

11.91

01/1/91  
HJ  
18/81

Ives Gandra da Silva Martins

OS QUATRO FUNDAMENTOS MAIORES DA ORDEM  
CONSTITUCIONAL

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,  
Professor Titular de Direito Econômico  
e de Direito Constitucional da Faculdade  
de Direito da Universidade Mackenzie e  
Presidente do Conselho Superior de Estudos  
Jurídicos da Federação do Comércio do Estado  
de São Paulo.

A atual Constituição brasileira é prenhe de  
defeitos, que, em conferências, livros e artigos,  
procurei enfatizar, objetivando colaborar  
com a reflexão nacional

0669 - Remota Procuradoria Geral - 14.02.91

sobre os pontos a serem revistos em 1993 (1).

-----

(1) Na palestra inaugural, que pronunciei no II Forum Jurídico da Fundação Dom Cabral e da Academia Internacional de Direito e Economia, disse:

"As legislações complementares e as legislações ordinárias respeitarão determinados princípios, mas a interpretação do Direito não será mais tarefa dos constituintes. No campo da interpretação do texto produzido, apenas nós, os juristas, poderemos atuar. Nesta ação reside minha esperança, a esperança de uma interpretação moderada, adequada, buscando o espírito da nacionalidade em cada dispositivo e não o espírito, às vezes preconceituoso e pequeno, deste ou daquele grupo interessado que, em determinado momento, tenha assumido o controle de determinadas áreas da Constituinte. Sou otimista, porque sei que, em nível de Direito, da formação jurídica do bacharel, que tem necessariamente uma visão mais universal que as outras profissões, haverá um ingente, um difícil trabalho de adequação desta Constituição, buscando as raízes da nacionalidade na interpretação que possibilitará, possivelmente, a redução sensível dos males que o texto frio da lei poderia acarretar a todos nós. Por essa razão, ao terminar, eu, pessimista em relação ao texto, sou otimista em relação àqueles que vão interpretá-lo e aplicá-lo. E, principalmente, na posição sempre ...

É, todavia, uma Constituição com muitos méritos, manifestamente democrática e voltada para a sociedade mais do que para o Estado.

A Constituição de 1988 quebra autoritária tradição legislativa, iniciada em 1964 com o Ato Institucional nº 1, que introduziu diversas emendas à Constituição de 1946, e com a Constituição de 1967, que, por sua vez, recebeu 27 emendas até 5 de outubro de 1988.

No sistema constitucional anterior, a nota dominante residia na visão de seus autores de que o povo não estava preparado para exercer a escolha dos gestores maiores do país, razão pela qual, por intrincado sistema de prevalência dos interesses dos detentores do poder sobre as aspirações da nação, caberia aos governos determinarem o que seria bom ou mau para a sociedade, sem

-----  
... (1) serena do Poder Judiciário, porque, na verdade, estou convencido de que, a partir de agora, a grande nação que o Brasil deve ser, dependerá não mais dos Constituintes, mas daqueles que, como nós, têm sua vocação voltada para o Direito e fazem do ideal de justiça o seu grande ideal de vida. Era o que tinha a dizer" (A Constituição Brasileira 1988 - Interpretações, Forense Universitária, 1988, p.8).

necessariamente consultá-la a respeito (2).

-----

(2) Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim analisa o início da nova ordem:

"Outorgou então a Revolução por seu Comando supremo, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, o Ato Institucional de 9 de abril de 1964. A finalidade deste Ato estava definida em seu preâmbulo, no qual os Comandantes-em-Chefe referidos declaravam: "Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo, como nas suas dependências administrativas".

Com efeito, essa constituição outorgada, que era o Ato Institucional de 9 de abril, cuidou de manter vigente a Constituição de 1946 com as modificações que introduzia. Estabelecia que a eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República para completar o mandato iniciado por Jânio Quadros seria feita pelo Congresso Nacional e por maioria absoluta. Ampliava a competência do Presidente dando-lhe iniciativa em matéria de emenda à ...

À evidência, dos primeiros atos institucionais às sucessivas emendas à Constituição, na década de 80, houve sensível abrandamento de tal visão elitista, que terminou por desaguar na E.C. nº 26/85, geradora de uma Assembléia Nacional Constituinte, a meu ver, não originária, mas derivada, à falta de ruptura institucional para sua convocação.

-----

... (2) Constituição (art. 3º), o que lhe era negado pela Constituição de 1946. Permitia-lhe enviar projetos de lei ao Congresso que deveriam ser apreciados no prazo de trinta dias para cada uma das Câmaras, sob pena de serem tidos por aprovados pelo mero decurso desse prazo (art. 4º). O mais significativo, porém, nesse Ato era conceder ele aos Comandantes-em-Chefe das três Forças, até a posse do novo Presidente, e a este durante os sessenta dias imediatamente subseqüentes à sua posse, o poder de cassar mandados e de suspender direitos políticos por dez anos, excluída a apreciação judicial de tais atos (art.10). Com isso se abria caminho para a depuração que se estimava indispensável para assegurar o bom funcionamento das instituições democráticas" (Comentários à Constituição Brasileira, Ed. Saraiva, 1986, p. 16/17).

E a Constituição resultante, de rigor, transformou-se na desembocadura das grandes aspirações do povo, nada obstante as imperfeições detectadas e denunciadas por parcela considerável dos juristas brasileiros (3).

Ora, a evidente conquista de uma Carta Magna, que recolocava o Estado a serviço da sociedade e não a sociedade a serviço do Estado, teria que possuir algumas características diferenciadas a marcar o perfil de um Brasil Novo constitucional e não apenas, por razões políticas, de um Brasil Novo circunstancial.

-----  
(3) No retro-citado Forum Jurídico, em que se examinou todos os capítulos da Constituição Federal, os conferencistas, a saber: José Francisco Rezek, Celso Ribeiro Bastos, Cássio de Mesquita Barros, Oscar Dias Corrêa, José Alfredo de Oliveira Baracho, Walter Costa Porto, Aires Fernandino Barreto, José Cretella Júnior, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Michel Temer, Divaldo Suruagy, Ives Gandra da Silva Martins, José Carlos Moreira Alves, Sydney Sanches, Antonio de Pádua Ribeiro, Carlos Mário da Silva Velloso, Amaury Mascaro Nascimento, Américo Masset Lacombe, José Paulo Sepúlveda Pertence, Roberto Rosas, Ney Prado, Gilberto de Ulhôa Canto, Hamilton Dias de Souza, Alcides Jorge Costa, Marco Aurélio Greco, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Geraldo de Camargo Vidigal, Raul Machado Horta, Edvaldo Brito, Octávio Bueno Magano, Cáo Tácito e José de Castro Bigi, alertaram a Nação para tais imperfeições (A Constituição Brasileira 1988 - Interpretações, ob. cit.).

Detecto, de rigor, quatro grandes vertentes de conquistas, no novo texto.

A primeira delas diz respeito à Federação. Saiu esta fortalecida com a nova Constituição. A teoria do planejamento centralizado, pela qual as unidades federativas submeter-se-iam à superior força da União, foi substituída pela descentralização política, administrativa e financeira real, reduzindo-se os casos de intervenção federal, alargando-se aqueles expressos de competência legislativa concorrente, criando-se novos impostos a favor de Estados e Municípios, reduzindo-se a competência impositiva da União, sobre elevar-se o nível de participação, nas receitas federais, das demais pessoas jurídicas federativas. Por outro lado, o município passou a integrar -exemplo único nos modelos de Estado conhecidos- à Federação brasileira (4).

-----

(4) Celso Ribeiro Bastos ensina: "A verdade é que no protótipo federativo mundial não entra o município pela óbvia razão de que os países que o adotam também não dispensam ao município uma autonomia constitucionalmente assegurada. Desde o momento em que, no Brasil, preferiu-se compartilhar o exercício da soberania por três ordens jurídicas diferentes, com diversos graus de abrangência do espaço territorial de sua validade, mas com mesma dignidade e hierarquia constitucional, a conclusão inelutável seria a de reconhecer-se que a própria Federação brasileira assumira feições próprias. É certo que sempre poderá dizer-se que os municípios não participavam do pacto federativo. Bem, mas aí não procederia a ...

As próprias hipóteses de intervenção da União foram reduzidas a casos extremos e "em dicção vedatória", visto que o discurso começa a proibir

-----  
... (4) inclusão no art. 1º do Distrito Federal e dos Territórios. E, de outra parte, não queremos crer que o só fato de os Estados-Membros terem direito a se representarem por senadores no seio da União fosse de molde tal a justificar a exclusão dos municípios do nosso modelo federativo. É matéria esta toda apegada a preconceitos responsáveis pela convicção até certo ponto generalizada de que os conceitos e as locuções jurídicas têm essências. Nessa linha de idéias, haveria uma essência federativa, da qual o município não faria parte. O certo é que existem apenas Estados que, em razão de certas afinidades e analogias, mas nunca de identidade, possuem alguns atributos a que se convencionou chamar Federação. O que existe, portanto, são Estados federativos concretos, todos, de resto, diferentes entre si em múltiplos aspectos. A conclusão que se tirou é que a omissão do art. 1º, não nos deveria toldar o espírito, a ponto de equivocarmo-nos na tarefa de compreensão da exata inserção do município naquele quadro institucional: é de entidade jurídica, de direito público com capacidade política, e exercente de uma autonomia na condução dos assuntos de sua alçada, a igual título que o fazem União e Estados na gestão dos seus. Em outras palavras, os municípios são unidades territoriais, com autonomia política, administrativa e financeira, tudo conforme lhes dita a Constituição da República, e, subordinadamente a esta, a própria Constituição do Estado e a Lei Orgânica dos Municípios, por eles mesmos votadas" (Comentários à Constituição do Brasil, 1º volume, Saraiva, 1988, p.232/233).

a intervenção para depois abrir as exceções "excepcionalíssimas", entre as quais não se encontra aquela na administração financeira, a não ser, após dois anos, para Estados que não paguem "dívida fundada", salvo motivo de força maior, ou ainda que deixem de repassar aos Municípios a parcela a que têm direito nas rendas fiscais da Unidade maior (5).

-----

(5) O artigo 34 da Constituição Federal tem o seguinte discurso:

"A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

- I. manter a integridade nacional;
- II. repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;
- III. pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;
- IV. garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;
- V. reorganizar as finanças da unidade da Federação que:
  - a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de 2 anos consecutivos, salvo motivo de força maior;
  - b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;
- VI. prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
- VII. assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
  - a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
  - b) direitos da pessoa humana;
  - c) autonomia municipal;
  - d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta".

E, logicamente, a intervenção segue o processo legal exposto no artigo 36 da Constituição Federal, nos termos seguintes:

"A decretação da intervenção dependerá:

I. no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;

II. no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;

III. de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII;

IV. de provimento, pelo Superior Tribunal de Justiça de representação do Procurador-Geral da República, no caso de recusa à execução de lei federal.

§ 1º. O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de 24 horas.

§ 2º. Se não estiver funcionando o Congresso Nacional ou a Assembléia Legislativa, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de 24 horas.

§ 3º. Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

§ 4º. Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal" (6).

-----

(6) Pinto Ferreira esclarece: "O art. 34 da vigente Constituição de 1988 menciona os casos em que pode a União intervir para a defesa do regime federativo.

É necessário manter a estrutura material, política e constitucional do País, garantindo o sistema de vida assegurado à União e aos Estados-Membros pela própria Lei Magna, a intervenção se realizando justamente a fim de amparar tal sistema de vida. É claro que a União não deverá nunca intervir nos negócios próprios dos Estados, que decorram de sua

...

O primeiro princípio, portanto, que resultou fortalecido na atual Constituição, é o da descentralização administrativa, política e financeira da Federação, que torna mais fortes os Estados e os Municípios e mais fraca a União, na busca de um maior equilíbrio entre as diversas esferas do poder.

O segundo princípio é o do fortalecimento do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Advocacia.

Não só o Poder Judiciário passou a ter suas estruturas mais condizentes com a independência que deve possuir nos sistemas democráticos de Estados de Direito, como a autonomia administrativa e financeira alargada trouxe-lhe a segurança necessária para poder prestar assistência jurisdicional, sem riscos e receios, o que não ocorrera nos primeiros anos, após a revolução de 1964.

-----

... (6) autonomia imposta pela própria Constituição, pois o regima federativo também exige o respeito à autonomia constitucional das unidades federativas.

Somente nas hipóteses consideradas na Lei Magna é que se permite a coação federal a fim de obrigar os Estados-Membros ao cumprimento dos seus deveres constitucionais. Tais medidas de coação federal se justificam a contento para manter a própria unidade nacional" (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira, 2º volume, Saraiva, 1990, p.308/309).

Mais do que isto, o tripé da justiça saiu fortalecido. O Ministério Público independeu-se da tutela conveniente do Poder Executivo, que, muitas vezes, reduzia sua autonomia e independência. E a Advocacia, pela primeira vez, foi reconhecida como elemento indispensável à administração de justiça, sendo o advogado inviolável em seu exercício profissional e na defesa das instituições jurídicas do país (7).

-----  
(7) O artigo 133 da Constituição Federal está assim redigido:

"O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei",

assim comentado pela equipe da Price Waterhouse:

"Antes da Constituição atual já havia a previsão da incumbência do advogado de defender a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnar pela boa aplicação das leis e rápida administração da justiça, bem como contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas (art. 87, I, da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963), reconhecida, portanto, a importância da atuação advocatícia para a administração da justiça. O art. 133 da Constituição, entretanto, eleva a atuação profissional do advogado à condição de indispensável à administração da justiça, garantindo-lhe inviolabilidade por seus atos e manifestações, enquanto nos limites estabelecidos em lei" (A Constituição do Brasil 1988, Price Waterhouse, 1989, p.593).

Por esta razão, a tentativa do Presidente Collor, por sucessivas medidas provisórias, de se tornar chefe do Poder Judiciário, proibindo-o de dar sequência às suas decisões até o trânsito em julgado das mesmas, restou frustrada, visto que não só o STF já, por três vezes, em liminares, considerou inconstitucionais as medidas provisórias, como os juízes continuam desconhecendo-as -no que agem com rigoroso espírito científico e respeito à ordem legal- ofertando prestação jurisdicional sempre que os Planos Brasil Novo I e II, pela sua canhestra veiculação legislativa, violentam a lei suprema. Muito embora, o Presidente da República continue a revestir-se das funções constitucionais de Poder Executivo e precárias de Poder Legislativo, tornando este um poder inútil, não obteve êxito em também assumir a força do terceiro Poder, de longe o mais importante deles, pois que o único com a função de julgar, não só o presidente da República e seus auxiliares, como os parlamentares do país. E, de resto, o mais preparado para o exercício de suas funções (8).

-----

(8) O Ministro Antonio Pádua Ribeiro, ao discursar na solenidade de aniversário do Superior Tribunal de Justiça disse ao Presidente Collor, presente, que: "Por isso mesmo começou a funcionar com a naturalidade de velho Pretório, absorvendo as melhores tradições de escoreito exercício da jurisdição, ao inserir-se, na nova ordem ...

Não ficou, todavia, -e já entro a examinar o terceiro aspecto- apenas na sua estrutura o

-----

... (8) constitucional, em posição proeminente. Daí que, na sua atuação, jamais perderá de vista que, como órgão do Poder Judiciário, cabe-lhe, com absoluta limpidez, desempenhar a sua atividade com cívica aversão a tudo que a conspurgue ou comprometa.

Convém lembrar que a Constituição em vigor é expressa ao dizer que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O texto é mais amplo do que o anterior, dele resultando de forma cristalina que nenhuma lei, seja ordinária ou complementar -inclusive medida provisória- tem validade se, dispondo sobre o exercício da função jurisdicional, subtrair-lhe do exame a lesão ou ameaça de lesão e direito.

No Estado democrático é imperioso que os governantes e os cidadãos estejam sempre imbuídos do sentimento jurídico. O desrespeito à ordem jurídica traz graves consequências, pois desmoraliza o princípio da autoridade, encarnado pelo Executivo, avilta o Poder Legislativo, que exprime os anseios de liberdade do povo, desmoraliza o Judiciário, atingindo a sua razão de existir.

Aliás, os desvios de rota do Poder Judiciário haviam sido identificados por MONTESQUIEU como profundamente comprometedores do direito à liberdade, ao dizer: "Não há liberdade se o poder de julgar não está separado do legislativo e do executivo. Se ele está junto do poder legislativo,

...

fortalecimento do Poder Judiciário e da Nação. Manifesta-se também nos instrumentos processuais, visto que novos veículos de tal natureza foram introduzidos, entre eles a ação direta de inconstitucionalidade, inclusive por omissão, com

-----  
... (8) o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário, pois o juiz será legislador. Se ele está junto ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um tirano".

No nosso sistema institucional, a garantia jurídica, em última análise, é a concedida pelo Judiciário, Poder independente como os outros dois, com os quais deve atuar harmonicamente. Os lindes dessa harmonia são os definidos na Lei Maior e nas regras de cortesia. No corpo humano, quando os seus órgãos essenciais adoecem, toda a sua funcionalidade é abalada. No Estado, quando um Poder extravasa o exercício das suas atribuições, o seu âmago é atingido, ensejando o surgimento de graves moléstias seriamente comprometedoras da paz social. Todos recordam-se de que, neste País, até data bem recente, a hipertrofia do Poder Executivo provocou sensíveis desequilíbrios atentatórios às liberdades públicas e impedientes ao fortalecimento das instituições democráticas.

No quadro descrito, o Poder Judiciário, no exercício das suas atribuições, não presta vênias aos demais Poderes, nem deles as recebe, mas apenas à Constituição e às leis que com ela se conformem. Cinge-se a fazer justiça sempre que, concretamente, seja invocada a tutela jurisdicional do Estado" (O Plano Brasil Novo e a Constituição, Forense, 1990, p. 6/7).

impacto maior que no direito anterior, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo, medidas judiciais que objetivam acelerar a administração da justiça e evitar os efeitos danosos que governos irresponsáveis possam causar, atalhando não só os atos administrativos, arbitrários e ilegais, como aqueles de natureza legislativa (9).

-----  
(9) Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci ensinam: "A Constituição é o primeiro e, obviamente, o mais importante texto legal de um ordenamento jurídico.

Por isso que reclama, sempre, a imperatividade de seus preceitos e a prevalência deles sobre os demais atos legislativos de categoria hierárquica inferior.

Do contrário, aliás, seriam vãos, ilusórios, os direitos e garantias estabelecidos na Lei Maior do País.

Conseqüentemente, torna-se necessária a criação de mecanismos eficazes para conter o legislador ordinário e a Administração Pública, com a predominância das normas constitucionais. Até porque -deve ser complementado- se as demais leis e atos normativos do Poder Público não se conformarem com os preceitos da Carta Magna, serão inconstitucionais" (Constituição de 1988 e Processo, Saraiva, 1989, p.100).

Foi, portanto, a cidadania, fortemente favorecida, na medida em que seus direitos ficaram mais claramente expostos e a defesa dos mesmos facilitada pelos novos mecanismos legais. Não é despiciendo lembrar que, pela nova Constituição, são os direitos e garantias individuais consideravelmente maiores que do texto anterior, inclusive o direito à imagem, à boa fama, que deve ser ressarcido quando atingido por qualquer autoridade, mormente se, levianamente, faz acusações às pessoas sem provas suficientes, com intuito de intimidá-las.

Está o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal assim redigido:

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

....

X. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação",

sendo este apenas um, da longa relação de direitos e garantias dos cidadãos, que cabe aos governos respeitar, risco de poderem ser responsabilizados,

civil e criminalmente, se não o fizerem (10).

-----

(10) José Cretella Júnior assim se manifestou sobre o dispositivo:

"Em qualquer das hipóteses anteriores -violação da intimidade, da vida privada, da imagem- haverá dano, maior ou menor. Demonstrado o dano e nexo causal, o agente é patrimonialmente responsável pelos prejuízos a que deu origem.

E por que? Porque todo bem inviolável, constitucionalmente ou legalmente, se objeto de violação, acarreta sanções que, nesse caso, se traduzem em indenizações pelos danos causados.

A lesão à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem traz, necessariamente, dano material a determinadas pessoas, pelo que o dispositivo constitucional possibilita a indenização pelo dano sofrido. A reparação pelo dano causado reveste-se de duas modalidades, podendo ser em dinheiro (in pecunia) ou em espécie (in natura), consistindo a primeira, designada pelo nome técnico de indenização, na entrega à vítima de quantia certa, equivalente ao dano sofrido, consistindo a segunda em fazer com que, se possível, em alguns casos, as coisas retornem ao estado anterior (status quo ante), em que se achavam antes da ocorrência da violação" (cf. Jean Rivero, Droit administratif, 12ª ed., Paris, E. Dalloz, 1988, p. 346)" (Comentários à Constituição 1988, vol. I, Forense, 1989, p. 259).

A autonomia do Judiciário alargada, a advocacia e o Ministério Público com sua atuação realçada, o devido processo legal, definitivamente, vedatório a qualquer impedimento de acesso à Justiça e exigindo o contraditório, assim como o elenco de direitos e garantias assegurado ao cidadão, -demonstrando que é ele quem deve ser servido pelos governos e não os governos por ele, cidadão, como ocorria à época dos senhores feudais e dos escravos da gleba- fatalmente teriam que desaguar, como desaguaram, numa maior responsabilização do Estado (11).

A quarta característica, portanto, da nova ordem constitucional é a de que os administradores públicos são pessoalmente responsáveis pelos males causados à sociedade ou à ordem jurídica, em escala consideravelmente maior do que no texto anterior.

-----

(11) "It is not our military might or our higher standard of living that has most distinguished us from our adversaries. It is our belief that the state is the servant of the citizen and not his master" Presidente Kennedy - 1962" (Direito Tributário, Bushatsky, 1972, p.89).

O § 6º do artigo 37 da Constituição Federal tem o seguinte discurso:

"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"

reproduzindo, em espectro mais abrangente, o artigo 107 do texto pretérito (12).

Os administradores, por dolo ou culpa (negligência, imperícia, omissão etc.), podem vir a ser responsabilizados pelos danos que causarem, tendo que ressarcir, com seus próprios recursos, os males causados à sociedade e ao Estado. Como o elenco dos direitos é maior e a enunciação dos agentes do Poder Público, também, mais extensa, à evidência, as autoridades

-----  
(12) O artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 tem a seguinte dicção:

"As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

§ único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo".

necessitam conhecer, hoje, melhor o Direito, para que, nem por dolo, nem por culpa, venham a ser responsabilizadas na gestão da coisa pública (13).

-----  
(13) Cáoio Mário da Silva Pereira preleciona: "O direito positivo brasileiro consagra a teoria do risco integral ou risco administrativo (Supremo Tribunal Federal, in RTJ, 55/50; TFR in Revista Forense, vol. 268/2). O art. 37, § 6º da Constituição de 5 de outubro de 1988, repetindo a política legislativa adotada nas disposições constitucionais anteriores, estabelece o princípio da responsabilidade do Estado pelos danos que os seus agentes causem a terceiros. A pessoa jurídica de direito público responde sempre, uma vez que se estabeleça o nexo da causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido (Revista dos Tribunais, vol.484, p.68). Não há que cogitar se houve ou não culpa, para concluir pelo dever de reparação. A culpa ou dolo do agente somente é de se determinar para estabelecer a ação de **in rem verso**, da Administração contra o agente. Quer dizer: o Estado responde sempre perante a vítima, independentemente da culpa do servidor. Este, entretanto, responde perante o Estado, em se provando que procedeu culposa ou dolosamente. Não importa que o funcionário seja ou não graduado (Washington de Barros Monteiro, Curso, vol.5, p.108). O Estado responde pelo ato de qualquer servidor (Revista dos Tribunais, vol.169/273; vol.224/222; Vols.227/203; 230/123; 234/268, 238/172; 247/491, Revista Forense, vol. 146/320). O Dr. Edson Ribas Malachini sustenta a necessidade da denunciação da lide (Revista Forense, vol. 293, p.43)" (Responsabilidade Civil, Forense, 1990, p. 142/143).

Atualmente, o Estado está obrigado a agir com muito mais atenção e cautela que no passado, para que seus atos não violentem direitos da sociedade e para que não venha a ser responsabilizado por sua ação.

Em face dos quatro fundamentos da nova ordem constitucional, atrás perfunctoriamente analisados, é que entendo, apesar de inequívocas deficiências no texto constitucional, que a cidadania saiu fortalecida, cabendo ao povo apenas ter maior consciência e conhecimento de seus direitos e garantias para saber exercê-los, no seu devido tempo --mas sempre--, a fim de que os governos aprendam a respeitá-los. Não sem razão Helmut Kuhn considerava o Estado apenas uma estrutura do poder e Carl Schmitt ensinava que não há Estados, mas Governos (14). Só, através do Direito, é possível submetê-los à vontade da sociedade, a quem, em última análise, a ordem constitucional é voltada.

São Paulo, 14 de Fevereiro de 1991.

-----  
(14) Helmut Kuhn, "El Estado", Ed. Rialp, Madrid, 1979.