobro do que atualmente recebe. Faz a seguinte indagação: Por que o Distrito Federal não deve ser aquinhado com o percentual dos Municípios?

Em resposta afirma que é porque o Constituinte resolveu atribuir à União estas despesas. Se se lhe permitisse, para esse efeito, ser tido como Município, de todos os entes federados seria o mais bem aquinhado.

Com fundamento nesses argumentos o Consultor afirma que é totalmente absurdo o pedido da requerente: Primeiro porque o art. 20, II, não menciona o Distrito Federal e só lhe é aplicável por força do inciso II, do § 3º do art. 1º da Lei Complementar n.º 101/2000, de 4/5/2000. Se se decretar a inconstitucionalidade do art. 1º, § 3º, II, já não se poderia aplicar ao Distrito Federal o art. 20, II. É, portanto, sem qualquer razão a inclusão do art. 20, II, no pedido formulado.

Conclui o Consultor da União, ao afirmar que é igualmente absurdo o pedido de inconstitucionalidade do art. 1º, § 3º, II, porque, se viesse a ser decretado, ficaria o Distrito Federal sem qualquer parâmetro na aplicação desses percentuais, uma vez que o

Supremo Tribunal Federal não pode atuar como legislador positivo. E a tanto equivaleria a decisão que, sem qualquer suporte legal cassasse a aplicação do inciso II para aplicar-lhe o inciso III.²¹⁴

2.5.3 Parecer da Advocacia Geral da União - AGU

O Parecer/MP/CONJUR/FB/N.º 1115 - 7.9/2006, de 12 de junho de 2006, elaborado pela Advogada da União Senhora Flávia do Espírito Santo Batista que obteve o (De acordo) da Coordenadora-Geral Judicial de Contencioso Judicial e Administrativo Senhora Dilis Maria Luvison Kuhn e aprovado pelo Consultor Jurídica Wilson de Castro Junior e encaminhado ao Consultor-Geral da União, em atenção ao Ofício n.º 150/AGU/GU/2006, que abordou os aspectos importantes, os quais passo a comentar:

O Parecer tem por objetivo elencar informações a serem prestadas ao Supremo Tribunal Federal, pelo Presidente da República, nos autos da Ação direta de Inconstitucionalidade n.º 3756, proposta pela Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, a qual tem por objeto impugnar o art. 1º, § 3º, inciso II, combinado com o art. 20, incisos II e III, todos da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000.

Segundo a Advogada da União Flávia do Espírito Santo Batista, a Câmara Legislativa do Distrito Federal aduz a inconstitucionalidade dos dispositivos acima, em razão da impossibilidade de se dar tratamento similar aos Estados e ao Distrito Federal, no que tange aos limites relativos a gastos com pessoal, determinados pela Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, tendo em vista que estes entes federativos possuem estrutura diversa.

Continua a requerente ao afirmar que, tais entes federativos possuem organização-administrativas, legislativas e tributárias reservadas aos Estados e aos Municípios e que, diante dessa peculiaridade, o Distrito Federal passaria a ser o ente da federação que estaria adstrito a maior limitação com gastos de pessoal, qual seja, 52% (cinquenta e dois por cento).

²¹⁴ O epíteto foi elaborado a partir da Petição apresentada pelo Consultor da União Senhor Miguel Pró de Oliveira Furtado, que presta as informações solicitadas pelo Supremo Tribunal Federal - STF, à Advocacia Geral da União. Os interessados em obter o inteiro teor da Petição poderão fazê-lo por meio da referência: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, p. 138-145 do Volume I. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 1 jun. 2012, 20:06.

Por fim sustenta a Câmara Legislativa do Distrito Federal que a imposição ao Distrito Federal dos percentuais referentes aos Estados viola o princípio da isonomia entre os entes da Federação, assim como o princípio do equilíbrio federativo.

No pedido, foi pleiteada a concessão de liminar até o julgamento final da ação, e, no mérito, foi requerido ao Supremo Tribunal Federal que imprimisse aos artigos citados interpretação conforme a Constituição, para que não fosse aplicado ao Distrito Federal o modelo de repartição do limite global de despesas com pessoal previsto para os Estados, e sim o limite global de despesas prevista para os Municípios, diante da similaridade de estrutura administrativa.

Prossegue a parecerista e detalha no item I, as peculiaridades da estrutura do Distrito Federal²¹⁵, no item II, apresenta o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta do inciso II, do § 3º do art. 1º da Lei Complementar n.º 101/2000, no item III, apresenta a forma de se calcular a receita corrente líquida distrital, que em razão de sua importância julgamos conveniente sua transcrição:

18. De acordo com as justificativas expostas pela própria Câmara Legislativa Distrital, não é o disposto no § 3º, do inciso II do art. 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF que vem causando diminuição considerável no percentual destinado ao Poder Legislativo Distrital, mas sim o disposto no § 2º do art. 2º, o que tange ao modo de se calcular a Receita Corrente Líquida Distrital. Importante salientar que o citado artigo não é objeto da ADI proposta.”

Salienta a parecerista que:

a exclusão do cálculo da Receita Corrente Líquida da despesa assumida pela União, constante no § 2º do art. 2º da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF se faz necessária, uma vez que em sendo tais transferências determinadas pela Constituição Federal, destinam-se obrigatoriamente ao custeio dos órgãos indicados nos incisos XIII e XIV no art. 21 da CRFB, não podendo o Distrito Federal dar finalidade diversa ao montante repassado.”

Por fim a parecerista, ao analisar os limites estabelecidos pelo art. 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, afirma ter verificado a adequação do Distrito Federal aos limites determinados, já o limite de 60% (sessenta por cento) é igual tanto para os Estados como para os Municípios.

Ocorre que, quando da análise do disposto no art. 20 daquela norma, num primeiro momento, pensa-se que o Distrito Federal não pode ser enquadrado nos limites ali definidos, em razão do Poder Judiciário e do Ministério Público serem custeados pelo orçamento da União.

²¹⁵ Sobre as singularidades do Distrito Federal consultar o tópico 3.2 do Capítulo 3, à p. 105.

Finaliza o Parecer ao afirmar que, em que pese a peculiaridade do Distrito Federal, a afirmação de que deve ser destinado ao Poder Legislativo a mesma porcentagem devida ao Poder Legislativo Municipal não merece prosperar, em razão da falsa premissa que alberga esta solução, eis que, não se pode afirmar que a estrutura dos Municípios e do Distrito Federal seja similar, em razão do simples fato deste ente federativo não custear o Poder Judiciário e o Ministério Público, por determinação constitucional.

Conclui o Parecer ao afirmar que, o inciso II do § 3º, do art. 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal em nada ofende a primazia da Constituição Federal.²¹⁶

2.5.4 A participação da Procuradoria-Geral da República

Em apertada síntese passa-se agora a apresentar os principais pontos aludidos pelo Procurador-Geral da República.²¹⁷

Inicialmente, informa cuidar-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal e as normas a serem impugnadas. A seguir informa que o objeto da ação consiste no questionamento da interpretação que encontra o Distrito Federal submetido aos limites de gastos com pessoal, repartição dos limites globais entre os poderes constituídos, fixados pela Lei de Responsabilidade Fiscal.²¹⁸

Prossegue apontando os argumentos para a definição da singular estatura político-administrativa do Distrito Federal dentro do modelo federativo desenhado pela Constituição da República. Nas palavras da requerente:

Ora, se o Distrito Federal tem seus poderes organizados à semelhança do modelo previsto para os Municípios não é razoável atribuir-lhe, no que diz respeito à repartição de despesas entre Poderes, o mesmo tratamento dispensado aos Estados...”²¹⁹

²¹⁶ O epíteto foi elaborado a partir do PARECER/MP/CONJUR/FB/N.º 1115 – 7.9 / 2006, acostado aos autos do Processo n.º 03090.000776/2006-50. Para conhecer o inteiro teor do Parecer consultar: BRASÍL. KUHN, Dilis Maria Luvison. PARECER/MP/CONJUR/FB/N.º 1115 – 7.9 / 2006, P. 1-8. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, p. 146-153. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 3 maio 2012, 20:55.

²¹⁷ Esse tópico foi elaborado com adaptações da Petição elaborada pelo Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza. A peça em seu inteiro teor está disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 13 jun. 2012, 21:07.

²¹⁸ Ver Capítulo 2, item 2.3.2, p. 76-79, supra.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, p. 381 do Volume 1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 13 jun. 2012, 20:22.

Ressalta que o feito foi examinado pela Ministra Presidenta, que, de pronto, adotou o rito do art. 12 da Lei n.º 9.868/1999.²²⁰

O Presidente da República manifestou-se, em informações. Recusa, pela pena da Consultoria Geral da União, a aptidão do controle concentrado para ditar tal ou qual interpretação da norma; seria de se exigir a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, situação que deixaria o Distrito Federal sem qualquer previsão na Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF.

O Congresso Nacional, por obra da Advocacia do Senado Federal, ocupou-se, em sua manifestação, da suposta ausência de pertinência temática, negando existir legítimo interesse da requerente em promover esse debate perante a Corte Constitucional. No mérito, as informações do Congresso Nacional apontam que a eleição feita no diploma legal não é arbitrária, sendo razoável a equiparação levada a cabo. Essa teria sido uma opção política, insuscetível de exame pelo controle de constitucionalidade.

Esse é o breve relato do estado em que os autos chegaram à Procuradoria Geral da República. No mérito, depois de longa discussão a respeito da configuração político-administrativa do Distrito Federal, ora com aproximação aos Estados-membros, ora com aproximações com os Municípios, assentou o seguinte posicionamento: sou pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

2.6 Amicus Curiae

Como dito anteriormente, a Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao perceber que iria sofrer perda de receita em razão de disposição da Lei Complementar n.º 101/2000, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.756-1/600/2006, que teve por objeto a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, § 3º, inciso II, combinado com o artigo 20, incisos II e III da Lei complementar n.º 101/2000, também conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nesse sentido, e antevedendo as conseqüências²²¹ da Declaração de Constitucionalidade dos dispositivos acima, o Sindicato dos Servidores do Poder

²²⁰ Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

²²¹ O Sindicato dos Servidores do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas do Distrito Federal expressa duas preocupações centrais em sua Petição, como sendo relevantes para justificar o seu ingresso como amicus curiae: A primeira, refere-se a redução de 1,5% dos gastos com pessoal para a Câmara Legislativa e 1,5% para o Tribunal de Contas do Distrito Federal. A segunda é que essa redução, no caso do Tribunal de Contas do Distrito Federal, resultará no corte de 52,57% de suas despesas com o pessoal ativo. Tal

Legislativo e do Tribunal de Contas do Distrito Federal (SINDICAL/DF), por meio de seus advogados Júlio César Borges de Resende, OAB/DF n.º 8.583 e Roberto Gomes Ferreira OAB/F n.º 11.723, requereu ingresso como Amicus Curiae.

Em breve esboço da Petição, passo a expor o que segue:

a) Apresentam os dispositivos que pretende a Câmara Legislativa do Distrito Federal ver impugnados;

b) Aduz que o Distrito Federal deve ser entendido como Estado para os efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, porém, o Distrito Federal deve ser entendido como estado somente no que couber,²²²

c) Argumenta a respeito do art. 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF que fixa limites máximos globais para despesas com pessoal da União, dos Estados e dos Municípios respectivamente em: 50% 60% e 60% da receita corrente líquida;

d) Discorre a respeito do art. 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF que estabelece sublimites para cada um dos poderes integrantes dos entes da federação;

e) Por último, adverte que caso haja o entendimento no sentido de ter que cumprir o Distrito Federal os limites para os seus Poderes Executivo e Legislativo, idênticos aos estabelecidos para os Estados, estar-se-á a rebaixar o limite global do Distrito Federal que sempre foi o de 60% da Receita Corrente Líquida (49% para o Executivo e 3% para o Legislativo).

De ressaltar que, o Tribunal de Contas do Distrito Federal também foi admitido no processo, na qualidade de *amicus curiae*.

Por outro lado, o Ministro relator, não permitiu a participação do Governador do Distrito Federal como *amicus curiae*, a negativa foi fundamentada no argumento de que, ele não participara da inicial.

percentual motivará a exoneração de 237 dos 547 servidores do Tribunal, ou seja, a exoneração de 56,67% dos servidores ativos do Tribunal de Contas do Distrito Federal; e para a Câmara Legislativa do Distrito Federal também se observa iminente tragédia caso seja implementada decisão pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF. Nesse caso, a Câmara Legislativa do Distrito Federal deverá exonerar, no mínimo 543 dos 1.941 servidores ativos, tendo em vista que a implementação do limite de 1,5% como patamar máximo de despesa com pessoal da importará na obrigatoriedade de corte de 27,96% das despesas com pessoal.

²²² Infere-se que seja naquilo em que beneficiar o Distrito Federal, ou seja, naquilo que aproxima o Distrito Federal aos Municípios, pois, assim poderia continuar gastando com pessoal o percentual de 6% (seis por cento) de sua receita líquida.

2.6.1 Conceito e natureza jurídica do amicus curiae

A propósito da definição do que seja Amicus Curiae Inocêncio Mártires Coelho²²³, ensina-nos que:

Amicus Curiae é o amigo da corte, aquele que presta informações sobre matéria de direito, objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção da corte para alguma matéria que poderia, de outra forma escapar-lhe à atenção. Um memorial de amicus curiae é a peça produzida por quem não é parte numa ação com vistas a auxiliar a corte, com informações necessárias, para que ela possa tomar uma decisão correta ou com vistas a advogar um determinado resultado em nome de interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pela solução da disputa.²²⁴

Ainda com o propósito de conceituar o que seja o instituto do Amicus Curiae, nos apresenta Dirley da Cunha Junior o seguinte conceito:

(...) é um terceiro especial²²⁵ que pode intervir no feito para auxiliar a Corte, desde que demonstre um interesse objetivo relevante à questão jurídico-constitucional em discussão. É amigo da Corte, consoante ressoa de sua tradução mais fiel, podendo ser qualquer pessoa, humana ou jurídica, inclusive os legitimados não proponentes da ação. Apresenta-se como um verdadeiro instrumento democrático que franqueia o cidadão a penetrar no mundo fechado, estreito o objetivo do processo de controle abstrato de constitucionalidade para debater temas jurídicos que vão afetar toda a sociedade. Por meio desse instituto, o Tribunal Constitucional mantém permanente diálogo com a opinião pública, como forma de legitimar o exercício da jurisdição constitucional.²²⁶

Segundo Esther Maria Brighenti dos Santos, a natureza jurídica Amicus Curiae é de pessoa, entidade ou órgão, com interesse na questão jurídica a ser discutida, e que se

²²³ COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 137, jan./mar. 1998, p. 162, apud MACHADO, Diana Soares. *A instituição do amicus curiae em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade pelo STF: a eficiência de uma nova ordem democrática*. p. 56. Monografia apresentada à Banca examinadora do Centro de Ensino Unificado de Brasília – UNICEUB, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientadora: Professora Christine de Oliveira Peter. Defesa em 2005.

²²⁴ WOOBURY, Steven H. Gifis. *Barron's Educacional Series*. 1975, p. 11-12, apud COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 137, jan./mar. 1998, p. 162, apud MACHADO, Diana Soares. *A instituição do amicus curiae em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade pelo STF: a eficiência de uma nova ordem democrática*. p. 56. Monografia apresentada à Banca examinadora do Centro de Ensino Unificado de Brasília – UNICEUB, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientadora: Professora Christine de Oliveira Peter. Defesa em 2005.

²²⁵ Nesse particular, dissentimos de Fredie Didier Jr., que nega a qualidade de terceiro ao amicus curiae no seu trabalho Possibilidade de sustentação oral do amicus curiae. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 8, p. 36-37, out. 2003. O amicus curiae é terceiro, sim, que pode intervir, a critério do relator, no processo objetivo de controle de constitucionalidade para defender interesse objetivo relacionado à questão constitucional controvertida.

²²⁶ JÚNIOR, Dirley da Cunha. *A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do amicus curiae na ADIN, ADC e ADPF*. In: JÚNIOR, Fredie Didier; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)*. 1. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 157-158.

apresenta como um estranho à lide. Ou seja, é aquele que, apesar de não ser um dos litigantes, atua no processo movido por um interesse que ultrapassa o das partes envolvidas.²²⁷

2.6.2 Possibilidade de sustentação oral

Dentre as inovações trazidas pela Lei n.º 9.868/1999 e que causou muita polêmica na Corte Constitucional foi à possibilidade de sustentação oral por parte do *amicus curiae*. Sobre o assunto nos ensina o Professor Gilmar Ferreira Mendes, que o processo objetivo é “um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição. Não se cogita, propriamente, da defesa de interesses do requerente, que pressupõe a defesa de situações subjetivas.”²²⁸

A partir dessa lição, Gustavo Binenbojm inicia seu estudo sobre o novo instituto afirmando que “uma das decorrências dessa dita objetividade do processo de controle abstrato de constitucionalidade é a vedação genérica à intervenção de terceiros em feitos de tal natureza”, eis que esse sempre foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal - STF na matéria, pelo entendimento do art. 169, do Regimento Interno do Supremo, “que vedava a intervenção assistencial nas representações por inconstitucionalidade”.²²⁹

Em nome de tal entendimento, prossegue Gustavo Binenbojm²³⁰ e afirma que, a Lei n.º 9.868/1999 dispôs no caput de seu artigo 7º, que “não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”. A despeito da vedação expressa no Caput do artigo, o seu § 2º autorizou a “saudável inovação” – nas palavras do professor -, na medida em que contemplou “modalidades informais de intervenção de terceiros nos processos objetivos de controle de constitucionalidade.

Prossegue Gustavo Binenbojm e relata que, o Supremo Tribunal Federal - STF reviu seu entendimento anterior e, por maioria, passou a admitir a realização de sustentação

²²⁷ SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. *Amicus curiae*: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 906, 26 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7739>>. Acesso em: 6 jun. 2012, 20:35 horas, apud MAGALHÃES, Rafael Geovani da Silva. "Amicus Curiae": origem histórica, natureza jurídica e procedimento de acordo com a Lei n.º. 9.868/1999. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2091, 23 mar.2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12500>>. Acesso em: 7 jun. 2012, 20:35.

²²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade* : Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo. Saraiva, 2004, p. 250-251.

²²⁹ BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, jan./fev./mar. de 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2012, 08:28.

²³⁰ Idem.

oral pelos advogados dos *amicus curiae* regularmente habilitados nos autos do processo de ação direta. Assim, em importante voto para o desfecho da questão, o Ministro Celso de Mello o entendimento que se segue:

(...) entendo que a atuação processual do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Essa visão do problema – que restringisse a extensão dos poderes processuais do “colaborador do Tribunal” – culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (nem deve) ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração aos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do *amicus curiae* no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Cumpre permitir, desse modo, ao *amicus curiae*, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa.²³¹

De outro autor, Fredie Didier Júnior,²³² também se extrai pensamento acerca da relevância da intervenção do *amicus curiae*:

A relevância social de alguns tipos de causa é fator para uma adequação objetiva da tutela jurisdicional, que deve ter suas peculiaridades procedimentais modificadas de acordo com as características do objeto do processo. A ouvida manifestação do *amicus curiae* é uma das manifestações desta adequação; sobretudo uma especialização procedimental, que se não confunde com qualquer espécie de fenômeno interventivo. O próprio étimo da expressão – amigo da cúria, ao pé-da-letra; “*friend of court*”, para os americanos – já revela que estamos diante muito mais de um auxiliar do juízo do que de um postulante, sujeito parcial do processo com interesse específico em determinado resultado para o julgamento. Às suas considerações dará o magistrado o peso que a sua convicção determinar.²³³

Não há como negar que o instituto do *amicus curiae* na atualidade, seja uma evolução. E evoluir, mais que uma prerrogativa do ser humano – e, bem assim, de todas as instituições que dele dependem – é uma obrigação, uma necessidade. Toda a história

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 2.777-8 SP, Relator Min. Cezar Peluzo, com voto do Min. Celso de Mello, Informativo do STF n.º 331, também disponível na Internet em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/23254>>. Acesso em: 8 jun. 2012, 08:48.

²³² DIDIER JÚNIOR, Fredie. Possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae*. In: Revista Dialética de Direito Processual – 8 nov. 2003, p. 33-38. O texto na íntegra está disponível em: <<http://www.dialetica.com.br/loja.asp?iid=1&pid=9F9D39E7B0BB40C6B6860C09F8D170B818732216>>. Acesso em: 8 jun. 2012, 10:06.

²³³ A respeito da participação oral do *amicus curiae* consultar: JÚNIOR, Fredie Didier; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). et al. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)*. 1. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 157-167; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 489, 8 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5896>>. Acesso em: 30 maio 2012, 21:50; MACHADO, Diana Soares. *A instituição do amicus curiae em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade pelo STF: a eficiência de uma nova ordem democrática*. p. 56. Monografia apresentada à Banca examinadora do Centro de Ensino Unificado de Brasília – UNICEUB, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientadora: Professora Christine de Oliveira Peter. Defesa em 2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo*. 3. ed., Brasília: Secretaria de Documentação, 2010. O inteiro teor da ADI n.º 3756 está disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491156>>. Acesso em: 8 jun. 2012, 10:24.

da humanidade tem provado isso, e da maneira mais natural possível, como nos exemplos que vão desde a invenção da roda até a conquista da Lua pelo homem. A ordem, portanto, é progredir, incessantemente, no uso e no estudo deste caro “amigo da corte”.

2.7 Voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto

Inicialmente, impende esclarecer que, não há possibilidade de analisar os votos individualmente, em razão das poucas linhas para abordar matéria dessa relevância. Assim, a análise será feita a partir do Voto do Relator Ministro Ayres Britto, porém, com aproveitamento dos pontos importantes dos demais Ministros, tendo em vista que a Decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF foi por unanimidade²³⁴. Desta forma, acredita-se que não haverá perda do conteúdo do julgado, nem dos objetivos deste trabalho.

Agora, já na análise do Voto, o Ministro Relator afastou de pronto, a preliminar de ilegitimidade ativa ad causam²³⁵ da Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Assim fez, por entender cumpridos os requisitos da pertinência entre o plexo de competências constitucionais da acionante e o centrado objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade em análise.

Já, no que se referem às demais preliminares, agitadas pelos requeridos²³⁶, por se confundirem com o próprio mérito da discussão que se trava na ADI n.º 3756 – 1/600/2006 foram analisadas no transcorrer do voto.

²³⁴ “Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente a ação direta, nos termos do voto do Relator. (...) Plenário 21.06.2007.” O inteiro teor do Extrato da Ata poderá ser consultado na internet. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491156>>. Acesso em: 12 jun. 2012, 20:25.

²³⁵ Consta dos legitimados insertos no art. 103 da CF/88. Senão vejamos:

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

(...)

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (Com destaque e grifo no original).

(...).”

²³⁶ O Presidente da República suscita preliminar de não-conhecimento, ao argumento de que a ausência de polissemia dos textos normativos postos em xeque inviabiliza o acolhimento da pretensão autoral de se atribuir interpretação conforme a Constituição aos dispositivos impugnados. Já, o Presidente do Congresso Nacional diz que a pretendida declaração de inconstitucionalidade fará com que o Distrito Federal não se submeta a nenhuma espécie de limitação com gasto de pessoal. O Advogado-Geral da União, se manifestou pela improcedência do pedido, posicionamento idêntico com o do Procurador-Geral da República,

No enfrentamento da questão de fundo, leciona o Professor José Afonso da Silva²³⁷, para afirmar que o Distrito Federal “não é estado, e também não é Município”. Menciona, ainda, sobre as peculiaridades ou a natureza verdadeiramente insimilar do Distrito Federal, notadamente a partir da Constituição de 1988. Referiu-se também, entre outros, ao voto proferido na assentada Plenária de 8.6.2005, por ocasião do julgamento da ADI n.º 2.351,²³⁸ que teve como idéia central o fato de a Lei Republicada elevar o Distrito Federal à condição de parte integrante da Federação brasileira.^{239 240}

Depois de apresentar detalhes quanto à organização político-administrativa do Distrito Federal em relação ao texto constitucional, onde apresenta a aproximação do Distrito Federal com os Estados-membros, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, prepara a conclusão fazendo a seguinte inferência:

27. É de se inferir, pois, que a Lei Complementar n.º 101/2000 conferiu ao Distrito Federal um tratamento rimado com a peculiar e privilegiada situação tributário-financeira dessa entidade federativa. Situação que se tipifica por uma alargada base arrecadatória (em tese), comparativamente com a dos próprios Estados-membros. Equivale a dizer: o distrito Federal tem, ao seu dispor, fontes cumulativas de receitas tributárias, dado que adiciona às arrecadações próprias dos Estados aquelas que timbram o perfil constitucional dos Municípios.²⁴¹

Conclui o voto ao afirmar que, razoável é o critério de que se valeu o dispositivo legal agora questionado.²⁴² Se irrazoabilidade houvesse, ela estaria em igualar o Distrito Federal aos Municípios, visto que o primeiro é, superlativamente, aquinhoado com receitas tributárias que assistem assim aos Estados-membros como às unidades municipais. Como consequência o Distrito Federal seria equiparado aos municípios e continuaria gastando 6% de sua receita líquida.

Isto sem contar que o Distrito Federal é contemplado com o favor constitucional de não custear seus órgãos judiciários e ministeriais públicos, tanto quanto sua Defensoria Pública, Polícias Civil e Militar e ainda seu Corpo de Bombeiros Militar (art. 21, XIII e XIV, da CF/88).

²³⁷ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed., revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n.º 52, de 8.3.2006). São Paulo : Malheiros, 2006, p. 649.

²³⁸ Para conhecer o inteiro teor da ADI n.º 3.151, acessar a Internet no seguinte endereço: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363325>>. Acesso em: 12 jun. 2012, 21:51.

²³⁹ Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se um Estado Democrático de Direito (...).”

²⁴⁰ Consultar no Capítulo 3 p. 105 e ss, a respeito da definição da personalidade jurídica do Distrito Federal.

²⁴¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491156>>. Acesso em: 13 jun. 2012, 09:31.

²⁴² Inciso II do § 3º do art. 1º, bem como os incisos II e III do art. 20 da Lei Complementar n.º 101/2000, de 04 de maio de 2000.

A patentear que se cuida de pessoa político-territorial em favorecida situação de poder arrecadar mais e gastar menos. Entenda-se: arrecadar mais, tendo em conta sua cumulativa base de imposição e arrecadação tributária; gastar menos, tendo em vista o financiamento alóctone (não é próprio do Distrito Federal), isto é, pela União do seu Poder Judiciário, Ministério Público, Polícia Civil e Militar, Corpo de Bombeiros. Além de parte dos serviços públicos que lhe são afetos (inciso XIV do art. 21 da CF/88, parte final). Esse o quadro, voto pela improcedência do pedido.²⁴³

2.8 Dos Embargos Declaratórios

Não satisfeito com a decisão proferida na ADI 3.756-1/600/2006, pelo Supremo Tribunal Federal, o Governador do Distrito Federal e a Câmara Legislativa do Distrito Federal interpuseram Embargos Declaratórios, com o objetivo de obter nova manifestação da colenda Corte, no sentido de esclarecer pontos julgados obscuros exarados na parte dispositiva do Acórdão.

Sustentam os embargantes que:

I) Escorada pela Decisão n.º 9.475/2000, de lavra do Tribunal de Contas do Distrito Federal, a Câmara Legislativa do Distrito Federal vinha interpretando a Lei Complementar n.º 101/2000 no sentido de obter o mesmo tratamento dispensado aos Municípios, no que diz respeito aos seus gastos com pessoal;²⁴⁴

II) É evidente a boa-fé do Poder Legislativo distrital que as Leis de Diretrizes Orçamentárias dos últimos anos também trouxeram, em seus textos, o percentual de 6% (seis por cento) da Receita Corrente líquida anual como limite de seus gastos com pessoal;

III) Desde o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, em 2000, o Distrito Federal já teve a oportunidade de realizar operações de crédito com instituições nacionais e estrangeiras, visando ao financiamento de políticas públicas, e nunca houve “óbice não superado por parte da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da

²⁴³ O inteiro teor do Voto do Ministro Carlos Ayres Britto está disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491156>>. Acesso em: 13 jun. 2012, 19:26.

²⁴⁴ A Decisão n.º 9.475/2000, do TCDF, definiu em 6% (seis por cento) o limite global de despesas de pessoal com o Poder Legislativo, incluída a própria Corte de Contas. O inteiro teor da Decisão n.º 9.475/2000 poderá ser consultado na Internet. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/web/site/por-decisao#ConsultaDecisao.php?op=1&tpsessao=ORD&txtNrAno=9475%2F2000&Pesquisar=Pesquisar>>. Acesso em: 14 jun. 2012, 20:16.

Fazenda, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e do Senado Federal, por suposto descumprimento da legislação pertinente; e

IV) O Supremo Tribunal Federal contrariamente ao que vinha interpretando o Distrito Federal, à unanimidade, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, para firmar o entendimento de que o Distrito Federal, “enquanto unidade autônoma e indissolúvel da Federação está bem mais próxima da estruturação dos Estados-membros de que dos Municípios, pelo que se afigura razoável o critério estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal”.

Os embargantes sustentam que o Supremo Tribunal Federal não fixou “o momento temporal a partir de quando haverá de incidir com a força e eficácia vinculativa, o que se afigura in casu imprescindível, à vista do excepcional interesse público subjacente à questão jurídica e tendo em vista inúmeras relações jurídicas travadas de boa-fé e sob a égide do percentual de 6% (seis por cento) como limite de gastos com pessoal do Poder Legislativo”.

O Governador do Distrito Federal e a Mesa da Câmara Legislativa distrital requerem que passe a constar “na parte dispositiva do acórdão que a sua eficácia será a partir de seu trânsito em julgado considerando a boa-fé, a segurança jurídica e as razões de excepcional interesse social adjacente ao caso.

Podem ainda seja observado o “disposto no art. 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal, em ordem a permiti-lhe a eliminação do percentual excedente a 3% (três por cento) na despesa com pessoal em dois quadrimestres contados do trânsito em julgado da decisão.

Desta forma, fica afastada qualquer alegação de descumprimento às disposições da Lei Complementar n.º 101/2000, no tocante a observância dos limites percentuais para gastos com o Poder Legislativo, aí incluído o Tribunal de Contas local, eis que a Resolução n.º 229/2007 já aprovada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal adequou o percentual de gastos do Poder Legislativo Distrital, considerando os dois quadrimestres previstos em lei”.

Este é o breve relato dos Embargos opostos pelo Governador do Distrito Federal e a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, tendo por alvo a decisão proferida na ADI n.º 3.756-1/600-DF.

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto, inicia seu voto com o não-conhecimento dos embargos de declaração opostos pelo Governador do Distrito Federal, por falta de legitimação recursal.²⁴⁵

Melhor sorte, porém, assiste à Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, que, por haver ajuizado a ADI n.º 3.756-1/600-DF, preserva sua legitimidade para integrar, mediante embargos aclaratórios, o Acórdão proferido. Desta forma o Ministro Relator Carlos Ayres Britto conheceu dos tempestivos embargos sub judice interpostos pela Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Com efeito, no dia 21/6/2007, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI n.º 3.756-1/600-DF, e ao fazê-lo reafirmou a validade constitucional dos dispositivos impugnados²⁴⁶ pela embargante.

Esta é a razão do Supremo Tribunal Federal - STF não ter fixado prazo para o cumprimento da decisão de mérito da presente ADI. É que o Supremo Tribunal Federal - STF não declarou inconstitucional o ato adversado. Ao contrário, assentou a constitucionalidade do dispositivo, ao julgar a ADI improcedente. Desta forma indaga-se: o que sucede quando o Supremo Tribunal Federal julga, em sede de ADI, a improcedência da ação? A eficácia no tempo é retroativa, não há que cogitar de modulação.²⁴⁷

Segundo o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, o caso é sui generis, porque não se cuida de anular nomeações ou contratações de pessoal, ou debater sobre direitos a esse ou aquele estipêndio²⁴⁸

²⁴⁵ O Supremo Tribunal Federal já firmou jurisprudência com o entendimento de que apenas os requerentes e os requeridos da Ação Direta de Inconstitucionalidade detêm legitimidade para, se for o caso manejar embargos de declaração em sede de ADI. Desta forma, não havendo participado do processo de fiscalização abstrata, na condição de autor ou requerido, o Governador do Distrito Federal carece de legitimidade para fazer uso dos Embargos de Declaração (ADI n.º 2.591-ED, Rel. Min. Eros Grau; ADI 1.105-MC-ED-QO, Rel. Min. Maurício Corrêa, entre outras). Inteiro teor disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>>. Acesso em: 14 jun. 2012, 22:32.

²⁴⁶ Inciso II do § 3º do art. 1º e inciso II do art. 20, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

²⁴⁷ Modulação aqui é no sentido de se dar solução aos negócios jurídicos produzidos durante o tempo em que a lei vigiu. Ou seja, solucionar os negócios jurídicos produzidos a partir da data em que a Lei foi promulgada, portanto, incluída no ordenamento jurídico, até a data da declaração de sua inconstitucionalidade. Não é esse o caso em comento, pois, os dispositivos impugnados foram declarados constitucionais. Assim, não há que se falar em modulação de efeitos “ex tunc”, basta cumprir a lei que, no caso, foi declarada constitucional. Nesse caso o efeito é “ex nunc”, daqui em diante.

²⁴⁸ S.m. Antig. Tributo. Paga, salário, soldo, remuneração pecuniária de trabalho.

2.9 Efeitos da Decisão do STF

Após o julgamento da ADI n.º 3.756-1/600-DF, a Câmara Legislativa do Distrito Federal passou a dotar medidas para se adequar à decisão do Supremo Tribunal Federal, como exemplo veja-se as medidas tomadas com a Resolução n.º 229/2007²⁴⁹, publicada no Diário da Câmara Legislativa de 1º/10/2007.²⁵⁰

Em razão da confirmação do patamar dos 3% (três por cento), e sem considerar as providências corretivas adotadas pelo Legislativo do Distrito Federal, a Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda vem negando autorização/aval à celebração de empréstimos pelo Distrito Federal junto ao Banco Interamericano de Desenvolvimento e ao Banco Mundial.

Na percepção dos embargantes, essas recusas, em muito comprometem a continuidade de políticas públicas responsáveis por uma maior qualidade de vida da população distrital.²⁵¹, acréscimo remuneratório, nem sobre direito à aposentadoria ou pensão ou a benefício previdenciário qualquer.

Prossegue o Relator, o tema aqui é outro: durante toda a existência da Lei, a Câmara Legislativa aplicou um percentual da receita corrente líquida, para pagamento de pessoal, acima do limite que a Lei estabelecia (e estabelece) em 3% (três por cento) para o Distrito Federal, porque equiparado aos Estados, e o fato é que a Câmara Legislativa estava praticando um percentual de até 6% (seis por cento).

Usou o Ministro Relator uma metáfora do Ministro Gilmar Mendes, para justificar a não modulação: “não há como fazer o moinho orçamentário retroceder”²⁵²; ou seja, não há como fazer refluir essa água orçamentária, porquê a verdade é que durante os sete anos de existência da Lei esse percentual extrapolante foi praticado. Agora, foi praticado, entende o Relator, de boa-fé, devido à que lastreado numa autorização formal

²⁴⁹ Dentre essas medidas, pode-se mencionar: diminuição de 10% (dez por cento) dos cargos de provimento em comissão; congelamento da folha salarial por até 2 anos; programa de incentivo à aposentadoria; suspensão das férias de certos agentes.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, p. 759 do Vol. 3. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 14 jun. 2012, 21:34.

²⁵¹ Dentre os projetos que estão ameaçados, os embargantes citam: “Brasília Integrada” (que remodelará e reorganizará todo o sistema viário e de transporte público local) e vários outros nas áreas de Educação (“Escola de Todos, “Educando Sempre”), Saúde, Gestão Pública, Desenvolvimento Econômico, Moradia e Águas.

²⁵² Nesse ponto, o Ministro Relator respeitou a decisão do Tribunal de Contas do Distrito Federal, que decidiu pela continuidade dos gastos da Câmara Legislativa do Distrito Federal, com base no percentual de 6% (seis por cento). Infere-se com isso que, a decisão do Tribunal de Contas do Distrito Federal é vinculativa, vez que não houve devolução de numerários aos cofres públicos.

do Tribunal de Contas do Distrito Federal, assim como em leis de diretrizes orçamentárias.

Entende o Ministro Relator que é impossível negar que, no plano dos fatos, a obrigação de o Poder Legislativo do Distrito Federal adotar as medidas necessárias ao cumprimento do paradigma correto começa a fluir da decisão do Supremo Tribunal Federal - STF na ADI 3.756-1/600-DF. Isto porque, declarada a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, não há como se exigir que o Poder Legislativo do Distrito Federal se amolde, de modo retroativo, ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

As despesas com pessoal, embora fora do limite previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, já foram efetivamente realizadas. Logo, a adequação, pelo Legislativo distrital, ao percentual de 3% (três por cento) só poderá ocorrer, mesmo, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal - STF se pronunciou sobre o tema.

Ademais, a modulação de efeito tem por pressuposto lógico a existência de alternativas, possibilidades, escolhas, opções; opta-se entre modular ou não, entre escolher uma data ou não. Aqui, não há o que fazer.

Na concepção do Ministro Relator, é aplicar mesmo o artigo 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que, em si, modula os fatos, ao dizer que a adaptação aos seus dizeres se fará em dois quadrimestres. Observadas, por certo, as demais determinações da Lei Complementar n.º 101/2000, mormente a Seção IV do Capítulo II.

Por fim, votou pelo acolhimento dos embargos, para assentar que, diante dessas peculiaridades, o fiel cumprimento da decisão plenária, proferida na ADI n.º 3.756-1/600-DF, se dará pela observância estrita da própria Lei de Responsabilidade Fiscal; ou seja, contando-se impreterivelmente os dois quadrimestres, previstos no artigo 23 da referida Lei, da data de publicação da ata de julgamento de mérito da presente ADI (28/6/2007), atendidas as demais diretrizes da Lei Complementar n.º 101/2000.

3 O DISTRITO FEDERAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

3.1 Histórico da criação do Distrito Federal

O Distrito Federal foi concebido como um território subordinado à União e, em sendo assim, despido de Governo autônomo. No período Imperial, teve a denominação de Município Neutro²⁵³, mas sempre gozou de certa ambigüidade: não era inteiramente Município, nem completamente Estado-membro. Por isso, ora foi governado por Prefeito, ora por Governador.

A Constituição de 1891 que destinou uma área, no planalto central, à constituição do Distrito Federal, prescreveu que, após a mudança da capital, seria ele elevado à categoria de Estado-membro.²⁵⁴

Segundo André Ramos Tavares, o Distrito Federal era, até 1985, subordinado à União. Com a Emenda Constitucional nº 25, daquele ano, o Distrito Federal passou a ocupar a posição de entidade federativa autônoma, com a possibilidade de eleger representantes para ocupar assento na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.²⁵⁵

A Constituição de 1934 adotou o Distrito Federal de um Prefeito, denominação que seria mantida, mesmo depois da mudança da capital. Diz Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda que, “em virtude de movimento político, que se denominara autonomista, conseguiu o antigo Município Neutro acentuar a sua natureza de Estado-membro *sui generis*.”²⁵⁶

Em 1937, por disposição expressa da Constituição, passou o Distrito Federal, enquanto sede da União, a ser por ela governado.

²⁵³ Segundo Walber de Moura Agra, “A origem do Distrito Federal provém do federalismo norteamericano, que criou o Distrito de Colúmbia, baseando-se na política do self-government. Seguindo essa influência, o Brasil criou o município neutro, que foi transformado em Distrito Federal pela Constituição de 1891, pelo Decreto nº 1, do Governo Provisório. Ele era chamado de município neutro porque não pertencia nem à União, nem aos Estados e nem aos Municípios.” AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 320. Consultar também: TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed., rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2008, p. 1030.

²⁵⁴ Confirma a tese de que o artigo 2º da Constituição de 1891 foi recepcionado pela Constituição de 1988. Assim, foi dirimida a dúvida em relação ao Distrito Federal ser ou não Estado-Membro.

²⁵⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed., rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2008, p. 1030. A Constituição de 1988, contudo, não considera mais o Distrito Federal como Capital do Brasil.

²⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda nº 1, de 1969, T. II, 2. ed., ver. 2ª Tirag. p. 357, São Paulo : RT, 1973, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, p. 141 do Volume 1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 15 abr. 2012, 20:38.

Em 1946, a Constituição voltou a muni-lo de Prefeito nomeado pelo Presidente da República e demissível ad nutum.

Em 1967/1969, voltou o Distrito Federal a ter Governador. É esse vai-e-vem da legislação que faz o Distrito Federal passar por autêntica crise de identidade: quer ser Estado-membro pela maior projeção que têm os governadores, mas, em algumas circunstâncias, para não perder certas vantagens, quer ser também Município.

Aliás, de acordo com a vigente Constituição, continua regido por Governador, cabendo-lhe tanto os impostos que os Estados arrecadam (art. 155) como os que são recolhidos pelos Municípios (art. 147).

Em relação ao caso em análise, não satisfeito com essa posição bifronte, em que, para efeito de cobrança de tributos, é simultaneamente Estado-membro e Município, quer o Distrito Federal, pela Mesa da Câmara Legislativa, gastar na mesma proporção que os Municípios. E sendo assim, é de esperar-se que o Distrito Federal, invocando o mesmo princípio da paridade com os Municípios venha pleitear o direito de renunciar ao recebimento dos impostos estaduais.

3.2 Caracterização do Governo do Distrito Federal

O Distrito Federal foi elevado pela Constituição Federal de 1988 à condição de parte integrante da Federação brasileira, em razão do disposto em seu art. 1º, e, complementarmente, dotou-o de autonomia político-administrativa, conforme disposto no art. 18.

Segundo o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, o Distrito Federal, tanto quanto a União, os Estados e os Municípios, é uma bem caracterizada unidade federativa. E como toda unidade federativa, é dotada de dois elementos conceituais mínimos: a indissolubilidade e a autonomia. No entanto, trata-se de ente federado de compostura marcadamente singular, dado que:

a) Desfruta de competências que são próprias dos Estados e dos Municípios, cumulativamente (art. 32, § 1º, CF);

b) Algumas de suas instituições elementares são organizadas e mantidas pela União (art. 21, XIII e XIV, CF); e

c) Os servidores públicos e cuja prestação está jungido são financiados, em parte, pela mesma pessoa federada central, que é a União (art. 21, XIV, parte final, CF).²⁵⁷

Certo é que, contra o argumento da Câmara Legislativa do Distrito Federal afirma o Relator, não ser juridicamente correto, o enquadramento do Distrito Federal como Município e, conclui: “se é verdade que o Distrito Federal não se traduz em Estado-membro, não menos certo é que Município ele também não é (algumas poucas semelhanças à parte).”

Prossegue o Ministro Relator ao afirmar que: “adequado é assentar que o Distrito Federal está bem mais próximo da estruturação dos Estados-membros do que da arquitetura constitucional dos Municípios.”

Traço característico que aproxima o Distrito Federal dos Estados-membros é o referente aos Poderes estatais. Enquanto nos Estados-membros temos o Legislativo, Executivo e Judiciário²⁵⁸, nos Municípios, somente dois o Executivo e o Legislativo (inciso I do art. 29 da CF/88).

3.3 Poder Legislativo

Ao tratar da competência legislativa concorrente, a Constituição colocou o Distrito Federal em pé de igualdade com os Estados e a União. Não com os Municípios (art. 24 da CF/88).

Outro traço de aproximação do Distrito Federal aos Estados-membros é que ambos os modelos de pessoa federada participam da formação da vontade legislativa da União. Isso em razão de elegerem deputados federais e senadores, que são os parlamentares de que se compõem respectivamente, as duas Casas Legislativas do Congresso Nacional: Câmara dos Deputados e Senado Federal.

²⁵⁷ A assistência financeira que a União presta ao Distrito Federal, nos termos da parte final do inciso XIV do art. 21 da Constituição, não é sem razão. A capital do Distrito Federal (Brasília) é a sede dele próprio, bem como da União. Logo, nela se concentram todos os órgãos e entidades de uma dúplice administração: a Distrital e a Federal.

²⁵⁸ Embora o Poder Judiciário do Distrito Federal seja organizado e mantido pela União (art. 21, XIII, CF), ele é órgão distrital. Tanto assim que, a exemplo do que acontece com os Tribunais e Justiça dos Estados, cabe ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios processar e julgar representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos distritais em face da Lei Orgânica do Distrito Federal (§ 2º do art. 125 da CF/88).

3.4 Poder Executivo

Segundo José Afonso da Silva, o poder executivo do Distrito Federal é exercido, como nos Estados, por Governador, que será eleito na mesma época em que são eleitos os Governadores dos Estados.²⁵⁹

Continua o Professor e ensina que, sua eleição, para um mandato de quatro anos, se realizará, pois, em primeiro turno, no primeiro domingo de outubro e, em segundo turno, se houver no último domingo de outubro, do ano anterior ao término do mandato do que deva suceder, tomando posse no dia 1º do janeiro do ano subsequente, e obedece ao princípio da maioria absoluta, tal como a eleição do Presidente da República, porque se lhe aplica o disposto no art. 77, da CF/88.²⁶⁰

Com o Governador, elege-se o Vice-Governador, que, como acontece nos Estados, o substitui nos impedimentos ocasionais e o sucede no caso de vacância. Não cabe à Constituição Federal, indicar os substitutos eventuais do Governador do Distrito Federal, do mesmo modo que não o faz em relação aos Governadores estaduais. A Lei Orgânica do Distrito Federal é que definirá quem assume o cargo na hipótese de impedimentos ou de vacância dos cargos de Governador e de Vice-Governador.

Nos Estados, a técnica das substituições eventuais, no caso de impedimento do Governador e do Vice ou na hipótese de vacância de ambos os cargos, consiste em se estabelecer, na Constituição estadual, que serão chamados sucessivamente ao exercício do cargo o Presidente da Assembléia e o Presidente do Tribunal de Justiça. Essa solução não pode ser inteiramente acolhida no Distrito Federal.

Será lógico prever que o Presidente da Câmara Legislativa o faça até que se realize eleição popular para o provimento dos cargos vagos, conforme a época da vacância (três primeiros anos do mandato, como comumente ocorre nos Estados) e, se esta se der no último ano, qual o procedimento a ser adotado: ele próprio completa o período ou se faz eleição pela Câmara Legislativa para que o eleito o complete.

De acordo com André Ramos Tavares, é inadmissível que o Presidente do Tribunal de Justiça possa investir-se no cargo de Governador, ainda que provisoriamente. A impossibilidade tem fundamento dúplice:

²⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed., revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 52, de 8.3.2006), São Paulo :Malheiros, 2006, p. 651.

²⁶⁰ Idem, p. 651.

De uma parte, haveria violação da autonomia própria do Distrito Federal, porque se atribuiria, indiretamente, à União, por meio de seu representante judicial, a condução do governo distrital; e

De outra parte, Lei Orgânica distrital não tem competência para, dispondo sobre a hipótese de vacância, obrigar órgão de poder estranho a sua estrutura, vale dizer, essa Lei “não tem poder para definir a competência, faculdade ou prerrogativa do Poder Judiciário, que não pertence àquela unidade da federação, nem de seus membros”.²⁶¹

Conclui o Professor André Ramos Tavares ao propor a análise da representação judicial do Distrito Federal e seu regime jurídico. Afirma que, nessa hipótese, os Procuradores distritais integram a estrutura de poder do próprio Distrito Federal, não tendo a União competência para organizá-la ou mantê-la.²⁶²

3.5 Poder Judiciário

Também no Judiciário o Distrito Federal exhibe maiores semelhanças com os Estados-membros, conforme dispõe o inciso VII do art. 92 da Constituição Federal, ele, Distrito Federal, assim como os Estados, possui juízes e Tribunais próprios. O Distrito Federal tem, em plenitude, os três orgânicos Poderes estatais: legislativo, Executivo e Judiciário.

O mesmo acontece com o Ministério Público, sonogada que foi à organização municipal, mas integrante da estrutura político-administrativa do Distrito Federal.²⁶³

Consoante o inciso VIII do art. 21 da CF/88, compete à União organizar e manter o Poder Judiciário do Distrito Federal. Compreende o mandamento constitucional no sentido de que o Poder Judiciário presente no território distrital é composto pela União, por esta mantido integrando a estrutura federal e não distrital. Em outras palavras, a instituição é da União, embora destinada a servir o Distrito Federal.

²⁶¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2008, p. 1032. No mesmo sentido e por todos: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed., revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 52, de 8.3.2006), São Paulo :Malheiros, 2006, p. 652.

²⁶² TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2008, p. 1032.

²⁶³ Também quanto ao Ministério Público do Distrito Federal, conquanto a Constituição o tenha, atecnicamente, incluído na estrutura do Ministério Público da União (art. 128, I, “d”, da CF/88), ele integra a organização político-administrativa distrital. Afinal, a própria Lei Maior lhe dá contornos semelhantes aos dos Ministérios Públicos dos Estados. O MPDFT tem Procurador-Geral próprio, nomeado pelo Governador do Distrito Federal (e não pelo Presidente da República) para mandato de dois anos, permitida uma só recondução (e não várias. Ver art. 128, § 3º, da CF/88).

É também a União a responsável pela criação dos Juizados Especiais e justiça de paz distrital, conforme art. 98 da CF/88.

No mais, aplicam-se ao Poder Judiciário do Distrito Federal a mesma disciplina estatutária, as mesmas garantias e vedações, constantes dos arts. 93 a 99, tendo o Tribunal de Justiça (expressamente mencionado no art. 105 I a) e juízes de primeiro grau, na forma da lei de organização judiciária, que também poderá instituir Tribunal de Alçada e outros tribunais inferiores.

3.6 Tribunal de contas do Distrito Federal

3.6.1 Considerações iniciais

Neste epíteto o tema a ser discutido será o que trata da função controle exercida pelos Tribunais de Contas. O tema despertou o interesse, em razão dos avanços da sociedade, que está sentindo os efeitos das transformações da passagem do direito individual para o coletivo; passagem de sociedade simples para uma sociedade complexa.

Essas transformações ocorrem em todos os ramos do Direito. Assim, não poderia ser evitada a sua ocorrência na esfera administrativa, onde atua os tribunais de contas.

Para um bom entendimento dos tribunais de contas no ordenamento jurídico brasileiro, necessário se faz retomar, ainda que brevemente ao esquema de proteção idealizado pelos renascentistas, no sentido de proteger os cidadãos contra os avanços dos governos absolutistas e totalitários, que se confundiam com o Estado no exercício do poder.

Neste sentido, Dimitri Dimoulis define o Princípio da Separação dos Poderes como: “Princípio que impõe a divisão do poder estatal entre grupos de autoridades estatais e a especialização de cada um deles em determinado tipo e competência. Objetiva evitar abusos decorrentes da concentração de poder que comprometeria a liberdade individual.”²⁶⁴

Na mesma obra, tem-se a idéia de que:

(...) a separação dos poderes pretende, ao mesmo tempo, limitar e legitimar o poder estatal. Seu objetivo fundamental é preservar a liberdade individual,

²⁶⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 347, apud CASTARDO, Hamilton Fernando. *O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro*. Campinas, São Paulo : Millennium, 2007, p. 4. Ressalte-se que, à época, os renascentistas já se preocupavam com a função controle.

combatendo a concentração de poder (tendência absolutista) de duas maneiras: primeiro, impondo a colaboração (e o consenso) de várias autoridades estatais na tomada de decisões e, segundo, criando e prevendo mecanismos de fiscalização recíproca dos poderes estatais.²⁶⁵

E outro objetivo é a legitimação do poder estatal, isto é, o aumento de seu grau de aceitação junto à população. A especialização de cada autoridade em determinadas atividades melhora seu desempenho e permite sua estruturação de acordo com as respectivas necessidades funcionais.²⁶⁶

Nesse ponto, vale trazer as contribuições de Locke, Montesquieu e dos Federalistas:

3.6.2 A contribuição de Locke

Dizia Locke que o maior objetivo do homem ao ingressar na sociedade é o gozo da propriedade em paz e com segurança. A lei é o instrumento que possibilita a proteção desses anseios e é elaborada pelo Poder Legislativo.²⁶⁷

Segundo Locke, Nenhuma lei poderia ser elaborada por outro poder, pois a função de legislar é privativa do legislativo, escolhido pelo público. O povo é titular do Poder Legislativo, detendo a prerrogativa de delegar o poder. Este Poder não pode delegar o poder de legislar.²⁶⁸

A respeito do Poder Legislativo assim escreveu Locke:

Esse poder Legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez o colocou; nem pode qualquer edito de quem quer que seja, concebido por qualquer maneira ou apoiado por qualquer poder que seja, ter força e a obrigação da lei se não tiver sanção do legislativo escolhido e nomeado pelo público; porque sem isto a lei não teria o que é absolutamente necessário à sua natureza de lei; o consentimento da sociedade sobre a qual ninguém tem o poder de fazer leis senão por seu próprio consentimento e pela autoridade dele recebida.²⁶⁹

3.6.3 A contribuição de Montesquieu

O renascentista Montesquieu foi categórico ao afirmar que o homem que tem poder é levado a abusar dele, até onde encontrar os limites. Considera uma virtude, mas até a própria virtude precisa de limites e que somente o poder pode frear o poder.²⁷⁰

²⁶⁵ Idem.

²⁶⁶ Ibidem.

²⁶⁷ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 170, apud CASTARDO, Hamilton Fernando. *O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro*. Campinas, São Paulo : Millennium, 2007, p. 5.

²⁶⁸ Idem, idem.

²⁶⁹ Ibidem.

²⁷⁰ SECONDAT, Charles-Louis de, Barão de L Brède e de Montesquieu. *O Espírito das Leis*. As formas de Governo. A divisão dos Poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo : Saraiva, 1987, passim, apud CASTARDO, Hamilton Fernando. *O tribunal de contas no ordenamento*

Classificou os poderes do Estado em três: o poder Legislativo, representado pelos nobres e representantes do povo (legiferante); o poder Executivo do Estado, exercido pelo monarca (paz, guerra, segurança e prevenção de invasões) e o poder de julgar, por tribunais temporários do povo (julga e pune os crimes, julga conflitos entre cidadãos).²⁷¹

Montesquieu inovou em relação à Locke e trouxe a possibilidade de um poder vir a impedir ou punir o abuso do outro, pelo veto do Executivo sobre o Legislativo e a punição de funcionários do Executivo pelo Legislativo.²⁷²

3.6.4 A contribuição dos Federalistas

Segundo os federalistas, no início dos tempos da federalização dos Estados Unidos da América, os pensadores Madison, Hamilton e Jay pregavam um modelo de separação dos poderes que mitigasse a supremacia do Poder Legislativo, e se expressaram nos artigos federalistas, tendo em vista as lições de Montesquieu.

A tese que se defendia era de que a separação dos poderes garantia a proteção da liberdade individual e aumentava a eficiência do Estado, pois propiciava uma divisão de atribuições e competências mais otimizadas, determinando especialização em função determinada de cada órgão do Governo, bases da teoria de Montesquieu, reduzindo o absolutismo dos governos.²⁷³

Veja-se o que escreve Alexander Hamilton ou James Madison a respeito da separação e autonomia dos poderes:

(...)

A fim de criar os devidos fundamentos para a atuação separada e distinta dos diferentes poderes do governo²⁷⁴ – o que, em certo grau, é admitido por todos como essencial à preservação da liberdade, é evidente que cada um deles deve ter uma personalidade própria e, conseqüentemente, ser de tal maneira constituído que os membros de um tenham a menor ingerência possível na escolha dos membros dos outros. Para que este princípio fosse rigorosamente observado, seria necessário que todas as designações para as magistraturas

jurídico brasileiro. Campinas, São Paulo : Millennium, 2007, p. 6. “Aparecem as exigências do exercício das liberdades individuais, ou seja, pode-se fazer tudo que não for proibido em lei.”

²⁷¹ Idem.

²⁷² Idem, idem.

²⁷³ CASTARDO, Hamilton Fernando. *O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro*. Campinas, São Paulo : Millennium, 2007, p. 8. Consultar também: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama, 3. ed., Campinas: Russell, 2009, p. 329-333. Há dúvidas sobre a autoria do artigo se Alexander Hamilton ou James Madison.

²⁷⁴ Ressalte-se que, ao utilizar a expressão poderes do governo, os Federalistas não excluiu a possibilidade de aqui serem incluídos o Ministério Público - MP, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, O tribunal de Contas da União - TCU, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, para ficarmos com apenas alguns exemplos de Órgãos que foram criados com o objetivo de descentralizar a Administração Pública no Brasil.

supremas do Executivo – o povo²⁷⁵ – através de canais sem comunicações uns com os outros.

(....)

Esta política de jogar com interesses opostos e rivais, à míngua de melhores recursos, pode ser identificada ao longo de todo o sistema das relações humanas, tanto públicas como privadas. Ela é particularmente utilizada na distribuição de poder em todos os escalões subordinados, nos quais o objetivo constante é dividir e dispor as várias funções de tal modo que uma possa ter um controle sobre outra – que o interesse privado de cada indivíduo seja uma sentinela dos direitos públicos.

(...).²⁷⁶

A partir destas contribuições as constituições modernas implementaram o sistema de freios e contrapesos, com o objetivo de se evitar os avanços de um poder sobre o outro e do Público sobre o Privado.²⁷⁷

3.7 Competências do Tribunal de Contas do Distrito Federal

O Tribunal de Contas da União - TCU é órgão com atribuições em todo o território nacional, conforme dispõe o artigo 73, da CF/88, combinado com o artigo 4º da Lei n.º 8.443/1992, prescrevendo que o órgão tem atribuições próprias e privativas.

Segundo Hamilton Fernando Castardo, o comentado acima esclarece que as atribuições não serão exercidas por nenhum outro órgão, sendo tais atribuições absolutas, mesmo considerando o local, pessoas ou matéria. Alcança qualquer pessoa que utilize, arrecade, guarde, administre patrimônio, dinheiro, bens e valores públicos e mais comumente aqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulta dano ao erário público.²⁷⁸

Continua o Professor ao afirmar que, estão incluídos no rol dos fiscalizados os dirigentes ou liquidantes de empresas que venham a compor o patrimônio da União, responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais, com participação no

²⁷⁵ A nosso sentir, nesse ponto, o legislador andou mal, vez que a sistemática constitucional anda em descompasso com o povo. Este é legítimo detentor do Poder. Assim, o povo deveria escolher também os magistrados e executivos da alta cúpula do Executivo. Isto é, não teríamos nomeações de Ministros por exemplo, estes seriam escolhidos pelo voto, assim como o Presidente da República, os Senadores, os Deputados Federais e Estaduais, os Governadores, Prefeitos, Vereadores e Deputados Distritais, no caso do Governo do Distrito Federal.

²⁷⁶ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama, 3. ed., Campinas: Russell, 2009, p. 329-333. Há dúvidas sobre a autoria do artigo se Alexander Hamilton ou James Madison.

²⁷⁷ Para aprofundar conhecimentos sobre a teoria dos freios e contrapesos consultar: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 489, 8 nov.2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5896>>. Acesso em: 30 maio 2012, 20:34.

²⁷⁸ CASTARDO, Hamilton Fernando. *O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro*. Campinas, São Paulo : Millennium Editora, 2007, p. 82.

capital da União; também aqueles que recebem contribuições parafiscais, quaisquer recursos repassados mediante convênio, acordo ou ajuste.

Afirma, ainda, competir ao Tribunal de Contas, dentre outras atribuições, conforme o Regimento Interno,²⁷⁹ apreciar matérias que venham do Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por suas Comissões ou solicitação formulada pela Comissão Mista Permanente de Senadores e Deputados nos termos do § 1º do artigo 72 da CF/88, deliberar sobre as realizações de inspeções e auditorias em unidades do Poder Legislativo, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, da Presidência da República, do Tribunal de Contas da União, bem como do Ministério Público da União e da Advocacia Geral da União e também sobre relatórios de inspeção e de auditoria realizadas em virtude de solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas, e das respectivas comissões técnicas ou de inquérito, independentemente do grupo em que seja classificado os respectivos processos.

Segundo o Professor Hamilton Fernando Castardo, o Tribunal de Contas da União detém atribuição especial para:

- a) Fiscalizar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República;
- b) Apreciar as peças contábeis previstas na Lei n.º 4.320/1964, artigo 102, determinando que os resultados gerais do exercício sejam demonstrados no Balanço Patrimonial, Orçamentário, Financeiro e na Demonstração das Variações Patrimoniais;
- c) Verificar, além da legalidade formal, os atos dos administradores, gestores e órgãos, em consonância com todos os vetores constitucionais, em especial a modalidade administrativa, legitimidade, economicidade e eficiência, conforme artigo 37 da Constituição Federal.
- d) Fazer controle de mérito, conceito estreito com a legitimidade, ou seja, racionalidade nas despesas e nas prioridades da coletividade, bem como a economicidade, assim entendido o binômio entre custo e benefício; e
- e) Julgar as demonstrações contábeis das empresas de cujo capital a União participe, mesmo em caráter minoritário ou igualitário, conforme artigo 71, inciso V, da Constituição Federal.²⁸⁰

²⁷⁹ Alínea “b” do inciso II do art. 15 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Disponível em:

http://www.cgu.gov.br/AuditoriaeFiscalizacao/Arquivos/TomadaContasEspecial/BTCU_ESPECIAL_04_DE_22_05_2006_REGIMENTO_INTERNO.pdf>. Acesso em: 31 maio 2012, 20:04.

²⁸⁰ CASTARDO, Hamilton Fernando. *O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro*. Campinas, São Paulo : Millennium Editora, 2007, p. 83-84. Consultar também: ALMEIDA, Geórgia Campos de. O papel dos Tribunais de Contas no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 845, 26 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7487>>. Acesso em: 3 jun. 2012, 22:31.

Para Geórdia Campos de Almeida, as competências dispostas no artigo 71 da Constituição Federal, pelo princípio da simetria, determina observância obrigatória para as Cortes do Distrito Federal, estaduais e municipais. As atribuições podem ser classificadas como fiscalizadora, judicante, sancionadora, consultiva, informativa, corretiva, normativa e ouvidoria.²⁸¹

Assim, com respaldo no princípio da simetria, pode-se afirmar com elevado grau de certeza que, o Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF é competente para decidir sobre consulta formulada pelo Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal, na forma prevista pela Lei Complementar n.º 1/94:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, órgão de controle externo, nos termos da Constituição Federal, da Lei Orgânica do Distrito Federal e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

(...)

XV – decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.

(...)

§ 2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XV deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.²⁸²

No mesmo sentido, o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Distrito Federal, estabelece:

Art. 3º O Tribunal de Contas compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos dos Poderes do Distrito Federal e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações públicas, quanto aos aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade.

Parágrafo único. A fiscalização de que trata este artigo compreende, em especial:

(...)

VI - a decisão sobre consultas referentes a dúvidas na aplicação de disposições legais e regulamentares, em matéria de sua competência, na forma deste Regimento;²⁸³

²⁸¹ ALMEIDA, Geórgia Campos de. O papel dos Tribunais de Contas no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 845, 26 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7487>>. Acesso em: 3 jun. 2012, 21:08. No mesmo sentido consultar: CASTARDO, Hamilton Fernando. *O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro*. Campinas, São Paulo : Millennium, 2007, p. 84-86.

²⁸² Disponível em: <<http://www.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR-1410!buscarTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR.action>>. Acesso em: 25 maio 2012, 18:59.

²⁸³ Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/SINJ/Arquivo.ashx?id_norma_consolidado=63528. Acesso em: 25 maio 2012, 19:22.

3.8 Objeto da consulta

O núcleo do objeto da consulta consiste em saber se é correta a aplicação no Distrito Federal dos percentuais da esfera municipal.

3.8.1 Fundamentos do objeto da consulta

A Câmara Legislativa do Distrito Federal fundamentou sua consulta nos seguintes aspectos:²⁸⁴

a) Repartição dos limites (3% + 49% = 52%), para o Distrito Federal, com somatória inferior aos 60% estabelecidos no art. 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal, ajusta-se mais ao critério adotado para a esfera municipal: 6% para o Legislativo e 54% para o Executivo.

b) Tratamento diferenciado atribuído ao Distrito Federal para adequá-lo à sua situação típica, em que pese a equiparação a Estados (art. 1º, § 3º, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), aplicando-se a regra, no que couber; e

c) Predominância, no Distrito Federal, de receita corrente típica de municípios.

Segundo o Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Senhor Milton Ferreira, de todo o exposto na consulta, entende-se, pelas alegações firmadas, que a Lei de Responsabilidade Fiscal, de início, equiparou o Distrito Federal a Estados, mas, em diversos momentos, deu tratamento diferenciado ao ente distrital, de acordo com suas peculiaridades, para, ao final, concluir por uma repartição de limites que não se coaduna com o contorno legal e tampouco com as características do Distrito Federal, díspar de Estados e Municípios.

3.9 Da aproximação do Distrito Federal com os Estados

É consenso na doutrina e jurisprudência que o Distrito Federal, exerce competências constitucionais não franqueadas às unidades municipais. No caso em

²⁸⁴ Os fundamentos do objeto da Consulta foram extraídos da Petição elaborada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal e protocolada no Tribunal de Contas do Distrito Federal. Para ter acesso à Consulta: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, p. 7-8 da Consulta, p. 41-42 do Volume 1, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 25 maio 2012, 13:45.

análise, o Distrito Federal está bem mais próximo da estruturação dos Estados-membros do que da arquitetura constitucional dos Municípios, senão vejamos:²⁸⁵

a) Ao tratar da competência legislativa concorrente, a Constituição colocou o Distrito Federal em pé de igualdade com os Estados e a União. Não com os Municípios (art. 24 da CF/88)²⁸⁶;

b) A aproximação institucional também é revelada pelo Texto Magno quando versou, no art. 34, o tema da intervenção. Dizendo, então, que “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:” reservando para os Municípios um artigo em apartado: o de n.º 35;

c) Também no que se refere ao Poder Judiciário, o Distrito Federal exhibe maiores semelhanças com os Estados-membros. Conforme dispõe o inciso VII do art. 92 da Constituição, ele, Distrito Federal, assim como os Estados, possui juízes e Tribunais próprios.²⁸⁷ Vale dizer: o Distrito Federal tem, em plenitude, os três orgânicos Poderes estatais: Legislativo, Executivo e Judiciário. Os Municípios, somente dois (inciso I do art. 29). Diga-se o mesmo quanto à figura do Ministério Público, sonogada que foi à organização municipal, mas integrante da estrutura político-administrativa do Distrito Federal²⁸⁸;

²⁸⁵ As aproximações apresentadas nas alíneas “a”, “b”, “c” e “d” a seguir foram construídas com adaptações a partir do Voto prolatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto por ocasião do julgamento da ADI n.º 3.756-1/600-DF/2006.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491156>>. Acessos em: 25 maio 2012.

²⁸⁶ “Ação direta de inconstitucionalidade. Embargos de declaração. Acolhimento parcial dos embargos manejados pela mesa da Câmara do Distrito Federal. No julgamento da ADI 3.756-1/600-DF, o Supremo Tribunal Federal deu pela improcedência do pedido. Decisão que, no campo teórico, somente comporta eficácia *ex tunc* ou retroativa. No plano dos fatos, porém, não há como se exigir que o Poder Legislativo do Distrito Federal que se amolde, de modo retroativo, ao julgado da ADI 3.756-1/600-DF, porquanto as despesas com pessoal já foram efetivamente realizadas, tudo com base na Decisão 9.475/2000, do TCDF, e em sucessivas leis de diretrizes orçamentárias. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para esclarecer que o fiel cumprimento da decisão plenária na ADI 3.756-1/600-DF se dará na forma do art. 23 da Lei Complementar n.º 101/2000, a partir da data de publicação da ata de julgamento de mérito da ADI 3.756-1/600-DF, e com estrita observância das demais diretrizes da própria Lei de Responsabilidade Fiscal.” (ADI 3.756-1/600-DF - ED, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 24-10-2007, Plenário, DJ de 23/11/2007.) Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp\[30/04/2012 16:50:12\]](http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp[30/04/2012 16:50:12])>. Acesso em: 25/5/2012, 15:15.

²⁸⁷ Nota do Relator: “Embora o Poder Judiciário do Distrito Federal seja organizado e mantido pela União (art. 21, XIII, CF), ele é órgão distrital. Tanto assim que, a exemplo do que acontece com os Tribunais de Justiça dos Estados, cabe ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios processar e julgar a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos distritais em face da Lei Orgânica do Distrito Federal (§ 2º do art. 125 da CF/88).”

²⁸⁸ Nota do Relator: “Também quanto ao Ministério Público do Distrito Federal, conquanto a constituição o tenha, atecnicamente, incluído na estrutura do Ministério Público da União (art. 128, I, “d”, CF), ele integra a organização político-administrativa distrital. Afinal, a própria Lei Maior lhe dá contornos semelhantes aos dos Ministérios Públicos dos Estados. O MPDFT tem Procurador-Geral próprio, nomeado pelo Governador do Distrito Federal (e não pelo Presidente da República) para mandato de dois anos, permitida uma só recondução (e não várias. Ver art. 128, § 3º, CF).”

d) Já no que se refere ao próprio Poder Legislativo, a Constituição reservou ao Distrito Federal uma estrutura parêntese com os Estados-membros. É que o § 3º do art. 32 enuncia: “aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no art. 27”. Logo, a Constituição Federal tratou de maneira uniforme os Estados-membros e o Distrito Federal quanto ao número de deputados integrantes da Casa Legislativa, à duração dos respectivos mandatos e aos subsídios dos parlamentares;

e) A própria Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal somente pôde ajuizar a ADI em comento, porque a Constituição Federal lhe dispensou o mesmíssimo tratamento conferido às Assembleias Legislativas estaduais;

f) No modelo constitucional brasileiro o Distrito Federal se coloca ao lado dos Estados-membros para compor a pessoa jurídica da União. Já os Municípios, embora detenham o status de pessoas federadas, agrupam-se em blocos territoriais endógenos para formar os diversos entes estaduais.

De notar-se que a União é constituída apenas por estas duas categorias de pessoas políticas de base territorial: os Estados e o Distrito Federal. E se os Estados são formados pelos respectivos Municípios, o Distrito Federal, no entanto, está proibido de se dividir em unidades municipais (art. 18, combinado com o art. 32).

A propósito da aproximação do Distrito Federal aos Estados veja-se jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

(...). Conquanto submetido a regime constitucional diferenciado, o Distrito Federal está bem mais próximo da estruturação dos Estados-membros do que da arquitetura constitucional dos Municípios. Isto porque: a) ao tratar da competência concorrente, a Lei Maior colocou o Distrito Federal em pé de igualdade com os Estados e a União (art. 24); b) ao versar o tema da intervenção, a Constituição dispôs que a ‘União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal’ (art. 34), reservando para os Municípios um artigo em apartado (art. 35); c) o Distrito Federal tem, em plenitude, os três orgânicos Poderes estatais, ao passo que os Municípios somente dois (inciso I do art. 29); d) a Constituição tratou de maneira uniforme os Estados-membros e o Distrito Federal quanto ao número de deputados distritais, à duração dos respectivos mandatos, aos subsídios dos parlamentares, (§ 3º do art. 32); e) no tocante à legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal - STF, a Magna Carta dispensou à Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal o mesmo tratamento dado às Assembleias Legislativas estaduais (inciso IV do art. 103); f) no modelo constitucional brasileiro, o Distrito Federal se coloca ao lado dos Estados-membros para compor a pessoa jurídica da União; g) tanto os Estados-membros como o Distrito Federal participam da formação da vontade legislativa da União (arts. 45 e 46). (...).²⁸⁹

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo*. 3. ed., Brasília: Secretaria de Documentação, 2010, p. 542. Consultar também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 28 abr. 2012, 21:14.

3.10 Da aproximação do Distrito Federal com os Municípios

Segundo afirma a 5ª Inspeção de Controle Externo, do Tribunal de Contas do Distrito Federal, que analisou a consulta feita pela Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o art. 20²⁹⁰ da Lei de Responsabilidade Fiscal é restritiva de direito e como tal não cabe interpretação extensiva. O respectivo artigo não menciona o Distrito Federal, ente federativo de características mista, acumulando, por força constitucional, as competências administrativas, legislativas e tributárias reservadas tanto aos Estados como aos Municípios.²⁹¹

Prossegue a 5ª Inspeção de Controle Externo, escreve que:

No que toca ao controle de despesas de pessoal, pela distribuição de órgãos estabelecida no art. 20 da citada lei, o Distrito Federal não possui, tal qual os Municípios, Ministério Público e Judiciário, que são absorvidos pela Unidade Federativa mais abrangente: os Municípios, pelos Estados, e, no Distrito Federal, pela União.²⁹²

Conclui a 5ª Inspeção de Controle Externo que, “se tanto para Estados como para Municípios o limite com gastos de pessoal é de 60% da receita Corrente Líquida, ao Distrito Federal não se pode conferir tratamento discriminatório.”²⁹³

²⁹⁰ Na Lei de Responsabilidade Fiscal, a repartição dos limites para Estados e Municípios é a seguinte: “Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais: (...)

II – na esfera estadual:

- a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;
- b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
- c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;
- d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III – na esfera municipal:

- a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;
- b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.”

²⁹¹ Aproximação feita pela 5ª Inspeção de Controle Externo do TCDF. Item 75, p. 31 da Consulta. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, p. 65 do Volume I. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 25 maio 2012, 19:37.

²⁹² Idem, item 76 da Consulta, p. 66 da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, p. 65 do Volume I. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 28 maio 2012, 20:04.

²⁹³ Idem, Item 77 da Consulta, p. 66 da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006, p. 65 do Volume I. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 28 maio 2012, 20:22.

3.11 Lei de Responsabilidade Fiscal

O artigo 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal dispõe que, para fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição Federal, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

- I – União: 50% (cinquenta por cento);
- II – Estados: 60% (sessenta por cento);
- III – Municípios: 60% (sessenta por cento).

De acordo com o art. 169 da Constituição Federal “a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.”

Por outro lado, o art. 20 dispõe que, a repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

(...)

II – na esfera estadual:

- a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;
- b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
- c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Ministério Público dos Estados;

Ressalte-se por importante que, o Distrito Federal por força do art. 21, inciso XIII, da Constituição, compete à União a manutenção do Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, o que exclui esses órgãos do orçamento distrital.

Assim, se equiparado a Estado, os percentuais referentes ao Distrito Federal, pela exclusão do Judiciário e Ministério Público, resultam em total inferior a 60%, como se vê:

- a) Pelo art. 19, para os fins do disposto no art. 169 da Constituição: 60% (sessenta por cento); e
- b) Pelo art. 20, inciso II, Executivo e Legislativo somam 52% (cinquenta e dois por cento).²⁹⁴

²⁹⁴ Verifica-se que a essa diferença a Câmara Legislativa chamou de “indeterminação”. Daí resulta que a Câmara Legislativa do Distrito Federal pleiteou a aplicação da repartição atribuída aos municípios, pela semelhança administrativa e pela ausência do Judiciário e do Ministério Público. Percebe-se que, nesse ponto não há que se pensar em igualdade matemática, pois, a diferença constatada é relativa aos repasses da União que, não compõem a receita líquida do Distrito Federal. Por certo, não poderia a União custear as despesas com o Judiciário e Ministério Público e ainda, dar tratamento ao Distrito Federal como se

Do exposto, depreende-se que há perfeita simetria da Lei de Responsabilidade Fiscal com a Constituição Federal. A Lei Complementar cumpriu exatamente o que dispôs o texto constitucional em seu art. 169. Por outro lado, a Câmara Legislativa ao perceber que perderia receitas, tenta desesperadamente, convencer o Supremo Tribunal Federal que há inconstitucionalidade no art. 1º, § 3º, inciso II. Por isso, pede a inconstitucionalidade desses dispositivos.

3.12 O Parecer do Tribunal de Contas do Distrito Federal vincula?

Não se revela simples identificar qual a natureza jurídica dos atos emanados dos Tribunais de Contas. Desta forma, faz-se relevante que se verifique qual a natureza jurídica desses atos, principalmente no mister de sua atividade-fim.

Segundo Hamilton Fernando Castardo, encontramos no que se refere aos Tribunais de Contas, as expressões jurisdição, julga e judicatura, conforme artigos 71, inciso II, e 73, caput e § 4º. O Brasil adotou a jurisdição única, conforme a CF/88, no artigo 5º, inciso XXXV, dispondo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”²⁹⁵

Seguindo ainda, os ensinamentos do Professor Hamilton Fernando Castardo dúvidas ainda pairam, e eis um dos objetos de nosso estudo, quanto, a saber, se as decisões dos Tribunais de Contas vinculam os órgãos e entes. Entretanto, em virtude do citado artigo 5º, inciso XXXV, suas decisões podem ser submetidas ao crivo judicial, mas dentro de certos limites constantes na Carta Constitucional, pois o Poder Judiciário não pode substituir o Tribunal de Contas da União nas suas competências constitucionais, nem julgar contas públicas e privadas.²⁹⁶

Município fosse. De acordo com o Ministério Sepúlveda Pertence ao versar sobre o Poder Judiciário e ao Ministério Público, na verdade, não é que a União se encarregue da despesa dessas instituições do Distrito Federal; o Distrito Federal não as tem. Elas são o que Castro Nunes, em trabalho clássico a respeito, denominou de “serviços locais reservados à União”. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes chamou isso de inconsistência aritmética e adverte que, essa conta não pode se igualar em 60% (sessenta por cento) pois 8% (oito por cento) delas são pagas pela União. Portanto, a igualdade seria fazer com que a União arcasse com os custos com o Governo do Distrito Federal em dobro, ou seja, seria permitir que esses custos fossem incluídos na composição da receita líquida do Distrito Federal.

²⁹⁵ CASTARDO, Humberto Fernando. *O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro*. Campinas, São Paulo : Millennium Editora, 2007, p. 79-80.

²⁹⁶ Idem, p. 89.

Prossegue o Professor ao afirmar que, para exigir as multas, o Tribunal de Contas da União não tem o poder para executar suas próprias decisões, não tem o poder de coerção.²⁹⁷

A indagação que se faz é a seguinte: após o exercício de suas competências, qual seria o limite para a revisibilidade das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Poder Judiciário?

Retomando a doutrina do Professor Castardo, se considerado órgão administrativo e suas decisões eminentemente administrativas, sem poder coercitivo e sem o efeito da coisa julgada, o Poder Judiciário pode apreciar os atos, mas está adstrito a atender ao que se aplica à revisão dos atos administrativos em geral, isto é, deve limitar-se à verificação da legalidade da decisão, sem alcançar a avaliação do poder discricionário do administrador público, ficando restrito à legalidade.

Nesse ponto, vale ressaltar a Nota n.º 32 do Professor Hamilton Fernando onde passa o seguinte ensinamento:

A disposição do artigo 5º, da CF/88 (...). A limitação do Poder Judiciário decorre da CF/88 e não de lei infraconstitucional. Encontra-se na CF/88 duas situações que não competem apreciação pelo Poder Judiciário: o impeachment, julgamento parlamentar, que mesmo implicando prejuízo a direito individual, por força dos artigos 51 e 52 da CF/88, não podem ser revistas; também, não são passíveis de revisão o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela aplicação ou guarda de bens ou fundos públicos a cargo da corte de Contas, com a consequência de imputação de débito ou multa, que, na forma estatuída pela CF/88, é título executivo judicial.²⁹⁸

Pode-se afirmar que a decisão do Tribunal de Contas, se não se iguala à decisão jurisdicional, porque está também sujeita a controle pelo Poder Judiciário, também não se identifica com a função puramente administrativa.

Andamos ao lado daqueles que se colocam na posição de que as decisões dos Tribunais de Contas têm efeitos “*erga omnes*”, no âmbito administrativo, portanto alcança os entes e administrados. Ela tem fundamento constitucional e se sobrepõe à decisão das autoridades administrativas, qualquer que seja o nível em que se insiram na hierarquia da Administração Pública, mesmo no nível máximo da Chefia do Poder Executivo.²⁹⁹

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 89. As sanções aplicadas pelos Tribunais de Contas (que importem em imputação de débito ou multa) são títulos executivos extrajudiciais.

²⁹⁸ CASTARDO, Hamilton Fernando. *O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro*. Campinas, São Paulo : Millennium Editora, 2007, p. 90.

²⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “*Coisa Julgada – aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União*”. Revista do TCU, Brasília, 27(70): 23-38, out./dez., 1996, p. 28-29, apud CASTARDO, Hamilton Fernando. *O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro*. Campinas, São Paulo : Millennium Editora, 2007, p. 93.

CONCLUSÃO

O estudo permitiu compreender que há um tempo histórico, que registra os fatos que marcaram a trajetória do desenvolvimento do direito. É necessário estudá-lo, para compreendermos sua transcendência para o tempo real. É a partir do conhecimento do passado histórico que projetamos o futuro. O direito real, nas constituições modernas, se revela pela força e abrangência das suas disposições. A prospecção do direito real se revela pelos marcos: histórico, teórico e filosófico, do novo direito constitucional.

Neste contexto pode-se afirmar que o novo direito constitucional possui, dentre outros que poderiam ser mencionados, quatro fundamentos:

O primeiro fundamento é o que privilegia a aplicação dos princípios ao invés das regras, quando da solução dos conflitos. Nesse ponto, é importante esclarecer que o legislador constituinte pátrio andou mal em relação aos avanços constitucionais. Na Constituição brasileira de 1988 há princípios e regras. O legislador fez opção pela instituição das regras, e não de princípios, tendo em vista que a nossa Constituição é qualificada como analítica, por ser detalhista e pormenorizada, característica estruturalmente vinculada à existência de regras ao invés de princípios.

O segundo fundamento do novo direito constitucional é a preferência pela ponderação ao invés da subsunção. Significa dizer que, mesmo havendo regras infraconstitucionais compatíveis com os princípios constitucionais e que, por isso, não poderiam ser desconsideradas no processo aplicativo, poder-se-ia sustentar que a ponderação, mesmo assim, assumiria uma função metodológica preponderante no ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro fundamento do novo direito constitucional diz respeito à distribuição da justiça. O novo modelo exige o sopesamento de princípios concretamente colidentes, e apesar da existência de regras constitucionais e legais, a aplicação demandará uma análise mais individual e concreta, do que geral e abstrata. Em virtude disso, esse modelo em vez de privilegiar a justiça geral baseada em normas prévias, gerais e abstratas, dará primazia ou preponderância a uma justiça individual, fundada em normas posteriores, individuais e concretas.

O quarto fundamento do novo direito constitucional, refere-se à preponderância de um dos Poderes em razão de alterações normativas e metodológicas. Como a atividade de ponderação exige uma avaliação maior de aspectos individuais e concretos, em detrimento de elementos gerais e abstratos, a participação do Poder Judiciário junto aos Poderes Legislativo e Executivo, fica em posição de primazia.

As leis infraconstitucionais serão utilizadas somente nos casos de regulamentação especial, como é o caso da Lei Complementar n.º 101/2000, originária do texto constitucional que regulamentou o art. 69 da CF/88, e o fez dispor sobre a limitação dos gastos com pessoal pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

O estudo permitiu visualizar e compreender que o novo modelo de prática do direito constitucional vai de encontro ao princípio da segurança jurídica. Ocorre que, com a preferência do uso da ponderação, os conceitos se tornam relativos. De fato, nada é absoluto. Tudo é relativo. Isso traz uma sensação de insegurança jurídica, mas, é só aparência, pois na prática, a tutela jurisdicional está restrita ao caso sob julgamento.

O Princípio da Segurança Jurídica possui conexão direta com os direitos fundamentais, e ligação com determinados princípios que dão funcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como, a irretroatividade da lei, o devido processo legal, o direito adquirido, entre outros.

Um exemplo emblemático que demonstra o quanto é abstrato o princípio da segurança jurídica é o direito à propriedade. De fato, o Estado acaba por ser o proprietário, visto que, em razão do interesse coletivo, pode a qualquer momento expropriar a propriedade privada. O que ocorre na realidade é o direito à posse tendo em vista que no caso de dispor da propriedade de particular, o Estado tem a preferência.

O estudo permitiu também compreender que o princípio da separação dos poderes ganha espaço no novo modelo. Nesse ponto, permita-me dissentir daqueles que acreditam que o princípio da separação dos poderes está em decadência. Essa idéia é própria do direito histórico, tal como concebida por Barão de Montesquieu. Modernamente os Estados tendem a diversificar o sistema de freios e contrapesos, com a criação de órgãos de controle, como por exemplo: O Tribunal de Contas da União - TCU e a Controladoria Geral da União - CGU.

O estudo permitiu dirimir dúvidas a respeito de um tema, que sempre volta à discussão. Trata-se de saber se o Distrito Federal é ou não Estado. Tanto é que, o objeto central da Ação Direta de Inconstitucionalidade foi exatamente essa definição. Em virtude da indefinição da situação político-administrativa do Distrito Federal é que

emergiu o interesse pela pesquisa. Qual a razão da Câmara Legislativa do Distrito Federal entrar com ADI, se o tema nos parece tão claro?

A dúvida foi esclarecida pelo estudo, basta conferir o texto expresso na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, que em seu art. 3º Caput, que reservou área de 14.400 quilômetros quadrados, no planalto central, onde oportunamente, seria estabelecida ali a capital federal. O Parágrafo Único, dispõe que “Efetuada a mudança da Capital, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado.”.

Outro ponto que o estudo permitiu elucidar foi o relativo à modulação dos efeitos de lei declarada constitucional. No caso da declaração da constitucionalidade os efeitos da decisão não retroagem, portanto, vigoram daqui em diante “ex nunc”. Diferentemente dos efeitos de quando a lei é declarada inconstitucional, os quais retroagem à data da entrada em vigor da lei inconstitucional.

No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.756-1/600-DF, inspiradora da pesquisa, o Distrito Federal teve que se enquadrar na legalidade em dois quadrimestres, por disposição expressa no art. 23 própria Lei Complementar n.º 101/2000. O percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo que pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.” Foi o que ocorreu.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Geórgia Campos de. O papel dos Tribunais de Contas no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 845, 26 out. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7487>>. Acesso em: 3 jun. 2012, 19:00.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro : Forense, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed., São Paulo : Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestdo.com.br/rede.asp>>. Acesso em 14 maio 2012.

AMORA, Antônio Augusto Soares. *Minidicionário Soares Amora da língua portuguesa*. 6. ed., revista e atualizada, São Paulo : Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 1/92 a 67/2010, pelo Decreto n.º 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n.ºs 1 a 6. Brasília : Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. *A Constituição e o Supremo*. 3. ed., Brasília: Secretaria de Documentação, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367-1/DF*, Publicado D. J. em 22/9/2006, p. 29, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 15 abr. 2012, 18:45.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 27 abr. 2012, 21:40.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed., São Paulo : Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1994.

BERLIN, Isaiah. *Com toda liberdade*. Coleção Debates Filosofia. Dirigida por J. Guinsburg. Tradução: Fany Kon. São Paulo : Perspectiva, 1996.

BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade*. Uma antologia de ensaios. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo : Companhia das Letras, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed., atualizada (em apêndice texto da Constituição Federal de 1988, com as Emendas Constitucionais até a de n.º 67, de 22.12.2010), São Paulo : Malheiros, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., (2ª reimpressão). Coimbra, Portugal, Almedina, 2003.

CASTARDO, Hamilton Fernando. *O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro*. Campinas, São Paulo : Millennium, 2007.

CARVALHO, Isabela Moreira de. Cabimento, eficácia e consequências da medida liminar em ação declaratória de constitucionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4121>>. Acesso em: 23 maio 2012, 19:31.

CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. O princípio da segurança jurídica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 118, 30 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4318>>. Acesso em: 18 abr. 2012, 13:00.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). [et al.] *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)*. 1. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição*. Écio Oto Ramos Duarte; Susanna Pozzolo. 2. ed., com Posfácio de Lênio Luiz Streck. Landy, São Paulo: Landy Editora, 2010.

GOMES, William Akerman. Ação direta de inconstitucionalidade: principais aspectos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3124, 20 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20894>>. Acesso em: 21 maio 2012, 20:31.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama, 3. ed., Campinas: Russell, 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 489, 8 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5896>>. Acesso em: 30 maio 2012, 21:50.

MAGALHÃES, Rafael Geovani da Silva. "Amicus curiae": origem histórica, natureza jurídica e procedimento de acordo com a Lei nº. 9.868/1999. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2091, 23 mar.2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12500>>. Acesso em: 7 jun. 2012.

MACHADO, Diana Soares. *A instituição do amicus curiae em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal - STF: a eficiência de uma nova ordem democrática*. Monografia apresentada à Banca examinadora do Centro de Ensino Unificado de Brasília – UNICEUB, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientadora: Professora Christine de Oliveira Peter. Defesa em 2005.

MEGNA, Bruno Lopes. Temas atuais sobre os requisitos de admissibilidade do processo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3172, 8 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21233>>. Acesso em: 18 maio 2012, 20:46.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Introdução ao controle de constitucionalidade, difuso e concentrado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1005, 2 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8186>>. Acesso em: 2 maio 2012, 22:50.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade : Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed., rev. e ampl., São Paulo : Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., rev. e atual, São Paulo : Saraiva, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 7), São Paulo : Editora Método, 2008.

NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. A moderna interpretação constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n.º 60. nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3497>>. Acesso em: 15 maio 2012, 22:55.

ONGARATTO, Vinícius. *Ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 81, 1º/10/2010 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8805>. Acesso em 20 abr. 2012.

QUARESMA, Reina, OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.); HUALDE, Alejandro Pérez... [et al.] - 1. ed., - Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial* : parâmetros dogmáticos. São Paulo : Saraiva, 2010.

SECONDAT, Charles-Loueis de, Barão de La Brède e de Montesquieu. *Do espírito das leis*. Texto organizado com introdução e notas de Gonzague Truc, Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 1.º Volume, São Paulo : Difusão Europeia do Livro, 1962.

SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. Amicus curiae: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 906, 26 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7739>>. Acesso em: 6 jun. 2012, 20:35.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.º 52, de 8.3.2006. São Paulo : Malheiros, 2006.

SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Brasília, ano 91, Volume 798, abr. 2002.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2008.