

Torquato Jardim: Os freios e contrapesos na democracia

A DEMOCRACIA pode ser simbolizada por uma cruz das liberdades — na projeção vertical, a partilha territorial de poder na federação; na horizontal, a contenção do voluntarismo na independência e



O desafio é permanente — o que, quando e por quais meios

pode agir cada ente federal no interesse da população? A resenha tem por pano de fundo o conflito na gerência da crise sanitária da Covid-19.

Federalismo implica necessariamente dois pactos constitucionais.

Primeiro: uma repartição constitucional de competência legislativa e administrativa, uma *exclusiva* da União, outra *comum* à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, e uma *concorrente* da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Segundo: uma repartição constitucional de tributos — os *originais* de cada um dos entes federativos e aqueles *compartilhados* mediante fundos de participação. É partilha da riqueza nacional para custear a Administração Pública no atendimento ao quanto a Constituição cometa ao poder público. É, pois, um sistema de corresponsabilidade na gerência da República.

Independência e harmonia dos poderes significam, no Brasil, três ramos do poder estatal com chefias próprias e competências expressas na Constituição.

Um poder Executivo chefiado pelo presidente da República eleito pelo voto popular direto (ou governadores e prefeitos). Um poder Legislativo bicameral na União e unicameral nos estados, no Distrito Federal e nos municípios, que elegem seus presidentes em cada casa legislativa entre seus membros. Por fim, um Poder Judiciário que tem no Supremo Tribunal Federal seu órgão maior, cujo presidente é eleito entre seus membros.



Os dois temas — federalismo e independência e harmonia dos poderes —, arrastam consigo um conflito político-constitucional permanente — o *presidencialismo*. O presidencialismo brasileiro revelou uma irresistível força atrativa para a *centralização* e a *personificação*. Uma e outra circunstância fragilizadoras da estrutura constitucional.

O presidente da República é eleito pelo voto direto nominal, formalmente vinculado a um partido político para o fim da inscrição da candidatura. A lei eleitoral exige do candidato a apresentação de um plano de governo. Mera formalidade. A campanha é *plebiscitária* e o confronto se põe em plano personalíssimo. Dado o *traço quantitativo* da eleição democrática moderna — concebida e executada por especialistas em *sedução emocional das massas*, o discurso e as ações se tornaram *mera conquista mercadológica e algorítmica de consumidores-eleitores*. O compromisso de quem eleito é com a emoção das massas. E, para tanto, não há controle mais efetivo do que as frequentes pesquisas de opinião pública sobre o desempenho do governo e do parlamento.

A esse quadro some-se a imensa gama de poder político e capacidade administrativa acumulados no presidente da República com a dupla função de chefe de estado e de chefe de governo.

Daí resulta que o equilíbrio da partilha de poder na cruz das liberdades dependa tanto da personalidade do presidente da República. É evidente a *antinomia* — que um sistema tão complexo de organização do Estado dependa tanto da sofisticação da personalidade e da formação cívica de uma única pessoa.

O controle do poder estatal tem sua pedra de toque no Judiciário. Os juízes não moldam a Administração Pública, mas impedem o Executivo de moldá-la em dissonância com a Constituição e as leis editadas pelo Legislativo. Na mesma perspectiva, não moldam as leis, mas impedem que sejam elas editadas e executadas em dissonância com a Constituição e o sistema normativo dela derivado.

A Constituição mesma provê normas eficazes para esse controle. Algumas de conteúdo normativo aberto, de sorte a comportar gama maior de circunstâncias sob controle judicial. Exemplos: a impessoalidade e a moralidade. Vale dizer, o juiz é desafiado a ir *além da legalidade objetiva e formal* do ato administrativo ou legislativo — é-lhe demandado que descortine as tramas dos interesses na origem do ato. Exemplos: as decisões judiciais de ontem e de hoje que vedam nomeações e posses em cargos públicos ou que cassam mandatos eletivos obtidos mediante abuso de poder econômico ou político.

Outro exemplo inovador do constituinte é a *despersonificação da publicidade institucional*. A Constituição proíbe que dela constem "*nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos*".

Daí dispor o Judiciário do mecanismo poderoso do controle da constitucionalidade e da legalidade do ato legislativo e do ato executivo.

A trama constitucional no controle da Covid-19 começa pela composição federativa.

A Constituição insere na competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios "*cuidar da saúde e assistência pública (...) promover programas (...) de saneamento básico*". Na competência legislativa concorrente da União, dos estados e do Distrito Federal



— mas não na dos municípios, inclui a "*proteção e defesa da saúde*".

Como compatibilizar a ordem jurídico-normativa saída dos três níveis federativos?

Para a competência *legislativa concorrente*, a Constituição dita quatro parágrafos mágicos: neste âmbito, a competência da União é para as *normas gerais* sem exclusão da *competência suplementar dos Estados*; inexistente lei federal sobre normas gerais, será *plena* a competência legislativa dos Estados *para atender a suas peculiaridades*; por fim, superveniente lei federal sobre normas gerais, fica *suspensa a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário* (artigo 24, §§ 1º a 4º). São critérios que têm se mostrado razoavelmente eficazes.

A competência comum, no entanto, não traz nada equivalente aos parágrafos da competência concorrente (artigo 23). A cláusula é *omissa* quanto à acomodação das aparentes antinomias.

O quadro torna-se mais complexo quando a Constituição, ao proteger a autonomia dos municípios, dita a eles competir "*suplementar a legislação federal e estadual no que couber*" (artigo 30, II). Também neste passo não há no texto constitucional regras de acomodação.

A par do modelo federativo-legislativo, na proteção da saúde no vasto quadro da seguridade social consta que "*as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I — descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II — atendimento geral, com prioridade para as atividades preventivas (...)*" (artigo 198). Ou seja, o sistema é único, porém hierarquizado com direção única descentralizada. A gerência é *compartilhada*.

Posta a independência e harmonia dos poderes, cabe ao Judiciário compatibilizar as normas e afastar as antinomias. Afinal, sua razão de ser é resolver os litígios e controvérsias dentro de uma ordem normativa que se presume completa e coerente. Completa e coerente conforme decidir, ao cabo e ao fim, o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal é o único tribunal competente, em âmbito nacional, para o controle concentrado da constitucionalidade. E mediante o sistema recursal, o último a decidir no controle difuso. Dele será, sempre, a última palavra sobre a interpretação da Constituição.

O caso concreto da pandemia da Covid-19 em face das intersecções legislativas no âmbito federativo foi posto perante o Supremo Tribunal Federal mediante arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 672). Notória a extensa divergência das administrações federal, estaduais e municipais sobre conceitos e medidas administrativas para a contenção da pandemia, especialmente a administração dos meios hospitalares, assim como o transporte de bens, serviços e mercadorias essenciais ao abastecimento de alimentos, medicamentos e combustíveis, e até mesmo sobre que limites impor à circulação de pessoas, foi o tribunal chamado a resolver conflito de sede constitucional, qual seja, impor a harmonia entre as administrações públicas nas esferas federativas.



Decidiu então o tribunal: "...determinar a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHECENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual (...) no âmbito dos seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como (...) INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário".

O que resulta da decisão? 1) A clara *preeminência do poder local* — estados, Distrito Federal e municípios. A competência suplementar dos municípios queda *equiparada* à competência concorrente estadual e distrital; 2) À União resta a edição superveniente de normas gerais sobre medidas restritivas em todo o território nacional. Vale dizer, *à União cabe o ônus de demonstrar a necessidade urgente de uma medida de âmbito nacional para que as normas locais tenham suspensa sua eficácia*.

A decisão do tribunal deriva claramente dos quatro parágrafos mágicos do artigo 24. Por isso mesmo: 3) leia-se também na decisão o *descabimento do voluntarismo unilateral* de qualquer dos entes federativos.

Em havendo desarmonia que fragilize o pacto federativo ou a independência e harmonia dos poderes, por certo haverá atuação renovada do tribunal constitucional. 4) *É inequívoca a chamada que faz o tribunal ao diálogo de reconstrução política da federação*. À construção jurídico-objetiva do normativo constitucional há que se somar um não menos eficaz *diálogo político-subjetivo* entre os entes federativos.

Inadmissível, portanto, o quanto registrou a imprensa no sábado, 16 de maio: entre outros, em 16 municípios de 13 estados pesquisadores do programa federal sobre a pandemia foram impedidos de trabalhar por intervenção policial que exigia autorização local para a pesquisa.

Em resumo, este o conflito político e social que ora vivemos como acolhido na constitucionalidade protetora das liberdades nos dois âmbitos da democracia representativa e da República — a verticalidade na federação e a horizontalidade na independência e harmonia dos poderes.

Date Created

24/05/2020