

Estado Federal brasileiro: centralismo, impropriedades normativas e algumas relações com os novos direitos

Aristides Cimadon*

Resumo

O presente artigo traz algumas observações sobre o Federalismo brasileiro. Procura relacionar a impropriedade da legislação que impede, de certa forma, a autonomia dos Entes federados para buscar soluções dos problemas locais. Faz uma abordagem sobre o Estado de Direito brasileiro, cujas políticas de governo pretendem equacionar os problemas por intermédio do princípio da legalidade, sendo a Constituição o principal instrumento normativo. Por outro lado, alerta sobre os perigos da interpretação normativa com decisões dos juízes e tribunais fundamentadas, primordialmente, nos princípios constitucionais. São abordados alguns instrumentos legais como mecanismos de proteção aos direitos fundamentais individuais e sociais. Entre eles, discorre sobre a intervenção judicial, como determinação para o cumprimento de políticas públicas; sobre a criação do Conselho Nacional de Justiça, como órgão de controle do Poder Judiciário; sobre o princípio da separação dos Poderes; sobre a ineficácia das Comissões Parlamentares de Inquérito, do Plebiscito, do *Referendum* e da Iniciativa Popular. O artigo apresenta argumentos sobre a ilusão da democracia e da participação popular e alerta para a formação de uma consciência forjada pelos meios de comunicação e pela retórica de *marketing*. Enfim, procura demonstrar que o Federalismo brasileiro não cumpre os princípios de descentralização e de autonomia de competência dos Entes Federados.

Palavras-chave: Estado Federal. Estado de Direito. Democracia. Separação dos Poderes. Direitos Fundamentais.

* Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Mestre em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Reitor e professor titular da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Getúlio Vargas, 2125, Bairro Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, SC; aristides.cimadon@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que o Brasil é uma República Federativa, formada pela união dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo um Estado Democrático de Direito. O citado artigo estabelece, ainda, os fundamentos da sua organização.¹ Quanto à organização político-administrativa, o artigo 18 define que a República Federativa do Brasil é composta pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição.

Historicamente, desde a Constituição de 1891, a organização político-administrativa do Brasil constituiu a forma de República Federativa. Todavia, sua constituição pela maneira centrífuga não permitiu, efetivamente, a vivência do Estado Federal autêntico, com autonomia de distribuição de competências dos Entes Federados. Estruturou-se, de fato, mais caracteristicamente, como um Estado Unitário. Contudo, a Constituição de 1988 estabeleceu de modo descentralizado diversas autonomias que constituem deveres e direitos, muitos deles considerados “novos”. Embora a União tenha reservado para si a maior parte delas, essas atribuições foram arroladas, com certa clareza, nos artigos 21 a 30, entre outras esparsas pela Constituição Federal. A descentralização mais efetiva ocorre quando se refere às competências comuns, mas, especificamente, quando o artigo 24² estabelece as competências legislativas concorrentes.

A Constituição de 1988 definiu, em seu artigo 5º, uma série de direitos fundamentais individuais e, em seus artigos 6º e seguintes, os direitos fundamentais sociais, como também os requisitos de nacionalidade (artigo 12) e os direitos políticos (artigo 14). Não há dúvida que, na perspectiva da Constituição de 1988, surgiram “novos” direitos e formas novas de sua proteção. Wolkmer e Leite (2003) compreendem esses “novos” direitos como a materialização das conquistas do homem e, reportando-se a Oliveira Júnior (2000), comentam que se distinguem em cinco dimensões.³ Parte-se do pressuposto, neste artigo, de que “novos” direitos não são apenas aqueles fundamentais não positivados, mas são todos aqueles expressos ou implícitos na Constituição em seu artigo 5º, parágrafo 2º. Isso significa dizer que há novos direitos decorrentes do regime ou forma de governo, dos princípios e dos tratados internacionais em que o Brasil faz parte.

Contudo, conforme acentua Pasold (2005), reportando-se a Bobbio (1992), as cinco dimensões citadas são conexas e não podem ser consideradas isolada-

mente. Nesse sentido, podem existir direitos antigos que se tornam novos porque os direitos continuam nascendo e são os resultados da história humana em busca de melhores condições de vida. Portanto, os próprios antigos direitos podem conter formas novas de proteção. Para Pasold (2005), os “novos” direitos são Direitos Humanos, cuja essência está no princípio da dignidade humana; constituem a tutela de bens sob novas formas; são instrumentos de efetivação para a garantia dos direitos fundamentais individuais e sociais assim como são as inovações tecnológicas.

O que se quer considerar, portanto, é que também constituem “novos” direitos as competências dos Entes Federados definidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Todavia, essas atribuições conferidas não compreendem apenas direitos, muitos novos em relação ao passado histórico, mas também do dever do exercício da autonomia concedida constitucionalmente. Portanto, esses direitos e deveres refletem-se sobre a autonomia dos Estados Federados, também sobre a relação entre os Poderes que, embora “harmônicos”, devem atuar no controle, uns sobre outros. O controle ocorre, sobretudo, quanto à ação do Executivo na aplicação dos recursos em favor da qualidade de vida da população, do Legislativo na feitura da Lei justa e do Judiciário quanto à aplicação da Lei.

Discute-se, portanto, a inadequação do centralismo de competências na União. O centralismo, especialmente quanto às competências tributárias, que não permite aos Estados e Municípios resolverem seus problemas locais e, ao Brasil, como país continental, o desenvolvimento necessário e adequado (CIMADON, 2007). Como consequência da centralização, cria-se uma inflação legislativa imprópria, contraditória, antinômica e injusta. Acelera-se uma prática paternalista da filosofia do jeito e da razão ornamental que impõem uma atitude passiva das massas e o silêncio dos mais esclarecidos. Em consequência, a solução dos graves problemas locais é procrastinada. Nota-se crescer a política da barganha, o aumento da necessidade de controle dos Poderes, a insegurança jurídica, o medo por falta de segurança e o desvirtuamento dos valores do trabalho e da honestidade. Tudo isso é reforçado pela ausência de planejamento de Estado que cede lugar à implantação de políticas de governo de interesses grupais.

Em consequência, a democracia é falseada e a opinião pública é fabricada pelos poderosos meios de comunicação que manipulam as informações em troca de altos contratos. Por outro lado, observa-se nas camadas mais populares, e até

entre os universitários, a ilusão da participação democrática. De acordo com Zancanaro (1994, p. 11), as práticas políticas no Brasil, ainda sob os resquícios da época colonial, privam a Sociedade brasileira do desenvolvimento de padrões sociais éticos. Além disso, induzem a confundir o público com o privado e a conceber a ordem jurídica como um recurso a ser manipulado em favor próprio, alimentando a corrupção em todos os níveis de governo, nutrindo a impunidade tanto dos corruptos quanto dos corruptores.

2 ESTADO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE⁴

Vários elementos devem ser considerados quando se pretende conceituar o Estado de Direito⁵ e o Princípio da Legalidade.⁶ Entre eles, segundo Lamy (2009), está a concepção clássica codicista de Direito, os novos parâmetros de necessidades de intervenção estatal, a autonomia privada, a quebra dos sonhos da legalidade e as novas exigências da vida moderna que reclamam pela aplicação prática do princípio da justiça no controle do poder estatal.

Em relação ao conceito de Estado de Direito, de acordo com o texto de Lamy (2009), considerando a concepção clássica, a sociedade liberal viveu duas fases distintas: a autorregulação da esfera social sob o império da lei e a reserva legal. A primeira fase procurou superar a dicotomia entre as proposições aristotélicas do direito justo natural e as concepções da vontade política proposta por Hobbes, donde, aparentemente, surgiu a estrutura administrativa e política do Estado moderno.

A segunda fase é a tentativa de estruturar o poder estatal sob a essência da lei. Nesse caso, há um controle sistemático sobre o Poder Executivo. O discurso da normatividade é de atribuições claras e harmônicas dos poderes, em que tudo está regulado pela lei formal, isto é, as ações do poder estatal estão limitadas aos ditames do princípio da legalidade. Vê-se, pois, que somente a lei, no sentido material e formal, é a solução dos problemas sociais, limitando, assim, a liberdade e criando, apesar do ideário de uma sociedade livre, justa e solidária, diversas barbáries sociais sob o império legal.

Nesse particular, parece importante mencionar a contribuição de Atienza (1997, p. 27-39), quando discorre sobre a racionalidade legislativa. Para o autor, há vários níveis de racionalidade legislativa, como a linguística, a jurídico formal,

a pragmática, a teleológica e a ética. A Lei, com todos seus aspectos de racionalidade, não pode ser considerada o único meio de solução dos problemas sociais. Contudo, se considerada a racionalidade ética, poderá ser um instrumento imprescindível de fazer com que os Poderes tenham suas ações fundamentadas no princípio da legalidade, como maneira de fazer justiça. Também, Cabo Martins (2000, p. 73) corrobora com essa posição afirmando que a problemática da lei, nos últimos tempos, tem apresentado profundas mudanças que exigem novas reflexões. O problema organizacional e social do Estado tem levado a se afirmar que a Lei está em crise.

A complexidade da organização político-administrativa e a dinâmica social, todavia, exigem novos parâmetros do Estado de Direito que, de certo modo, abalam o princípio da legalidade. Fazem surgir o ideário do Estado Social, marcado pelos ditames da Constituição e dos movimentos dinâmicos da vontade popular. A vida ativa e a condição humana nos contrastes com as esferas públicas e privadas (ARENDRT, 2001), fazem nascer novos interesses, nos quais o Estado é chamado a intervir, independentemente da lei ou da reserva legal. O Estado moderno, com sua organização político-administrativa arcaica, já não consegue responder às necessidades da vida coletiva atual.

Pelo que se expôs nas considerações iniciais, no caso da República Federativa do Brasil, constata-se que a União não respeita os anseios regionais e locais. Usurpa a autonomia dos Estados Federados, dos Municípios, invadindo atribuições, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e das necessidades e interesses locais, sobressaindo-se, nesse particular, mais visivelmente, o Poder Executivo. Além de não respeitar a autonomia dos Entes federados em várias áreas do Direito, o governo, mediante suas políticas públicas, alimenta o centralismo e cria uma inflação normativa imprópria. Nesse sentido, são inúmeros e fartos os exemplos, sobretudo na produção legislativa concorrente em relação ao Direito Ambiental e ao Direito Educacional.

Com o advento da Constituição de 1988, concretizam-se novos conceitos e ideias jurídicas, permitindo que se alarguem as compreensões sobre Direito, legalidade, Federalismo, soberania e autonomia. Mas não só. Há, também, a possibilidade do entendimento de uma nova concepção de Estado que, no caso brasileiro, é Federal. Portanto, pela sua própria natureza, descentralizado. Convém também distinguir governo de Estado. O governo é composto de pessoas escolhidas, democraticamente ou por outras formas, para exercer funções e tomar decisões ad-

tritas às Leis, cuja finalidade é concretizar os fins do Estado. Este, por sua vez, é poder político-administrativo criado e organizado pela Sociedade por meio de uma ordem jurídica, constituído de várias formas e regimes.

O Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, cuja organização político-administrativa é Federal. A democracia,⁷ portanto, é essencial na organização do Estado Federal e contém limites regulados pelo sistema normativo. Há estreita relação, no Federalismo, entre democracia, autonomia, descentralização e liberdade⁸ e o princípio da legalidade.

O Estado, com a assunção da gestão de interesses públicos (como os da saúde e da educação) exigiu aparatos organizacionais que possuem uma lógica intrínseca refratária à excessiva normatização externa. Mais ainda, como responsável pela tutela efetiva dos direitos, em cada caso, o Estado Juiz viu-se obrigado a buscar a solução a ser imposta, independente da ausência da previsão legal. (LAMY, 2009, p. 7).

De acordo com o autor citado, vários fatores abalaram o princípio da legalidade, e o Estado não cumpriu com suas finalidades, fracassando na realização de seus objetivos. Há necessidade, assim, de se restabelecer a autonomia funcional dos Poderes em uma perspectiva legal fundamentada nos grandes princípios e fins que, no caso da República Federativa do Brasil, estão descritos nos artigos 3º e 4º. Se assim é, os princípios constitucionais devem ser observados como conjunto regulador da definição normativa. Entre vários direitos, está a liberdade como expressão da vida individual e social, sendo princípio intimamente relacionado à democracia. Todavia, a liberdade implica considerar a dignidade humana, que deve ser contrastada com os elementos da moral e da ética. Portanto, toda manifestação contrária à liberdade de expressão, de pensamento e de informação, na verdade, opõe-se aos princípios fundamentais contidos na Constituição de 1988. A questão que se apresenta é, entretanto, se essa liberdade de imprensa pode ser limitada por meios democráticos. Entende-se que sim, sobretudo quando a informação contraria a dignidade humana e forma uma falsa consciência de participação ou dissemina valores contrários aos que a Sociedade considera morais.

De acordo com Lamy (2009, p. 40-55), na organização federativa, a União detém Soberania Estatal, revelada no poder de mando, cujo núcleo histórico se inicia no século XVI, bem como a consolidação dos Estados Nacionais (século XVII), ou da formação do Estado de Direito (século XVIII), dela fazendo-se va-

ler para resguardar, por intermédio do princípio da legalidade, as ações que vissem a atingir os fins do Estado. A autonomia, por outro lado, está relacionada às competências dos Entes Federados como obrigação de exercê-la, observada a legalidade. Historicamente, porém, no Brasil, a noção de mando ou de soberania concentrou-se no Poder Executivo ou no governante, embora a Constituição de 1988 sinalize para a concentração do poder no Parlamento. As práticas de governo, nesses últimos 20 anos, não garantiram os direitos fundamentais do cidadão. Em verdade, tornaram-se uma espécie de decepção da concretização das políticas públicas: nem a lei nem os poderes do Estado são capazes de concretizar as grandes aspirações populares. Por isso, buscam-se, hoje, outras formas de garantia dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

Por falta de planejamento estratégico e prática de políticas públicas interessadas dos governos, o Estado já não cumpre suas funções e não garante ao cidadão os direitos fundamentais. O sonho racional garantista dos direitos fundamentais individuais e sociais, da solução dos problemas e da regulação social pelos ditames da lei murchou. Portanto, o princípio da legalidade, como essência da regulação da vida, faz surgir acordos diversos entre grupos de interesse, principalmente econômico, que alimentam a razão ornamental do jeito, dos conluios, da inflação normativa e mostram que, mediante a legalidade, comete-se injustiça. Diante dessa constatação, percebe-se a necessidade do controle da atividade da produção legislativa e do princípio da justiça. A constatação, no presente momento histórico, é a de que os Poderes são controlados pelo Executivo. Como os ideários da neutralidade e da representação legislativa do Estado estão estiolados, reclama-se por leis justas e busca-se o Poder Judiciário para restauração do princípio da legalidade. Nesse prisma, a Constituição e o caráter normativo dos princípios convertem-se em principal patamar da ordem jurídica e passam a regular as decisões, tornando-se verdades nem sempre interpretadas pelo STF em observância, como adiante se verá, da aceitação descentralizada que requer o Federalismo.

3 PERIGOS DA INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS COMO FONTE NORMATIVA

A preocupação atual dos juristas de considerar os princípios como fonte de toda interpretação jurídica pode-se converter em fonte de barbáries e injustiças,

sobretudo quando prevalece o subjetivismo exacerbado das decisões dos Juízes e dos Tribunais. É fato que o codicismo legalista não serve como marco da nova dinâmica da vida social. Todavia, o subjetivismo da interpretação dos princípios pode levar a decisões de interesses para beneficiar grupos acostumados ao “toma lá dá cá”.⁹ Aceitar a inaplicabilidade da lei pelo Executivo em razão de inconstitucionalidades, esperando a interpretação cega do STF não implica, necessariamente, garantia da eficácia do Direito justo.

Nesse contexto, a releitura da lei é necessária, e a Constituição como fonte unificadora da inflação normativa parece constituir uma realidade necessária. A pluralidade das fontes, as agências reguladoras, a previsão de revisão constitucional e o controle sobre os poderes pela Sociedade são mecanismos que procuram cometer justiça. Todavia, para a situação brasileira, o Estado Federal necessita de revisão do pacto federativo que proporcione aos Estados Federados autonomia para regulação da solução dos problemas locais. Um País continental, como o Brasil, não pode esperar soluções legais centralistas. As realidades díspares das regiões reclamam soluções locais. As normas da União devem ser gerais, como proclama a Constituição Federal em seu artigo 24, parágrafo 1º, quando atribui aos Estados competências relacionadas à legislação concorrente,

Lamy (2009, p. 23-33), quando descreve sobre o Estado democrático, mostra as aspirações dos povos pela democracia, seja aquela representativa moderna, seja a antiga, cujo anseio de poder e autonomia sempre estiveram presentes. Alerta, de modo categórico, que as práticas político-administrativas, no Brasil atual, conduzem ao falseamento da democracia, deterioram os valores da verdade, da ética e alimentam a corrupção. A falsa democracia concretiza-se na prática política de mercado, em que o voto ou a eleição dos representantes do povo são resultados de barganha e negociação. Há uma opinião pública fabricada pela mídia e pelo *marketing*. Os meios de comunicação transformam homens sem caráter em verdadeiros heróis. A comunicação de massa retira a consciência individual e coletiva, cuja manipulação fabrica opiniões e forma um tipo de consciência popular passiva e sem poder de reflexão para exercício das liberdades. O rito da orientação cega é a do pensamento da maioria: quem não está com essa maioria está “fora da manada”. Estar fora, nesse sentido, é ser rejeitado e, conseqüentemente, ter diminuído seu poder no mundo da vida. Por isso, há necessidade de limites democráticos para a liberdade de imprensa e controle dos Poderes.

O problema que se apresenta é, pois, a definição de limites para o exercício do direito de expressão e do poder do Estado em restringir a liberdade de imprensa. Ora, há princípios que, para a boa convivência, em favor da dignidade humana, devem sobrepor-se àqueles favorecedores de grupos ou indivíduos isoladamente. É sabido que não há direitos absolutos, como não existem poderes ilimitados. Estabelecer limites para a liberdade de imprensa sem ferir tal princípio da liberdade de expressão não parece tarefa fácil. Contudo, mediante ordenamento jurídico justo, no qual a participação intensa do povo seja mais efetiva na escolha dos seus representantes e se resgate o sentido da democracia na sua plenitude, parece ser um caminho para regular essa questão. Há dificuldade, portanto, em estabelecer limites, sobretudo democráticos à liberdade de imprensa. Todavia, parece haver consenso da prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais que, nesse sentido, balizam as ações democráticas.

Pinheiro (2008, p. 44), procurando elucidar essa questão, afirma:

É evidente que o direito à privacidade constitui um limite natural ao direito à informação. No entanto, não há lesão a direito se houver consentimento, mesmo que implícito, na hipótese em que a pessoa demonstra de algum modo interesse em divulgar aspectos da própria vida. Assim como há limites naturais ao direito à privacidade quando atinge interesses coletivos. Neste caso, a predominância do interesse coletivo sobre o particular requer verificação caso a caso.

Evidente que, no atual contexto global, com a revisão dos conceitos de coletividade, importa proteger a comunidade; por isso, o estabelecimento de limites regrados por um sistema jurídico comunitário. A importância política da liberdade de imprensa e de expressão ou opinião livre não pode deixar de ter a verdade e a ética como componentes-guias, em que, nem sempre, resolvem-se problemas unicamente pela via legislativa. Há certa crença de que tudo pode ser resolvido pela via da regulação legislativa. Ora, argumentou-se anteriormente que o velho Estado de Direito, que atribui à lei e à norma escrita o meio formal de poder do Estado e dos governantes, necessita ser superado. Há outras várias formas de superação que estão na base da qualidade de vida ou da dignidade humana, cujos valores são superiores aos materiais e às leis. Os princípios constitucionais, portanto, devem ser respeitados como normas e interpretados segundo critérios do bem-estar da coletividade.

4 A INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA DETERMINAR O CUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL GARANTIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há necessidade de intervenção judicial para determinar o cumprimento das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais individuais e sociais?¹⁰ A Soberania Popular parece tornar-se, hoje, uma espécie de esperança e realidade no sentido de legitimar, de modo mais contundente, a realização de direitos fundamentais individuais e coletivos, obrigando os governantes e legisladores ao cumprimento dos ditames constitucionais mais expressivos. Como já visto, as ideias iluministas e liberalistas não deram condições para que o processo legal fosse garantidor dos principais direitos humanos. Ao contrário, por intermédio da própria lei, foram cometidas inúmeras barbáries.

Por outro lado, a Soberania da Constituição (século XX) rompeu com a onipotência do legislador e, também, com a ideia de soberania popular. A instituição da Organização das Nações Unidas (ONU – 1945) fortaleceu a Soberania Estatal, “agora sob o seu aspecto externo.” Parece iniciar-se, então, uma Soberania sem ausência de limites de jurisdição internacional: o Estado cooperativo; Organizações e Blocos regionais que tendem a fortalecer autonomia dos povos. Todavia, sob essas políticas organizacionais surgem as tentativas de tiranias e supremacia dos Estados mais fortes. Há uma tendência de fortalecer os tratados e a ordem jurídica internacional.

Com a negação da submissão à lei interna e a esses novos conceitos da ordem internacional, que foram incapazes de abolir o Direito tirânico, surge a esperança de uma Soberania popular, fundada nos ditames da Constituição, que garanta os direitos do cidadão. Nesse sentido, a Constituição serve de inspiração para as ações democráticas limitadoras e cogentes no sentido de constituir meios aptos para proteger os direitos essenciais.

Com a inoperância e fracasso dos Poderes Executivo e Legislativo como instituições eficazes de salvaguarda das garantias populares, procura-se, hoje, a restauração da Soberania popular, buscando no Poder Judiciário a intervenção para o cumprimento das políticas públicas essenciais. Todavia, não se deseja um Judiciário racional, de decisões monocráticas ainda voltadas à Soberania estatal, em que a lei é a razão exclusiva da decisão. Há de se procurar um procedimento judicial democrático que oriente uma leitura da real vida social e possibilite que “as decisões inovadoras somente se legitimem mediante a renovação do debate

público e em vista do melhor bem coletivo.” Não é suficiente, para que as decisões judiciais sejam justas, que haja a mera racionalidade pragmática dos juízes e promotores de justiça. As soluções encontram-se entre o racional e o consenso, frutos de debates dialógicos que conduzem a conclusões justas.

Quando o Executivo ou o Legislativo extrapolam os limites de sua competência, é necessário que haja a intervenção do Poder Judiciário, a fim de proteger os direitos fundamentais, sem que essa ação signifique o rompimento do princípio federativo. Nesse particular, parece importante citar Martins¹¹, em seu relatório de julgamento de Ação Civil Pública sobre o fornecimento de equipamentos ao Hospital Universitário de Dourados, no Estado do Mato Grosso do Sul.

A Turma entendeu que os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Haveria uma distorção se se pensasse que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Uma correta interpretação daquele princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei. Quando a Administração extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou foge da finalidade à qual estava vinculada, não se deve aplicar o referido princípio. Nesse caso, encontra-se o Poder Judiciário autorizado a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal quando agrediu direitos difusos e coletivos, bem como a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. Assim, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, pois violaria o princípio da separação dos poderes. A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo. Quanto ao princípio da reserva do possível, ele não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido o mínimo existencial é que se pode cogitar da efetivação de outros gastos. Logo, se não há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário ordene a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. A omissão injustificada da Administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção de dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, pois esse não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim poder que detém parcela de soberania nacional. (MATO GROSSO DO SUL, 2007).

Se a ineficácia parlamentar e executiva é uma realidade, nada mais justo que se procure outro caminho de efetividade, o judicial. Assim, a justiça configurada no espaço público torna-se guardiã das promessas da modernidade e esperança

para a efetivação dos sonhos populares. Nesse sentido, o Poder Judiciário não é invasor ou discricionário, mas um caminho para a realização da ética, da justiça e da garantia dos direitos fundamentais; porém, não é o Judiciário da égide dos códigos e do manto dos ordenamentos rígidos da lei que salvaguarda esses direitos. Procura-se um Judiciário construtor, reformulado e novo, no qual os limites da atuação judicial são a Soberania Popular, cujos espaços podem estar reservados à participação do povo nos conselhos e nas audiências públicas, como instrumento modelar de discussão e racionalidade.

Outro exemplo trazido a lume é o direito à educação infantil de 0 a 6 anos, cujo AG. REG., no Recurso Extraordinário 410.715-5 – São Paulo quer omitir-se, o poder público municipal de Santo André, a cumprir preceito fundamental estampado no artigo 208, IV c/c o artigo 211, parágrafo 2º da Constituição Federal. A decisão do STF, tendo como relator o Ministro Celso de Melo, obrigou o Município a cumprir aqueles direitos fundamentais, considerando “inaceitável a omissão governamental.” A alegação de falta de recurso e de estrutura não são argumentos aptos para afastar a ineficácia do cumprimento do preceito constitucional fundamental de tamanha necessidade. Não se trata, pois, de intromissão do Judiciário nos poderes discricionários do Executivo, mas de uma ação para fazer cumprir o dever do poder público de oferecer educação infantil.

5 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Se o Poder Judiciário pode intervir para corrigir desvios dos Poderes Executivo e Legislativo, quem controla o Poder Judiciário? Lamy (2009, p. 56-70) procura discorrer sobre o princípio da Separação dos Poderes como condição da organização democrática do Estado, trazendo fundamentos históricos e mostrando a proposição aristotélica que reforça a democracia e a distribuição dos Poderes focada no substrato social. Relata que a harmonia dos Poderes está relacionada à interação entre eles em cumprimento aos interesses da coletividade. O autor citado exemplifica essa posição com a questão inglesa do *Rule of Law* como princípio de legalidade e ideia de Constituição mista quanto à busca de divisão do poder. Diz que no século XVII a teoria da Separação dos Poderes diferenciava a função legislativa da executiva, tendo a *Rule of Law* (*princípio da legalidade*) como arma contra os arbítrios.

O tema central, no século XVIII, entretanto, passa do Poder Legislativo para gravitar em torno da estrutura constitucional que leva em consideração, na sua essência, a Separação dos Poderes e a Democracia. Nesse sentido, busca-se o equilíbrio entre duas variantes: as forças político-sociais e os órgãos constitucionais. Nessa direção, Montesquieu (1996) discorre sobre a necessidade da Separação dos Poderes, com fundamento no pessimismo antropológico, propondo distinção das funções legislativas, executivas e judiciárias, com objetivo de equilibrar as forças de Poderes nos limites da lei. Já Rousseau (2002) insiste no princípio da Separação dos Poderes como fundamento de que a lei deve ser legitimada na vontade geral e, portanto, constituindo o único poder soberano. Essa concepção preparou as bases do Estado liberal (Estado de Direito), na verdadeira concepção iluminista, isto é, o Estado organizado a partir do substrato social.

Essas posições teóricas do Iluminismo fundam-se na soberania da Constituição e, conseqüentemente, no esquema técnico-constitucional de balança de freios e contrapesos. A ideia da vontade geral busca sua concepção na soberania da razão com fundamento no imperativo categórico de Kant (apud LAMY, 2009, p. 65), em que os poderes têm a função única da aplicação da lei e a Constituição apenas fixa as competências desses Poderes. Contudo, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Separação dos Poderes é tida como garantia dos direitos fundamentais; nesse sentido, somente perante os tribunais independentes, o cidadão pode buscar seus direitos com eficácia. Então, há necessidade de um órgão capaz de “se sobrepor aos atos lesivos dos demais.” Além disso, há uma contribuição prática da *Judicial Review*, mostrando que não pode haver controle recíproco dos Poderes se um deles é superior aos outros.

No século XX, não há mais como pensar em Constituição Mista para se reportar ao equilíbrio dos poderes sociais, já que as Constituições consolidam a estrutura do poder político-estatal tendo o princípio democrático como legitimador, sendo respeitada a vontade da maioria. A democracia passa a constituir um princípio essencial. Todavia, nos países com baixo nível educacional, a democracia tornou-se uma forma ditatorial. Aqui convém citar Dallari (1986, p. 72-76) sobre o que aponta afirmando que a organização federativa e a separação dos Poderes podem ser a garantia de um sistema democrático à medida que se cria uma pluralidade de centros de poder político. Porém, essa pluralidade pode ser ilusória ou meramente formal, isto é, para o autor, “[...] cria a ilusão de democracia e se apóia rigorosamente nos princípios e na mecânica do Federalismo, é a aliança de oligarquias.”

Para realizar o controle do Poder Judiciário, já que este deve primar pelo princípio da legalidade, o Congresso Nacional, pela EC/45/2004, criou o Conselho Nacional de Justiça, com objetivo de controlar a atuação administrativa e financeira desse Poder, bem como os deveres funcionais dos juízes (artigo 103-B, §4º da CF/88). A questão que se levanta, no caso brasileiro, é se a Separação dos Poderes é aquela configurada na Constituição brasileira sem a interferência imprópria de uns sobre outros. Questiona-se, sobretudo, se a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) não se configura em uma intromissão e ofende a concepção da Separação dos Poderes, o princípio federativo e o princípio republicano. Na Constituição brasileira, embora haja distribuição definida de competências aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de algum modo, todos legislam, todos exercem função judiciária e todos administram, como bem afirma Cappelletti (1999, p. 75): *os juízes criam o Direito; portanto, legislam*. O Poder Executivo legisla por meio de Medidas Provisórias, (artigos 62; 84, XXVI e 246 da CF/88) e outros atos normativos enquanto o Poder Legislativo legisla pela sua própria atribuição.

Sobre a criação do CNJ, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) impetrou a ADI 3.367-1, sob alegação de que tal Conselho implicaria a violação ao princípio da Separação dos Poderes e de suas independências (artigo 2º da CF). Entre outros argumentos, a AMB considera que são corolários do Poder Judiciário o autogoverno dos Tribunais e sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária. Nessa premissa, o Conselho Nacional de Justiça é ofensa ao pacto federativo (artigos 18, 25 e 125 da CF) porque submete o Poder Judiciário dos Estados ao controle de um órgão federal subvertendo a autonomia do Estado Federado.

O que se pode depreender dos argumentos do Supremo Tribunal Federal (STF), na ADI citada, é que, considerando a concepção técnico-organizacional, as atribuições do CNJ em nada ferem o princípio da Separação dos Poderes. As atribuições do Conselho Nacional de Justiça não tolhem as competências do Poder Judiciário, apenas as complementam e aprimoram a vida orgânica do Judiciário, pois os membros que o constituem são, na maioria, do mesmo Poder.

Por outro modo, quanto à concepção político-social, também, segundo o STF, na aludida ADI, não há ofensa aos proclames da teoria da Separação dos Poderes. O Poder Judiciário “[...] não pode ser independente, no sentido de irresponsável, ou não prestar contas à Sociedade, aos cidadãos, no que diz respeito à máquina judicial.” (LIMA LOPES, 2002, p. 34). É compreensível, portanto, de

acordo com o STF, que tanto do ponto de vista da análise do âmbito material quanto no plano formal, reconheça-se a plena validade jurídico-constitucional do CNJ, porque não desrespeita nem transgride os postulados maiores dos princípios Republicano, Federativo e da Separação dos Poderes.

6 COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO (CPIs)

As CPIs podem ser consideradas um mecanismo democrático eficaz ao controle do Poder Executivo? O Estudo da organização político-administrativa do Estado brasileiro permite perquirir as mais diversas medidas jurídicas, com intuito de limitar o uso indiscriminado dos Poderes, sobretudo do Executivo. Entre elas, encontram-se as Comissões Parlamentares de Inquérito. Segundo Lamy (2009, p. 83), nessa esteira, há necessidade de estudar os seguintes institutos: Estado de Direito e o princípio da Legalidade ou da Juridicidade; o Estado Democrático e o princípio constitucional estruturante da Democracia, da Soberania Estatal e da Soberania Popular; a Teoria da Separação ou a Divisão dos Poderes; o Federalismo Dual e o Federalismo Cooperativo.

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 2º, estabelece que “[...] são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Embora estejam estabelecidas as responsabilidades de cada um deles, todos, de alguma forma, como já se mencionou, legislam, administram e julgam. Assim, não são tão harmônicos quanto se pode afirmar ou como determina a Constituição. Porém, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) é um mecanismo Constitucional ou precedente judicial que tem a finalidade de frear ou fiscalizar os atos do Poder Executivo.

Não há dúvida de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com princípio de repartição dos poderes, legou ao Poder Legislativo, expressamente, o exercício da função fiscalizatória *ordinária*, conforme apregoam os artigos 49, X; 50; 58, parágrafo 2º, inciso III; 70 e seguintes, bem como a fiscalização *extraordinária*, realizada por intermédio das CPIs, conforme estabelece o artigo 58, parágrafo 3:

§ 3º. As Comissões Parlamentares de Inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e

pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Como se vê, são critérios essenciais para instalação da CPI: requerimento de um terço dos membros de uma ou das duas Casas Legislativas, apuração de fato determinado e fixação de prazo certo. Portanto, a função fiscalizatória do Legislativo tem o condão democrático de impedir que o Executivo exorbite em suas funções. Entretanto, parece difícil explicar que uma CPI seja um instrumento eficaz de democracia, já que, na maioria das vezes, seus resultados restam engavetados ou sem seguimento, em face da fragilidade do poder de sanção dessas comissões. Em geral, resumem-se em grande espalhafato político, com depoimentos que sejam grandes manchetes nos meios de comunicação e pouco resultado prático punitivo.

Tem razão Lamy (2009, p. 1-22) quando afirma que o Estado de Direito é eminentemente Legislativo, imperando a lei, independentemente do seu conteúdo. Todavia, o Brasil, ao largo de sua história, não desenvolveu longos períodos de experiência democrática. Produziu uma inflação normativa centralista que trouxe descrédito às leis e às instituições públicas. A percepção que se tem é a de que o Executivo controla os demais Poderes e as CPIs constituem um circo político, negociatas, astúcia para angariar votos e retórica inócua.

Não há como negar que a Constituição de 1988 alargou os instrumentos de democracia e os remédios de sua preservação, bem como a garantia dos direitos individuais e sociais dos cidadãos e os mecanismos para protegê-los. Contudo, ainda impera a cultura da prática centralista, da corrupção sem controle, das barganhas e dos conluíus, entre outras práticas políticas e administrativas acobertadas pelos meios de comunicação e pelos próprios Poderes.

Nesse ambiente social brasileiro, onde as promessas se misturam com sonhos e esperanças, Lamy (2009, p. 23-39) demonstra que a população anseia por instrumentos mais efetivos de combate à corrupção, de transparência e de implantação de políticas públicas que conduzam ao verdadeiro desenvolvimento. Todavia, constata-se um comportamento indolente, de satisfação da grande maioria da população pobre, confortável com as promessas e as migalhas doadas pelos projetos governamentais, em forma de esmola e mantenedores da miséria. Os programas e a retórica governamental produzem um falseamento da demo-

cracia, em que a opinião pública do senso comum é fruto de debates de ideias conflitantes, isto é, não existe uma verdadeira opinião pública brasileira fundada no imperativo da verdade. Ela é formada pelos meios de comunicação. As informações do Jornal Nacional, da rede Globo, por exemplo, são consideradas verdades inquestionáveis e nunca passíveis de dúvida, especialmente para a grande maioria da classe popular menos esclarecida. A política transformou-se em uma prática de mercado fazendo que os eleitos “pelo povo” sejam, em grande parte, representantes de grandes grupos econômicos. Assim, a consciência e a opinião pública são construídas, especialmente, pelas grandes agências de comunicação ou de *marketing*, pagas em contratos milionários para divulgação dos interesses dos Poderes e de grupos.

A ilusão da participação do cidadão cria expectativas populares falsas, consciência ingênua e equívoca esperança de que as ações políticas têm base democrática. Além disso, estabeleceu-se, nos meios populares, a crença de que a escolha de senadores, deputados e dos executivos é plenamente livre e que eles serão legítimos representantes do povo. Circula, nos meios intelectuais mais elitizados, a apatia e o silêncio, e homens e mulheres líderes aguardam, silentemente, desfechos de esperança de uma democracia mais representativa e de liberdade política ou de garantia mais eficaz dos direitos, sem que se tenha de recorrer, com frequência, ao Judiciário ou a outros meios.

É preciso, pois, resgatar o significado de democracia como forma de organização política e de direito. O primeiro passo, para tanto, reside em romper com o obstáculo da manipulação, com reforma profunda e planejada do ensino básico para possibilitar acesso a todos os jovens a uma educação de qualidade. Há urgente necessidade de reforma política e tributária, sobretudo o exercício de um Federalismo autêntico, em que a autonomia dos Entes federados seja exercida com plenitude e com condições de recursos financeiros para a solução dos problemas locais. Enquanto 68% dos recursos financeiros se concentrarem na União, que os distribui conforme interesses e barganhas políticas, não há possibilidades de vivenciar a democracia plena nem o Federalismo autêntico.

Parece que, resumidamente, para sua maior eficácia, como instrumento de democracia, embora as CPIs detenham os mesmos poderes de investigação das autoridades judiciais, deveriam ter amplos poderes de sanção, asseguradas todas as garantias do contraditório e da ampla defesa. Além disso, os poderes

descritos em regimentos das Casas são frágeis para consecução dos objetivos investigatórios, passíveis de inúmeros recursos ao Judiciário. Por isso, para melhor eficácia fiscalizatória, as CPIs deveriam ser orientadas por lei específica que regule a consecução coercitiva, a constituição das comissões, os critérios de inclusão das minorias, o rito do controle judicial e outros procedimentos específicos.

Com a revisão das CPIs, deve-se rever o tema do *marketing* político, cujas agências e alguns profissionais são considerados bruxos incensados, muito bem pagos e que fazem da propaganda eleitoral instrumentos da democracia com intenções sorrateiras, antiéticas e mistificadoras. Será necessário rever a ação política dos candidatos (*Mediatraining*)¹² e propor a intensificação de dois instrumentos constitucionais significativos: o *referendum* e o *plebiscito*.

Não são discutidas, no Congresso Nacional, nem nos altos escalões de governo, agendas importantes para aperfeiçoamento da democracia ou para um projeto estratégico de desenvolvimento. No momento atual, a agenda do parlamento está ocupada por questões menores: a disputa fisiológica interna, disputa de poder, cargos, vencimentos e outros temas da politicagem. A reputação dos partidos políticos, sobretudo dos políticos, é ruim, demonstrando que o nome dos atuais partidos é puramente “fachada”. A política brasileira permite tudo: mudança de partido por interesses pessoais, coligações espúrias, partidos naniços sendo criados por interesses de cargos e, entre outras tantas bravatas, veem-se partidos que perderam o programa e o rumo, outros que ganharam rumo novo, exatamente porque não tinham programas. Partidos que mudaram de identidade sem mudar de nome ou outros que alteraram o nome sem mudar de identidade.

Nessa esteira, convém citar Ramos (2001, p. 45), quando se reporta a uma avalanche legislativa, mais propriamente denominada inflação legislativa que, ao invés de atingir objetivos fundamentais, cria antinomias entre as normas, antagonismos, sobretudo insegurança jurídica. Declara:

Causa-nos espanto a produção ininterrupta de leis pelos nossos legisladores pátrios. Homens que, na sapiência de seus conhecimentos jurídicos e demais culturas científicas, fazem viver um estranho movimento que assola toda Sociedade brasileira. Movimento esse que pode ser traduzido em uma verdadeira utopia jurídica e, quiçá, uma utopia lógica. Isto porque, apoiado na ignorância jurídica da população brasileira, propõe tal estranho movimento o pensamento absurdo e irracional [...]

7 DEVER DE OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DINÂMICO DA SIMETRIA NO FEDERALISMO BRASILEIRO

De acordo com o STF, há um dever de obediência ao princípio da simetria¹³ constitucional, na verdade, um subprincípio. Para Lamy (2009, p. 119-142), o Estado Federal está estruturado de forma descentralizada, conforme dispõe a Constituição brasileira em seu artigo 18, que confere autonomia e não independência aos Entes federados, indissociáveis em face de que partilham entre si atribuições e competências legislativas, administrativas e jurisdicionais. O conjunto desses Entes jurídicos (Estados, Distrito Federal e Municípios), com centros de poder autônomos e capacidades políticas próprias, forma uma unidade jurídica em um único Estado: a União. Esta é detentora da Soberania, enquanto os Entes federados são possuidores de autonomia. Dessa forma, essa união que constitui a República Federativa do Brasil configura uma unidade jurídica determinada pela Constituição, e todos os Entes federados devem obediência à Lei Magna; portanto, configuram uma espécie de estrutura escalonada de hierarquia. Porém, Lamy (2009, p. 120) mostra que não há supremacia de poder de um Ente federado sobre outro. “Em outras palavras, os Entes federados não apresentam entre si qualquer relação de hierarquia.”

Os Entes federados possuem, portanto, autonomia, isto é, atribuições entendidas como capacidades jurídico-constitucionais de auto-organização (artigo 25, *caput*), autolegislação (artigo 25, *caput*), autoadministração (artigo 25, parágrafo 1º) e autogoverno (artigos 27, 28 e 121 da CF/88), sem que cada membro seja obrigado a consultar a vontade dos outros para decidir sobre solução dos problemas locais, desde que respeitadas suas competências. A Constituição, além de estabelecer as competências aos Entes federados (artigos 21 a 33, entre outros), define, em seu artigo 2º, como princípio fundamental da ordem jurídica constitucional, a independência dos Poderes estatais, cujas atribuições estão descritas no seu Título IV, artigos 44 a 135. Considerando o subprincípio a simetria, um Poder não pode exorbitar suas competências de modo a invadir a competência de outro Poder.

As decisões do STF, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, têm-se pautado pela observância da simetria. Como exemplo, cita-se a ADI 56-0 do Estado da Paraíba, em que o seu governador pede inconstitucionalidade de diversos artigos da Lei 5.129/89, por ele vetados, mas cujos vetos foram derrubados pela Assembleia Legislativa daquele Estado, com objetivo de reajustar vencimentos e

salários, gratificações dos servidores. Nesse caso, o STF considerou inconstitucionais as decisões (vetos) da Assembleia Legislativa, considerando que são de iniciativa privativa do Poder Executivo as decisões legais que disponham sobre servidores públicos, incidindo, portanto, em vício formal a lei de iniciativa parlamentar (artigo 61, II, c da CF/88).

Outro exemplo, no mesmo sentido, foi a decisão do STF na ADI N. 766-1, sobre dispositivo da Lei Complementar 9.643/1992 do Estado do Rio Grande do Sul, versando sobre os servidores da Polícia Civil e servidores públicos e militares, de iniciativa parlamentar, após veto do governador daquele Estado. Também, no mesmo sentido, o STF decidiu na ADI 152 - 3 - MG/92, pela inconstitucionalidade formal do artigo 286 da Constituição do Estado de Minas Gerais alegando simetria relativa ao que dispõem os artigos 37 a 41 da Carta Magna, aos quais o Estado membro deve observar. Diz o Ministro Ilmar Galvão na cita ADI: “[...] o princípio da auto-organização das unidades federadas – não se exerce em sua plenitude [...]”

Realmente, a Constituição limita a remuneração de vereadores (AC 25/2000) e, de alguma forma, restringe a autonomia nas competências comuns e concorrentes dos Estados e do Distrito Federal, bem como as competências dos Municípios de legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, I). Além disso, limita a instituição de tributos, define o percentual de aplicação de renda (artigos 212 e 29-A), além de outras definições compulsórias sobre saúde, educação, meio ambiente e outros assuntos. Também, relativamente aos servidores públicos, a Constituição proclama a isonomia (artigo 39, parágrafo 1º), bem como a equiparação e paridade.¹⁴ Como se vê, a simetria comanda as ações autônomas dos Estados federados.

Contudo, de acordo com Martins (2003, p. 120), a simetria é “[...] um dos mais polêmicos subprincípios dinâmicos do princípio federativo [...]” porque trata de descentralização política constitucional, atuando, sobretudo, acerca da capacidade de auto-organização dos membros federais, significando obrigatoriedade de estes observarem determinado modelo ou padrão na organização e no exercício do poder local. Portanto, um dos maiores problemas que existe em um ambiente federal é a aplicação da simetria. O raciocínio pode ser assim resumido: se determinada situação não foi prevista para a União, não podem os Estados federados estabelecê-la. Admitida como válida a ideia, restaria aos Membros Federados apenas copiar o modelo previsto para a União, o que, por si, revela o absurdo desse pensamento.

A simetria pode ser expressa ou implícita. A expressa apresenta-se como uma ordenação harmoniosa e lógica das normas com as determinações constitucionais. A simetria implícita não é a negação ou a proibição de o ente menor realizar algo que não foi previsto pelo ente maior. Todavia, possibilita que os Membros da Federação adotem os mesmos padrões impostos para a União. A simetria pode ser considerada, ainda, como direta, enquanto a norma constitucional determina a uniformidade. A indireta ocorre quando as regras uniformes não estão previstas na Constituição, mas na legislação federal, que atua por orientação constitucional.

Para responder ao questionamento inicial, parece oportuno dizer o que segue:

Conclui-se, portanto, que o Federalismo Brasileiro, embora apresente, na sua organização político-administrativa, os fundamentos gerais que sustentam as características de descentralização do Estado Federal, assemelha-se, entretanto, aos federalismos assimétricos ou de simetria negativa. A assimetria é uma anomalia violadora da autonomia de competências dos membros da Federação, porque não se percebe harmonia de distribuição de competências. A Constituição de 1988 parece ter corrigido, em parte, essa anomalia, mas, na prática, não se configura a simetria, uma vez que a União detém o maior contingente de competências e, não raramente, invade a autonomia dos Estados e dos Municípios. (CIMADON, 2007, p. 345).

8 ESTADO FEDERAL, DEMOCRACIA E CRITÉRIOS NA DECISÃO DE LEGISLAR

Não há dúvida que o Estado Federal guarda, intrinsecamente, o princípio da descentralização.¹⁵ Moraes (2004) discorre sobre as duas faces assimétricas do princípio democrático na decisão de legislar: a representatividade e decisão legislativa majoritária, ambas relacionadas ao consenso e o impacto na decisão de legislar. Em complementação a essa questão, Auad e outros (2004) analisam os anseios populares de participação que, no caso brasileiro, ressaltam os aspectos históricos e os mecanismos apresentados pela atual Constituição que facilitam esse envolvimento popular nas decisões: o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa popular.

Esses institutos constitucionais, na prática, estão distantes de ser utilizados como instrumentos democráticos na decisão de legislar. Mesmo que a Lei 9.709/98 tenha fixado critérios de sua operacionalização, não se viabilizou, na Federação brasileira, a participação popular mais efetiva na produção legislativa.

O Congresso Nacional tem atribuições especificadas no artigo 48 da Constituição, e estas podem sofrer sanção do Executivo, por intermédio do Presidente da República, exceto no que estabelecem os artigos 49, 50 e 51 da Constituição Federativa. Todavia, as competências estabelecidas no artigo 49 são exclusivas do Congresso, isto é, não sofrem sanção e não podem ser delegadas. O Poder Legislativo, no Federalismo brasileiro, é de natureza bicameral, isto é, o Senado representa os Estados Federados e o Distrito Federal, enquanto a Câmara dos Deputados representa o povo.

Ledo engano para os mais simples, porque a forma de escolha dos parlamentares, no Brasil, na realidade, não permite que, de fato, cada deputado, por exemplo, represente especificidades de cada região. Em geral, o resultado das eleições não espelha a capacidade de liderança de cada um dos eleitos, mas está mais diretamente relacionado à condição de recursos financeiros e de alianças, tendo os partidos como “fachada” dos interesses subjacentes, quase sempre, manipulado por grupos econômicos.

Além disso, a presença do Município, como membro autônomo da União, não possui representante no Congresso Nacional nem detém autonomia para organizar o seu Poder Judiciário, o que se configura em um Ente anômalo da composição Federativa brasileira. Todavia, também no Município, o processo eleitoral segue a razão ornamental e do jeito, em que a regra da maioria, na decisão legislativa, em grande parte, resulta de barganhas para obtenção de consenso e, quase sempre, grassa a propina.

Relativamente ao princípio democrático representativo e à decisão legislativa majoritária, no Estado Democrático de Direito, considerando o pluralismo político, de acordo com Moraes (2004), instalam-se conflitos de diversos patamares normativos e de grupos que obrigam a busca de prévios consensos básicos em áreas divergentes. No caso brasileiro, busca-se o consenso das lideranças e das Comissões. De qualquer modo, segundo esse autor, a Democracia, na sua essência, seja como código, seja como valor, busca a legitimação de um poder governante do livre consentimento dos governados.

Fato é que, apesar do princípio da decisão majoritária, na base da regra do jogo e da ordem política instituída, o funcionamento das instituições de poder político democrático busca consensos, estes considerados na decisão da maioria. A regra da maioria, por outro lado, é valor utilitário, e essa axiologia da unidade e dos pactos contratuais torna-se legitimadora da norma. O princípio majoritário

reflete uma falsa ideia do princípio da representação. A conjuntura política brasileira mascara a democracia participativa, nem dissolve os conflitos de interesse de grupos, nem assegura a promulgação normativa justa.

De outro modo, não parece que se encontre, conforme deseja Gramsci (apud ARRUDA JUNIOR, 1995, p. 17), que a hegemonia política signifique a superação dos conflitos. É ilusão pensar que haja promulgação de leis mais justas e coerentes para solução dos anseios populares e garantia dos direitos fundamentais. Conforme Habermas (1997, p. 26-27), o Estado Democrático é “[...] constituído pelas garantias das liberdades de base, pela existência de partidos que concorrem entre si, por eleições, por decisões tomadas coletivamente... sobre a base do princípio majoritário [...]”

Mesmo Kelsen (2000, p. 47-50), em todo seu rigor de um sistema jurídico hermético, relata que na democracia implica a ideia de liberdade. Mostra que parece haver uma relação estreita entre a liberdade e o princípio majoritário. Porém, a vontade estatal formada mediante o parlamento não é de fato a vontade do povo. É uma ficção de representação. O Parlamento vive alheio ao povo. A aplicação do princípio da maioria, mesmo que haja a instituição do *referendum*, do plebiscito ou da participação popular, não é medida salvadora da verdadeira justiça legal.

É evidente que a formação da vontade popular, na democracia política, segundo Morais (2004), exprime-se por intermédio do poder eleitoral que opera como garantia mecânica da mesma democracia, já que esse poder se revela como instrumento indispensável para a racionalização do ato volitivo de seleção dos governantes. Democracia, para o autor, implica, além da liberdade, a universalidade e a igualdade. Tudo isso, entretanto, não assegura que aqueles que assumem o parlamento ou o governo sejam os melhores ou os mais virtuosos na preferência eleitoral. Porém, pelo princípio majoritário, ainda que haja conluíus, compra de votos, falseamento da consciência popular, a decisão da maioria ressoa como verdade incontestável.

A participação consultiva do pluralismo representativo do tipo partidário, de acordo com Morais (2004), parece levar a uma melhor dignificação das minorias nas decisões ou, ao menos, há uma posição popular mais ativa. A despeito de todas as teorias participativas do Estado Social Democrático de Direito, seja da participação consultiva, do pluralismo, da participação concertacionista, seja do participacionismo difuso, não há organização política solucionadora de conflitos e plenamente consensual.

Na visão de Morais (2004), há uma série de contribuições doutrinárias que contribuem para uma estruturação cultural, política e jurídica da democracia participativa: o neocorporativismo, a poliarquia, o neocontratualismo, a democracia consociativa não apresentam soluções claras para a crise de estrutura e fins do Estado. Este já não responde aos grandes anseios populares. Igualmente, aparecem novas formas de poder na sociedade civil organizada em busca de soluções localizadas. Todavia, no Federalismo brasileiro, ainda se espera a solução dos problemas advinda do poder central e na esperança de que lideranças carismáticas sejam redentoras do desenvolvimento.

Auad e outros (2004, p. 9) são enfáticos em afirmar que “[...] a tese de que o povo não sabe o que é democracia, de que não sabe votar, por muito tempo justificou uma democracia elitista, a qual buscava colocar no poder pessoas preparadas [...]” Mostram que são cinco os mecanismos de participação popular mais conhecidos e utilizados nas democracias do mundo: plebiscito, *referendum*, iniciativa popular, *recall* e o veto popular. O Brasil optou, na Constituição de 1988, artigo 14, I a III, por regular os três primeiros; porém, na prática, muito pouco ou quase nunca utilizados.

9 CONCLUSÃO

O Federalismo brasileiro, apesar de todos os mecanismos de distribuição de competências, dos meios de participação popular e das garantias de direitos individuais e coletivos, apresenta uma degeneração. Conforme preleciona Abreu (2004, p. 70), as causas do estiolamento administrativo e legislativo são visíveis na estrutura do poder político, no modelo e sistema eleitoral, no sistema tributário centralizador, na ordem constitucional de distribuição de competências, em que se vislumbra a invasão, por parte da União, na autonomia dos Estados Federados.

Para o autor citado, é preciso abandonar, então, a ideia de que o Federalismo tal qual concebido pelos constituintes de 1988 exprime uma busca pelo equilíbrio. Ao contrário, o Brasil funciona como um Estado Unitário, menos descentralizado que o Estado autonômico, como é a Espanha, por exemplo. Há, portanto, necessidade de várias reformas substanciais, sobretudo da construção de um novo pacto político que reestruture o sistema federativo brasileiro. Parece fundamental, na conclusão deste artigo, citar Ferreira de Melo (2005, p. 2) sobre o Federalismo brasileiro:

A centralização política, econômica e administrativa que ainda ocorre no Brasil, ao arpejo da matéria constitucional, é resultado de obscuras forças centripetas que têm raízes longínquas no autoritarismo de nossas práticas coloniais e do período imperial e, mais recentes, mas não menos prejudiciais à construção democrática, no coronelismo da Primeira República e nas oligarquias geradoras de privilégios que marcaram todo século XX. Tudo isso somado ao despreparo de uma população desprovida de sustentação educacional para reagir ao desmedido controle governamental em suas vidas, que vem abortando suas utopias e sua liberdade, têm gerado, ainda hoje, condições psicossociais para a imposição de regras autoritárias produzidas nos laboratórios da alquimia política de Brasília, sob os olhares permissivos, quando não cúmplices, de um Parlamento cuja maioria se agarra às benesses do poder central, a este se submetendo.

Brazilian Federal State: centralism, normative improprieties and some relations with the new rights

Abstract

The present article brings some comments on the Brazilian federalism. It intends to relate the impropriety of the legislation that hinders, in certain form, the federated units' autonomy to search solutions of the local problems. It makes an approach on the Brazilian State of law, whose politics of government, intend to equate the problems through the legality principle, being the Constitution the main normative instrument. On the other hand alert on the dangerous of the normative interpretation with decisions of the judges and courts based, primordially, in the constitutional principles. Some legal instruments are broached as mechanisms of protection to the individual and social basic rights. Amongst them it discourses on the judicial intervention, as determination for the fulfillment of public politics; on the creation of the National Council of Justice, as agency of control of the Judiciary Power; on the separation of powers principle; on the inefficacy of the Parliamentary inquiry commissions, of the Plebiscite, the Referendum and the Legislative initiative by a citizen. The article presents arguments on the illusion of the democracy and the popular participation and alert for the formation of a conscience forged for the communication means and the rhetoric of marketing. At last, it looks for demonstrate that the Brazilian federalism does not fulfill the principles of decentralization and autonomy of competence of the Federate Units.

Keywords: Federal State. State of Law. Democracy. Separation of Powers. Human Rights.

Notas explicativas

- ¹ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.
- ² Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: ... (Obs.: entre os diversos assuntos, destaque-se o meio ambiente e a educação). §1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
- ³ A primeira se refere aos direitos civis e políticos; a segunda, aos direitos sociais, econômicos e culturais; a terceira dimensão se relaciona aos direitos metaindividuais, coletivos e difusos; os da quarta dimensão são direitos à biotecnologia, bioética, engenharia genética; a quinta dimensão está relacionada à cibernética (WOLK-MER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “Novos” Direitos no Brasil – natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. 353 p.
- ⁴ O princípio da legalidade significa a sujeição e a subordinação do comportamento às normas e prescrições editadas mediante o processo legislativo. No caso em apreço, como existem diversas pessoas jurídicas na constituição da República Federativa brasileira, constituídas por Poderes Políticos do Executivo, Legislativo e Judiciário, exceto os Municípios que não possuem Judiciário próprio, a autonomia de competências definidas constitucionalmente deve ser observada (COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. *Constituição Federal Anotada e Explicada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 119).
- ⁵ O Estado de Direito tem como escopo a limitação do Poder Estatal pela restrição legal (DINIZ, M. H. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 407).
- ⁶ Conjunto de regras e princípios que regulam o poder estatal e a vida dos cidadãos (DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987).
- ⁷ Democracia deve se entendida como forma de governo em que há participação do cidadão na escolha dos governantes e, por consequência, na produção legislativa.
- ⁸ É a possibilidade de escolher e decidir. Liberdade é livre-arbítrio, mas estribada na essência da verdade.
- ⁹ Espécie de “norma de balcão”, isto é, o governo distribui recursos, especialmente da União em projetos aprovados por critérios políticos e que se revertem em votos. Exemplo típico dessa prática são as famosas Emendas Parlamentares, entre outras práticas.
- ¹⁰ Entre vários exemplos, estão Agravo – RE 410.715-5: cumprimento do princípio constitucional do Estado (prioritariamente dos Municípios) sobre a educação infantil – 0-6 anos CF, art. 2008, IV e outras decisões, tais como: STF: MC na ADPF 45-DF, DJ 4/5/2004; AgRg no RE 595.595-SC, DJe 29/5/2009; do STJ: REsp 575.998-MG, DJ 16/11/2004, e REsp 429.570-GO, DJ 22/3/2004. REsp 1.041.197-MS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 25/8/2009.
- ¹¹ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Campo Grande, 2007. Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins. *FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS AO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DE DOURADOS – INTERESSE DIFUSO E COLETIVO – LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO*.
- ¹² *Mediatraining* é o treinamento para preparar candidatos aos cargos políticos à ação de conquista de votos e à propaganda eleitoral: instrumentos da democracia e relacionamento com a mídia.
- ¹³ Simetria, como princípio dinâmico do Federalismo, ou subprincípio, significa a obrigatoriedade de as unidades parciais do Estado Federal observarem determinado modelo ou padrão na sua organização e no exercício da autonomia do poder local. É a harmonia resultante de Autonomias proporcionais.
- ¹⁴ Isonomia é a igualdade remuneratória entre cargos de atribuições iguais de poder. Paridade é igualdade de vencimentos entre cargos de atribuições iguais pertencentes a poderes diferentes. Equiparação é a comparação entre cargos de denominação e atribuição diversas, considerando-os iguais para fins de vencimento. Vinculação é a relação de comparação vertical de um cargo inferior para outro superior, o que diferencia vencimentos.
- ¹⁵ Descentralização e desconcentração são conceitos distintos. A descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas com competências específicas em que ao mesmo tempo em que são direitos se constituem em deveres para exercê-las. A desconcentração é uma espécie de delegação de poderes dentro de uma unidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Cesar Augusto Mimoso Ruiz. **Sistema Federativo Brasileiro – degeneração e reestruturação**. Florianópolis: Letras Contemporâneas Oficina Editorial, 2004. 135 p.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. 352 p.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo de Lima de; BORGES FILHO, Nilson (Org.). **Gramsci – Estado, Direito e Sociedade**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995. 213 p.

ATIENZA, Manuel. **Contribución a uma teoria de la legislación**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997. 109 p.

AUAD, Denise et al. Mecanismos de Participação Popular no Brasil: Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 3, jan./jun. 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p. Tradução de: *L' Età dei Diritti*.

CABO MARTIN, Carlos de. **Sobre El Concepto de Ley**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. 116 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. 134 p.

CIMADON, Aristides. **Autonomia dos Estados Federados e Direito Educacional**. Florianópolis: Conceito; Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007. 390 p.

COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição Federal Anotada e Explicada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 609 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1986. 87 p.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 513 p.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA DE MELO, Osvaldo. Princípio Federativo e a Autonomia dos Sistemas de Ensino. **Boletim Jurídico**, v. 3, n. 132, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** – entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 354 p. v. 1.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 392 p.

LAMY, Marcelo. **Concepção e Evolução do Estado Moderno**. São Paulo: ESDC-EAD, 2009. 423 p.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. Crise da Norma Jurídica e Reforma do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 76. ADIn 3.367-1/DF, p. 233. Rel. Ministro Cezar Peluso. D. J de 22.9.2006. p. 29.

MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional** – limites e possibilidades na Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 199 p.

MARTINS, Elpídeo Elvécio Chaves. **Decisão da Quarta Turma Cível**. 2009.

MATO GROSSO DO SUL (Estado). Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins. Tribunal de Justiça. Campo Grande, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução Cristina Marachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 851 p.

MORAIS, Carlos Blanco de. Democracia e Consenso na Decisão de Legislar. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 3, jan./jun. 2004.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 276 p.

PASOLD, Cesar Luiz. Novos Direitos: conceitos operacionais de cinco categorias que lhes são conexas. **Revista Sequência**, n. 50, p. 225-236, jul. 2005.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 407 p.

RAMOS, Augusto César. **Direito e Sociedade** – ensaios para uma reflexão crítica. Tubarão: Ed. Unisul, 2001.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **O Contrato Social**. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 2002. 336 p.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os “Novos” Direitos no Brasil** – natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003. 353 p.

ZANCANARO, Antônio Frederico. **A Corrupção Político-Administrativa no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1994. 164 p.

Recebido em 17 de setembro de 2009

Aceito em 24 de setembro de 2009