

série

*Realidade  
brasileira*

VOL. I

Roteiro  
para uma  
Constituição

*Lees Gandhi  
da Silveira Martins*

ACADEMIA INTERNACIONAL  
DE DIREITO ECONÔMICO  
E ECONOMIA

FORENSE

ROTEIRO PARA UMA CONSTITUIÇÃO

*Acompanhado de 2 Textos de Anteprojeto e  
Justificação da Ordem Econômica e Social  
e do Sistema Tributário*

Série Realidade Brasileira

Vol. I

3811 2M

Nº 1195

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS  
Professor Titular de Direito Econômico  
da Faculdade de Direito da Universidade  
Mackenzie — SP

ROTEIRO PARA UMA  
CONSTITUIÇÃO

*Acompanhado de 2 Textos de Anteprojeto e  
Justificação da Ordem Econômica e Social  
e do Sistema Tributário*

Série Realidade Brasileira

Vol. I

Ed. Forense/Academia Internacional de Direito  
Econômico e Economia  
Rio de Janeiro  
1987

342.4  
M343r  
1987

1ª edição — 1987

t.0141

© Copyright

*Ives Gandra da Silva Martins*

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

M343r Martins, Ives Gandra da Silva, 1935-  
Roteiro para uma constituição / Ives Gandra da Silva Martins. — Rio de Janeiro: Forense: Academia Internacional de Direito Econômico e Economia, 1987.

Apêndice.

1. Direito constitucional — Brasil. I. Título.

87-0214

CDU — 342(81)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir deste livro, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor. (Lei nº 5.988, de 14.12.1973.)

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela  
COMPANHIA EDITORA FORENSE

Av. Erasmo Braga, 299 - 1º, 2º e 7º andares  
20020 - Rio de Janeiro - RJ

Largo de São Francisco, 20 - Loja - 01005 - São Paulo - SP

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

## PREFÁCIO

Foi para nós uma dupla razão de júbilo o convite que nos fez o Prof. Ives Gandra da Silva Martins para tecer algumas notas à guisa de introdução ao presente trabalho. A primeira oriunda do fato de vermos, dessa forma, o nosso nome associado, ainda que modesta e humildemente, a quem já estamos unidos por tantos laços de amizade e admiração. O autor é, sem dúvida, senhor de uma personalidade polifacética, tanto do prisma intelectual — respeitado que é em diversas searas do conhecimento científico — quanto do humano — reconhecido pelo dinamismo com que lidera diversas atividades, a todas infundindo generosamente o ânimo do seu temperamento, o porte das suas orientações e o descortino de sua experiência, sempre alicerçada sobre as bases de um caráter inquebrantável.

O segundo motivo de nossa alegria prende-se à afinidade das teses que vemos sustentadas neste trabalho com aquelas que pessoalmente temos defendido. É reconfortante perlustrarmos as páginas deste livro. Nele encontramos uma visão do mais puro constitucionalismo posta sempre a serviço das soluções mais corajosas, corretas e adaptadas

à realidade brasileira. O jusnaturalismo, o sintetismo de uma Constituição ideal, o federalismo, a separação de poderes, a ordem econômica e social, são todos temas que mereceram do autor um tratamento percuciente, sempre levado a efeito sob as luzes de um liberalismo renovado e revitalizado na sua essência.

Em particular merece destaque o capítulo da ordem econômica. A alguns poderá parecer excessivo o cerceamento da atividade econômica desenvolvida pelo Estado. Todavia, os que assim eventualmente pensem estão a esquecer que o êxito de uma Constituição se mede pela felicidade das soluções que encontra para a realidade sobre a qual vai incidir. E qual no Brasil o principal desafio dos nossos dias? Sem dúvida recolocar os poderes públicos nos seus trilhos clássicos, é dizer, no desempenho daquelas atividades nas quais é indispensável: segurança, ensino, educação etc., tão relegadas na hora atual.

É indispensável repelir o autoritarismo econômico sob o qual vivemos. Desenvolvido sob o pálio de um Estado politicamente autoritário, o intervencionismo na economia sobrevive à própria inspiração que o criou, e, dotado de forças próprias, segue a sua inexorável lógica expansionista, com total desprezo pelo processo de democratização por que passa o país.

A satisfação das lições de Ives Gandra, que antecipadamente tivemos o gosto de fruir, esperamos ver compartilhada pelo leitor.

CELSO BASTOS

## I. Introdução

A elaboração de uma Constituição Nacional, caracterizada como o estatuto maior de um povo organizado sob a forma de Estado, fenômeno relativamente recente na história humana, decorre da necessidade política de estabelecimento daquelas diretrizes que, teoricamente, exteriorizem o perfil e projetem o futuro de uma Nação.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> “Nem o poder arbitrário absoluto nem o Governo sem leis fixas e permanentes podem ser compatíveis com os fins da sociedade e Governo, pois os homens não abandonariam a liberdade do estado natural, nem se sujeitaram à sociedade política se não fora para preservar suas vidas, liberdades e fortunas, mediante a promulgação de normas de direito e propriedade que asseguraram uma fácil tranqüilidade” (John Locke, “Ensaio sobre o Governo Civil”, n.º 37, p. 79, *O Poder Legislativo*, Fundação Petrônio Portella-Fundação Milton Campos, 1981, coletânea de textos de Nelson Saldanha).

As Constituições surgem, portanto, de processos políticos intraumáticos (evolução) ou dolorosos (revolução), sendo ou não outorgadas pelo Poder Constituinte, a partir da vontade popular devidamente representada na Assembléia, que as produz, ou da vontade exclusiva dos detentores do governo, legítimos ou não.<sup>2</sup>

Hans Kelsen, notável formalista do Direito, considera existirem princípios anteriores à formulação da primeira lei positiva, a que denomina de norma fundamental, que seria aquela a esculpir a vontade popular ou a dos detentores do poder na elaboração do texto magno. Tal norma seria apenas pensada, pressuposta e perceptível tão-somente por intermédio da outra decorrente, ou seja, a norma constitucional.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> De forma mais abrangente tratamos da legitimidade do poder, não a partir das técnicas de sua assunção, mas das formas de seu exercício ("Uma teoria de alcance sobre a legitimidade do Poder", *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política* n.º 2, ps. 38-51).

<sup>3</sup> "O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é a norma funda-

Em seu formalismo, todavia, esclarece que tal preceito superior não necessitaria possuir conteúdo ético, posto que o Direito se realiza a partir da força de quem o cria e pode fazê-lo cumprido. Sua norma fundamental é, portanto, mera categoria ontognoseológica (relação do ser que conhece com o objeto conhecido), sem qualquer vinculação com o direito natural.

Muito embora os formalistas tivessem importante papel na concepção moderna do Direito, geraram, todavia, automutilação de seu campo de abrangência, reduzindo-o a simples ciência de exteriorização das normas pertinentes a outras ciências, na busca da organização social.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> H. L. A. Hart (*The Concept of Law*, Ed. Clarendon, Oxford University Press, London, 1961, ps. 189-195), não obstante contestar os fundamentos naturais do Direito, reconhece a existência de cinco princípios mínimos de natureza ética, comuns

---

mental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a esta ordem normativa" (*Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen, Ed. Armênio Amádio, Coimbra, ed. 1979, p. 269).

Para os formalistas, os regimes democráticos ou ditatoriais se nivelariam, desde que houvesse o estatuto jurídico capaz de fazer a lei ser obedecida, sendo irrelevante a busca de um ideal justo na ordem social.<sup>5</sup>

A dolorosa experiência da Segunda Guerra Mundial, ofertada pelos regimes jurídicos, justificados pela força no exigir o cumprimento das normas (Alemanha, Itália e Rússia), permitiu que se retornasse ao exame dos direitos pertinentes ao ser humano que com eles nasce e que devem ser respeitados pelo Estado.

---

<sup>5</sup> Miguel Reale, em suas *Lições Preliminares de Direito* (Ed. Bushatsky, 1973), tece comentários sobre os fundamentos morais da lei, lembrando as lições de Jeremy Bentham, que afirma a existência de um "mínimo ético" em todo o sistema jurídico.

---

à exteriorização da lei, a saber: 1) necessidade de proteção do mais fraco, pela vulnerabilidade do ser humano; 2) necessidade de compensação da desigualdade da natureza humana pela igualdade da lei social; 3) necessidade de apoio no altruísmo limitado do homem para que a lei seja obedecida; 4) suplementação da escassez dos recursos naturais pela produção de recursos adicionais para que o homem sobreviva em sociedade e 5) necessidade de obediência à lei para que todos dela se beneficiem, a partir da aplicação de penas.

Autores voltaram a se debruçar sobre as razões de ser do Direito, reexaminando aqueles princípios superiores, que, por dizerem respeito à própria natureza do ser humano, transcendem à possibilidade de serem regrados, desvinculadamente, pelo Estado.

Jusfilósofos como Johannes Messner, Jacques Leclercq, Javier Hervada, Miguel Izquierdo, Rafael Gomes Perez, René Cassin, Francisco Puy, combatendo a escola científica do direito natural, que pretendia que as leis naturais tudo regulassem no campo do Direito, desvendaram duas grandes ordens normativas que caberia ao Estado veicular, a saber: aquelas normas em que seu papel seria de singelo reconhecimento (normas essenciais) e aquelas outras concernentes ao seu poder criador (normas periféricas).<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Johannes Messner (*Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Rialp, 1967); Jacques Leclercq (*Leçons de Droit Naturel*, Ed. Wesmael, Charlier, Namur, Belgique); Miguel Sancho Izquierdo e Javier Hervada (*Compendio de Derecho Natural*, Ed. Eunsa, 2 vols., 1980); Rafael Gomes Perez (*Represión y Libertad*, Eunsa, 1978); René Cassin ("Human Rights since 1945: An Appraisal", *The Great Ideas Today*, 1971, Ed. Britan-

Assim sendo, quando René Cassin preparou a minuta da declaração universal dos direitos humanos, jusnaturalista convicto que era, outra coisa não fez que revelar que tais direitos deveriam ser reconhecidos pelo Estado, não por especial favor, mas porque o povo que o constitui já com eles nasce. O direito à vida, por exemplo, é direito que não pertence ao Estado criar, mas diz respeito e é inerente ao próprio indivíduo, não estando entre aqueles da alçada produtora dos governos.<sup>7</sup>

Tais direitos fundamentais, se respeitados por qualquer ordem jurídica, permitem que o conteúdo ético, negado pelos formalistas, assegure o pleno exercício democrático.

---

<sup>7</sup> "Não é porque as características físicas do homem mudaram pouco desde o começo dos tempos verificáveis que a lista de seus direitos fundamentais e liberdades foi idealizada para ser fixada permanentemente, mas em função da crença de que tais direitos e liberdades lhe são naturais e inatos" (René Cassin, "Human Rights since 1945: An Appraisal", *The Great Ideas*, 1971, Ed. Britannica, p. 5).

---

nica) e Francisco Puy (*Lecciones de Derecho Natural*, Ed. Porto, Santiago de Compostela, 1970).

Outras normas existem, entretanto, que compete ao Estado criar, como, por exemplo, a da forma ideal de governo ou de repressão ao poder, posto que tais normas referem-se à exteriorização de uma entidade gerada pelo próprio homem e que é fruto de sua engenhosidade, inteligência e trabalho.<sup>8</sup>

O choque entre as duas correntes, após a Segunda Guerra Mundial, tem pendido para a dos jusnaturalistas, muito embora concepções intermediárias se coloquem, tais como a do "mínimo ético" do clássico e já citado Jeremy Bentham,<sup>9</sup> ou a da concepção tridimensional do Direito,<sup>10</sup> com neutralidade no aspecto valorativo, que se opõe à concepção tripartida de conteúdo unitário de Messner, em que fato, valor e norma se unem, visto que

---

<sup>8</sup> No Curso Internacional de Direito Natural, patrocinado pelo Centro de Estudos de Extensão Universitária e pela Faculdade de Direito de Osasco (setembro 1983), o professor da Universidade de Navarra, Pedro Juan Viladrich, realçou, com especial precisão, os limites das normas essenciais e daquelas periféricas.

<sup>9</sup> *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, Ed. Abril, 1974, S. Paulo.

<sup>10</sup> Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva, 1957, 2 vols.

para ele a função axiológica é função orientada para um ideal de justiça e captação das leis naturais que regem a vida social.

Para efeitos do presente estudo, encomendado para reflexão conjunta de um grupo de brasileiros e constituintes e ofertado à luz pela Academia Internacional de Direito Econômico e Economia, assim como pela Editora Forense, o importante é reconhecer a existência de conflito entre uma corrente materialista do Direito, em que os meios justificam os fins e em que a força objetiva a garantia da ordem; e uma concepção naturalista, em que a ordem social tem que ser, necessariamente, justa, sendo a densidade ética a única razão de ser do Direito, que se exterioriza, fundamentalmente, a partir de seu estatuto maior que é a Constituição.<sup>11</sup>

Qualquer que seja a forma com que um texto constitucional ganhe vida, aspecto meramente formal, o que mais importa no seu

---

<sup>11</sup> Carlos Cossio (*Teoría Ecológica del Derecho*, Ed. Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1964) não desconhece, na formulação de uma teoria conciliatória, o grande choque entre as duas concepções da organização social pelo Direito.

discurso é o tipo de concepção jurídica que hospeda, o qual revela, por decorrência, a concepção política, econômica e social de um povo ou dos que se dizem titulados a representá-lo.

Por esta razão, embora relevante o debate sobre a formação de um Poder Constituinte, se derivado (Casa Legislativa Pré-Constituída com forças também constituintes) ou originário (Casa Legislativa constituída especialmente para tais funções), ou ainda outorgado por um poder legítimo ou ilegítimo, a origem do texto, que revela os aspectos formais de sua concepção, é menos importante que o conteúdo de suas normas.<sup>12</sup>

Muito embora desejável a legitimidade do Poder Constituinte, nem sempre o poder legítimo oferta o melhor modelo e nem sem-

---

<sup>12</sup> A *Revista do Advogado* n.º 15, Ano IV, outubro a dezembro de 1983, às ps. 59-74, reproduz mesa de debate da qual participaram Paulo Bonavides, Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra da Silva Martins, João Roberto Piza Fontes e Luiz Antonio Sampaio Gouvêia e em que o aspecto formal da composição do Poder Constituinte revelou-se de menor densidade que o aspecto material do conteúdo do texto constitucional (Ciclo de Debates Constitucionais/84).

pre o ilegítimo o pior. A própria história brasileira demonstrou que a legítima Constituição de 1946 carecia de suficiências, não obstante tenha sido a mais autêntica, e a de 1824, nascida após a violência imperial contra a Assembléia, não se constituiu em amontoado de sandices, tendo sido inclusive o mais duradouro texto constitucional que o Brasil já conheceu.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Barão Homem de Mello assim se refere à Constituição de 1824: "Nesta grande crise do nosso passado, há para o historiador um desenlace consolador.

A força não venceu o direito.

Consumada a violência contra os mártires da Pátria, o triunfo ficou à causa da liberdade constitucional.

Após a vaga inquietação que acompanha sempre todos os atos de força material, o Imperador inclinou-se perante a soberania nacional; e o dia 23 de março veio realizar os votos da Constituinte.

Na carreira política do fundador do Império, há mais de um título legítimo de glória, que o recomenda à prosperidade e à gratidão dos brasileiros.

O ano de 1822 honra a sua memória.

O ato violento da dissolução da Constituinte foi um gravíssimo erro político, filho da mais imprudente precipitação, que repercutiu dolorosamente em todo o seu reinado.

É que, por ser a Constituição o documento jurídico maior de uma nação, deve estalar complexo de princípios gerais que o povo desconhece, poucos sendo os verdadeiros especialistas capazes de definir os limites perti-

---

As prisões e o degredo, as devassas, a comoção da Bahia, o sangue derramado em Pernambuco e no Ceará em 1824, a consternação geral que assaltou a Nação em presença da ditadura imperial podiam ter sido poupados à nossa história.

Nunca mais se atou o laço rompido da confiança nacional.

As violências dos governos produzem nos ânimos a apatia do terror, lançam nos espíritos suspeitas sombrias, que só dissipam com a sua queda.

7 de abril é o resultado de 12 de novembro.

Nesse dia, na hora suprema do infortúnio, Pedro I está abraçado com José Bonifácio.

Era a reconciliação, pública e solene, com o seu glorioso passado de 1822.

A geração da independência estava reabilitada.

Há na história lugar para todos os grandes homens, sem caluniar a ninguém.

A glória não é inimiga da verdade.

É tempo que o sol da posteridade desponte para esses manes sacrossantos da Pátria, que, há quase meio século, aguardam sob a campa a tardia justiça de seus ingratos netos" (*A Constituição de 1824*, Ed. PrND e Fundação Projeto Rondon, coordenação Walter Costa Porto, estudo intitulado "A Constituinte de 1823", ps. 13-14).

nentes às normas supremas e às demais que são delas decorrentes.

A própria democracia não é condição de garantia absoluta da excelência dos textos nascidos de seu exercício por determinado contingente humano.

Merece especial reflexão a colocação de Aristóteles, que, em sua profunda sabedoria, dividia as formas de Governo em 6, a saber: monarquia, aristocracia e *politia* (boas) e timocracia, plutocracia e democracia (más), sendo que as boas eram aquelas formas de Governo dirigidas por um homem só, por uma elite ou pelo povo e as más surgiam com a mesma formação, só que aqueles que controlavam o poder — ou recebiam os mandatos populares — ou não eram bons ou as instituições não permitiam que os bons assumissem o poder.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Em *Ética de Nicômaco*, Aristóteles escreve: "Delas a melhor é o reino (monarquia) e a pior a timocracia (1.160a)." "Mas a democracia é o desvio menos ruim: com efeito, pouco se afasta do Governo correspondente (*politia*) (1.160b)." Aristóteles, pela excelência das formas, assim as graduava: 1) monarquia, 2) aristocracia, 3) *politia*, 4) democracia, 5) plutocracia e 6) timocracia.

Como se percebe, a própria palavra “democracia”, governo do povo, já foi no passado vista como forma ruim, sendo que a “*politia*”, governo do povo, através de instituições justas, a forma boa.

Para efeitos desta introdução, mister se faz, todavia, deixar claro que:

a) Constituição é a lei maior de um país da qual todas as outras dependem;<sup>15</sup>

b) objetiva gerar uma “ordem social justa”;<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Aristóteles, em *Política*, já se utilizava da expressão Constituição (*politéia* em grego) para falar da lei suprema, embora apenas produtora de mecanismos de exercício e controle do poder, “a Constituição é a estrutura que dá ordem à cidade, determinando o funcionamento de todos os cargos públicos e sobretudo da autoridade soberana” (1.278b). A realidade política helênica sempre centrou-se nas Cidades-Estados, razão pela qual as palavras vinculadas a seu governo são sucedidas de *polis* (cidade), assim como *politia*, política, *politéia*.

<sup>16</sup> “En conclusión y teniendo en cuenta, tanto la etimología como el uso primitivo, de las palabras *ius* y *directum*, podemos establecer la definición nominal del derecho como: el orden social justo” (*Compendio del derecho natural*, Izquierdo e Hervada, Eunsa, 1980, vol. I, p. 27).

c) o aspecto formal de sua elaboração é menos relevante que o conteúdo normativo que exterioriza;

d) o perfil político, social, econômico e jurídico de um povo organizado, sob a forma de Estado, na lei suprema tem o seu desenho.

CCFA 227  
PI (4)

## II. O Conteúdo de uma Constituição

Os tratadistas referem-se a duas formas clássicas de Constituição, ou seja, às sintéticas e às analíticas.<sup>17</sup>

As primeiras cuidam da enunciação de princípios, remetendo ao legislador ordinário ou complementar a veiculação das leis que devem ser obedecidas. Tais Constituições não descem à particularização dos princípios.

As segundas são textos que procuram dar perfil amplo do que deveria representar ou do que representa o pensamento do povo, seja no concernente ao modelo político, ao desenho social ou ao projeto econômico, que pretenda perpetuar.

---

<sup>17</sup> Celso Ribeiro Bastos, em seu *Curso de Direito Constitucional* (Ed. Saraiva, 7.<sup>a</sup> ed.), acrescenta diversas outras formas de classificação, como flexíveis e rígidas ou formais e materiais.

O primeiro tipo de Constituição é também chamado de modelo neutro ou natural e o segundo de modelo ideológico.

É a Constituição americana com seus sete artigos, com uma declaração de direitos em outros 10 e mais 16 emendas, em 200 anos, o típico exemplo da primeira. A Constituição mexicana de 1917, a de Weimar de 1919 e a Republicana espanhola de 1931 são aquelas que mais se aproximam do segundo.<sup>18</sup>

As Constituições sintéticas tendem a ser mais duradouras. A experiência humana demonstra que as ideologias passam e os modelos que as incorporam envelhecem com o envelhecimento das ideologias.

As ideologias são criações do pensamento humano. Duram mais ou menos na propor-

---

<sup>18</sup> P. Lucas Verdu divide os modelos de Constituição em: 1) Constituições decimônicas (liberalismo amplo até 1918); 2) Constituições socializantes (até o fim da Segunda Guerra Mundial e dos países socialistas); 3) Constituições sociais-liberais (dos países desenvolvidos após a Segunda Guerra Mundial) (*Enciclopédia RIALP*, p. 332, vol. 6).

ção de sua maior ou menor aproximação da natureza das coisas.<sup>19</sup>

As Constituições, que procuram perenizá-las, são estáticas no tempo e dificultam o livre fluir da história posto que obstaculizam a evolução do pensamento e da Ciência Política.

Ao contrário, as Constituições sintéticas costumam ofertar as linhas gerais de convivência entre governantes e governados, deixando a estes que escolham o seu destino conforme a realidade temporal e espacial. Estão sempre adaptadas à evolução, visto que não bloqueiam a natural tendência do homem na busca de uma ordem social cada vez mais justa.

A vivência social flui, com mais desenvoltura, nos textos sintéticos que nos textos complicados, sobre serem tais dicções de mais fácil

---

<sup>19</sup> Arnold Toynbee, ao formular sua histórica teoria de que o Ocidente cria as ideologias que o Oriente aplica e lança contra o Ocidente, demonstra que a Rússia Czarista do século XIX tinha os mesmos preconceitos contra a Europa ocidental que a Rússia marxista do século XX, independente da ideologia que a dominava antes e daquela que a domina hoje (*Estudos da História*, Universidade de Brasília, Ed. Martins Fontes).

apreensão pelo povo e de natural ensinamento nas escolas. Os textos que programatizam tudo oferecem poucas possibilidades de cumprimento daqueles ideais neles albergados.<sup>20</sup>

Aliás, os princípios programáticos, quais sejam aqueles ideais pretendidos, mas não realizados, têm se constituído no principal ponto de frustração das Constituições analíticas, visto que os princípios desejados e não atingidos, por não se realizarem, oferecem menos autoridade à obediência da lei.

A obediência é, por outro lado, mais fácil nas Constituições sintéticas que nas analíticas, até porque conhecidas aquelas pelo povo e não estas.

De qualquer forma, as Constituições, analíticas e sintéticas, possuem pelo menos duas grandes ordens de princípios, a saber: 1) aqueles que ordenam o Estado e criam os meca-

<sup>20</sup> A Constituição Americana de 200 anos tem o seguinte intróito: "We the people of the United States in order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic tranquility, provide for the common defence, promote the general welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution of the United States of America."

*Resumo  
p. 19*

nismos de exercício do poder e 2) aqueles que garantem os direitos e salvaguardas individuais.<sup>21</sup>

À evidência, porque o Estado é meio de realização da coletividade e do indivíduo, os direitos e garantias individuais são os aspectos de maior relevância em qualquer texto constitucional, posto que a lei máxima não é um estatuto de garantia de privilégios dos governantes, mas de garantia dos direitos dos governados e dos mecanismos que lhes possibilitem controlar os governantes.

A verdadeira democracia apenas existe na medida em que o Estado se autocontrole e os cidadãos controlem o Estado, visto que os governados, nos textos constitucionais democráticos, são os únicos destinatários das normas jurídico-sociais.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> "A justiça é o fim de todo o governo e de toda a sociedade civil: tal tem sido em todas as épocas o alvo dos esforços de todas as nações" (*O Federalista*, Capítulo LI, escrito por A. Hamilton com J. Madison, Ed. UNB).

<sup>22</sup> "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"

4603

Poderá uma Constituição, se autêntica, cuidar de outros aspectos que não aqueles das grandes vertentes, partindo para a pormenorição, em nível constitucional, de normas que deveriam surgir na esfera infraconstitucional. Tais Constituições que pretendem regular, por exemplo, número de horas do trabalho semanal, imunidade para mordomias oficiais, planejamento familiar (este aspecto nem deveria ser tratado em lei, pois violenta o direito do ser humano de criar a vida), formas de dissolução da sociedade conjugal, sobre correm o risco de rápido envelhecimento, tornam-se muitas vezes um complexo de normas conflitantes e casuísticas.

A melhor solução para o equilíbrio entre os modelos sintéticos de leis magnas, que consideramos ideais, e os analíticos, condenados à rápida decrepitude, é permitir o texto constitucional que aqueles princípios conjunturais ou ideológicos possam ser veiculados por lei complementar, processo legislativo mais qualificado que o ordinário e cujo nível hierárquico permite que suas normas gerais prevaleçam sobre legislação subcomplementar.

---

(Presidente Kennedy, 1962, "Politics and Dissent", *The Great Ideas Today*, Theodore C. Sorensen).

A adoção de um modelo sintético, mais duradouro, e a permissão de legislação complementar, explicitadora dos desideratos constitucionais, terminam por atender simultaneamente à perenidade que se deseja à Carta Suprema de um país, assim como às adaptações temporais e conjunturais das ideologias ou vocações próprias de um determinado estágio, sempre exteriorizadas por aquele veículo intermediário.<sup>23</sup>

Sendo o Estado a forma juridicizada de organização social, sediado, pois, em determinado espaço geográfico e com povo a constituí-lo, tenderá a ter instituições mais estáveis na medida em que adote o modelo sintético, supra-ideológico, e permita, pelo veículo da legislação complementar, o fluir natural das aspirações populares ou do Governo que as represente, conforme o período histórico a que pertinem.

---

<sup>23</sup> Estudo de relevância sobre a importância da lei complementar no direito brasileiro, especialmente no direito tributário, foi escrito por José Souto Maior Borges, de leitura obrigatória para tantos quantos necessitem legislar sobre o direito futuro e interpretar o direito presente e anterior (*Lei Complementar Tributária*, Ed. Revista dos Tribunais).

### III. O Poder

O estudo do “poder” tem demonstrado que ele está na natureza de todas as formas de vida. A Botânica não o desconhece quando examina determinadas plantas que afastam outras das áreas em que são lançadas suas sementes. A Zoologia reconhece-o entre os insetos, peixes e mamíferos. As próprias espécies que vivem em grupo, como as abelhas, formigas, lobos, elefantes, leões, galinhas, macacos, têm sua hierarquia de poder e obedecem a uma estrutura própria de vida comunitária.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Klaus Thews, no livro *Etologia — a conduta animal, um modelo para o homem* (Ed. Circulo do Livro, São Paulo), mostrou como os lobos e os macacos conhecem as artimanhas do exercício do poder, sempre obtido pela força e sempre respeitado na alcatéia ou no grupo. As abelhas, por outro lado, encontram formas sutis de rebelião, em certos mo-

Os seres que preferem a existência solitária não constituem a regra, desde que a vida surgiu sobre a terra. Nem hoje é tão tranqüila a concepção evolucionista de Darwin no que concerne ao aparecimento das espécies mais desenvolvidas e do próprio homem,<sup>25</sup> como os estudos processados na década de 1980, nas universidades americanas, têm demonstrado.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Allan Wilson, bioquímico neozelandês, diretor de laboratório da Universidade da Califórnia, em Bekerley, baseado na teoria do "relógio molecular", admite que toda a humanidade descende de uma única mulher, que, há 200.000 anos, teria dado à luz duas meninas que sobreviveram ("A humanidade descende de uma Eva africana", *L'Express*, apud *O Estado de S. Paulo*, 8.2.87).

<sup>26</sup> Steven M. Stanley, em "Evolution of Life: Evidence for a New Pattern" (*The Great Ideas of Today*, 1983, Britannica Great Books), e Robert Shapiro, em "Probing the origin of Life" (*Science and the Future*, 1984, Britannica), contestaram a teoria darwiniana.

---

mentos, contra a rainha, deixando de alimentá-la convenientemente, o que obriga, na maior parte das vezes, a separação da colmeia, com o grupo dissidente seguindo uma nova rainha e se distanciando do grupo fiel.

A característica fundamental, no exercício do poder pelo homem, é que sua razão oferta variações de conduta que outras espécies desconhecem, visto que estas reproduzem, há milhões e milhões de anos, as mesmas formas estilizadas na composição grupal e na liderança dos chefes.

Nem por isto, as alternativas comportamentais escondem sua característica dominante, qual seja, a de que a natureza humana no poder não é confiável.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Nelson Saldanha entende que Montesquieu, mais do que criar a separação de poderes, pretendeu enfraquecer o poder absoluto, em face da natureza pouco confiável do homem: "Charles Eisenman (citado por Djacir Menezes) chegou a observar que não existiu em Montesquieu uma explícita formulação da separação de poderes, observação que considero exagerada: o que não houve foi uma ênfase total sobre a "separação", o que já tem sido bastante debatido (eu mesmo não me lembro de ter encontrado a palavra separação nos textos citados). A preocupação de Montesquieu, porém — com ou sem univocidade de vocabulário —, foi a de evitar a concentração, impossibilitadora de qualquer pretensão liberal, e foi também a de, isso ou além disso, condicionar o equilíbrio (ou o concerto) entre os poderes" (Nelson Saldanha, *O Po-*

Os 6.000 anos de história narrada demonstram a fragilidade dessa natureza sempre que o poder é assumido sem controle, assim como a infindável lista de lutas fratricidas e entre elites para a assunção dos governos nos diversos espaços geográficos e nos diversos períodos permite verificar que o homem visualiza o poder como forma de realização pessoal, sendo decorrente — e nem sempre essencial — que seu exercício beneficie, também, o povo que governa.<sup>28</sup>

A China, a Índia, todo o Oriente próximo, com elamitas, assírios, sírios, hititas, babilônicos, mitanitas, lídios, frígios, hurraritas, egípcios, a Europa com cretenses, dórios, jônios, aqueus e outros povos, demonstram que a evolução humana, se intensa nos demais

---

<sup>28</sup> Norberto Bobbio, em seu livro *Teoria das formas de Governo* (Ed. UNB), analisa — dos pré-socráticos até Marx — as diversas teorias sobre o exercício do poder, concluindo que aquelas que partiam do princípio da inconfiabilidade da natureza humana e a necessidade de controlá-la pela lei foram as que mais se adequaram à realidade.

---

*der Legislativo*, p. 14, Ed. Fundação Milton Campos e Fundação Petrônio Portella, 1981).

2005  
Teo Trib. 14  
8 (107)

campos do conhecimento, foi muito pequena no concernente ao da Ciência Política.

É bem verdade que a Filosofia, de um lado, e o Direito, de outro, passaram a exercer forte pressão sobre os detentores do poder, evolução que cresceu a par do crescimento das elites dominantes e da cultura dos povos mais desenvolvidos.

Confúcio, por exemplo, a fim de combater o despotismo dos governantes, entendeu que a criação de uma classe intelectual, mais amante do saber que das riquezas, terminaria por tornar o exercício do poder racional e destinado ao bem do povo, sobre representar sólido suporte aos senhores reinantes. Foi, de rigor, o pai da burocracia. A experiência chinesa, todavia, demonstrou que a maior cultura no poder não representa maiores ideais e que o vício inerente à corrupção está na própria natureza decaída do homem. A classe que criou foi mais corrupta e menos eficiente, gerando o período classicamente conhecido como dos "Reinos combatentes".<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Arnold Toynbee, com o desencanto que demonstra em suas últimas obras sobre o ser humano, chegou a considerar a teoria de governo do

Shulgi (2094-2036 a.C.), que foi o primeiro codificador conhecido e cujo sistema jurídico serviu de base a Hamurábi (1792-1750 a.C.) para preparação de seu famoso código, em verdade iniciou processo de regramento das relações de governantes e governados, mas não de autocontrole do poder, experiência que as leis de Manu e os códigos de Licurgo, Dracon e Sólon também não conformaram, nem as leis judaicas, nem aquelas que passaram a orientar todos os governos dos povos conhecidos.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> A Universidade de Navarra, pela Editora Eunsa, publicou *História Universal* em 13 volumes, preparada por sua equipe de Professores, em que demonstra que as teorias materialistas negam o livre-arbítrio ao ser humano, em função de seu determinismo histórico. Ao contrário, as teorias espiritualistas, porque acreditam na liberdade de ação, inclusive de negar a própria divindade, entendem que o homem tem a faculdade de decidir

---

grande filósofo chinês como geradora de maiores problemas que soluções, posto que a classe intelectual no poder, pelo próprio conhecimento maior das ciências que possui, termina por criar formas mais inteligentes de corrupção que as dos desprezados reis (*A Humanidade e a Mãe Terra*, Ed. Zahar, 3.<sup>a</sup> ed.).

Os cinco grandes filósofos, que influenciaram o mundo, no dizer de Toynbee, num período de 2 séculos em áreas geográficas distintas (Pitágoras, Confúcio, Isaías, Zaratus-tra e Buda) enfrentaram o problema sem equacioná-lo, transferindo a uma solução superior e transcendente os problemas não resolvidos no plano humano.<sup>31</sup>

Aristóteles — assim como Heródoto, Políbio<sup>32</sup> e muitos outros filósofos e historiadores — enfrentou o problema do “poder”, buscando nas formas de governo a solução para a fraqueza natural do homem em seu exercício, tendo os romanos, graças à instrumentalização do Direito como mecanismo de conquista, de certa forma, reduzido os choques entre governantes e governados, mas não impedido as lutas intestinas de postulantes ao poder.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> *A Humanidade e a Mãe Terra*, Ed. Zahar.

<sup>32</sup> Políbio, *História*, Ed. UnB, 1985.

<sup>33</sup> Norberto Bobbio, *Teoria das Formas de Governo*, Ed. UnB, 1976.

---

e escolher. A constatação termina por concluir que as teorias espiritualistas são sempre democráticas e as materialistas totalitárias, sobre facilitarem estas a corrupção do poder.

Maquiavel, talvez, reconhecendo nas soluções formais tentativa maior de aperfeiçoar o exercício do poder que de ofertar conteúdo ético e apesar de ter escrito admirável obra sobre tal experiência (*As décadas de Tito Lívio*), em seu livro mais conhecido adota o cinismo como mestre, justificando o poder pelo poder e considerando bom governante o que nele se mantém e mau aquele que o perde.<sup>34</sup>

O exemplo inglês, todavia, já à época florescia e foi baseado nele — e nas lições de Locke — que Montesquieu, que não se iludia com a natureza humana, conformou de forma exemplar a necessidade de o poder controlar o poder para que o poder absoluto não fosse negativo.<sup>35</sup>

Toda a teoria da separação de poderes reside neste diagnóstico desconsolado do filósofo francês, que pretendeu com a tripartição conseguir que os poderes, se autocontrolando,

---

<sup>34</sup> *As décadas de Tito Lívio* (Ed. UnB) e *O Príncipe* (Ed. Abril, 1973).

<sup>35</sup> Nabantino Ramos, em seu clássico *Sistema Brasileiro de Direito Econômico* (Ed. Resenha Tributária-IBDT), relembra a célebre frase de Lord Acton: "O poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente."

reduzissem a inata tendência do ser humano de com eles se identificar, passando a exercê-lo de forma abusiva em relação aos governados.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> "Em cada Estado existem três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Pela primeira, o príncipe ou o magistrado edita as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou revoga aquelas que já se acham feitas. Pela segunda, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, evita as invasões. Pela terceira, pune os crimes ou julga as questões dos particulares. Chamar-se-á, a esta última, o poder de julgar e a outra, simplesmente, o poder executivo do Estado.

A liberdade política, em um cidadão, é essa tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua própria segurança; e, para que se possua essa liberdade, é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer o outro.

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo se acha reunido ao poder executivo, não poderá existir a liberdade, porque se poderá temer, que o mesmo monarca ou o mesmo senado, criem leis tirânicas, para executá-las tiranicamente.

O Estado Moderno terminou consagrando as teses de Montesquieu mais do que as de Hegel, seu discípulo intelectual, mas que, por excesso de idealismo, colocava o ser humano em patamar de integridade que não pertine à sua natureza decaída ou, pelo menos, inconfiável.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Hegel, filósofo que introduziu o idealismo e que objetivou criar uma visão cosmogônica do mundo (*A fenomenologia do espírito*, Ed. Abril), acreditava na natureza humana, razão pela qual seu sistema de controle do poder prescindia da mútua fiscalização. Marx adotou o idealismo hegeliano para um futuro distante e inacessível, mas ultrapassou Montesquieu na desconfiança do ser hu-

---

Não existirá também liberdade, quando o poder de julgar não se achar separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário, porque o juiz será o legislador. E se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

Tudo então pereceria, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as questões dos particulares" (Capítulo VI — "Da Constituição da Inglaterra", in *Do espírito das leis*, de Montesquieu).

Qualquer Constituição deve, pois, de início, regular o exercício do poder, como forma de garantir a governantes e governados idênticos direitos e tornar ambos escravos da lei e não apenas estes.

Como, todavia, conseguir tal subordinação à lei?

---

mano, presente, formulando teoria de confronto e violência para, eliminando-o, permitir a criação do tipo ideal do porvir.

#### IV. A Separação de Poderes: A Democracia Representativa

Uma Constituição democrática deve hospedar a clássica separação de poderes *autônomos e independentes*. Os regimes políticos de exceção conhecem tal separação, mas em tais regimes a hipertrofia do Poder Executivo ou inutiliza o Poder Legislativo ou o supre temporariamente, assim como reduz sensivelmente as funções do Poder Judicante.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Pontes de Miranda escreve: "Temos de distinguir o mundo jurídico e o mundo fático. No mundo jurídico, todos os poderes públicos são independentes e harmônicos: não se pode pensar em supremacia. No mundo do fático, sim: ou porque um se eleve, por baixarem os outros, ou porque todos se elevem e um se eleve mais do que os outros pode haver supremacia. A supremacia teórica do Poder Legislativo, no mundo jurídico, daria o parlamentarismo. A supremacia do Poder Executivo, no mundo jurídico, mesmo que se trate do chamado

As democracias realmente existem nos países de Poder Legislativo forte. A hipertrofia do Executivo implica a hipotrofia do Legislativo, razão pela qual os Estados, em que tal fenômeno político ocorre, estão sempre à beira da exceção, vivendo democracia precária.

A representatividade legislativa deve permitir a adoção de regime parlamentar ou misto, mas nunca de regime presidencialista puro.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Intenso debate sobre a matéria foi desenvolvido no Simpósio "Minas Gerais e a Constituinte" patrocinado pela Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (abril/86). Nossa palestra e

---

regime presidencialista, seria ditadura disfarçada, porém, na concepção do presidencialismo, adotaram-se medidas que evitassem, quanto possível, essa hipertrofia. No Brasil, a supremacia do Poder Legislativo, no mundo fático, seria benéfica à recuperação democrática do Brasil (que, aliás, foi admirável, e prova a vocação democrático-liberal do povo); mas essa supremacia só se adquire por atos seguidos, indubitáveis, de sabedoria e de coragem. Se o conseguíssemos, não precisaríamos do parlamentarismo; ou tê-lo-emos construído, à margem da Constituição de 1946, sem a ferir — como se deu no Império" (*O Poder Legislativo*, textos, coordenação de Walter Costa Porto, Ed. Fundação Petrólio Portella e Fundação Milton Campos, 1981, p. 125).

Em nenhum país do mundo o regime presidencialista puro foi bem-sucedido, descortinando, todas as nações que o adotaram, períodos pendulares, que vão da democracia precária à ditadura e retornam à democracia precária, na falência permanente do sistema.

A América Latina, inclusive o Brasil, desde que imitou, incorretamente, o modelo americano que não é presidencialista, posto que lá o Parlamento constitui-se em poder mais forte que o Executivo, chegando até a derrubar presidentes, oferta típico exemplo do fracasso do presidencialismo, visto que os Executivos fortes atrofiaram os outros poderes e geraram, permanentemente, regimes totalitários.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho leciona: "Ao contrário do presidencialismo, que é uma criação racional, o parlamentarismo é fruto de longa evolução histórica. Sua matriz foi a vida política britânica, no século XVIII.

---

as intervenções do coordenador, Professor José Alfredo de Oliveira Baracho, dos debatedores Cantídio Dias de Freitas e Aloizio Gonzaga de Andrade Araújo e dos demais intervenientes foram coletaneadas em publicação do mesmo título e editadas pela Casa Legislativa Mineira, estando inseridas nas ps. 179 a 245.

Nas Casas Legislativas, portanto, encontra-se a verdadeira representatividade de uma Nação.<sup>41</sup>

Arend Lijphart, em seu estudo sobre as democracias estáveis do mundo de 1945 a 1984, encontrou apenas 21 países que não sofreram solução de continuidade no exercício democrático (Estados Unidos, Canadá, Austrália,

---

<sup>41</sup> Pinto Ferreira ensina: "O parlamentarismo significa estabilidade política, assinala Hermes Lima, e esta é sinônimo de normalidade política, de funcionamento correto das instituições, de senso militante de legalidade, da ausência de medidas de exceção, de ambiência propícia ao amadurecimento, por via democrática, dos princípios e valores consagrados em uma Constituição. Nenhum regime político-constitucional poderá ter continuidade e existência correta se as leis magnas não encontrarem o apoio, nem forem suplementadas pela opinião pública, pelos costumes, pela educação pública, pela disposição cívica do culto permanente da legalidade" (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 57, p. 127).

---

A formação do parlamentarismo parte da monarquia limitada instaurada pela Revolução de 1688, i.e., da divisão de poderes onde ao monarca se reservava a administração, a defesa e a política estrangeira, enquanto o Parlamento detinha a legislação e a tributação" (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 57, p. 142).

Itália, França, Israel, Alemanha, Suécia, Suíça, Noruega, Japão, Holanda, Bélgica, Finlândia, Áustria, Luxemburgo, Dinamarca, Nova Zelândia, Reino Unido e Islândia), sendo, pois, 20 parlamentaristas e um de sistema misto (americano). Não localizou, o renomado cientista, um país presidencialista puro.<sup>42</sup>

Na futura Constituição, portanto, deve-se escolher a melhor forma de o povo ser representado, razão pela qual entendemos que apenas se poderia obter tal desiderato através do Parlamentarismo puro (ideal) ou do sistema misto de governo (menos ruim que o Presidencialismo puro), para que o Poder Executivo fique subordinado ao Poder Legislativo, sem assumir suas funções, mas executando as linhas normativas outorgadas pelo Congresso.

No Parlamentarismo puro, em se adotando o voto distrital, de um lado, assim como o direito de o poder moderador, do outro, dissolver a Casa Legislativa, o povo controlaria o Congresso que elegeisse, o Congresso controlaria o Gabinete que escolhesse e o poder moderador (no Brasil seria o Presidente) controlaria o Congresso, na medida em que este não

---

<sup>42</sup> *Democracies*, Ed. Yale University Press, 1984.

poderia exercer, sem limites, seu direito de constituir e desconstituir Gabinetes, posto que, se o fizesse inúmeras vezes, o Presidente da República poderia dissolvê-lo.

Desta forma, não só o eleitor, pelo voto distrital, conheceria seu representante, podendo cobrar-lhe atuação parlamentar adequada ou não reelegê-lo, se não cumprisse as promessas eleitorais, como o Presidente da República, se um Congresso não ofertasse estabilidade suficiente aos Gabinetes, derrubando-os sucessivamente, poderia consultar novamente o povo para perguntar-lhe se aquele Parlamento continuava a merecer sua confiança, já que os Gabinetes que constituíra terminavam por não merecer a confiança do Congresso.<sup>43</sup>

Por esta razão, se diz, com propriedade, que o Parlamentarismo é o “governo da responsabilidade a prazo incerto”, posto que este só se manterá se responsável, e o Presiden-

---

<sup>43</sup> Celso Ribeiro Bastos, no VII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, em sua palestra pronunciada no dia 27.11.86, em Maceió, realçou a superioridade do sistema parlamentarista sobre o presidencialista à luz dos aspectos no texto mencionados.

cialismo é o “governo da irresponsabilidade a prazo certo”, em face de que, uma vez eleito, o Presidente da República deve permanecer no poder, mesmo que incapaz, até o fim do mandato ou ser derrubado, por meio de golpe ou revolução.

O Presidencialismo, por confundir na figura do presidente a chefia do Estado e do Governo, não possui alternativas institucionais para as crises políticas, enquanto o Parlamentarismo tem mecanismos constitucionais para equacionar tais crises, sem rupturas da ordem e da lei.

Se de todo impossível a adoção do parlamentarismo puro, para que a democracia se estabilize no país, necessário se faz o fortalecimento do Legislativo, a adoção do voto distrital e o controle permanente pelo Congresso dos atos do Executivo, podendo inclusive interferir na indicação de Ministros (aprovação de seus nomes pelo Senado) e reduzir a delegação de funções legislativas ao Presidente, para que não se transforme este no verdadeiro criador das leis, que hoje é.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> No livro *O Poder*, analisamos o problema no capítulo intitulado “O poder representativo” (ps. 41-45, Ed. Saraiva, 1984).

Só haverá democracia estável se a representatividade popular for concentrada nas Casas Legislativas e se as obrigações hoje pertinentes ao Poder Executivo forem consideravelmente reduzidas. A redução de seus poderes implicaria redução na força da tecnocracia, hoje a verdadeira origem de todos os descompassos nacionais.<sup>45</sup>

Acresce-se o fato de que nas democracias consensuais, como é o caso do Brasil, em que o pluripartidarismo é a nota dominante, diferentemente da Inglaterra ou Estados Unidos, em que o modelo majoritário é a regra (bipartidarismo), a representatividade dos segmentos nacionais, mesmo os minoritários, só poderá ocorrer através de um Legislativo fortalecido, onde, fatalmente, desemboquem as aspirações populares, de forma mais sensível

---

<sup>45</sup> Alvin Tofler denomina a classe dos burocratas de "cesta de integradores". Em seu livro *A terceira onda*, mostra que os integradores geram sempre novos integradores, que, a título de tudo controlarem, se multiplicam e inviabilizam o desenvolvimento natural dos países, em sua conformação política, econômica e social.

e aferível, do que nos gabinetes fechados dos tecnocratas.<sup>46</sup>

Em uma nova Constituição, a sorte da democracia estará vinculada ao fortalecimento do Poder Legislativo e enfraquecimento do Poder Executivo. Caso contrário, a futura lei maior terá o mesmo destino das demais Constituições presidencialistas, ou seja, vida curta.

---

<sup>46</sup> Arend Lijphart, no livro *Democracies*, apesar de reconhecer menor duração nos gabinetes das democracias consensuais, pela multiplicação partidária, conclui que nestas há maior participação popular e mais acentuada vivência democrática que no modelo de Westminster (democracia majoritária).

## V. A Separação de Poderes: O Poder Executivo

Se o sistema adotado for o parlamentarista, o Governo será formado pelo Parlamento, e o Presidente da República — já que o Brasil não voltará ao sistema das Monarquias Constitucionais —, será o chefe do Estado e o Poder Moderador.<sup>47</sup>

A Constituição de mais longa vida que o Brasil já teve, reconhecia na figura do Imperador o Poder Moderador e, embora o parlamentarismo tenha sido introduzido depois — e ofertou o mais largo período de estabilidade —, sua figura pairava acima dos conflitos

---

<sup>47</sup> As monarquias constitucionais dominam hoje, como mostra Lijphart, os países de democracia mais estável (Inglaterra, Suécia, Noruega, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Japão), a que se acrescenta a Espanha.

naturais entre as correntes políticas e as ambições pessoais.<sup>48</sup>

Se não, continuará cabendo ao Presidente da República a chefia da Nação e do Governo.

Só haverá democracia se o Presidente da República tiver reduzido suas funções. Não deveria poder legislar, sobretudo, por decretos-leis na extensão que o faz hoje, reduzindo o Parlamento a simples Casa de tertúlias acadêmicas. Nem poderia bloquear o acesso ao Supremo Tribunal Federal das petições que argüirem inconstitucionalidade das leis ou decretos-leis federais, através de seu advoga-

---

<sup>48</sup> Pelo art. 98 da Constituição Imperial de 1824, o Imperador era chefe do Poder Moderador e, pelo 102, do Poder Executivo, antes da introdução do parlamentarismo, ambos assim redigidos:

“Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos.”

“Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus ministros de Estado.”

do maior, que é o Procurador-Geral da República.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Atualmente, com base no art. 55 da E.C. n.º 1/69, o Presidente, *a título de tudo considerar como de segurança nacional*, prescinde do Congresso Nacional para impor legislação ao povo. Não percebe o supremo mandatário da Nação que o conceito de “segurança nacional” tem seu perfil jurídico já definido pelo Supremo Tribunal Federal, que é menos abrangente que o defendido pela Escola Superior de Guerra. Já escrevemos sobre a matéria que

“Um terceiro aspecto diz respeito ao conceito de segurança nacional, que só pode ser aquele, menos amplo, albergado por decisão pretoriana e assim expresso por seu relator, Ministro Aliomar Baleeiro (D.O.U. de 28.6.68, p. 2.460, RE 62.731): “O conceito de segurança nacional não é indefinido e vago e nem aberto ao discricionarismo do Presidente ou do Congresso. Segurança Nacional envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, das instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial, próximo ou sensato”, e não o de amplidão infinita, consagrado pela Escola Superior de Guerra, o qual está assim descrito:

“O grau relativo de garantia, que, através de ações políticas, econômicas, psicossociais e milita-

O Presidente da República não poderá ser, por outro lado, como hoje é, simultaneamente Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, uma espécie de monarca absoluto em versão alcançada.

Para isto, haveria necessidade de qualificação e quantificação de suas funções, ofertando-se o direito ao Congresso Nacional de ouvi-lo, se a maioria absoluta assim o desejasse, ressalvados aqueles assuntos que considerasse o Parlamento de interesse nacional.

O orçamento federal deveria ser submetido por inteiro (fiscal, monetário e das estatais) ao Congresso e, durante o exercício fiscal, não poderia, salvo em casos excepcionais

---

res, o Estado proporciona, em determinada época, à nação que jurisdiciona, para a consecução ou manutenção dos objetivos nacionais, a despeito de antagonismos ou pressões, existentes ou potenciais" (*Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 21, p. 79).

Pelas referidas exposições, percebe-se, à saciedade, que a conformação conceitual da lei maior terá que ser, necessariamente, jurídica, como preceitua Aliomar Baleeiro e não política, como enuncia a Escola Superior de Guerra" (*Curso de Direito Empresarial*, Módulo Direito Econômico, Ed. IASP/CEJUP, vol. I, ps. 18-19).

também descritos no texto maior (guerra, calamidade pública, por exemplo), modificá-los ou ultrapassá-los, sob pena de responsabilização pessoal.<sup>50</sup>

O Poder Executivo deveria ser, como o é nas democracias parlamentares civilizadas, órgão de execução das deliberações congressuais e nunca, como no Brasil, o senhor da vida e da morte de tudo o que diz respeito à nacionalidade.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> A atual Constituição consagra a responsabilidade objetiva da União, em seu art. 107, com o seguinte discurso:

“Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único: Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.”

<sup>51</sup> Pode o Presidente da República legislar por decretos-leis e leis delegadas, arts. 52 e 55 da E.C. n.º 1/69, assim redigidos:

“Art. 52. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas.”

“Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: I — segu-

As finalidades essenciais do Estado são: ofertar segurança pública, defesa externa, administração de justiça e propiciar recursos para melhoria do sistema educacional, de previdência, assistência social e saúde. A estas finalidades deveria se ater o Presidente da República, seguindo estritamente o ordenamento jurídico estabelecido pelo Poder Legislativo.

O princípio, portanto, que deveria dominar a futura lei maior seria o de que só o que a Constituição permitisse ao Poder Executivo executar, estaria em sua competência e nada mais, cabendo ao Poder Legislativo, salvo mí-

---

rança nacional; II — finanças públicas, inclusive normas tributárias; e III — criação de cargos públicos e fixação de vencimentos”; e impedir que o STF conheça de argüições de inconstitucionalidades pelo art. 119, letra l, assim redigido:

“Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I — processar e julgar originalmente:

.....  
1) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;”...

nimas exceções, as outorgas legislativas ordinárias a serem executadas pelo Presidente.

SEM sensíveis restrições aos poderes absolutos que detém o Presidente da República na atualidade, impossível será o retorno à democracia estável, como os fatos da atualidade estão a demonstrar.

## VI. A Separação de Poderes: O Poder Judiciário

É o Poder Judiciário o mais relevante poder do país, visto que é o único capaz de julgar os demais.

Não formula a lei, mas a faz cumprir, sempre que violada e provocado.

No Brasil, o Poder Judiciário está restrito à função linear da administração de justiça. Embora relevante a função, é insuficiente. Sobre ter poucos recursos, não obstante a excelência dos homens que o compõem, só pode exigir o cumprimento das leis quando provocado e raramente é provocado no tempo devido, em face dos mecanismos constitucionais da atualidade, que obstaculizam seu célere pronunciamento sobre os grandes desvios legislativos e as inconstitucionalidades perpetradas pelo Poder Executivo.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> A criação do IOF (Dec-lei n. 1.783/80) sobre operações cambiais em 1980, com exigência no pró-

Uma Nação apenas será forte se tiver um Poder Judiciário forte.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, em que o direito surgiu do povo e em que a *common law* ainda hoje exerce preponderante papel na conformação da norma, o Poder Judiciário esculpe o perfil do direito aplicado à realidade de forma admirável, se comparado com o dos países de tradição romana, em sua concepção judiciária.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> A instabilidade do direito brasileiro decorre, como mostrou Cezar Saldanha em *A crise da democracia brasileira* (Ed. Forense), no ter sido sempre outorgado do governo para o povo e não ter nascido do povo para o governo. No mesmo sentido, escrevemos "Reflexões sobre o constitucionalismo brasileiro" (*Revista de Direito Constitucional* n.º 4, ps. 318-326).

---

prio exercício da promulgação legislativa, e do FIN-SOCIAL em 1982 (Dec.-Lei n. 1.940/82) em idênticas circunstâncias, levou o Supremo Tribunal Federal a considerar, anos depois, inconstitucionais ambas as exigências para aqueles exercícios. A falta de mecanismos de proteção dos cidadãos, poucos foram os que discutiram a ilegal imposição e o Governo Federal, protegido por seu advogado maior (Procurador-Geral da República), exigiu e obteve tributo ilegalmente criado e imoralmente exigido.

2008-9

Hart, inclusive, admite que a perfeição legislativa é impossível, visto que nenhuma lei é capaz de regular todas as hipóteses, cabendo ao Poder Judiciário sua adequação à realidade ao produzir a integração normativa. O próprio Kelsen, formalista incansável e propugnador de um campo próprio e incontaminado para a Ciência do Direito, rendeu-se à função integrativa da jurisprudência em seu mais clássico livro.<sup>54</sup>

Por esta razão, propugnamos que o Poder Judiciário seja constituído a partir de tríplice função judicante.

Manter-se-ia a atual, qual seja, a da administração da justiça, em duplo grau de jurisdição. A justiça só poderia ser realizada em duplo grau. Os recursos ao Supremo Tribunal Federal apenas seriam admitidos para a uniformização do Direito, sem preocupação de distribuição de Justiça.

Paralelamente, haveria um ramo do Poder Judiciário dedicado aos temas Constitucionais, vale dizer, qualquer cidadão ou insti-

---

<sup>54</sup> *The concept of law*, Ed. Clarendon, 1961; e *Teoria Pura do Direito*, Ed. Armênio Amádio, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra.

tuição poderia provocar o Poder Judiciário, por suas cortes constitucionais, para impugnar atos atentatórios à ordem jurídica e praticados pelos poderes e autoridades constituídas.<sup>55</sup>

Tais cortes poderiam estar divididas em cortes de derivação para exame de violações por parte de poderes estaduais e municipais ou cortes federais, dedicadas ao exame das violações por parte das autoridades federais.

A escolha de seus membros seria sempre por indicação, em lista tríplice, do Poder Judiciário, com escolha de um nome da relação pelo Poder Executivo e aprovação pelo Senado do nome escolhido — processo indicado hoje, aliás, para a composição dos tribunais superiores regionais, embora sem aprovação legislativa —, quando não por juizes de carreira promovíveis por antigüidade ou merecimento. Nos Estados caberia à Assembléia Legislativa a aceitação do nome.

As cortes constitucionais, portanto, permitiriam que celeremente pudesse o Poder Ju-

---

<sup>55</sup> José Luiz Anhaia Melo, em seu livro *Da Separação dos Poderes à Guarda da Constituição* (Ed. Revista dos Tribunais, 1986), hospeda idêntica solução.

diciário reagir às violações da ordem jurídica praticadas pelo governo, estancando processo nocivo à nacionalidade e não permitindo que as infringências oficiais retirassem a autoridade da lei, fundamento do Estado de Direito.

Embora ainda de pouca tradição, a Itália e a Alemanha já adotaram o salutar esquema judicante.

Tais cortes apenas cuidariam de representações argüindo inconstitucionalidades, afastando o Procurador-Geral da República de tais funções que, de rigor, na atualidade não exerce.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Obtivemos, quando patrocinando em nome da OAB, argüição de inconstitucionalidade do decreto que elevou as custas judiciais estaduais, cobradas como preço público, pois entendíamos, no que o entendimento hospedado foi pelo Supremo Tribunal Federal, que eram tributos da espécie taxa. A representação, todavia, ocorreu, posto que a matéria era de âmbito estadual e não federal. A matéria foi reproduzida em nosso livro *A natureza jurídica das custas judiciais*, escrito em co-autoria com Marco Aurélio Greco, José de Castro Bigi, Hamilton Dias de Souza e Yonne Dolácio de Oliveira. A mesma sorte não tivemos quando argüimos a inconstitucionalidade da lei que criou o Banco Meridional, representação arquivada pelo

Por outro lado, o Procurador-Geral da República seria, uma vez escolhido, não demissível até o fim do governo, salvo por falta grave.

ATRT  
6

Por fim, transformar-se-iam os Tribunais de Contas de órgãos de assessoria do Poder Legislativo para órgãos do Poder Judiciário, com o direito de executar as suas decisões. Tornar-se-iam, portanto, os Tribunais de Contas verdadeiro poder responsabilizador dos atos do Poder Executivo e Legislativo.

Esta terceira vertente do Poder Judiciário reduziria sensivelmente a absoluta irresponsabilidade que o atual sistema propicia, obrigando as autoridades a profunda reflexão na prática de todos os seus atos.<sup>57</sup>

Finalmente, o defensor do povo poderia surgir, mas como órgão do Poder Judiciário,

---

<sup>57</sup> Em nosso estudo *A separação de poderes* (Ed. PrND e IASP, 1985), procuramos conformar os Tribunais de Contas neste papel de maior relevância, própria de muitos países desenvolvidos.

---

excelentíssimo senhor Procurador-Geral da República.

como o é o Ministério Público, com o que se fortaleceriam as garantias do cidadão.

O Supremo Tribunal Federal seria a instância definitiva e última para todas as divergências, nas 3 áreas de atuação do Poder Judiciário, sempre que se fizesse necessária a uniformização do Direito aplicado.

## VII. A Federação

Os países de grande extensão territorial exigem o sistema federativo, ou seja, a descentralização do exercício do poder.<sup>58</sup>

Os entes federados no Brasil (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) necessitam, para exercer suas funções, de tríplice autonomia, a saber: política, financeira e

---

<sup>58</sup> Neste sentido, Miguel Colasuonno e nós mesmos coordenamos o Caderno n.º 3 de *Estudos sobre o Amanhã*, sob o título de "A desconcentração econômica no Brasil", com a colaboração de Alberto Tamer, Donaldo Sebastião Toledo Piza, Edvaldo Brito, Geraldo Ataliba, Geraldo de Alencar, Hugo de Almeida, Ives Gandra da Silva Martins, Luiz Loreti Netto, Miguel Colasuonno, Nilson Holanda, Paulo Dante Coelho, Paulo Kazuaki Muranaka, Roberto Cavalcanti de Albuquerque, Vicente da Costa Silva, Walfrido Salmito Filho e Wilson Abrahão Rabahy, considerando estar na essência da Federação a descentralização (1978, co-edição GESA/IMEPA/Ed. Resenha Universitária).

administrativa. A evidência, tal autonomia não pode ser absoluta, posto que, se lhes for ofertada, poderá acarretar graves distorções intestinas e crises insuperáveis.<sup>59</sup>

A Constituição deve oferecer as fronteiras dessa autonomia para que a Nação, como um todo, não possa ser prejudicada.

A Constituição deve discriminar os campos específicos de atuação de cada ente federado, assim como deixar à sua discricionariedade aqueles que compõem as denominadas áreas de peculiar interesse.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Fábio Leopoldo de Oliveira, em seu estudo para o 2.º Congresso Interamericano de Direito Tributário, 1975, que foi por nós coordenado, intitulado *O problema das competências tributárias e das discriminações de renda em face das exigências do Estado Moderno* (Ed. CEEU, Asociación Interamericana de la Tributación, Conjunto Universitario Cândido Mendes e Ed. Resenha Tributária), realça a necessidade de um planejamento orgânico para a descentralização, a fim de que se evitem conflitos desnecessários e o caos administrativo.

<sup>60</sup> A atual Constituição hospeda a tríplice autonomia, mas de forma limitada. Exemplo típico é o disposto no art. 15 da E.C. n.º 1/69, com o seguinte discurso: "Art. 15. A autonomia municipal será assegurada: I — pela eleição direta de prefeito, vice-prefeito e vereadores, realizada simul-

Regras, todavia, devem ser materializadas no campo tributário, orçamentário, financeiro-monetário e até mesmo administrativo, impondo limites à contratação de funcionários em função do número de habitantes.<sup>61</sup>

Grande parte do descompasso nacional reside na inexistência de tais limites constitucionais, com o que os interesses eleiçoeiros de governantes, não poucas vezes, desequilibram os orçamentos necessários para a consecução das finalidades comunitárias.

No campo de atuação do Estado, na forma federativa, é preferível a regra da discriminação rígida, até por lei complementar, das funções e atribuições dos entes federados, assim como os limites de seu poder de des-

---

<sup>61</sup> Nova York tem menos funcionários públicos que as capitais dos Estados do Nordeste.

---

tâneamente em todo o País; II — pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; e b) à organização dos serviços públicos locais.”

perdício. A outorga de liberdade plena é indesejável, pois termina por afetar a todos os cidadãos. Isto porque a Federação implica necessidade maior de recursos, em face da tríplice imposição, com o que, pela atuação do poder, sofre o cidadão mais o peso do Estado do que aqueles indivíduos situados em países de poder centralizado.<sup>62</sup>

A garantia do cidadão contra os excessos federativos deve estar esculpida na Constituição ou nos limites que são impostos, pela lei complementar, à atuação dos entes federados.

---

<sup>62</sup> Na série *O Espírito Santo e a Constituinte*, vol. 7, Ed. Rede Globo do Espírito Santo, analisamos, em maior profundidade, o nível de pressão da Federação brasileira.

## VIII. Os Limites da Atuação do Estado

O texto maior deve possuir limites à atuação do Estado, única forma de os detentores do poder não transformarem-no em poder despótico.

Desde que John Maynard Keynes ofertou perfil, hoje fartamente contestado nos mais variados cenários, de intervenção crescente do Estado na Economia para planejá-la e dirigi-la, que a inflação oficial decorrente de sua menor eficiência, como empresário, e dos ônus que acrescenta à iniciativa privada, como interventor, passou a ser dominante em todas as economias, muitas vezes apenas amordaçada pela manutenção de acentuado *deficit* público, como é o caso americano.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Alain Barrere (*Teoria Econômica e Impulso Keynesiano*, 2 vols., Ed. Fundo de Cultura) enal-

Embora não seja o texto constitucional aquele ideal para incorporar os princípios de determinada corrente econômica, não obstante a onda neoliberal que invade o mundo ocidental e oriental, pela falência do estruturalismo, do planejamento econômico absoluto e da socialização da economia, mister se faz definir neles os limites da atuação do Estado.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> O Caderno n.º 1 de *Direito Econômico*, albergando trabalhos de Attila de Souza Leão Andrade Júnior, Edvaldo Brito, Eros Roberto Grau, Fábio Nusdeo, Geraldo de Camargo Vidigal, Ives Gandra da Silva Martins, Jamil Zantut, José Carlos Graça Wagner, José Tadeu de Chiara, Luiz Felizardo Barroso, Raimundo Bezerra Falcão, Roberto Rosas e Washington Peluso Albino de Souza, e por nós coordenado (Ed. CEEU/Resenha Tributária, 1983), intitulado *Disciplina Jurídica da Iniciativa Econômica* apresenta alternativas para delimitar, inclu-

---

tece a teoria de Keynes a partir dos áureos anos da Economia de pós-guerra, em que o custo ridículo da energia corrigia o peso dos desperdícios gerados pela burocracia. Apenas após o 1.º choque do petróleo é que toda a teoria keynesiana principiou a ser repensada, como Milton e Rose Friedmann analisam em seu *A liberdade de escolher* (Ed. Record, 1980).

Do ponto de vista tributário, a carta deve conter o espaço total e intransponível da atuação dos diversos entes tributantes, ideal sendo a rígida discriminação de competência impositiva, de um lado, e nítida garantia dos direitos do contribuinte, do outro. O projeto preparado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo e ABDF, à época que o presidíamos e que foi simultaneamente, com pequenas alterações, aceito pela Comissão Afonso Arinos, Congresso Nacional da OAB em Belém, VIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional de Maceió, II Congresso Brasileiro de Direito Tributário de São Paulo e CECAM (Subcomissão de Estudos Constitucionais e Assessoramento do Município de S. Paulo), poderia servir de base (v. texto I).

Preferimos, todavia, o texto original do IASP (texto anexo), apenas eliminando o ICM e o ISS e os substituindo pelo imposto sobre valor agregado a que denominamos de ICMS. Haveria, na hipótese, partição da carga tributária para União, Estados e Municípios, à

---

sive na Constituição atual, o ingresso do Estado no processo produtivo.

semelhança do sistema adotado por diversos países europeus e pela Argentina.<sup>65</sup>

Por outro lado, o orçamento das estatais deveria estar submetido ao Congresso Nacional, assim como sua gestão aos Tribunais de Contas, enquanto órgão do Poder Judiciário. Tal orçamento deveria ser oferecido, como já apresentamos, simultaneamente, com o monetário e o fiscal. Seria, portanto, unificado.

Do orçamento monetário submetido constariam as novas propostas de obtenção de recursos externos, para que autorização congressional houvesse, se para atender necessidades da administração direta ou indireta (autarquias, fundações, empresas estatais e sociedades de economia mista).

---

<sup>65</sup> A Comissão do IASP e da ABDF que elaborou o anteprojeto foi constituída por Alcides Jorge Costa, Carlos Alberto Longo, Carlos da Rocha Guimarães, Geraldo Ataliba, Gilberto de Ulhôa Canto, Gustavo Miguez de Mello, Hamilton Dias de Souza, Ives Gandra da Silva Martins, Mario Caldeira de Andrade, Marco Aurélio Greco e Ruy Barbosa Nogueira e a da CECAM por Cássio de Mesquita Barros Júnior, Celso Ribeiro Seixas Bastos, Cláudio Antonio Mesquita Pereira, Hamilton Dias de Souza, Hely Lopes Meirelles e Ives Gandra da Silva Martins.

A supressão de direitos individuais só seria possível com autorização parlamentar, assim como a decretação de estado de sítio ou de emergência.<sup>66</sup>

O Poder Executivo só teria o direito à proposição de projetos no campo orçamentário, podendo, não de forma exclusiva, ter a iniciativa legislativa, no mesmo nível das lideranças partidárias.

O decurso de prazo para projetos em regime de urgência deveria ser retirado, como faculdade legislativa, não sendo possível, por outro lado, a alteração de legislação codificada, a não ser por lei complementar.

Tais alternativas exigiriam do Executivo um diálogo maior com o Legislativo e, portanto, a formulação de política que atenderia mais às diversas conjunturas que o pluralismo democrático fatalmente termina por gerar.

---

<sup>66</sup> Durante a Guerra de Secessão nos Estados Unidos, houve proposta para que os direitos e garantias individuais fossem suspensos, tendo o Parlamento americano a rejeitado. A matéria foi amplamente debatida no Ciclo de Palestras sobre a Constituinte promovido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo e a USIS, em 1986, com a presença de inúmeros constitucionalistas estadunidenses.

## **IX. Os Direitos Individuais (Políticos, Pessoais, de Trabalho e Propriedade)**

Os direitos individuais são transconstitucionais.<sup>67</sup> A atual Constituição possui 4 títu-

---

<sup>67</sup> Luís Carlos de Azevedo escreve: "Acompanhando esta seqüência, examinemos o que nos esclarece Victor Cathrein: distingue ele o "juiz superior, que é ao mesmo tempo legislador", e os demais juizes, funcionários do Estado, incumbidos, por este, de decidir as causas segundo as leis vigentes.

O legislador, ao estabelecer as leis para os cidadãos, deve fazê-lo de conformidade com o Direito Natural; e se ele é um legislador autêntico, consciente de sua árdua missão, assim procederá, mesmo que não esteja cogitando do Direito Natural no momento de elaborar a lei positiva específica; porque agirá naturalmente, isto é, de acordo com aquelas tendências e inclinações da natureza humana a que nos referimos anteriormente; agirá imbuído de um sentimento jurídico natural que o

los. O primeiro da organização nacional diz respeito à federação (forma de Estado), à república (forma de governo), às áreas de competência das entidades federativas, ao sistema tributário e aos 3 poderes. Os 3 outros são dedicados aos direitos individuais, o primeiro à declaração dos direitos de cidadania, políticos e pessoais e às eventuais repressões, o segundo à ordem econômica e social e o terceiro à família, educação e cultura.

A nossa Constituição, portanto, consagra as duas ordens de princípios a que nos referimos no início deste estudo, ou seja: os direitos do Estado e os mecanismos de seu controle e os superiores direitos dos cidadãos e residentes para quem a lei maior é constituída.

---

levará a discernir o que é bom e o que é mau, para determinar, em seguida, o que é permitido e o que é proibido. E a lei positiva resultará, assim, de seu prudente critério e de sua aptidão racional; da lei natural, enfim. Mas se, ao contrário, esta norma positiva se colocar em contradição com as exigências da justiça natural, e se afrontar a lei moral, não será, então, senão uma amostra enganosa da lei" ("Função da Jurisprudência nos conflitos entre a lei natural e a lei positiva" em *Caderno de Direito Natural* n.º 1, coordenação geral nossa, Ed. CEJUP/CEEU, ps. 34-35, 1985).

A maior parte dos princípios, todavia, são programáticos, vale dizer, ainda não implantados, principalmente no concernente à ordem social.

Os direitos fundamentais são: à liberdade, à vida, ao trabalho e à propriedade.

Tais direitos são naturais e transcendem à capacidade do Estado de criá-los. Este pode tão-somente regulá-los para que se harmonizem à ordem social justa.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> Walter Moraes ensina: "A lei positiva é a lei da dimensão histórica. Seu campo é o da historicidade. Não é universal, portanto. Ocorre no espaço e no tempo. É, isto sim, produto de operações lógicas livres, num composto de artefatos lógicos. É, pois, criação do homem. Refere-se à ordem dos meios; logo, tem de ajustar-se à ordem dos fins que é a lei natural, sob pena de, como capricho irracional, perder o caráter de lei. Não tem força nem natureza de lei e, pois, não obriga, quando contraria a lei natural. Neste caso, porém, se tal imperativo, por coação, sujeitar o homem, torna-se força opressora e gera a desobediência, a resistência e a rebelião legítima.

Justifica-se a lei positiva como direito verdadeiro, porque a lei natural não faz mais do que marcar a ordem fundamental do justo, deixando à liberdade humana eleger os meios convenientes a satisfazerem sua tendência aos fins do homem.

Neste campo, pouco deverá a nova Constituição inovar. Deverá manter os princípios inerentes às quatro vertentes mencionadas, para que o destinatário da ordem jurídica suprema seja atendido, ou seja, a pessoa humana.

À evidência, entre tais direitos está o do cidadão, livremente, escolher sua profissão, ofício ou trabalho, constituir sua família, ter os filhos que desejar, com proteção ao mais indefeso dos indivíduos, que é o nascituro, garantindo-se a educação, o acesso à cultura e

---

Justifica-se, no mais, porque o título e a medida do justo positivo são título e medida verdadeiros do justo.

A lei positiva não constitui derivação necessária da lei natural, senão derivação opcional já que pressupõe uma eleição entre diversas possibilidades normativas. Se uma regra positiva derivasse necessariamente da lei natural, sem possibilidade de outra opção, seria, já então, regra natural e não positiva.

É importante observar ainda que a lei natural comporta um sistema de garantias da sua eficácia, que é um sistema positivo e é o que se aplica também ao direito natural" ("A lei natural não exclui a lei positiva" em *Caderno de Direito Natural* n.º 1, Ed. CEJUP/CEEU, ps. 16-17).

a proteção à saúde e previdência, funções únicas a que o Estado deve se dedicar.<sup>69</sup>

Para tanto poderia retirar-se do Estado o papel de empresário, pois que malversa os recursos obtidos do povo, principalmente, através de tributos, com o que se reduziria a carga tributária e a pressão inflacionária de que é o principal gerador, passando a participar da empresa privada, através da imposição fiscal, sem necessidade de assumir seus ônus gerenciais, posto que mau gerente aqui e em outros países.

Com mais recursos disponíveis, apesar de menor a carga tributária, sobre gerar mais desenvolvimento e empregos, poderia melhor aplicá-los em suas finalidades essenciais, que são segurança interna e externa, administração de justiça, saúde, previdência e educação.

---

<sup>69</sup> A atual Constituição tem o seu art. 153 com a seguinte dicção no *caput*: "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...", estando o § 23 assim redigido:

"§ 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer."

## X. A Ordem Econômica e Social

O último ponto a ser tratado diz respeito à ordem social e econômica.

As leis naturais da Economia têm demonstrado que os países que as aceitam progredem mais do que aqueles que as querem aprisionar. Dos 10 maiores PNBs do mundo, oito países exteriorizam economias de mercado que se adaptam às naturais leis de mercado. Apenas dois são de economia planejada absoluta, mas já em franco processo de reversão, com abertura à iniciativa privada (China e Rússia).<sup>70</sup>

O "Institute for World's Economics da Academia de Ciências de Budapeste", em suas

---

<sup>70</sup> O n.º 54 da Revista *Economic Impact*, dedicada ao Sistema Monetário Nacional e ao Comércio Internacional, oferta excelente quadro de melhores alternativas e opções ofertadas pelas economias de mercado do que aquelas inteiramente planificadas.

diversas publicações (*Development and Peace, Trends for Economic* e outras), tem adotado crítica posição à planificação global da Economia, em muitos dos escritos que divulga, em face dos problemas inumeráveis que gera.

A falta de liberdade empresarial, pela monopolização do Estado, restringe a liberdade sindical e culmina na eliminação do competitivismo democrático.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> Os n.ºs 2, 3 e 4 do *Caderno de Direito Econômico*, dedicados aos temas "Disciplina Jurídica da Moeda e do Crédito", "Disciplina Jurídica da Concorrência" e "Disciplina Jurídica do Capital e do Trabalho", respectivamente, e com trabalhos de Agostinho Toffoli Tavoraro, Carlos Renato de Azevedo Ferreira, Dejalma de Campos, Eurico Korff, Geraldo de Camargo Vidigal, Ives Gandra da Silva Martins, Jamil Zantut, Luiz Felizardo Barroso, Luiz Olavo Baptista e Wagner Pires de Oliveira (n.º 2); Alberto Venâncio Filho, Almir de Lima Pereira, Attila de Souza Leão Andrade Júnior, Carlo Barbieri Filho, Carlos Francisco Magalhães, Ives Gandra da Silva Martins, Luiz Felizardo Barroso, Luiz Olavo Baptista, Marcos Paulo de Almeida Salles, Sérgio Marques da Cruz e Sinval Antunes de Souza (n.º 3); Amauri Mascaro Nascimento, Cleone Heringer, E. Joulent Pauli, Fábio Nusdeo, Felix Ruiz Alonso, Ives Gandra da Silva Martins, Marcos Paulo de Almeida

A vocação do Estado não é ser empresário. Quando o é, é sempre mau empresário.

A futura Constituição Nacional deveria reduzir, se não eliminar, qualquer participação estatal na iniciativa econômica. A liberdade de iniciativa cabe aos cidadãos e residentes, sendo missão do Estado apenas velar para que o abuso do poder econômico não ocorra.<sup>72</sup>

*Problemas*  
<sup>72</sup> José Nabantino Ramos, em seu livro *Sistema Brasileiro de Direito Econômico* (p. 209, Ed. Resenha Tributária/IBDT, 1977), denominando o sub-ramo do direito econômico que cuida da repressão ao abuso do poder econômico de "direito disciplinar", escreve: "A liberdade de iniciativa econômica assenta sobre o pressuposto da concorrência. Somente esta, mesmo com imperfeições, tem o poder de evitar ou atenuar a dominação do mercado por um ou por alguns produtores e conseqüentemente a exploração dos consumidores, seja pela elevação desmedida dos preços, seja pela ausência de qualidade nos produtos. Não há outra forma, na economia de mercado, de conter esses abusos e de jus-

Salles e Octávio Bueno Magano (n.º 4), realçaram as suficiências dos sistemas livres e as insuficiências dos sistemas de planificação global, pela maior capacidade de adaptação daqueles sobre estes aos desafios nacionais e internacionais.

Desta forma, a intervenção do Estado, em sua tríplice dimensão (regulatória, concorrencial e monopolística) apenas poderia ser admitida, em nível profilático e excepcional, após expressa autorização do Senado.<sup>73</sup>

Fora destas hipóteses, não seria possível o Estado interferir na ordem econômica.

O anteprojeto que preparamos com outros juristas para a ordem econômica e social revela esta tendência, de resto, crescente em todo o mundo civilizado (v. texto II).

---

<sup>73</sup> A Subcomissão da CECAM (Comissão de Estudos Constitucionais e Assessoramento do Município de São Paulo) encarregada da Ordem Econômica e Social, que coordenamos, e constituída dos eminentes juristas Cássio Mesquita Barros, Celso Ribeiro Seixas Bastos, Cláudio Antonio Mesquita Pereira, Hamilton Dias de Souza e Hely Lopes Mello, adotou a tríplice divisão no discurso intervencionista.

---

tificar, do ponto de vista do interesse coletivo, a liberdade empresarial.

Alarga-se, desse modo, o velho conceito de agressão física, para compreender também a agressão econômica, dos mais fortes contra os mais fracos. E que passa a exigir prevenção e repressão, tanto quanto a ameaça à incolumidade física dos cidadãos."

Por outro lado, não é possível a dissociação da ordem social da econômica. Estão indissolúvelmente relacionadas.

A ordem social deve ser exteriorizada por princípios ativos, eliminados os princípios programáticos, que tendem a fazer as constituições desrespeitadas, na medida em que não são nunca implementados.<sup>74</sup>

O direito à greve, salvo em casos de serviços essenciais discriminados em lei complementar, o plurissindicalismo para evitar sindicatos políticos e incentivar aqueles defensores dos empregados, são aspectos que devem ser incorporados à lei maior, nos termos das sugestões apresentadas pelo 4.º Simpósio Nacional de Direito Econômico.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> A *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro* n.º 5 estalaja série notável de estudos sobre a ordem econômica e social, em suas diversas facetas, demonstrando a indissolubilidade dos dois aspectos, verso e reverso de uma única moeda.

<sup>75</sup> As Conclusões do 4.º Simpósio Nacional de Direito Econômico que coordenamos, tendo a participação de Amauri Mascaro Nascimento, Cleone Heringer, E. Jaulent Pauli, Fábio Nusdeo, Félix Ruiz Alonso, Ives Gandra da Silva Martins, Marcos Paulo de Almeida Salles e Octávio Bueno Magano e iniciado com a palestra do ínclito jurista Ministro

A reforma agrária poderia ser tratada a partir de solução tributária, aumentando-se a carga sobre as propriedades improdutivas

---

Carlos Mário Velloso chegou às seguintes conclusões, aprovadas em plenário:

*1.ª questão:* Qual o regime jurídico ideal para veicular a integração trabalho e capital de forma harmônica e capaz de produzir desenvolvimento econômico e estabilidade nacional?

O regime constitucional brasileiro valoriza a integração trabalho e capital a partir da liberdade de iniciativa. A livre iniciativa é ofertada a exploração das atividades econômicas. O Estado só dela pode participar, subsidiariamente, ressalvadas as expressas exceções legais e, mesmo assim, subordinadas aos estritos comandos da Constituição. O trabalho é garantido a todos, a partir dos limites mínimos que a dignidade humana exige. O abuso de poder econômico é coibido.

*2.ª questão:* Como se conforma o regime constitucional vigente no concernente ao trabalho e capital?

As deficiências do sistema não estão no ordenamento jurídico (arts. 160, 163, 165 e 170 da EC n.º 1/69), visto que a enunciação teórica constitucional, se aplicada, permitiria a valorização do trabalho, a partir do respeito aos direitos fundamentais do homem, a prevalência da livre iniciativa, a determinação das funções do Estado e a integração harmoniosa entre trabalho e capital. As deficiências são de aplicação, visto que o Estado des-

e admitindo-se o pagamento de tributos com terras. Desta forma, o Estado não teria que gastar para impor uma reforma agrária jus-

---

cumpra a Lei Maior ou a esquece, violentando-a, simultaneamente, por ação ou omissão. Por outro lado, não há adequada atuação dos participantes da sociedade na defesa desses princípios.

*3.ª questão:* Quais as deficiências do sistema, seja na enunciação teórica, seja na aplicação dos princípios constitucionais?

O regime jurídico ideal exigiria mecanismos legais que garantissem:

I.1 — no concernente ao trabalho:

- a) não intervenção do Estado nos sindicatos;
- b) livre negociação entre patrões e operários;
- c) amplo direito de greve;
- d) garantia de emprego aos líderes sindicais;
- e) plurissindicalismo;
- f) liberdade de trabalho para os que discordem das greves;
- g) contribuição sindical voluntária;
- h) participação nos lucros assegurada por lei e vinculada à efetiva participação do empregado no processo produtivo.

II.2 — no concernente ao capital:

- a) respeito à regra matriz do art. 170 da EC n.º 1/69 por parte das autoridades governamentais;
- b) limites à intervenção do Estado na Economia, que só poderia explorar diretamente atividade econômica, através de empresa de sua propriedade,

ta. Atingiria as terras improdutivas, inclusive as suas, sem correr o risco de desestruturar a produção agropecuária, por incidir sua ação sobre propriedades rentáveis, gerando gastos, para o Erário, superiores aos de uma reforma fiscal adequada.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Esta foi a linha adotada pela Subcomissão de Ordem Econômica e Social do CECAM, ao aprovar a redação ao artigo "C":

"Art. C. A União poderá, após disposição de terras públicas ociosas próprias, dos Estados, Municípios e Distrito Federal situadas na zona abrangida, promover a desapropriação da propriedade territorial rural, para fins de reforma agrária, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de remuneração compatível com a de mercado, resgatáveis no prazo de dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer

---

sem caráter monopolista, mediante lei complementar, se não fosse viável a organização do setor através de atribuição a grupo privado, sob regime de responsabilidade especial definido em lei, da gestão dos recursos mobilizados pelo Estado para determinado empreendimento econômico, de interesse nacional" (Excerto da Seção Imposto sobre a Renda, Comentário n.º 12/86, *Resenha Tributária*, ps. 232-233-234).

O certo, todavia, é que no momento em que os países socialistas abrem-se para a economia de mercado, procurando recuperar o

---

tempo, como meio de pagamento de qualquer tributo federal ou obrigação do expropriado para com a União.

§ 1.º A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões de títulos, suas características, taxa de remuneração, prazo e condições de resgate.

§ 2.º A desapropriação de que trata este artigo é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias fixadas por Comissão do Congresso Nacional, após requerimento do Poder Executivo, só recaindo sobre áreas improdutivas. Considera-se produtiva a terra cujo aproveitamento esteja compatível com os índices técnicos previstos para a região, fixados por Comissão do Congresso, com duração para cada legislatura.

§ 3.º A indenização em títulos somente será feita quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

§ 4.º Os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade sujeita à desapropriação na forma deste artigo.

§ 5.º Concomitantemente à implantação do plano de reforma agrária, a União deverá assegurar meios e condições hábeis para permitir a ex-

tempo perdido pelas escolas estruturalistas, socialistas ou de planejamento absoluto, não seria crível que o Brasil, com 40 anos de atraso, decidisse trilhar os mesmos fracassados caminhos.

A ordem econômica e social só poderá gerar desenvolvimento e pleno emprego se a iniciativa econômica ficar a cargo de empresas nacionais e estrangeiras, sob controle operacional não participativo, mas apenas regulatório do Estado.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> O processo de privatização da economia na Inglaterra e França é a demonstração de reformulação de uma política estatizante que não deu certo,

---

ploração racional da área e garantir a absorção dos produtos oriundos da implantação do plano, segundo preços de mercado"; e explicitar, na justificação de motivos, seus princípios fundamentais:

"No concernente à reforma agrária, objetiva-se permitir o correto aproveitamento da terra, sem desestimular a produção agropecuária já existente e permitindo que o país não involua para a agricultura da Idade Média, mas atinja a revolução verde, necessariamente tecnológica, que começa a surgir em países mais desenvolvidos e subdesenvolvidos, como o n.º 53 da *Economic Impact* demonstrou estar ocorrendo."

Sem esta perspectiva, a crise econômica que o Brasil vive, pelo descumprimento atual, por parte do Governo, dos princípios estatuídos no art. 170 da E.C. n.º 1/69, assim redigido:

“Art. 170. As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1.º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2.º Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

§ 3.º A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas”,

---

conforme o DCI de 10.2.87 acentua em longa análise, à p. 7.

apenas se acentuará, correndo o risco de a futura Constituição, se seus elaboradores não se curvarem a esta realidade mundial, resistir ainda menos que as cartas anteriores.<sup>78</sup>

Fora da iniciativa econômica privada e da liberdade sindical plena, não há ordem econômica e social justa.

---

<sup>78</sup> A Bolívia, que vive com permanentes problemas econômicos e sociais, já teve 23 Constituições. Começa, agora, a sair de séria crise econômica (a inflação de 22.000% ao ano foi reduzida para 66%) por ter adotado plena economia de mercado, atraindo investimentos exteriores e reduzindo sensivelmente o peso da administração e intervenção do Estado na Economia.

## XI. O Anteprojeto Afonso Arinos

Não obstante o brilho da Comissão presidida pelo jurista Afonso Arinos, o anteprojeto do eminente mestre merece reparos.<sup>79</sup>

1.º) No concernente ao sistema tributário, apesar de encampar o nosso anteprojeto (IASP-ABDF), em sua quase totalidade, no que o modificou, violentou a intenção dos 11 tributaristas que o prepararam, visto que através do *investimento compulsório* abriu campo ilimitado à imposição fiscal, fora dos tradicionais tributos. Merece tal inovação ser rejeitada, posto que o Estado, em adotando a

---

<sup>79</sup> O jurista Ney Prado, secretário-geral da referida Comissão, em artigo preparado para a *Revista Manchete* e publicado em separata, acentuou as contradições vividas pela Comissão e as dificuldades de harmonização das diversas correntes, neste conflito inequacionado residindo, talvez, o casuismo do longo anteprojeto.

proposta, não teria mais qualquer limite à sua atuação nesta área, tornando inútil o arsenal de garantias individuais e regras severas para o exercício do poder de tributar.

2.º) A ordem econômica não pode ficar desvinculada da ordem social. Sua separação dificulta a formulação de política adequada e conciliatória, na medida em que os princípios que regem ambos os títulos são indissolúveis.

3.º) A iniciativa privada é vista com preconceitos e o direito do Estado, em intervir nesta área, ilimitado. O arbítrio governamental poderá crescer, se aprovado o texto, na medida em que seu reiterado fracasso no controle da máquina administrativa poderá levar os detentores do poder à busca de “bodes expiatórios”. E, neste caso, os “direitos” estariam assegurados ao Estado para, livremente, intervir no processo econômico.

4.º) O papel das Forças Armadas deve ficar salvaguardado como estatuído na Carta atual e não reduzido, como se pretendeu na Comissão e como não ficou nitidamente garantido no texto apresentado.

5.º) O sistema misto proposto de Governo não oferta nem solução parlamentarista,

nem presidencialista e terminará por criar choque permanente entre os ministros parlamentares e presidenciais nos dois Conselhos que formarão o Governo. É de se rejeitar.

6.º) A Constituição particulariza, demasiadamente, os direitos de minorias e de grupos, em termos próprios de legislação ordinária (pretos, índios, mulheres), tornando desarmonica e descompassada a dicção legislativa.

7.º) O Poder Judiciário não mereceu tratamento ideal para as necessidades atuais, nem chegou à solução que propugnamos neste sentido, nem à solução alternativa proposta pelo Supremo Tribunal Federal.

8.º) A figura de defensor do povo é conquistada a ser mantida.

9.º) A eliminação do decreto-lei precisa ser refletida, visto que se útil a sensível redução das circunstâncias em que deva ser utilizado, sua eliminação não atende à técnica legislativa de inúmeros países evoluídos.

10.º) Por excessivamente casuístico, tenderá o anteprojeto, se aprovado, a não ser conhecido pelo cidadão e até mesmo por governantes, sendo mais vulnerável às violações e

de envelhecimento certo na medida em que a conjuntura e as ideologias forem sendo modificadas de acordo com a evolução do país.

O anteprojeto do eminente jurista Afonso Arinos exige reflexão permanente, visto que sobre se tornar, se aprovado positivamente, na Constituição de maior número de dispositivos da atualidade, sua adoção exigirá completa reformulação da ordem jurídica vigente e período, que não será pequeno, de adaptação da legislação ordinária e complementar a seus princípios. E o Brasil ingressará em tempo de intensa produção legislativa e lapso maior para absorção de tal legislação. O que, certamente, não será bom, em face da crise política, econômica e social por que passa.

As objeções aqui apresentadas, todavia, não desmerecem o esforço da Comissão, a demonstrar a imensa complexidade que reveste a produção de um verdadeiro texto constitucional.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> O anteprojeto que está sendo preparado pela CECAM pretende, a partir das dificuldades encontradas pela Comissão Afonso Arinos, produzir texto consideravelmente menor, não casuístico e composto tão-somente de normas, formal e materialmente, constitucionais.

## APÊNDICE

Textos da Comissão de Estudos  
e Assessoramento Constitucional sobre  
Assuntos de Interesse Municipal  
(CECAM)

## O SISTEMA TRIBUTÁRIO

Texto aprovado pela Subcomissão da Ordem  
Econômica e Social

Relator: Ives Gandra da Silva Martins

Membros: Cássio de Mesquita Barros Júnior  
Celso Seixas Ribeiro Bastos  
Cláudio Antonio Mesquita Pereira  
Hamilton Dias de Souza  
Hely Lopes Meirelles

### *Exposição de Motivos*

O capítulo poderá intitular-se “Sistema Tributário na Organização Federativa”, visto que a Federação é forma política de organização do Estado, cujas receitas derivadas principais são desenhadas pela imposição fiscal, nos países modernos e civilizados, em um autêntico sistema.

Não é sem razão que a Constituição vigente dedica capítulo do Título correspondente à Organização Nacional ao “Sistema Tributário”, sobre

povoar seu texto por inúmeras outras formulações de natureza impositiva.

É bem verdade que o Brasil adotou, no concerto das Federações civilizadas, solução tributária consideravelmente mais ousada, o que nem por isso representou solução mais eficaz, ao outorgar, na lei maior, no concernente à tríplice autonomia dos entes federados (política, administrativa e financeira), funções impositivas aos Municípios, o que, de rigor, nenhum país desenvolvido oferece.

Com efeito, os países mais evoluídos têm preferido destinar aos Municípios, quando adotando a forma federativa de Estado, receitas retiradas da imposição dos entes maiores da Federação, que lhes outorga direito à receita própria, imposta e exigida em sua peculiar esfera de ação.

O interessante, entretanto, é que os Municípios das democracias federativas recebem destinações de imposição fiscal — sem possuir autonomia decisória a respeito — consideravelmente superiores ao complexo de incidências tributárias recebido pelos Municípios brasileiros.

Lijphart, em interessante análise sobre o peso das destinações tributárias dos Municípios das 21 principais democracias estáveis do mundo ocidental, após a Segunda Guerra Mundial, apresenta o seguinte quadro:

"TABLE 10.2. Government Centralization in 15 Unitary and 6 Federal Regimes, Measured by the

Central Government's Share of Total Central and  
Noncentral Tax Receipts, 1970s

<i>Unitary</i>	<i>Federal</i>	<i>Central Government's tax share (%)</i>
Netherlands		98
Israel		96
Italy		96
Belgium		93
New Zealand		93
Ireland		92
France		88
United Kingdom		87
Iceland		83
Luxembourg		82
	Austrália	80
Denmark		71
Finland		70
	Austria	70
Norway		70
Japan		65
Sweden		62
	United States	57
	Germany	51
	Canada	50
	Switzerland	41

*Note:* For most countries, the years covered are 1972, 1973, 1975, 1977, 1978 and 1979.

Source: Based on data in Organisation for Economic Co-operation and Development, Revenue Statistics of OECD Member Countries, 1965-1980 (Paris, 1981), pp. 178-209; Statistisk Arbog 1981 (Copenhagen, 1981); Johannes Nordal and Valdimar Kristinsson, eds., Iceland, 874-1974 (Reykjavik: Central Bank of Iceland, 1975), pp. 248-55; and personal communication from Emanuel Gutmann (June 17, 1982)" (*Democracies*, p. 178, Yale University Press, New Haven and London).

Como se percebe, não obstante os Municípios não tenham nas 6 federações mencionadas direito à imposição, em nível constitucional, a centralização federal das receitas fiscais é consideravelmente inferior, visto que os repasses de ingressos permitem que, sem o ônus de administração da máquina arrecadadora, obtenham as figuras menores, recursos bastante superiores.

Carlos Alberto Longo, em dois livros (*Caminhos para a Reforma Tributária e A disputa pela Receita Tributária no Brasil*, Edições FIPPEL Pioneira, 1984-1985), traça perfil sensivelmente preocupante quanto a pouquidão de recursos tributários dos Municípios, não obstante a teórica superioridade constitucional que lhes permite impor tributos. Assim é que contra uma média de 30% de receita tributária destinada aos Municípios nos países civilizados, recebem os Municípios brasileiros, em média, 17% da carga tributária do país, sendo que 10% de repasse e 7% de imposição direta.

À evidência, problema de relevância no concernente aos Municípios é o que diz respeito às

regiões metropolitanas, posto que a problemática dos grandes Municípios reunidos gera, pela proximidade e grandeza dos focos naturais de desenvolvimento das capitais dos Estados, desafios a exigir orçamentos mais complexos e receita tributária pertinente.

O Instituto dos Advogados de São Paulo e a Associação Brasileira de Direito Financeiro decidiram preparar texto de reforma tributária para a futura Constituição, a partir da aceitação de três realidades, a saber:

1) a Federação deverá ser mantida como forma de Estado Soberano;

2) a competência impositiva dos Municípios é de impossível retirada, em função de problemas políticos que a apresentação da tese acarretaria;

3) a atual estrutura tributária, privilegiando a União e debilitando Estados e Municípios, dificulta seja a Federação brasileira sadia, provocando centralização considerável e autonomia precária dos demais entes.

Em função disto, 11 especialistas prepararam anteprojeto objetivando criar modelo tributário mais adequado à realidade nacional, a partir de análise crítica do sistema atual, conservando o que se revelou útil e alterando os dispositivos impedimentos do fortalecimento da Federação.

Trabalharam no estudo os professores Alcides Jorge Costa, Carlos Alberto Longo, Carlos da Rocha Guimarães, Geraldo Ataliba, Gilberto de Ulhôa Canto, Gustavo Miguez de Mello, Hamilton Dias de

Souza, Ives Gandra da Silva Martins, Mairo Caldeira de Andrade, Marco Aurélio Greco e Ruy Barbosa Nogueira. De tal trabalho conjunto surgiu o anteprojeto do sistema tributário, que foi apresentado simultaneamente à Comissão Afonso Arinos, ao Congresso Nacional da OAB e à CECAM.

Na CECAM, a Subcomissão da Ordem Econômica e Social constituída por Cássio de Mesquita Barros Júnior, Celso Seixas Ribeiro Bastos, Cláudio Antonio Mesquita Pereira, Hamilton Dias de Souza, Hely Lopes Meirelles e Ives Gandra da Silva Martins (Relator) estudou o anteprojeto e decidiu aprová-lo com a alteração concernente à criação de imposto sobre o valor agregado, de resto também alteração aprovada pelo Congresso da OAB em Belém do Pará.

Entende, pois, a Subcomissão da Ordem Econômica e Social da CECAM, que não só a Federação virá a se fortalecer, em face da descentralização que sugere, como, mais do que isto, o sistema tributário revelar-se-á mais coerente, com respeito simultâneo aos direitos do Estado e às garantias individuais do cidadão e contribuinte.

A proposta é a seguinte:

#### *“Sistema Tributário — Anteprojeto*

Art. A. O Sistema Tributário Nacional compreende:

I — os impostos enumerados nos arts. D, E, F e H;

## II — taxas:

a) remuneratórias de despesas com atividades específicas e divisíveis:

1 — pela prática de atos no exercício regular do poder de polícia;

2 — pela prestação efetiva de serviços públicos, ou pela sua colocação ao dispor do sujeito passivo;

b) pelo uso de bens públicos não dominiais;

III — as seguintes contribuições especiais:

a) contribuição de melhoria;

b) contribuições de intervenção no domínio econômico;

c) contribuições sociais para custeio dos encargos previstos nos artigos ... (encargos previdenciários, corporativos e outros de natureza assistencial) ...;

d) contribuição por atos de urbanização.

§ 1.º As taxas não terão fato gerador nem base de cálculo próprios de impostos, nem serão graduadas em função do valor financeiro ou econômico de bem, direito ou interesse do sujeito passivo.

§ 2.º O produto da arrecadação das taxas previstas no item II, a, e das contribuições destina-se ao custeio das atividades ou das obras públicas que lhes dão fundamento, ressalvada a contribuição de intervenção econômica cuja cobrança constitua a própria intervenção.

§ 3.º As contribuições especiais previstas nas letras b e c não poderão ter fato gerador nem base de cálculo próprios de tributos estaduais e

municipais. A prevista na letra *d* não poderá ter fato gerador nem base de cálculo próprios de tributos federais e estaduais.

§ 4.º A contribuição de melhoria será exigível aos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas; terá por limite global o custo das obras, que incluirá o valor de despesas e indenizações devidas por eventuais desvalorizações que elas acarretarem, e por limite individual, exigível de cada contribuinte, o acréscimo de valor que resultar para imóveis de sua propriedade.

§ 5.º Lei complementar nacional estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre conflitos de competência, nessa matéria, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais ao poder de tributar.

§ 6.º Compete privativamente à União instituir as contribuições enumeradas nas letras *b* e *c* do item III deste artigo. Compete privativamente aos Municípios instituir a contribuição referida na letra *d* do item III deste artigo.

§ 7.º É vedada a cobrança cumulada das contribuições referidas nas letras *a* e *d* do item III deste artigo.

§ 8.º Aos Estados não divididos em Municípios competem, cumulativamente, os tributos atribuídos aos Estados e aos Municípios; a União, nos Territórios Federais, os impostos atribuídos aos Estados e, se o Território não for dividido em Municípios, os impostos municipais bem como no Distrito Fe-

deral os impostos atribuídos aos Estados e Municípios.

§ 9.º Compete à União instituir empréstimos somente para fazer face aos encargos decorrentes de calamidade pública que exija auxílio ou providências federais, impossíveis de atender com recursos orçamentários disponíveis. O produto da arrecadação será aplicado necessariamente no atendimento da calamidade pública que lhe der causa, e a sua devolução será efetuada com exata correção monetária, em prazo não superior a 5 anos, contados da data de sua instituição, sob pena de automática compensação do valor a ser devolvido com qualquer débito do contribuinte, mediante opção deste.

§ 10. Aos empréstimos compulsórios previstos no parágrafo anterior aplicam-se as disposições constitucionais e de leis complementares nacionais sobre matéria tributária, ressalvado apenas o disposto no artigo P.

§ 11. Lei complementar nacional poderá, atendendo a relevante interesse social ou econômico geral, conceder isenções de impostos estaduais e municipais.

§ 12. Nenhuma prestação em dinheiro ou nele conversível, que não constitua sanção por ato ilícito, poderá ser exigida compulsoriamente, sem observância plena das normas sobre instituição, majoração e cobrança de tributos, constantes desta Constituição e de normas gerais de leis complementares nacionais.

*Art. B.* É vedado à União, aos Estados e aos Municípios:

I — instituir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça, ressalvadas, quanto ao aumento, as exceções expressas nesta Constituição;

II — estabelecer limitações ao tráfego de pessoas, seus bens, ou mercadorias, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais; e

III — instituir impostos sobre:

a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros;

b) os templos de qualquer culto;

c) o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos estabelecidos em lei complementar nacional;

d) livros, jornais e periódicos e outros veículos de comunicação, inclusive audiovisuais, assim como papel e outros insumos, e atividades relacionadas com sua produção e circulação.

Parágrafo único. O disposto na alínea *a* do item III é extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes; não se estende aos serviços públicos concedidos, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar impostos devidos sobre imóveis objeto de compra e venda.

*Art. C.* É vedado:

I — à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional, salvo in-

centivos tributários instituídos em lei complementar, ou que impliquem distinção ou preferência em relação a qualquer Estado ou Município;

II — à União tributar a renda das obrigações da dívida pública estadual ou municipal e os proventos dos agentes públicos dos Estados e Municípios, em níveis superiores aos que fixar para as suas próprias obrigações e para os proventos dos seus próprios agentes;

III — aos Estados e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens de qualquer natureza ou entraves à sua circulação, em razão da respectiva procedência ou destino.

*Art. D.* Compete à União instituir imposto sobre:

I — importação de produtos estrangeiros;

II — exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III — propriedade territorial rural;

IV — renda e proventos de qualquer natureza, cujo fato gerador coincidirá com o término do exercício financeiro da União;

V — consumos especiais, incidentes sobre produtos enumerados em lei complementar nacional;

VI — operações de crédito, câmbio, seguro e relativas a títulos e valores mobiliários;

VII — serviços de transporte e comunicações que, pela sua natureza ou extensão, se desenvolvam ou completem em mais de um Estado;

VIII — produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustí-

veis líquidos ou gasosos e de energia elétrica, imposto que incidirá apenas uma vez, sobre qualquer dessas operações, excluída a incidência, sobre elas, de qualquer outro tributo;

**IX** — extração, circulação, distribuição ou consumo dos minerais do país que forem enumerados em lei, imposto que incidirá apenas uma vez, sobre qualquer dessas operações, excluída a incidência, sobre elas, de qualquer outro tributo, excetuado, apenas o de que trata o item III do artigo F.

§ 1.º O imposto de que trata o item V deste artigo terá alíquotas graduadas em função da essencialidade dos produtos indicados em lei complementar nacional, e não será cumulativo, abatendo-se, em cada operação, o montante correspondente às anteriores.

§ 2.º A lei poderá destinar a receita dos impostos de que tratam os itens II e VI deste artigo à formação de reservas monetárias ou de capital, para financiamento de programas de desenvolvimento econômico.

§ 3.º O imposto de que trata o item III deste artigo compor-se-á de uma parcela calculada sobre o valor venal da terra e outra determinada em função inversa da sua utilização e produtividade, segundo critérios que serão estabelecidos em lei complementar nacional, tendo em vista induzir o aproveitamento das terras rurais segundo a sua destinação social e o interesse coletivo. O imposto não incidirá, sob qualquer das duas modalidades, sobre glebas rurais de área não excedente a vinte e cinco hectares, quando as cultive, só ou com sua

família, o proprietário, que não tenha a posse nem a propriedade de outro imóvel.

§ 4.º A União poderá, na iminência ou no caso de guerra externa, instituir, temporariamente, impostos extraordinários, compreendidos na sua competência tributária, ou não, os quais serão suprimidos gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

§ 5.º A lei poderá delegar ao Poder Executivo a faculdade de aumentar ou reduzir, nas condições e dentro dos limites que estabelecer, as alíquotas dos impostos a que se referem os itens I, II e VI deste artigo.

*Art. E.* Compete aos Estados instituir imposto sobre:

I — aquisição, a qualquer título, inclusive por usucapião ou acessão, de bens imóveis por natureza ou de direitos reais sobre imóveis exceto os de garantia;

II — doações e transmissões *causa mortis* de quaisquer bens ou valores;

III — operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços realizados por produtores, industriais, comerciantes e prestadores de serviços, imposto que não será cumulativo, abatendo-se em cada operação o montante correspondente à anterior, ocorrida no mesmo ou em outro Estado;

IV — transporte intermunicipal, que não ultrapasse os limites do Estado;

V — propriedade de bens de caráter suntuário, definidos em lei complementar nacional;

VI — propriedade de veículos automotores, vedada a instituição de impostos ou taxas sobre a respectiva utilização.

§ 1.º O imposto a que se refere o item I deste artigo compete ao Estado onde estiver situado o imóvel, ainda que a transmissão resulte de sucessão aberta no estrangeiro, e incide na hipótese de promessa de compra e venda com cláusula de irretroatividade, e respectivas cessões. O imposto a que se refere o item II deste artigo compete ao Estado em que situado o imóvel, e em se tratando de bens móveis, àquele em que se processar o inventário ou arrolamento ou tiver domicílio o doador.

§ 2.º Os impostos a que se refere o item I deste artigo não incidem sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos em decorrência de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, no caso de transmissão a pessoa jurídica, a atividade preponderante da adquirente for o comércio desses bens ou a sua locação ou arrendamento mercantil.

§ 3.º As alíquotas dos impostos a que se referem os itens I e II deste artigo não excederão os limites estabelecidos em resolução do Senado Federal.

§ 4.º Lei complementar nacional, relativamente ao imposto referido no item III deste artigo:

a) poderá instituir, além das mencionadas, outras categorias de contribuintes;

b) disporá sobre o regime de abatimento do imposto cobrado nas operações anteriores;

c) estabelecerá mecanismos de compensação financeira entre Estados remetentes e destinatários em razão de operações interestaduais, ou que destinem produtos à exportação.

§ 5.º A alíquota do imposto a que se refere o item III deste artigo será uniforme para todas as mercadorias, nas operações internas e interestaduais; o Senado Federal fixará, em resolução, as alíquotas máximas para as operações internas, interestaduais e de exportação. Nas operações interestaduais com consumidor final aplicar-se-á alíquota própria das operações internas, cabendo ao Estado destinatário a parcela correspondente à diferença entre a alíquota aplicada e a alíquota própria das operações interestaduais.

§ 6.º As isenções e demais benefícios fiscais relativos ao imposto a que se refere o item III deste artigo serão concedidas e revogadas nos termos fixados em convênios celebrados por todos os Estados ou pelos integrantes de cada Região Geoeconômica, na forma prevista em lei complementar nacional, e ratificados pelas Assembléias Legislativas.

§ 7.º O imposto a que se refere o item III deste artigo não incidirá sobre as operações que destinem ao exterior produtos industrializados, e outros indicados em lei complementar nacional.

§ 8.º O imposto a que se refere o item III deste artigo incidirá também sobre a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor,

de mercadoria importada do exterior pelo seu titular, ou de bens destinados ao seu consumo ou ativo fixo.

*Art. F.* Compete aos Municípios instituir imposto sobre:

I — propriedade predial e territorial urbana;

II — vendas a varejo;

III — locação de bens móveis e arrendamento mercantil.

§ 1.º A contribuição por atos de urbanização é exigível a quem promover atos que impliquem aumento de densidade de ocupação de área determinada e será graduada em função do custo da infra-estrutura urbana necessária ao atendimento do acréscimo de demanda resultante dos atos de urbanização praticados.

§ 2.º Lei complementar nacional definirá os atos de urbanização a que se refere o parágrafo anterior, estabelecerá os critérios de aferição dos custos das obras e serviços públicos integrantes da infra-estrutura urbana necessária em decorrência da respectiva realização, e fixará as alíquotas máximas da contribuição.

§ 3.º As alíquotas máximas dos impostos previstos no item III deste artigo serão fixadas em lei complementar nacional.

*Art. G.* Os contribuintes que utilizarem como matéria-prima minerais do país sujeitos ao imposto a que se refere o item XI do art. D abaterão o montante desse imposto do imposto a que se refere o item III do art. E, na forma estabelecida em lei complementar nacional.

Parágrafo único. As empresas que utilizarem combustíveis, lubrificantes e energia elétrica como insumos na fabricação de bens poderão abater o imposto a que se refere o item VIII do art. D do valor devido a título de imposto sobre circulação de mercadorias.

*Art. H.* A União e os Estados poderão instituir outros impostos além dos que lhes são atribuídos por esta Constituição, desde que não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios a qualquer destes. O imposto federal excluirá o estadual idêntico.

*Art. I.* Pertence aos Estados o produto da arrecadação do imposto a que se refere o item VI do art. D, incidente, na fonte, sobre rendimentos do trabalho e de títulos da dívida pública pagos por eles e suas autarquias.

*Art. J.* Pertencem aos Municípios:

I — o produto da arrecadação do imposto a que se refere o item IV do art. D, incidente na fonte, sobre rendimentos do trabalho e de títulos da dívida pública, pagos por eles ou por suas autarquias;

II — sessenta por cento do produto do imposto a que se refere o item III do art. D;

III — quarenta por cento do produto da arrecadação, pelos Estados, dos impostos previstos no art. H;

IV — cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto a que se refere o item VI do art. E;

V — vinte e cinco por cento do produto de arrecadação do imposto a que se refere o item III do art. E nos seus Territórios.

Parágrafo único. O produto da arrecadação dos impostos referidos nos itens II e III deste artigo será, após a dedução da parcela referida, depositado, dentro do prazo máximo de 30 dias após sua arrecadação, em contas especiais abertas nos respectivos nomes em estabelecimentos oficiais de crédito municipal, se houver, ou indicado pelos Municípios se não houver.

*Art. L.* Do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os itens IV e V do art. D, a União distribuirá:

I — quatorze por cento ao Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

II — dezessete por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

III — dois por cento ao Fundo Especial.

Parágrafo único. Para efeito de cálculo da participação no imposto a que se refere o item VI do art. D, excluir-se-ão as parcelas previstas nos arts. I e J, item I.

*Art. M.* Do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. H quando instituídos pela União, esta distribuirá:

I — trinta por cento ao Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

II — trinta por cento ao Fundo de Participação dos Municípios.

*Art. N.* A União distribuirá aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos Territórios Federais:

I — sessenta por cento do produto da arrecadação do imposto único sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos a que se refere o item VIII do art. D, bem como dos seus adicionais e outros gravames federais relacionados com os produtos nele referidos;

II — sessenta por cento do produto da arrecadação do imposto único sobre energia elétrica a que se refere o item VIII do art. D;

III — noventa por cento do produto da arrecadação do imposto a que se refere o item IX do art. D;

IV — setenta por cento do imposto sobre transportes, a que se refere o item VII do art. D, sendo 50% para os Estados, o Distrito Federal e os Territórios Federais, e 20% para os Municípios;

V — cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto a que se refere o item VI do art. D.

*Art. O.* Lei complementar nacional regulará:

I — os critérios de atribuição e aplicação dos recursos do Fundo Especial a que se refere o item III do art. L;

II — os critérios de distribuição das participações previstas nos arts. L, M e N, os prazos de entrega dos recursos a cada participante, de sorte que estes sejam recebidos com a máxima brevidade

e sem qualquer discriminação estranha às normas legais aplicáveis.

Parágrafo único. Caberá ao Tribunal de Contas da União, com base nas normas da legislação complementar nacional, orientar e fiscalizar a efetiva entrega, dos seus destinatários legais, das participações devidas aos Fundos, a que se referem os arts. L, M e N e das parcelas a que se referem os itens II, III, IV e V do art. J, promovendo o que for necessário à sua pronta liberação e à responsabilização funcional de quem a retardar indevidamente.

*Art. P.* É assegurado aos Estados relativamente à União e aos Municípios em relação a Estados e à União, o direito de lhes cobrar a parcela a que tiverem direito, por força de qualquer das formas de participação estabelecidas neste Capítulo, quando ocorrer arrecadação inferior à devida, decorrente de omissão da entidade competente no seu dever de instituir, lançar ou arrecadar o tributo.

Parágrafo único. Os Municípios poderão, fundamentalmente, impugnar o valor adotado para base de cálculo do imposto a que se refere o item III do art. D, quando esta for discrepante da realidade local.

*Art. Q.* As leis que instituem ou aumentam tributos, bem como as que definem novas hipóteses de incidência, entrarão em vigor não menos de 90 dias após a sua publicação, ressalvadas as relativas aos impostos a que se referem os itens I, II e o § 4.º do art. D; as contribuições a que se refere a letra b do item III do art. A; os impostos sobre

operações de câmbio, a que se refere o item VI do art. A; e o empréstimo compulsório, a que se referem os §§ 8.º e 9.º do art. A.

*Art. R.* Os impostos serão graduados de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes e instituídos segundo critérios que busquem evitar sua regressividade.”

## DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL

*(Texto aprovado pela Subcomissão da Ordem  
Econômica e Social)*

Relator: Ives Gandra da Silva Martins

Membros: Cássio de Mesquita Barros Júnior  
Celso Seixas Ribeiro Bastos  
Cláudio Antonio Mesquita Pereira  
Hamilton Dias de Souza  
Hely Lopes Meirelles

### *Exposição de Motivos*

O Título da Ordem Econômica e Social, cujo texto de anteprojeto segue abaixo, objetiva adaptar o país aos desafios inerentes ao fim da década, sobre permitir, em sólidas bases, desenvolvimento econômico e justiça social para o século XXI.

Inspira-se, fundamentalmente, no texto atual, instrumentalizando os princípios programáticos, que, não obstante modernos e adaptados às aspirações dos brasileiros, pois na linha pertinente às mais modernas estruturas econômicas e sociais, não

foram colocados em prática nos últimos 20 anos, salvo raras exceções.

Assim é que os arts. A e B indicam os pontos essenciais em que a evolução econômica e o atendimento às reivindicações sociais se entrelaçam.

No concernente à reforma agrária, objetiva-se permitir o correto aproveitamento da terra, sem desestimular a produção agropecuária já existente e permitindo que o país não involua para a agricultura da Idade Média, mas atinja a revolução verde, necessariamente tecnológica, que começa a surgir em países mais desenvolvidos e subdesenvolvidos, como o n.º 53 da *Economic Impact* demonstrou estar ocorrendo.

É, todavia, no concernente à dualidade de iniciativa econômica que o anteprojeto avança para definir a tríplice forma de intervenção estatal (concorrencial, monopolística e regulamentar), limitando-a às distorções do mercado, sem permitir que a presença desmesurada do Estado-Empresário termine por afetar a totalidade da vida política, social, econômica e jurídica da nação, com problemas que o passado recente tem demonstrado não serem de fácil solução.

Desta forma, o anteprojeto sai da linha dos princípios desejáveis, mas não aplicados, para os princípios que plasmam uma nova política nacional, em que o Estado atenda às suas finalidades essenciais (segurança interna e externa, administração de justiça, educação, saúde, previdência, repressão ao abuso do poder econômico e reorientação do mercado), mas deixe de participar dire-

tamente deste mercado, senão em casos excepcionais. Indiretamente sempre participará, como sócio privilegiado, através dos tributos, que melhor aplicará nas finalidades sociais pertinentes.

O atual modelo econômico, que torna o Estado um empresário, tem-se revelado perverso, posto que nesta atuação, em que se revela mau administrador, gasta recursos, na medida em que os consegue sacar do segmento privado, sob a forma de imposição fiscal, deixando de ter os meios necessários para atingir as metas fundamentais que o povo espera de qualquer bom Governo.

Há, portanto, no anteprojeto apresentado, sensível evolução para esta realidade econômica, que é perseguida por economias capitalistas e socialistas.

No concernente aos direitos do trabalhador, a preocupação foi idêntica. Dar-lhe mais direitos reais que direitos ilusórios, que terminam nunca sendo exercidos, por falta de mecanismos legais.

Embora o capítulo das Cortes Constitucionais esteja com a Subcomissão encarregada da Organização Nacional, a adoção do regime das Cortes Constitucionais reduzirá sensivelmente a quantidade de princípios programáticos, objetivando a prática efetiva de todos os direitos esculpidos em nossa Constituição.

Nesta linha de raciocínio, compreende-se que os princípios de proteção ao trabalho, o mais relevante elemento da Ordem Econômica e Social, são aqueles que merecem aplicação imediata, impondo-se legislação de regência tão logo seja aprovado o texto, se aprovado for.

Conquista é a adoção do plurissindicalismo, no mesmo sistema dos países mais evoluídos. Os sindicatos passarão nesta linha a não mais ser organizações sindicais e políticas, mas apenas sindicais, permitindo que os verdadeiros sindicatos e líderes dos trabalhadores se imponham, afastadas pretensões eleitoreiras, que acabam por instrumentalizar trabalhadores, subordinando-os às ambições pessoais de alguns.

Uma Nação apenas é forte se separar o poder político do poder empresarial, estes dois do poder sindical e os três do poder da imprensa. Somente é democrático o país em que os quatro poderes reais, cada um em sua esfera, forem independentes e descontaminados da influência uns dos outros.

O modelo sugerido objetiva conseguir tal independência para que o Brasil seja realmente democrático e não tenha apenas uma democracia formal.

Nos demais artigos, objetiva-se escoimar os textos atuais de suas imperfeições, visto que o que se revelou útil não precisa ser alterado.

A Subcomissão da Ordem Econômica e Social da CECAM encerra, pois, seu trabalho, que se prolongou por 5 meses, esperando ofertar texto à reflexão do Plenário e, eventualmente, dos futuros constituintes, que possa permitir o pleno desenvolvimento nacional, em ambiente de autêntica democracia e de plenitude de liberdade, assegurados os direitos e garantias individuais, ao lado de uma plêiade de conquistas sociais, essenciais para a melhoria de condição do trabalhador.

## SUBCOMISSÃO DE ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL

### ANTEPROJETO DO TÍTULO "DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL"

*(Texto aprovado pela Subcomissão de Ordem  
Econômica e Social)*

#### DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL

*Art. A.* A atividade econômica compete à iniciativa privada, excetuadas as hipóteses do Art. D.

*Art. B.* A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

- I — liberdade de iniciativa;
- II — valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
- III — função social da propriedade;
- IV — harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;
- V — repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros;
- VI — expansão das oportunidades de emprego produtivo;
- VII — participação do Estado-empresário restrita às hipóteses em que se verificar a incapacidade

dade de a iniciativa privada explorar determinadas atividades.

*Art. C.* A União poderá, após disposição de terras públicas ociosas próprias, dos Estados, Municípios e Distrito Federal situadas na zona abrangida, promover a desapropriação da propriedade territorial rural, para fins de reforma agrária, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de remuneração compatível com a de mercado, resgatáveis no prazo de dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de qualquer tributo federal ou obrigação do expropriado para com a União.

§ 1.º A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões de títulos, suas características, taxa de remuneração, prazo e condições de resgate.

§ 2.º A desapropriação de que trata este artigo é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias fixadas por Comissão do Congresso Nacional, após requerimento do Poder Executivo, só recaindo sobre áreas improdutivas. Considera-se produtiva a terra cujo aproveitamento esteja compatível com os índices técnicos previstos para a região, fixados por Comissão do Congresso, com duração para cada legislatura.

§ 3.º A indenização em títulos somente será feita quando se tratar de latifúndio, como tal con-

ceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

§ 4.º Os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade sujeita a desapropriação na forma deste artigo.

§ 5.º Concomitantemente à implantação do plano de reforma agrária, a União deverá assegurar meios e condições hábeis para permitir a exploração racional da área e garantir a absorção dos produtos oriundos da implantação do plano, segundo preços de mercado.

*Art. D.* A intervenção da União no domínio econômico é excepcional e, na medida do possível, transitória. Será sempre antecedida de lei complementar e poderá assumir as seguintes modalidades: concorrencial, monopolística e regulamentar, cujos pressupostos serão julgados por Comissão apropriada do Congresso Nacional.

§ 1.º A intervenção concorrencial só se dará para organizar setor que não esteja sendo desenvolvido com eficácia pela iniciativa privada ou que esta não se disponha a fazê-lo.

§ 2.º A monopolística só ocorrerá quando, em termos da lei complementar, a empresa privada for tida por nociva ao setor.

§ 3.º A regulamentar somente será autorizada para atingir os fins previstos no art. B, inciso V. O tabelamento estará sempre condicionado à existência de situações anormais de mercado e ninguém será forçado a vender por preço abaixo do custo.

Em caso de desapropriação de bem tabelado, o preço oficial não será necessariamente o justo para efeito de indenização.

§ 4.º Em todas as hipóteses, a intervenção cessará assim que desaparecidas as razões que ditaram a sua deflagração. Qualquer interessado será parte legítima para obter judicialmente o reconhecimento dessa cessação.

§ 5.º Para atender à intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições de natureza tributária, destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos ou à efetivação da própria intervenção, na forma que a lei estabelecer. *(Texto Aprovado por Maioria.)*

*Art. E.* As normas de proteção ao trabalho obedecerão aos seguintes princípios, além de outros que visem à melhoria de condição social dos trabalhadores:

I — salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as suas necessidades normais e as de sua família;

II — salário-família a seus dependentes;

III — não discriminação ou distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional ou origem social, com igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego ou no exercício da profissão. Não se considera distinção as preferências baseadas nas qualificações exigidas para um emprego nem as normas concernentes a nacionalização do trabalho;

- IV — salário noturno superior ao diurno;
- V — integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros, e excepcionalmente, na gestão, segundo for estabelecido em lei;
- VI — duração semanal do trabalho não excedente a quarenta e oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos excepcionalmente previstos;
- VII — repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;
- VIII — férias anuais remuneradas;
- IX — medicina e segurança do trabalho;
- X — proibição de qualquer trabalho a menores de 12 anos. A lei definirá quais as atividades que não devem ser exercidas por menores de 18 anos, por razões de saúde e de moral;
- XI — condições especiais de trabalho à gestante, antes e depois do parto, com garantia de emprego e de salário desde o início da gravidez até após o parto, segundo o que vier a ser disposto em lei;
- XII — percentagem mínima de 2/3 de brasileiros do número de empregados e da folha de salários nas empresas, excetuada a microempresa e a de cunho estritamente familiar;
- XIII — estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente;
- XIV — previdência social nos casos de doença, invalidez, velhice e morte, com proteção adequada contra acidente do trabalho, bem como assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;

XV — aposentadoria por tempo de serviço, com salário compatível, conforme o que for estabelecido em lei.

Parágrafo único. Nenhuma prestação de serviço de assistência ou benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente e vinculada fonte de custeio total.

*Art. F.* O direito coletivo do trabalho atenderá aos seguintes preceitos:

I — a organização sindical é livre;

II — às entidades sindicais compete defender os direitos e promover os interesses de seus associados, sendo-lhes facultado, na forma da legislação ordinária, constituírem federações, confederações e entidades sindicais de caráter nacional e internacional;

III — às entidades sindicais incumbe decidir a respeito da sua organização interna, competindo à assembléia geral redigir e modificar seus estatutos, o processo eleitoral com eleição secreta de seus dirigentes, bem como formular o programa de ação profissional;

IV — reconhecimento da convenção coletiva como instrumento adequado à determinação de condições de trabalho e estímulo aos processos de negociação;

V — reconhecimento do direito de greve exceto nas atividades enunciadas no art. ... desta Constituição, com direito aos excluídos dessa liberdade de um sistema para veiculação de suas reivindicações;

cações e garantia de resposta por parte da autoridade competente;

VI — nenhuma entidade sindical poderá sofrer intervenção, ser suspensa ou dissolvida pela autoridade pública, senão por decisão judicial;

VII — fica facultado ao sindicato propor medida judicial ou administrativa, sempre que o interesse da categoria o exigir, bem como intervir como litisconsorte em processo do qual possa advir prejuízo direto ou indireto aos associados.

Parágrafo único. À Ordem dos Advogados do Brasil compete exclusivamente a representação e defesa dos interesses dos profissionais habilitados.

*Art. G.* É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

I — educação especial e gratuita;

II — assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país;

III — proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e salários;

IV — possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

*Art. H.* A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I — obrigação de manter serviço adequado;

II — tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;

III — fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

Parágrafo único. A escolha da empresa concessionária dependerá de concorrência.

*Art. I.* As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1.º A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependerão de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dadas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no país.

§ 2.º É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; quanto às jazidas e minas, cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.

§ 3.º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.

*Art. J.* A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei.

*Art. L.* Às empresas públicas e sociedades de economia mista cabe exercer a intervenção concorrencial. No desempenho desta atividade elas se submeterão integralmente ao direito próprio das empresas privadas e não poderão gozar de bene-

fícios, privilégios, subvenções ou dotações orçamentárias não extensíveis paritariamente às demais empresas do setor. A intervenção monopolística será exercida por empresas públicas, que poderão gozar de regime jurídico próprio. (*Texto aprovado por maioria.*)

*Art. M.* A lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência para aquisição, até cem hectares, de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família.

Parágrafo único. Salvo para execução de planos de reforma agrária, não se fará, sem prévia aprovação do Senado Federal, alienação ou concessão de terras públicas com área superior a três mil hectares.

*Art. N.* A lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades.

*Art. O.* A propriedade e a administração de empresas jornalísticas, de qualquer espécie, inclusive de televisão e de radiodifusão, são vedadas:

I — a estrangeiros;

II — a sociedades por ações ao portador;

III — a sociedades que tenham, como acionistas ou sócios, estrangeiros ou pessoas jurídicas, exceto partidos políticos.

§ 1.º A responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa das empresas mencionadas neste artigo caberão somente a brasileiros.

§ 2.º Sem prejuízo da liberdade de pensamento e de informação, a lei poderá estabelecer outras

condições para a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas ou de televisão e de radiodifusão, no interesse do regime democrático e do combate à subversão e à corrupção.

*Proposição do Prof. Hamilton Dias de Souza*

*Art. D.* São facultados à União a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei, desde que atendidos os pressupostos e condições estabelecidos nos parágrafos seguintes, em todas as hipóteses sempre assegurados os direitos e garantias individuais.

§ 1.º O monopólio somente será admitido em razão de motivo de segurança nacional e após deliberação de Comissão do Congresso Nacional.

§ 2.º A intervenção será admitida para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa.

§ 3.º Para os fins do parágrafo anterior, entende-se ineficaz um setor quando descumpridos os princípios enumerados no art. B.

§ 4.º A intervenção poderá corresponder à disciplina das atividades econômicas e dos mercados ou à atuação da União nos mesmos. Essa disciplina decorrerá de lei que indicará a matéria e os instrumentos respectivos. Na atuação da União, as competências executivas poderão ser exercidas diretamente ou por autarquia, empresa pública ou sociedades de economia mista, cabendo em todos os

casos à Comissão do Congresso o exercício das competências deliberativas.

§ 5.º Cessarà a intervenção, tão logo, a juízo da competente Comissão do Congresso, forem julgadas inexistentes ou superadas as razões que a determinaram. A Comissão do Congresso deliberará sobre a vigência das normas até então editadas e sobre a extinção da entidade pública encarregada da execução da intervenção.

§ 6.º Para atender à intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições de natureza tributária, destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos ou à efetivação da própria intervenção, na forma que a lei estabelecer. *(Texto apoiado por minoria.)*

*Proposição do Prof. Hamilton Dias de Souza*

*Art. L.* Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1.º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2.º Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

§ 3.º A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime

tributário aplicável às empresas privadas. (*Texto apoiado por minoria.*)

*Proposição do Prof. Cláudio Mesquita:* manutenção do voto obrigatório, apesar do plurissindicalismo.

*Art. F. ...*

§ 2.º É obrigatório o voto nas eleições sindicais.

## ÍNDICE GERAL

<i>Prefácio</i> .....	V
I. Introdução .....	1
II. O Conteúdo de uma Constituição .....	15
III. O Poder .....	22
IV. A Separação de Poderes: a Democracia Representativa .....	33
V. A Separação de Poderes: o Poder Executivo .....	42
VI. A Separação de Poderes: o Poder Judiciário .....	49
VII. A Federação .....	56
VIII. Os Limites da Atuação do Estado ....	60
IX. Os Direitos Individuais (Políticos, Pessoais, de Trabalho e Propriedade) ...	65
X. A Ordem Econômica e Social .....	70
XI. O Anteprojeto Afonso Arinos .....	82
<i>Apêndice</i> — TEXTOS DA COMISSÃO DE ESTUDOS E ASSESSORAMENTO CONSTITUCIONAL SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE MUNICIPAL (CECAM) .....	87

I.	CECAM — O Sistema Tributário .....	89
II.	CECAM — Da Ordem Econômica e Social: Exposição de Motivos ..	110
III.	CECAM — Anteprojeto do Título "Da Ordem Econômica e Social"	114

Este livro foi composto e impresso na  
COMPANHIA FORENSE DE ARTES GRÁFICAS  
Av. Guilherme Maxwell, 234 - Rio de Janeiro - RJ



Publicações  
FORENSE

SÉRIE REALIDADE BRASILEIRA  
*(outros volumes em preparo)*

**PARLAMENTARISMO OU PRESIDENCIALISMO?**

*Ives Gandra da Silva Martins*  
*Celso Ribeiro Bastos*

**A NOVA CLASSE OCIOSA**  
*Ives Gandra da Silva Martins*